

Santiago, cuatro de septiembre de dos mil doce.

Vistos:

En estos autos Rol N° 7417-2008 del Tercer Juzgado Civil de Concepción, sobre juicio ordinario de indemnización de perjuicios, por sentencia definitiva de veintisiete de octubre de dos mil nueve se rechazó la demanda deducida en contra del Fisco de Chile por falta de servicio.

Apelada esa sentencia por la demandante, la Corte de Apelaciones de Concepción, en fallo de ocho de septiembre de dos mil diez, la revocó, condenando a la parte demandada a pagar a la actora la suma de veinticinco millones de pesos (\$25.000.000) por concepto de daño moral, con los reajustes e intereses que en ella se indican.

En contra de esta última decisión, el Fisco dedujo recursos de casación en la forma y en el fondo.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

I.- En cuanto al recurso de casación en la forma:

Primero: Que la recurrente funda su solicitud de nulidad formal en la causal quinta del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil en relación al numeral cuarto del artículo 170 del mismo texto legal, esto es, la falta de consideraciones de hecho o de derecho que sirvan de fundamento a la sentencia. Expone que el considerando octavo del fallo en alzada sostuvo que la responsabilidad del Estado es objetiva, bastando sólo que el actor acredite la existencia del daño para que se acoja su pretensión. Pero tal fundamento, asegura, está en abierta contradicción con otros considerandos de la misma sentencia que afirman que en la especie se habría configurado una conducta negligente o culposa, asumiendo con ello que se trata de una responsabilidad subjetiva que debe ser objeto de prueba.

Añade que esta grave pugna en sus fundamentos acerca del tipo de responsabilidad que le cabe al Estado provoca la ausencia de éstos como apoyo a la parte resolutive.

Segundo: Que en cuanto a la influencia sustancial que dicho defecto tuvo en la decisión expresa que, si no se hubiera incurrido en él, los jueces habrían desestimado la demanda porque no existe en Chile el régimen de responsabilidad objetiva y tampoco se probó en forma legal los elementos constitutivos de la responsabilidad subjetiva.

Tercero: *Que si bien la sentencia recurrida antes de abordar los hechos materia de autos señaló que en la doctrina administrativa se había asentado el carácter objetivo de la responsabilidad del Estado y, por tanto, no era necesario probar dolo o culpa en la conducta que causó el perjuicio, lo cierto es que dicha declaración, que no guarda concordancia con los demás razonamientos del fallo, no tiene influencia alguna en su parte dispositiva, pues las motivaciones que sustentaron la decisión de los jueces de segundo grado para acoger la pretensión indemnizatoria*

fueron las de estimar "acreditado que se incurrió en un error no justificado, negligencia culpable o una falta de servicio en la prestación médica otorgada por el Hospital Naval (de Talcahuano) y tal error ocasionó las graves quemaduras de la actora y entre el obrar de la dependiente del hospital referido y el daño existe una relación causal, de manera que de haber obrado eficientemente y con el cuidado debido, el resultado dañoso se pudo impedir (...)" (considerando décimo cuarto).

En el fundamento anterior se precisó que de las evidencias probatorias aportadas al proceso "resulta claramente establecida la negligencia con que actuó una dependiente del Hospital Naval de Talcahuano, lo que ocasionó las quemaduras de la Sra. Llanca, lesiones que mantuvieron a ésta hospitalizada por más de un mes y con molestias y lesiones por cerca de un año. Ello implica una falta de servicio del establecimiento de salud, ya que éste es responsable de la actuación negligente de su dependiente y el Servicio demandado debe responder por la actividad de uno de sus órganos" (considerando décimo tercero).

En consecuencia, con prescindencia de que los razonamientos descritos sean correctos, lo relevante en el examen del vicio que se acusa es que no resulta efectivo que la sentencia carezca de los fundamentos que soporten la determinación que se cuestiona, desde que el motivo octavo antes aludido, anómalo y descontextualizado, no incidió ni restó eficacia al análisis que los jueces hicieron para atribuir responsabilidad a un órgano de la Administración del Estado, exigiendo y dando por acreditada la denominada "culpa del servicio".

