

LA ACCION CONSTITUCIONAL DE RESPONSABILIDAD Y LA RESPONSABILIDAD POR FALTA DE SERVICIO

Gustavo Fiamma Olivares

Profesor Derecho Administrativo
Universidad de Chile

“Hay dos correctivos de la prerrogativa de la Administración que reclama el instinto popular, cuyo sentimiento respecto al poder público puede formularse en estos dos brocardos: *que actúe, pero que obedezca la ley; que actúe, pero que pague el perjuicio*” (Hauriou).

“El principio de legalidad —y su garantía en el recurso contencioso-administrativo— y el de responsabilidad patrimonial de los entes públicos constituyen, por ello, *los dos grandes soportes estructurales del Derecho Administrativo*, cuyo equilibrio, amenazado siempre por el peso inicial de las prerrogativas del Poder, depende justamente de su correcto juego” (García de Enterría).

Hace algunos años tuvimos ocasión de publicar un trabajo que titulamos “*La acción constitucional de nulidad: un supremo aporte del Constituyente de 1980 al Derecho Procesal Administrativo*”¹. En él decíamos, refiriéndonos a esta “aristocratísima” acción, que era ella uno de los pilares en que se asentaba el Derecho Procesal Administrativo. El otro pilar, que completa y perfecciona la sustentación de esa rama del Derecho Administrativo, lo constituye una acción de carácter reparatorio de no menos selecto origen, como lo es la que vamos a tratar en estas páginas bajo la denomi-

¹ Véase en Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, tomo LXXXIII, N° 33 (sep.-diciembre), Ed. Jurídica de Chile, 1986, pp. 123-156.

nación de “acción constitucional de responsabilidad”²⁻³⁻⁴.

La sustantivación o corporeización de la primera de las acciones, antes individualizada, la obteníamos mediante el acoplamiento del “abstracto” derecho a la acción, previsto en el artículo 19, N° 3, inciso 1°, de la Constitución Política de

² Sobre responsabilidad extracontractual de la Administración del Estado chileno pueden consultarse los siguientes trabajos: Juan PEIRANO BUGEDO, *De la responsabilidad extracontractual del Estado*, Ed. Jurídica de Chile, 1967; Daniel RUIZ-TAGLE AMUNÁTEGUI, *De la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad administrativa en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Memoria, U. de Chile, 1977.; Pedro PIERRY ARRAU, *La responsabilidad extracontractual del Estado*, en Anuario de Derecho Administrativo, Departamento de Derecho Público, U. de Chile, 1975-76, pp. 471-502; *De la responsabilidad extracontractual de las Municipalidades*, en Anuario de Derecho Administrativo, Ed. Revista de Derecho Público, U. de Chile, 1977-78, pp. 195-208; *Responsabilidad de los entes públicos por el mal estado de las vías públicas*, en XV Jornadas Chilenas de Derecho Público, Edeval, Valparaíso, 1985, pp. 301-313; *Responsabilidad extracontractual del Estado por los delitos cometidos por sus funcionarios*, en XIII Jornadas Chilenas de Derecho Público, Universidad de Concepción, 1983, pp. 293-306; Luis Gustavo SEPÚLVEDA GUTIÉRREZ, *Las normas constitucionales como fuentes básicas de responsabilidad*, en XV Jornadas Chilenas de Derecho Público, Edeval, Valparaíso,

la República, con la concreta y expresa sanción de nulidad establecida por el artículo 7º, inciso final, del mismo cuerpo constitucional, respecto de los actos jurídicos públicos contrarios al principio de juridicidad.

El mismo proceso estructurador es idóneo para cristalizar institucionalmente a la segunda acción antes indicada. En

efecto, la "acción constitucional de responsabilidad", en cuanto referida a los órganos del Estado en general, es fruto de similar acoplamiento: el del abstracto derecho a la acción (artículo 19, Nº 3, inciso 1º) con los incisos finales de los artículos 6º y 7º de la misma Carta Fundamental. Es decir, el medio para transportar la "pretensión" de responsabilidad,

1985, pp. 209-240; Osvaldo OELCKERS CAMUS, *Fundamentos indemnizatorios en razón del acto administrativo lícito que cause daño en el patrimonio del administrado*, en *Revista de Derecho Público*, 37-38, enero-diciembre, 1985, pp. 365-375; Domingo HERNÁNDEZ EMPARANZA, *La responsabilidad del Estado por la actividad municipal*, en *Revista de Derecho Público*, 24, julio-diciembre, 1978, pp. 145-152; Eduardo SOTO KLOSS, *La responsabilidad extracontractual del Estado administrador, un principio general del Derecho chileno*, en *Revista de Derecho Público*, 21-22, enero-diciembre, 1977, pp. 149-156; *La responsabilidad pública (un retorno a la idea clásica de restitución)*, en *Revista de Derecho Público*, 27, enero-junio, 1980, pp. 133-171; *Bases para una teoría general de la responsabilidad extracontractual del Estado en el Derecho chileno*, en *XV Jornadas Chilenas de Derecho Público*, Edeval, Valparaíso, 1985, pp. 331-347; *Responsabilidad Administrativa Municipal (comentario al fallo dictado por la Excma. Corte Suprema el 24 de marzo de 1981 en el juicio "Tirado con Municipalidad de La Reina")*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, tomo LXXVIII, Ed. Jurídica de Chile, 1981, primera parte, pp. 39-48; Hugo CALDERA DELGADO, *La responsabilidad extracontractual del Estado*, en *Revista de Derecho Público*, 9, 1968, pp. 189-215; *Teoría del órgano, Estado de Derecho y responsabilidad del Estado*, en *Revista de Derecho Público*, 25-26, 1979, pp. 157-176; *Sistema de la responsabilidad en la Ley Orgánica de Municipalidades (DL. 1.289-76)*, en *XIII Jornadas Chilenas de Derecho Público*, Universidad de Concepción, 1983, pp. 249-286; *Sistema de la responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución*

de 1980, Ed. Jurídica de Chile, 1982. La jurisprudencia de la Corte Suprema desde "Fuschs y Plath" (1908) hasta "Hexagón con Fisco" (1987) es posible consultarla en *La responsabilidad del Estado por su actividad administrativa*, material de clase mimeografiado, Curso de Derecho Administrativo II, Central de Apuntes, Facultad de Derecho, U. de Chile, 1987.