Cuarto: Que atento lo expuesto, el recurso de casación en la forma no podrá prosperar y deberá ser rechazado.

II.- En cuanto al recurso de casación en el fondo:

Quinto: Que el primer capítulo de este recurso denuncia la equivocada aplicación de normas reguladoras de la prueba, transgresión que a juicio del demandado llevó a dar por demostrada la falta de servicio en que habría incurrido el Hospital Naval, en circunstancias que ello no era posible a la luz de los antecedentes legalmente allegados al proceso.

Afirma que la sentencia impugnada consideró antecedentes acompañados en la segunda instancia consistentes en piezas de un sumario administrativo y una carpeta investigativa del Ministerio Público para tener por establecido que las lesiones que presentaba la actora fueron provocadas por personal del Hospital Naval de Talcahuano, supliéndose la ausencia de prueba de la primera instancia que no rindió la demandante conforme era su obligación.

Esta vulneración al artículo 1698 del Código Civil, continúa la recurrente, en cuanto dar por probado el hecho causante del daño otorgando valor probatorio a antecedentes que no pueden asimilarse a los distintos medios de

convicción, significó alterar las siguientes leyes reguladoras de la prueba:

En primer término, la infracción de los artículos 1700 y 1702 del Código Civil, desde que el fallo hace referencia a documentos públicos y privados -aludiendo aunque sin precisarlas, a diversas piezas del sumario administrativo incoado en el Hospital Naval y de la carpeta investigativa de la Fiscalía Local de Talcahuano- no agregados al proceso en forma legal.

En seguida, la preceptiva contenida "en los artículos 356 y siguientes, en particular el 384 del Código de Procedimiento Civil", en razón de que el fallo refiere testimonios existentes en el sumario administrativo ponderándolos, testigos ajenos al juicio, impidiendo a su parte de toda posibilidad de perseguir inhabilidades o de interrogar.

También acusa la violación de los artículos 426 del texto legal recién citado y 1712 del Código Civil, toda vez que los jueces dicen acudir a presunciones judiciales sin indicar los antecedentes que constituyen la base de ellas.

Destaca que de no mediar la vulneración de las disposiciones mencionadas, se habría concluido que no se encontraba acreditada la negligencia imputada ni su relación de causalidad con las lesiones que aquejaban a la actora.

Sexto: Que el segundo apartado del recurso de casación de fondo acusa la infracción de los artículos 4 y 42 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, 1437, 2314, 2316 y 2329 del Código Civil.

Alega la inexistencia del régimen de responsabilidad objetiva del Estado que habría invocado el fallo.

Señala que el citado artículo 4° de la Ley N° 18.575 sólo tuvo por objeto establecer de un modo general el principio de la existencia de la responsabilidad del Estado, pero sin pretender objetivizar dicho estatuto. Indica que el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado se encuentra establecido en el artículo 42 del cuerpo legal recién mencionado que incorpora los conceptos de falta de servicio y falta personal.

Estas normas requieren para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial del Estado conforme al derecho público que el acto u omisión dañoso haya sido ejecutado por alguno de los órganos de la Administración y que hayan actuado dentro del ejercicio de sus funciones con culpa o dolo.

Sin perjuicio de lo anterior, hace presente que el sistema de derecho público de la falta de servicio no rige para las Fuerzas Armadas, de modo que se ha de estar únicamente al régimen del derecho común para dilucidar si en la especie se dan los supuestos necesarios, es decir, que un agente del Estado actuando en ese carácter haya actuado con dolo o culpa. Por consiguiente, el debate de fondo en el caso sub lite debió regirse necesariamente por

los artículos citados contenidos en el capítulo XXXV del Código Civil, exigiéndose la acreditación de la negligencia y relación causal como elementos de imputabilidad. Concluye que las normas del Código Civil anotadas han sido infringidas desde que se atribuyó simplemente responsabilidad objetiva al demandado, desconociendo que la aplicación de estos últimos preceptos determinaban un régimen de responsabilidad subjetiva de los órganos del Estado.

Séptimo: Que para analizar la vulneración de las leyes reguladoras de las pruebas denunciada por la recurrente, cabe consignar que los jueces de segunda instancia declararon como hechos de la causa que el día 26 de septiembre de 2007 doña Cecilia Llanca ingresó al Hospital Naval de Talcahuano con diagnóstico de quiste ovárico izquierdo, practicándosele al día siguiente una anexectomía izquierda. Previo a la cirugía se le realizó un lavado genital a cargo de una matrona, quien tomó un jarro con agua caliente destinado para entibiar los sueros, para llevar a cabo el procedimiento de aseo. Esta agua fue vertida sobre las piezas de algodón colocadas en la región genital de la paciente, provocándole quemaduras en la zona vulvar, realizándosele diversas curaciones.

Fue dada de alta el 4 de octubre de 2007, pero volvió a ser hospitalizada un día después con diagnóstico de quemaduras genitales y perineal tipo A y AB que comprometen las zonas vulvar, perineal y bordes glúteos.

Permaneció internada casi un mes en dicho centro asistencial sujeta a curaciones, sufriendo heridas sangrantes y escaras a consecuencia de haberse derramado en su zona genital agua caliente que estaba reservada para otro propósito. Ello implicó para la actora padecer molestias físicas y lesiones por un año, sometiéndose a constantes tratamientos que permitieran su recuperación.

Octavo: Que para fijar los hechos antes relatados el tribunal acudió, según se lee en el considerando décimo tercero de la sentencia, a un "cúmulo de probanzas relacionadas consistentes en documentos públicos y privados, declaraciones de testigos y presunciones judiciales, apreciados cada uno de ellas de acuerdo a la ley (...)".

Noveno: Que tales probanzas surgen básicamente del estudio de copias de la ficha clínica de la actora, del protocolo de intervención quirúrgica, fotografías de las heridas y de la investigación sumaria administrativa del Hospital Naval de Talcahuano iniciada con ocasión de la interposición de una querrela criminal por cuasidelito de lesiones.

Décimo: Que en lo que dice relación con la infracción de los artículos 1700 y 1702 del Código Civil, si bien la recurrente no especifica cuáles son los instrumentos públicos o privados que dice haberseles dado valor probatorio pese a no haber sido agregados en forma legal, es posible colegir del escrito de nulidad que se estaba

refiriendo a los que forman parte del sumario administrativo traído al proceso como medida para mejor resolver. Sin embargo, más allá de la indeterminación de este reproche, lo cierto es que el único documento cuyo contenido fue descrito y ponderado por el fallo es la historia clínica de la demandante -que fuera proporcionado por la actora-, el cual se tuvo por acompañado en segunda instancia con citación, de la que no hizo uso la parte demandada. De manera entonces que este cuestionamiento respecto de la prueba instrumental no se ajusta a la realidad del proceso.

Undécimo: Que en lo concerniente al aspecto relativo a la prueba testimonial, no es posible concluir como lo hace la recurrente que los jueces hayan valorado conforme a la preceptiva que estima infringida los testimonios prestados en la investigación administrativa, pese a que se trata de testigos que no comparecieron en este juicio, puesto que la alusión que se hace a ellos en el considerando décimo tercero del fallo dice relación con la prueba de presunciones judiciales -mencionada inmediatamente después- que construyeron los sentenciadores sobre la base de tales antecedentes unidos a los demás elementos de convicción que se nombran en ese mismo fundamento.

Décimo segundo: Que finalmente en este capítulo del recurso se dicen infringidos los artículos 426 del Código de Procedimiento Civil y 1712 del Código Civil, norma esta última que se refiere a la tipología de las presunciones, mientras que el primero de dichos preceptos atiende a la potestad del tribunal para calibrar la contundencia de las presunciones a objeto de medir su fuerza de convicción.