³ Sobre responsabilidad del Estado-juez, pueden consultarse los siguientes trabajos: Luis COUSIÑO MAC-IVER, *Derecho de las personas detenidas, procesadas o condenadas injustamente a ser indemnizadas de todos los daños ocasionados*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, LV, pp. 43 y ss.; Alex VARELA CABALLERO, *Responsabilidad del Estado-juez*, en *Revista de Ciencias Jurídicas*, Nº 2, Valparaíso, 1971, pp. 237-252; Domingo HERNÁNDEZ EMPARANZA, *Indemnización del error judicial*, *Revista de Derecho Público*, 25-26, enero-diciembre, 1979, pp. 187-197; Eduardo SOTO KLOSS, *Responsabilidad del Estado por la actividad jurisdiccional*, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 10, Nº 1, enero-abril, 1983, pp. 45-58; Hugo CALDERA DELGADO, *Interpretación que la Corte Suprema ha dado a la norma constitucional sobre indemnización del error judicial*, en *Gaceta Jurídica*, 70, 1986, pp. 10-24. La jurisprudencia de la Corte Suprema y el Auto Acordado para la tramitación de la acción de responsabilidad prevista en el artículo 19, Nº 7, letra i) de la Constitución, véase en *Responsabilidad del Estado por la actividad jurisdiccional*, materiales de clase mimeografiados, Curso de Derecho Administrativo II, Central de Apuntes, Facultad de Derecho, U. de Chile, 1987.

⁴ Sobre responsabilidad del Estado-legislador pueden consultarse los siguientes

que es deducible de los incisos mencionados, al conocimiento del órgano jurisdiccional, lo es el artículo 19, N° 3, inciso 1º, en cuanto asegura, de una manera general, a toda persona el derecho a accionar ante los tribunales respecto de cualquier asunto o materia de carácter judicial, como sin duda, obviamente, lo es aquel que se refiere a la responsabilidad civil de los órganos públicos⁵.

tes trabajos: Alex VARELA CABALLERO, *Responsabilidad del Estado-legislador*, en Revista de Ciencias Jurídicas, N° 1, Ed. Jurídica de Chile, Valparaíso, 1971, pp. 233 ss.; Hugo CALDERA DELGADO, *La responsabilidad extracontractual por el hecho de las leyes en la Constitución Política de 1980. ¿Espejismo o realidad?*, en XIII Jornadas Chilenas de Derecho Público, Universidad de Concepción, 1983, pp. 222-248; José Pablo VERGARA BEZANILLA, *La responsabilidad por acto legislativo y una sentencia de mayoría de una de las salas de la Corte Suprema*, comentario, en Revista Chilena de Derecho, vol. 12, N° 2, mayo-agosto, 1985, pp. 363-375.

⁵ Según Jaime Guasp "tendríamos tres grupos de principios procesales que, por su carácter de garantías mínimas respecto de los sujetos que acuden al proceso, deberían ser considerados como prescripciones impuestas por el derecho natural a cualquier sistema positivo: el principio del (libre) acceso a los Tribunales de Justicia, el principio de la contradicción, el principio de la igualdad procesal. Libre acceso a los Tribunales de Justicia quiere decir, en definitiva, derecho a interponer pretensiones ante el órgano jurisdiccional. El simple enunciado de esta norma pone de relieve su carácter básico dentro de la ordenación del proceso, pues está enraizada en todo conjunto de primeras nociones que integran la institución. Sin una declaración inicial de que existe una institución abierta a todo el que quiera formular una pretensión determinada, la idea misma de proceso no sería concebible. El proceso no puede configurarse como una institución de privilegio, otorgada a algunos y no a todos". *Administración de Justicia y Derechos de la Personalidad*, Revista de Estudios Políticos, N° 17, pp.

Por otra parte, también es aplicable a esta última acción, desde el punto de vista del tribunal competente, lo que hemos dicho respecto de la primera, en cuanto de conformidad al artículo 73, incisos 1º y 2º del texto fundamental, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 5º del Código Orgánico de Tribunales, su conocimiento recae en los tribunales de letras en lo civil. Primero, porque bajo la expresión "causas civiles" que emplea la mencionada disposición quedan comprendidas las de carácter reparatorio o indemnizatorio, cualquiera sea la calidad de las personas intervinientes, así sea el Estado o sus organismos. Y, segundo, porque en ningún caso podrían excusarse de conocer esta "acción común de Derecho Público", por aplicación del principio de inexcusabilidad establecido expresamente en la

88-91. Véase también nuestro trabajo *El derecho a la acción, un derecho ínsito principalmente en el artículo 19 N° 3 de la Constitución de 1980*, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, LXXXIII, N° 3, septiembre - diciembre, 1986, pp. 129-142. En este mismo sentido Enrique EVANS DE LA CUADRA, *Los derechos constitucionales*, Ed. Jurídica de Chile, 1986, tomo II, pp. 26-7; José Luis CEA EGAÑA ("De manera que ningún derecho consagrado en la Constitución puede quedar sin protección, especialmente judicial, y todas las autoridades, sin excepción, están en la obligación de prodigarla, siendo absurdo pensar lo contrario. Dicho en otras palabras, toda persona tiene el derecho de exigir a cualquiera autoridad que la proteja en sus garantías, pero, además, ella puede siempre ocurrir a los tribunales de justicia y ninguno de los derechos consagrados en la Constitución o en las leyes —que aparezca amenazado o conculcado— podrá quedar sin protección judicial. Util es agregar que esta esencial premisa rige, especialmente, tratándose de actos administrativos, sea que ellos impliquen o no el ejercicio de alguna jurisdicción"), *La igual protección de los derechos*, en Revista Chilena de Derecho, vol. 9, N° 3, septiembre-diciembre 1982, pp. 521-539.