Lo relevante a los alcances del arbitrio de casación en el fondo es que esas disposiciones, en último término, se encuentran relacionadas con la facultad de los jueces del mérito para calificar la gravedad, precisión y concordancia de las presunciones que permitan asignarles valor probatorio, actividad que en sí misma es ajena al control de legalidad que ejerce este tribunal de casación, por encontrar su fuente en un proceso racional de esos magistrados y que, por lo general, no quedará sujeta al control del recurso de casación en el fondo.

Esto último, sin embargo, no constituye un aserto único e insalvable, dado que parte de un supuesto que no puede faltar: la gravedad, precisión, concordancia y suficiencia de las presunciones derivadas de un discurrir explicitado que permita constatar la lógica en la ilación de sus basamentos y conclusiones, a tal punto que llevan a persuadir acerca de una determinada verdad procesal. En definitiva, el juez calibra los elementos de juicio sobre la base de parámetros jurídicos, lógicos y de manera fundada, apoyado en los principios que le produzcan certeza, de acuerdo a la lógica y experiencia generalmente asentada. Allí, en la exteriorización de esas razones que conducen a la construcción de cada presunción, residen los factores que permiten controlar lo acertado o aceptable en

su empleo para tener por justificado un hecho controvertido.

En concreto, la operación intelectual que hace el juzgador de instancia al construir y determinar la fuerza probatoria de las presunciones judiciales adquiere gravitación en la litis en la medida que se constate la gravedad, precisión y concordancia de las mismas, pues allí radica su factor de convicción.

Décimo tercero: Que en el caso sub judice surge claramente que los antecedentes de la investigación sumaria administrativa aportó los indicios determinantes para esas presunciones de que el tribunal se sirvió para resolver este pleito. En efecto, en dicho cuaderno sumarial constaban las declaraciones de la matrona Irma Bobadilla Ravanal que admite el error en que incurrió mientras realizaba un aseo genital a la paciente al tomar un jarro de agua y dejarlo caer sobre unas piezas de algodón colocadas cerca de la zona genital, percatándose ante un quejido de dolor de que el líquido estaba caliente, informándole la arsenalera que ese jarro era utilizado para entibiar los sueros que se ocupan para humedecer compresas para la cirugía.

Asimismo, están los dichos del médico que atendió a la demandante, quien manifestó que la matrona antes nombrada le informó que al efectuar el aseo genital previo a la cirugía utilizó accidentalmente agua caliente proveniente del jarro con agua hervida para calentar sueros, "lo que explicaría claramente las lesiones encontradas".

Décimo cuarto: Que del tenor de esos antecedentes concordados con las demás evidencias probatorias allegadas al proceso, como fichas clínicas y fotografías de las lesiones certificadas ante un ministro de fe, el tribunal de alzada de Concepción pudo concluir la negligencia con que actuó una dependiente del Hospital Naval en el desenvolvimiento de una prestación médica, provocándole a la afectada graves quemaduras.

Décimo quinto: Que se observa entonces que los sentenciadores no incurrieron en los errores de derecho atinentes al ámbito probatorio del asunto sub lite, circunstancia que impide revisar la actividad desarrollada por ellos en relación a la prueba de presunciones y, por esta vía, llegar a variar los supuestos de hecho sobre los cuales recayó la aplicación del derecho sustantivo.

Décimo sexto: Que descartado que fuera en los primeros fundamentos de este fallo el reproche que formuló el recurrente a la sentencia de haber resuelto condenar al Fisco de Chile sobre la base de imponerle un régimen de responsabilidad de carácter objetivo, cabe señalar que esta Corte Suprema ha dicho que sabido es que las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile se encuentran excluidos de la aplicación del artículo 42 de la Ley N° 18.575, por lo que en la especie ha de aplicarse el Título XXXV del Libro IV del Código Civil referente a los delitos y cuasidelitos, y específicamente el artículo 2314 que establece la

responsabilidad por el hecho propio, en caso que exista falta de servicio, y los artículos 2320 y 2322 del mismo Código que establecen la responsabilidad por el hecho ajeno, si se trata de una falta personal del o de los funcionarios, en la forma que se señala a continuación.