Constitución en la disposición antes individualizada⁶.

Pero es menester tener en consideración que tal acción es jurídicamente operable sólo respecto de aquellos casos en que la Constitución o la ley no han previsto acciones específicas, como sucede con la responsabilidad del Estado-legislador, con la del Tribunal Constitucional, con la del Tribunal Calificador de Elecciones y Tribunales Electorales Regionales, con la del Consejo de Seguridad Nacional y, en gran parte, con la responsabilidad del Estado-juez (asuntos no criminales).

No es aplicable esta "acción común de responsabilidad" en los supuestos de los artículos 19, N° 7, letra i), es decir, respecto del llamado "error judicial" en materia criminal, y 38, inciso 2°, relativo a la responsabilidad de la omnicompreensiva "Administración del Estado": los que directa y sincréticamente establecen la acción de responsabilidad, respectivamente. Las mencionadas disposiciones constitucionales abarcan los aspectos procesales y materiales básicos, de forma tal que es innecesario recurrir a los artículos 19, N° 3, inciso 1° (derecho a la acción) y 6° y 7°, incisos finales (responsabilidad). En efecto, desde el punto de vista procesal estas especiales normas constitucionales franquean directa y específicamente el derecho a la acción y, desde el punto de vista material, es inconcuso que ellas comprenden la pretensión de responsabilidad.

Para el desarrollo de este trabajo solamente nos interesa la acción constitucional específica de responsabilidad prevista en el artículo 38 citado, es decir, la que recae sobre la Administración del Estado.

En demostración de la sustantividad o corporeidad directa y sincrética que él le da basta con considerar en lo relativo

⁶ Véanse nuestros trabajos *El principio de inexcusabilidad. Antecedentes contenidos en las Actas Oficiales y Sobre el alcance de la expresión "causas civiles" que emplea el artículo 73 de la Constitución de 1980*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia de los Tribunales*, LXXXIII, N° 3, septiembre-diciembre, 1986, pp. 143-156.

al reconocimiento del derecho básico de la "justicia administrativa", es decir, la acción procesal, la letra del mencionado precepto, cuando dispone que "cualquier persona... podrá reclamar ante los tribunales contencioso-administrativos que determine la ley". No admite discusión, la expresión "podrá reclamar" es equivalente a "podrá ocurrir". ¿Ocurrir ante quién? Ante el juez, naturalmente. Palabras sacras que denotan la consagración del derecho a la acción. Por otra parte, en cuanto al contenido pretensional, es evidente el carácter reparatorio; el que afirma enfática y decididamente, al reiterar fraseológicamente ese sentido en dos pasajes: 1) "cualquier persona que sea *lesionada* en sus derechos por la Administración del Estado" y 2) "sin perjuicio de la *responsabilidad* que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el *daño*". Es evidente que el primero de ellos se refiere a la responsabilidad de la Administración como tal y el segundo a la responsabilidad de sus funcionarios, que la primera es sin perjuicio de la segunda. Es también evidente que el fundamento de esta responsabilidad es la "lesión" o "daño". En definitiva, el objeto de la mencionada acción no puede ser sino otro que el de la reparación de este daño o lesión. ¿Qué otro sentido podría tener el que la Constitución habilite para reclamar de una lesión o daño? La condena civil de la Administración no puede ser más que la única respuesta a esta interrogante, ya que respecto de ella no recae responsabilidad penal, responsabilidad política ni responsabilidad disciplinaria.

Esta conclusión se encuentra reafirmada con la historia fidedigna del artículo 38, inciso 2°, contenida en las Actas de Sesiones de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución. En efecto, en la sesión 410, el señor Carmona, preocupado por el hecho de que no se establecía norma alguna sobre los tribunales administrativos, lo hace presente; a lo que Ortúzar, Presidente de la Comisión, respondió que no habría ningún problema en contener un precepto en ese sentido si se alcanzaba a despachar la ley de lo contencioso-administrativo antes de que se promulgara la Constitución. A raíz de lo cual Carmona destaca lo siguiente: "el

artículo 48 (actual 38, inciso 2º) propuesto expresa que *cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración Pública del Estado podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera afectar al funcionario que hubiese causado el daño*. Ortúzar le aclara "que esa situación reviste menor gravedad, porque *se refiere al perjuicio* que puede causar un acto arbitrario o ilegítimo de la Administración y del que podrían conocer los tribunales ordinarios. Agrega que resultaría peligroso, sin embargo, darles competencia amplia sobre el particular sin que se haya dictado la ley correspondiente". Es claro el sentido que tenía para la Comisión el antiguo artículo 48 (38, inciso 2º). El contencioso anulatorio estaba en el artículo 73 (causas civiles, criminales y contencioso-administrativas); en cambio, el contencioso reparatorio estaba en el referido artículo 48 citado. El texto definitivo aprobado por la Comisión se encuentra en la sesión 416, página 3631, artículo 45, inciso 3º, con idéntica redacción a la antes transcrita. Por su parte, el actual artículo 73, que corresponde al artículo 82 del Anteproyecto, salió de la Comisión con la siguiente redacción: "La facultad de conocer de las causas civiles, de las criminales y de las contencioso-administrativas, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece a los tribunales establecidos por la ley".

Posteriormente, a nivel de gobierno, ambas disposiciones sufrieron modificaciones. La primera de ellas, que permitía reclamar "ante los tribunales que determine la ley", fue modificada en el sentido de que tales reclamaciones se formularían "ante los tribunales *contencioso-administrativos* que determine la ley". Y de la segunda disposición se excluyó la expresión "y de las *contencioso-administrativas*". Este último cambio, hemos demostrado anteriormente, se debió a que la expresión "contencioso-administrativas" en el artículo 73 era redundante, ya que estaba comprendida en la expresión "causas civiles", la que tiene un alcance omnicompreensivo⁷. El cambio que sufrió el

artículo 38, por su parte, habría consistido únicamente en una precisión: el Constituyente precisó que los tribunales que conocerían la citada acción de responsabilidad serían los "tribunales contencioso-administrativos", en vez de los "tribunales que determine la ley". Es decir, la mencionada disposición mantiene el carácter reparatorio primitivo; o sea, la acción que el artículo 38 contiene en su inciso segundo es una acción de esta naturaleza. Esta conclusión es sin perjuicio de que los tribunales contencioso-administrativos puedan también conocer de la acción anulatoria, dado justamente el carácter revisor que naturalmente tienen los tribunales contencioso-administrativos; pero lo concreto es que en el artículo 38 no se encuentra sustantivizada la acción anulatoria, sino que solamente la reparatoria. La acción anulatoria, como lo explicamos anteriormente, está cristalizada en la conjunción del artículo 19, N° 3, inciso 1º, con el artículo 7º, inciso final, ambos del texto constitucional. De todas formas, se debe tener presente que el artículo 73, inciso 1º, da cobertura a ambas acciones bajo la expresión "causas civiles": "La facultad de conocer las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, *pertenece a los tribunales establecidos en la ley*", expresión dentro de la cual se comprende a los tribunales ordinarios y a los especiales, como es el caso de los contencioso-administrativos. Que si mañana se crean los tribunales contencioso-administrativos serán éstos los que obligadamente deban conocer la acción reparatoria, pero mientras tanto la facultad de conocer de las "causas civiles" reparatorias que afecten a la Administración del Estado "pertenece a los tribunales establecidos en la ley", actualmente (Código Orgánico de Tribunales). La Constitución no asignó un tribunal especial para el conocimiento de la acción anulatoria, por lo que su conocimiento queda enmarcado solamente en el espacio del artículo 73 citado, disposición que no obsta a que el legislador precise que lo sean los de carácter con-

⁷ Véase *Sobre el alcance de la expresión "causas civiles" que emplea el ar-*

tículo 73 de la Constitución de 1980, citado en nota anterior.

tencioso-administrativos, pero mientras ello no suceda así: la facultad de conocer las "causas civiles" anulatorias que afecten al Estado-administrador "pertenece a los tribunales establecidos en la ley"⁸.

Hemos querido dejar claramente establecido el contenido reparatorio de la acción prevista en el artículo 38 citado, porque esta norma es la piedra angular del sistema de responsabilidad extracontractual de la Administración de Estado, es decir, ella contiene los perfiles básicos que lo estructuran, condicionan y limitan.

El modelo recogido y establecido en la Carta de 1980 se aparta totalmente de los esquemas decimonónicos de nuestro Código Civil⁹. El artículo tantas veces

⁸ Sobre creación y competencia de los tribunales contencioso administrativos previstos en el artículo 38, inciso 2º, de la Constitución actual puede consultarse Hugo Caldera Delgado, *Competencia de los Tribunales Ordinarios sobre los actos y omisiones de los órganos de la Administración del Estado*, en *Gaceta Jurídica*, 52, 1984, pp. 16-26; y Rolando PANTOJA Bauzá, *Los tribunales contencioso administrativos en la Constitución Política de 1980*, en *Gaceta Jurídica*, 82, 1987, pp. 3-14. En ambos trabajos se daría por hecho que la mencionada disposición cubriría tanto lo anulatorio como lo reparatorio. Sin embargo, como lo hemos explicado, de acuerdo a la historia del precepto, en él sólo se sustantiva a la acción de responsabilidad.

⁹ El Código Civil se aplicó a la responsabilidad extracontractual del Estado Administrador prácticamente hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1980. En efecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema desde Fuschs y Plath (1908) hasta Klimpel (1981) hizo aplicación de las normas de dicho cuerpo legal, libro IV, título XXXV. La doctrina, sin embargo, no podía menos que deplorar esa interpretación jurisprudencial; véanse, por ejemplo, Eduardo Soro Kloss, *La responsabilidad extracontractual del Estado Administrador, un principio general del derecho chileno*, cit.; Hugo CALDERA Delgado, *Sistema de la responsabilidad extracontractual del Estado en*

citado ingresó al ordenamiento jurídico nacional un sistema de responsabilidad que no se basa en la culpa o el dolo del causante del daño, es decir, en la ilicitud del actuar del autor de la lesión, sino que, por el contrario, se sustenta en la existencia de una "víctima" que ha sufrido un daño en sus derechos, con

la Constitución de 1980, cit., p. 155. Sin abandonar la aplicación del Código Civil Pedro Pierry cree posible, a partir del artículo 2314, la introducción de la teoría de la falta de servicio, vid. *La responsabilidad extracontractual del Estado*, cit. p. 103.

En la actualidad ya nadie sostiene la aplicación del mencionado cuerpo legal, ni la jurisprudencia —Galletué (1984) y Hexagón (1987)— ni la doctrina. Y ahora por razón de texto expreso constitucional y legal. Una sentencia fundada en las disposiciones del Código Civil incurriría en vicio de casación.