Décimo séptimo: Que como se resolviera en los autos Rol N° 371-2008 caratulados "Seguel Cares Pablo Andrés con Fisco de Chile", "hasta antes de la dictación de la Ley N° 18.575 la responsabilidad del Estado se determinaba a través de la aplicación del artículo 2320 del Código Civil, sin embargo la situación varió con la promulgación de la Ley de Bases de la Administración del Estado de 5 de diciembre de 1986, que incorporó al Derecho Público chileno el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado elaborado por el derecho administrativo francés, principalmente a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado, que en opinión de la mayoría de los autores constituye la mejor solución lograda por el derecho para asegurar un debido equilibrio entre los derechos de los particulares y los intereses públicos. La ley contempló entonces el artículo 44 -hoy 42- que prescribió: "Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal". Sin embargo, se excluyó de la aplicación del Título II sobre normas especiales, donde había quedado ubicado el artículo 44, a la Contraloría General de la República, al Banco Central, a las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad, a las Municipalidades, al Consejo Nacional de Televisión y a las empresas públicas creadas por ley. Todo ello en el inciso segundo de su artículo 18 -actual 21-" (considerando décimo cuarto).

"Entonces cabe dilucidar qué sistema resulta aplicable a las instituciones excluidas, y en el caso particular a las Fuerzas Armadas. Para ello ha de recurrirse al derecho común, teniendo presente que precisamente el desarrollo del derecho administrativo, allí donde ha ocurrido, ha sido a partir de la distinta interpretación de las normas de derecho común para el Estado y para las relaciones entre particulares, permitiendo de esta forma la conciliación de la actuación estatal, dotada de imperio público como guardiana del interés colectivo, con la protección de los derechos de los ciudadanos, de tal suerte que cabe aceptar la aplicación en nuestro país a partir del artículo 2314 del Código Civil de la noción de falta de servicio. En efecto, al Estado como a los otros entes públicos administrativos pueden serle aplicadas de manera diversa las normas del Título XXXV del Código Civil, sin que esto implique desde luego una errada interpretación de las mismas. Es así que las personas jurídicas son capaces de culpa, aunque carezcan de voluntad propia. La culpa civil, como señalan los hermanos Mazeaud y André Tunc, 'no requiere la voluntad, ni siquiera el discernimiento, no es

necesariamente una culpa moral; es suficiente con comportarse de manera distinta a la que habría observado en parecidas circunstancias un individuo cuidadoso'. De acuerdo con este razonamiento y ampliándolo, puede no exigirse para la responsabilidad de la persona jurídica Estado la culpa o dolo de sus órganos o representantes; basta con que el comportamiento del servicio público sea distinto al que debiera considerarse como su comportamiento normal; o sea, basta con probar una falta de servicio. Por otra parte la culpa de funcionarios anónimos puede presumirse, como ha hecho en ocasiones la jurisprudencia; y en estos casos la culpa del órgano que se presume de los hechos mismos, constituye la culpa del Estado" (considerando décimo quinto).

Décimo octavo: Que, a su vez, como se decidiera en los autos rol 7919-2008 caratulados "Morales Gamboa Edith del Carmen con Fisco" el 14 de enero de 2011, "a la noción de falta de servicio, aplicable a las Fuerzas Armadas y Carabineros a través del artículo 2314 del Código Civil, se le debe complementar la noción de falta personal, ya que la distinción capital en materia de responsabilidad extracontractual del Estado es precisamente entre falta de servicio y falta personal, la que por lo demás recoge el artículo 42 de la Ley de Bases de la Administración del Estado y el artículo 141 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades. Dicha falta personal compromete la responsabilidad del Estado cuando no se encuentra desprovista de vínculo con la función, lo que ocurre cuando ella se ha cometido en ejercicio de la función o con ocasión de la misma. Ahora bien, la noción de falta personal aplicable a las Fuerzas Armadas y Carabineros se debe hacer a partir del artículo 2320 ó 2322 del Código Civil, entendiéndose que la contemplan, para que de este modo, como se señaló en el fallo 'Seguel con Fisco' ya citado, permita uniformar el sistema de responsabilidad extracontractual para todos los entes de la Administración del Estado" (considerando décimo tercero).