En el largo trayecto recorrido por la responsabilidad del Estado Administrador hasta su total separación de la legislación civil, es posible distinguir cuatro períodos jurisprudenciales: 1) Período híbrido, los fallos utilizan fundamentos de derecho privado (artículo 2329) y de derecho público (derecho de propiedad, igual ante las cargas públicas, e incluso algún autor sostiene la aplicación de la teoría de la falta de servicio), simultáneamente; casos Fuschs y Plath (1908) y Lapostol (1930); 2) Período basado en la distinción actos de autoridad y actos de gestión, bajo el cual el Estado no responde de los primeros; de los segundos responde como cualquier particular sobre la base del artículo 2320 del C.C.; casos Granja (1938), Rettig (1941) y Aqueveque (1941-1944); 3) Período en que se atiende a la licitud o ilicitud del acto, el Estado responde sin atender a la distinción del período anterior, atiende sólo a si el acto antijurídico; el Estado responde cuando el acto es ilícito, según artículo 2320 del C.C.; casos Becker (1964) y Klimpel (1981); y 4) Período actual, de la independencia de la responsabilidad de los sujetos jurídico-públicos respecto del régimen aplicable a los sujetos jurídico-privados, se

absoluta independencia de la licitud o ilicitud del comportamiento del que lo hubiere ocasionado. Esto es, la responsabilidad de la Administración del Estado chileno procede cada vez que ésta causa un daño, incluso cuando haya actuado dentro de la más estricta legalidad¹⁰.

aplica única y exclusivamente la normativa pública, artículos 6º, 7º, 19 Nos 20 y 24, 38 y 41 Nº 8 de la Constitución de 1980; 4º y 44 de L.O.C. 18.575; y 83 de la L.O.C. 18.695; casos Galletué (1984) y Hexagón (1987); este último es particularmente tajante en cuanto a la inaplicabilidad de las normas del derecho civil, al excluir incluso las normas sobre prescripción de los artículos 2332 y 2515 (considerandos 11 y 12).

¹⁰ El modelo consagrado en la Constitución chilena de 1980 no guarda relación en absoluto con el modelo francés; en cambio sí con el español consagrado en el artículo 102,2 de la Constitución de 1978: "*Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos*". El artículo 4º de la L.O.C. 18.575 es también similar al texto de la Constitución española: "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".

Luis MARTÍN Rebollo, *Jueces y responsabilidad del Estado*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, pp. 13-14, sintetiza del siguiente modo al sistema español: "La Administración responde, en efecto, de toda lesión que sufran los particulares en sus bienes y derechos que implique un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado, que sea imputable a la propia Administración por el funcionamiento normal o anormal de sus servicios públicos, sin referencia alguna a la idea de culpa, y siempre que medie entre el hecho o ac-

Esta última conclusión podría parecer sorprendente para muchos. Sin embargo, nos parece que en consideración a la clara concepción republicana y iusnaturalista de la Constitución de 1980, esta norma es de obligada consecuencia. El texto fundamental privilegia los derechos esenciales de la persona humana sobre

to determinante del daño y éste una relación de causalidad que en principio debe ser directa, inmediata y exclusiva, pero que no excluye una relación indirecta, mediata y concurrente, como ha tenido ocasión de declarar alguna jurisprudencia aislada. Basta, pues, que no haya causa mayor, que el daño no se produzca por la acción del dañado y que se trate de una lesión antijurídica, esto es, que el ciudadano no tenga obligación legal de soportarla. No se trata, por ser una responsabilidad objetiva, de que el daño sea causado antijurídicamente, sino que no haya obligación de soportarlo, razón por la cual también cabe indemnización cuando el daño se produzca como consecuencia del funcionamiento normal de los servicios públicos, tratándose de hechos o del supuesto más difícil de instrumentalizar, pero perfectamente posible, de actos administrativos, como ha puesto de manifiesto recientemente A. Blasco Esteve".

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo II*, Civitas, Madrid, 1982, pp. 337-338, lo explican del siguiente modo: "Al construir la institución de la responsabilidad de la Administración al margen de toda idea de ilicitud o culpa, el fundamento de aquélla se desplaza desde la perspectiva tradicional de la acción del sujeto responsable (que parte de la concepción primitiva de ver en la responsabilidad patrimonial la sanción a una conducta culpable) a la del patrimonio de la persona lesionada. La responsabilidad pasa a reposar de este modo sobre un principio abstracto de garantía de los patrimonios, dejando de ser una sanción personal por un comportamiento inadecuado, para convertirse en un mecanismo objetivo de reparación, que se pone en funcionamiento sólo si, y en la medida en que, se ha producido

las prerrogativas o potestades del Poder Público, haciendo realidad el principio servicial del Estado respecto del individuo, y no al revés. Este principio está expresamente consagrado en los artículos 1º, inciso 3º, cuando dispone que "el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común . . . , con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece"; y 5º, donde sentencia que "el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana". Principio de prevalencia de los derechos fundamentales que traducido al lenguaje iusadministrativista equivale al "*principio proadministrado*", el que implica, por tanto, que cuando colisiona el derecho de un administrado con una prerrogativa o potestad de la Administración, prevalece el derecho de

una lesión patrimonial. El concepto de lesión patrimonial se convierte de este modo en el basamento mismo del sistema, lo cual hace especialmente necesario caracterizarlo. A estos efectos conviene comenzar por distinguir el concepto jurídico de lesión del concepto vulgar de perjuicio. En este último sentido, puramente económico o material, por perjuicio se entiende un detrimento patrimonial cualquiera. Para que exista lesión resarcible se requiere, sin embargo, que ese detrimento patrimonial sea antijurídico, no ya porque la conducta de su autor sea contraria a Derecho (antijuridicidad subjetiva), sino, más simplemente, porque el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo (antijuridicidad objetiva). La lesión supone un perjuicio que no es antijurídico por la manera de producirse, sino porque el titular del bien o derecho lesionado no tiene el deber jurídico de soportarlo, aun cuando el agente que lo ocasione obre dentro del marco de la licitud. La antijuridicidad susceptible de convertir el perjuicio económico en lesión indemnizable se predica, pues, del efecto de la acción administrativa (no de la actuación del agente de la Administración causante material del daño), a partir de un principio objetivo de garantía del patrimo-

la persona del administrado por sobre la prerrogativa de aquélla.

Por este motivo cuando la Administración en ejercicio lícito de sus prerrogativas ocasiona un daño al no menos lícito derecho de un administrado, debemos optar entre privilegiar a la Administración o al administrado. Bajo la vigencia del "principio monárquico absolutista" la opción era indiscutiblemente en favor de la "razón de Estado". Pero justamente el abuso del predominio de la prerrogativa regia fue lo que ocasionó la caída del "antiguo régimen" y determinó el nacimiento del moderno Estado de Derecho. La Constitución de 1980, que no es una Constitución monarquista, no pudo menos que elegir "proderecho del administrado".

La referida acción de responsabilidad se encuentra perfectamente delimitada desde el punto de vista de su objeto o contenido en el mismo texto fundamen-

nio de los ciudadanos que despliega su operatividad postulando la cobertura del daño causado, en tanto en cuanto no existan causas de justificación que legitimen como tal el perjuicio de que se trate. Estas causas de justificación han de ser expresas para que puedan ser estimadas y deben consistir siempre en un título que determine o imponga como jurídicamente querido el perjuicio contemplado. Así, por ejemplo, el cumplimiento de un contrato, una ejecución administrativa o judicial, la exacción de un impuesto o el cumplimiento de cualquiera otra obligación impuesta expresamente por la ley. Fuera de estas hipótesis, todo perjuicio o minoración patrimonial imputable a un ente público (sea o no lícita la acción que lo causa, pues ya hemos notado que no hay correspondencia entre la licitud o ilicitud de la conducta del agente y la juridicidad o antijuridicidad del daño producido) será una lesión, un perjuicio objetivamente injusto, esto es, no expresamente justificado, que por razón de su misma antijuridicidad objetiva tenderá a su reparación, generando un deber de resarcimiento, que es, precisamente, en lo que se concreta el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración".

tal, no siendo, en consecuencia, necesaria la regulación complementaria. La Constitución (artículo 38) encomienda a la ley ordinaria solamente los aspectos orgánicos relativos al establecimiento de los tribunales contencioso-administrativos.

Sin embargo, a pesar de lo sostenido en el párrafo anterior, en cuanto a que el *objeto o contenido* de la referida acción se encuentra ya fijado por el Constituyente y que el único "reenvío" al legislador no tendría más finalidad que la antes dicha, el legislador orgánico constitucional, tanto en la Ley 18.575 (5-12-86), sobre bases generales de la Administración del Estado, y Ley 18.695 (31-3-88), orgánica municipal, reabordó el objeto o contenido de la acción de responsabilidad prevista en la Constitución. Ya vamos a examinar este punto.

Antes es preciso considerar, desde el punto de vista legislativo-competencial, que la facultad para complementar el inciso 2º del citado artículo 38 corresponde al legislador ordinario y no al legislador orgánico constitucional. El artículo 44 de la Ley 18.575 y el artículo 83 de la Ley 18.695 tendrían el carácter de preceptos ordinarios, por más que se encuentren contenidos dentro de sendas leyes orgánicas constitucionales. El Tribunal Constitucional no reparó en el hecho y tampoco en la circunstancia de que estos preceptos son concreciones particulares del principio de responsabilidad y no una simple reiteración del sistema previsto en la Carta Fundamental¹¹.

¹¹ El dictamen del Tribunal Constitucional 39, de 2-10-86, recaído sobre el proyecto de L.O.C. de Bases Generales de la Administración del Estado, considerando 9º, fija la naturaleza de preceptos de ley ordinaria sólo a los artículos 36, 42 inciso 3º y transitorio. En consecuencia, para dicho órgano de control preventivo el artículo 44 de la Ley 18.575 sería de rango orgánico constitucional. Reiteramos que la mencionada disposición contiene una concreción particular, aplicable sólo a un sector de la Administración del Estado, impropio de una ley que según la Constitución debe contener las bases generales aplicables a

En efecto, aun cuando con redacciones más o menos rígidas, los mencionados artículos establecen un contenido u objeto diverso para la admisión de la responsabilidad civil de la Administración, condicionándosela a la existencia de una "falta de servicio"¹². Decimos que con redacciones más o menos rígidas, porque en materia municipal el artículo 83 dispone que la responsabilidad local procederá "principalmente" por falta de servicio, mientras que en el artículo 44, de la ley general de bases de la Administración del Estado, ésta se condiciona absolutamente a ese requisito.

El establecimiento de este requisito

toda la Administración. Distinto es el caso de su artículo 4º, el que sí se refiere a toda la Administración, es decir, configura una base esencial de la organización administrativa.

Lo mismo acontece con el artículo 83 de la Ley 18.695. Véase dictamen del Tribunal Constitucional, en Diario Oficial de 11-3-88, considerando 3º.

¹² Sobre la teoría de la falta de servicio francesa pueden verse Georges VEDÉL, *Derecho Administrativo*, Aguilar, 1980, pp. 269-361; André DE LAUBADÉRE, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, L.G.D.J., Paris, 1967, pp. 609 ss.; Marcel WALINE, *Droit Administratif*, Ed. Sirey, 1963, pp. 794 ss.; Jean RIVERO, *Droit Administratif*, Dalloz, 1965, p. 259 ss. En Chile puede verse en Pedro PIERRY Arrau, *La responsabilidad extracontractual del Estado*, cit., pp. 70-74; Hugo CALDERA Delgado, *Sistema de la responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución Política de 1980*, cit. pp. 387-435, Eduardo SOTO Kloss, *La teoría de la falta de servicio en el Derecho Administrativo francés actual (un panorama general)*, a la luz de la más reciente bibliografía francesa, pone en evidencia la ininteligibilidad que la mencionada noción tendría para los propios franceses, haciendo notar, por lo mismo, el absurdo en que ha incurrido el legislador nacional al dar acogida a una noción que ha sido ampliamente superada en otros contornos jurídicos e incluso por nuestra propia Constitución.

para la procedencia de la responsabilidad retrotrae el panorama a una época anterior a la entrada en vigor del texto fundamental. Condicionar la responsabilidad a la comisión de una "falta de servicio" por parte de la Administración significa volverla a situar en el extremo del autor del daño; aun cuando fundada en un nuevo tipo de ilicitud, que si bien no es igual a la del dolo o culpa, ya que es mucho más objetiva que ésta, mantiene el carácter delictual, en circunstancias que el Constituyente la colaciona, como ya se ha explicado, desde el otro extremo, es decir, desde la posición de la víctima lesionada en sus derechos, con absoluta independencia de la licitud o ilicitud del actuar de la Administración.

La falta de concordancia entre el sistema previsto por el artículo 38 de la Constitución con el sistema establecido por los artículos 44 de la Ley 18.575 y 83 de la Ley 18.695 es de tal entidad que es imposible la interpretación conciliatoria; dichos sistemas son esencialmente contradictorios, al extremo de ser excluyentes entre sí. La Constitución no considera la conducta de la Administración para admitir su responsabilidad, basta que haya una víctima que no esté jurídicamente obligada a soportar el daño; es decir, todo el problema de la responsabilidad o irresponsabilidad de la Administración se resuelve mediante la determinación de si la víctima se encuentra en la obligación jurídica de recibir la lesión: si no lo está, la Administración debe responder; en cambio, si lo está, aquélla no responderá¹³.

¹³ En este mismo sentido concluyen Eduardo Soto Kloss y Osvaldo Oelckers Camus. Eduardo Soto señala lo siguiente: "La Constitución estableció como principio fundamental del ordenamiento chileno la responsabilidad de los órganos del Estado por los daños que produzca su actividad en la situación jurídica de una víctima que no se encuentra jurídicamente obligada a soportarlos", *Bases para una teoría general de la responsabilidad extracontractual del Estado en el Derecho chileno*, cit., p. 346. Por su parte Oelckers sostiene como sigue: "Es posible que la responsabilidad surja

El legislador orgánico constitucional resuelve de manera distinta el mencionado problema: si la Administración ha cometido "falta de servicio", responde; por el contrario, no debe responder; es decir, cuando no ha cometido falta alguna. Esto es, en este sistema la clave para resolver el problema de si la Administración debe responder se centra en la determinación de la existencia o no de falta servicial.

Falta de servicio vs. inoponibilidad jurídica del daño. Los sistemas son incompatibles, ya que según la Constitución la Administración responde cuando el daño no es oponible jurídicamente a la víctima, aun cuando aquélla haya obrado sin cometer falta de servicio alguna. El sistema constitucional ha sido desvirtuado por el legislador. En efecto, según el sistema del legislador, la víctima, a pesar de no estar obligada jurídicamente a soportar el daño, es decir, a pesar de serle inoponible, deberá soportarlo si la Administración no ha actuado con falta.

El intento de combinar los sistemas contrapuestos constituye un contrasentido. En efecto, podría pretenderse que

por actuaciones lícitas, como por actuaciones ilícitas de la Administración Pública y ello se debe a que la Constitución en su artículo 38, inciso 2º, no ha considerado a los elementos de ilicitud y culpa para constituir la institución de la responsabilidad pública y se apoya en un nuevo criterio, que "es el de la lesión". Por lo tanto, cabe una actuación lícita que, sin embargo, ocasiona lesión en el patrimonio de las personas y origina responsabilidad. La lesión la entendemos como un perjuicio antijurídico en sí mismo, perjuicio que el administrado, titular de un patrimonio, no tiene el deber jurídico de soportar, aunque la organización o el agente que lo ocasiona obre con toda licitud. La característica antijuridicidad se traslada de la acción u omisión del órgano o de la conducta del agente al patrimonio del administrado, sujeto, sujeto-persona que ha sido dañado", *Fundamentos indemnizatorios en razón del acto administrativo lícito que cause daño en el patrimonio del administrado*, cit., pp. 367-368.

cuando la Administración haya actuado con falta, en tal caso se aplicaría este sistema; mientras que cuando causare el daño sin haberla cometido, respondería bajo el otro, según si la víctima estuviere o no obligada jurídicamente a soportar el daño. Esta armonización significaría que cuando la Administración ha actuado con falta, sobre la víctima recaería el peso de la difícil prueba de la existencia de ese supuesto; en cambio, cuando la Administración causare el daño sin falta, la prueba sería muchísimo más simple, ya que habría que probar únicamente el daño y excepcionarse en cuanto éste no le sería jurídicamente oponible. Es evidente que una pretendida complementación de los referidos sistemas conduce al contrasentido denunciado. La prueba no debería ser más gravosa para la víctima cuando el daño fuere producto de una falta de la Administración que cuando no. No sería proporcional que, además de soportar el mal funcionamiento o la desorganización (falta de servicio), la ley la sobrecargue con la prueba.

De conformidad al sistema establecido en la Constitución, *la víctima no tiene obligación alguna de carácter probatorio relacionada con la conducta de la Administración*. El establecimiento de este requisito para la procedencia de la responsabilidad, sea en el sistema flexible del artículo 83 de la ley de Municipalidades, sea en el rígido del artículo 44 de la ley sobre bases generales de la Administración del Estado, es ajeno al texto constitucional y, por tanto, inconstitucional¹⁴.

Recapitulando: la responsabilidad extracontractual de la Administración tiene un sistema jurídico propio, total y absolutamente autónomo del sistema aplicable

¹⁴ A pesar de que Rolando Pantoja concluye que el sistema de responsabilidad "se basa en una teoría pública objetiva, que se configura por el daño causado por los órganos administrativos con su actuar lícito o ilícito, jurídico o de hecho", sin embargo descarta la inconstitucionalidad del señalado artículo 44 de la Ley 18.575, *Bases Generales de la Administración del Estado*, Editorial Jurídica Ediar-Conosur, 1987, p. 45.

a los sujetos jurídicos privados. Ese sistema es el de la acción de responsabilidad prevista en el artículo 38, inciso 2º, de la Carta Fundamental, acción cuyo conocimiento corresponde al juez de letras en lo civil, según el procedimiento común u ordinario, matizado con las normas relativas al juicio de hacienda si el sujeto responsable fuese el Fisco, y que no se encuentra afecta a plazo de prescripción alguno¹⁵. Ella procede cuando la Administración del Estado haya causado un daño, el que no es oponible a la víctima, y su fin será la reparación completa y total de todos los perjuicios, es decir, tanto los de orden material como los de orden moral¹⁶⁻¹⁷.

¹⁵ Tal como ha tenido ocasión la jurisprudencia de declararlo. En ese sentido véase "Hexágono con Fisco", Corte Suprema, 28-7-87, considerandos 11 y 12. Esto no es sorprendente en el campo del Derecho Administrativo, v. gr., responsabilidad disciplinaria: las faltas funcionarias no están sometidas a plazo de prescripción alguno.

¹⁶ El daño moral es entendido de una manera más objetiva en el campo del Derecho Administrativo. Para los civilistas el daño moral "consiste en el dolor, la aflicción, el pesar que causa a la víctima el hecho ilícito; no la lesiona en su patrimonio, sino en sus sentimientos, sus afectos o creencias", Ramón MEZA Barros, *Manual de Derecho Civil, De las Fuentes de las obligaciones*, Ed. Jurídica de Chile, 1960, tomo II, p. 270. Para el Derecho Administrativo el daño moral se traduce en toda "alteración normal de las condiciones de existencia". Eduardo Soto Kloss, *Responsabilidad Administrativa Municipal*, cit., p. 42, comentando "Tirado con Municipalidad de La Reina" lo grafica del siguiente modo: "Nuestros Tribunales recién parecen haber comprendido en sus exactos alcances que éste es el verdadero sentido del llamado perjuicio moral en materia de derecho público: no sólo el dolor, la aflicción, sino esa perturbación real y concreta que sufre la víctima en su vida normal, personal y de relación, alteración que, significándole un menoscabo de lo suyo y de lo más íntimo de su per-

sonalidad, no se encuentra jurídicamente obligada a soportar, menoscabo de lo suyo que no cabe en Derecho aceptar”.

La Constitución de 1980 consolida definitivamente la procedencia del daño moral en materia de responsabilidad extracontractual del Estado en los artículos 19 Nos. 1 (la Constitución asegura a todas las personas: El derecho a la vida y a la *integridad física y psíquica de la persona*) y 7º, letra i) (tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido).

Además de Tirado con I.M. de La Reina, véase “Alejandro Salas Maturana con Castro Castro, Guillermo Antonio y Fisco, rol 833-85, C. Apelaciones P.A.C.: “Que el actor no puede seguir realizando actividades de vuelo ya que no posee las condiciones oftalmológicas adecuadas para ello..., situación médica del demandante se estudia a raíz del accidente automovilístico sufrido (ocasionado por chofer del Ministerio de Hacienda que actuaba en ejercicio de sus funciones). Que de este modo se acredita que el plan de vida del actor en cuanto a piloto de guerra afecta gravemente sus derechos como persona humana, ya que no podrá realizarlos a causa del accidente, y esta modificación a su realización personal y profesional es un aspecto que debe considerarse en el daño moral” (considerandos 13 y 14). A pesar de la descripción del daño moral como “una alteración normal de las condiciones de

existencia”, en definitiva los sentenciados echan mano al inasible y subjetivo concepto civilista. Véase este interesante fallo en Gaceta Jurídica 79, 1987, pp. 54-57.

¹⁷ En Derecho Público es admisible también la reajustabilidad de las obligaciones de dinero indemnizatorias de daños provenientes de la responsabilidad extracontractual del Estado. En efecto, la Contraloría General de la República ha tenido ocasión de pronunciarse favorablemente. Véase dictamen 30.354 de 13-5-77, en Boletín de Jurisprudencia de la Contraloría General de la República, Nos 5-6 (mayo-junio) 1977, pp. 283-293: “En consecuencia, y por las mismas razones consignadas en los fallos antes aludidos (Corte Suprema), que esta Contraloría General comparte plenamente, resulta indiscutible que la sentencia que acoge una acción indemnizatoria de carácter extracontractual debe considerar también los perjuicios ocasionados por la desvalorización monetaria siempre que no fije una indemnización superior a la demandada”... Conclusiones: “2.- Las obligaciones de dinero, indemnizatorias de daños causados como consecuencia de un hecho ilícito —responsabilidad civil extracontractual—, pueden y deben ser reajustadas, de forma tal que la satisfacción que se obtenga por el afectado, en este caso el Estado, sea completa, considerando, en consecuencia, la desvalorización monetaria”. Este dictamen es de obligada consulta.