Décimo noveno: Que así, conforme a lo razonado, si bien yerran los sentenciadores al hacer aplicable en la especie el artículo 42 de la Ley N° 18.575 a una entidad dependiente de la Armada de Chile, tal equívoco no tiene influencia en lo dispositivo del fallo, pues, conforme a los hechos fijados en la instancia, el Estado de Chile es responsable por cuanto se ha demostrado la concurrencia de una falta personal de una dependiente del establecimiento asistencial de acuerdo a lo que el Derecho Administrativo entiende por dicho concepto, y la relación de causalidad entre aquella y el resultado dañoso, comprometiendo así la responsabilidad estatal, de acuerdo al estatuto jurídico de responsabilidad extracontractual del Código Civil.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 764, 765, 767, 768 y 805 del Código de Procedimiento Civil, **se rechazan** los recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos en lo principal y

primer otrosí de fojas 184 en contra de la sentencia de ocho de septiembre de dos mil diez, escrita a fojas 177.

Se previene que el Ministro señor Muñoz no comparte los motivos décimo sexto, décimo séptimo, décimo octavo y décimo noveno, fundando su parecer, de rechazar el recurso de casación en el fondo, en las siguientes consideraciones:

1°.- Que en nuestro país la evolución de la responsabilidad de la Administración del Estado se ha desarrollado en una primera etapa fundamentalmente sobre la base de determinaciones jurisprudenciales y luego conforme a la legislación especial.

Respecto de la evolución jurisprudencial se observa que ciertas sentencias descansan en la aplicación de la legislación de derecho civil, como en otros fallos se invocan principios de derecho público. Son casos específicos en que se hace efectiva la responsabilidad del Fisco, puesto que los tribunales hacen esfuerzos y diversas distinciones para excluirla. La doctrina cita como los primeros fallos en que se sustenta la decisión en principios de derecho público "Sociedad Fuschs y Plath con Fisco", sentencia de 11 de enero de 1908 y "Lapostol con Fisco", sentencia de 8 de enero de 1930. Sin embargo, será en la sentencia dictada en "Hexagón con Fisco", de 28 de julio de 1987, en que expresamente se declaran inaplicables las disposiciones del Código Civil para decidir la demanda dirigida contra el Fisco, resolviendo el caso sobre la base de las normas constitucionales y legales diversas al Código Civil. Desestima la infracción del artículo 2332 del citado Código al no darle aplicación e igualmente las referidas a las Actas Constitucionales N° 2 y 3, la Constitución y Ley Orgánica Constitucional 18.575, en que radica el origen de la responsabilidad del Fisco. Razona en idéntico sentido la sentencia que rechaza el recurso de casación en el fondo interpuesto por el Fisco, en los autos caratulados Mireya Baltra Moreno con Fisco, de fecha 12 de agosto de 1998, expresando en su considerando sexto: "Que, en consecuencia, la sentencia ha dado aplicación lisa y llana a las normas del derecho común, sin reparar que la naturaleza de los vicios que afectan a los decretos impugnados hacen improcedente estimar que puedan sanearse por el transcurso del tiempo, especialmente si se considera que la disposición constitucional en cuya virtud se ha declarado la nulidad no contiene remisión expresa alguna que permita aplicar las reglas de prescripción que el fallo invoca; y la naturaleza de la nulidad que se ha declarado impide integrar o complementar la norma constitucional con preceptos comunes, ya que el texto de la primera excluye toda posibilidad de saneamiento desde que dispone que los actos que la infringen son nulos per se, sin necesidad de declaración alguna, impidiendo así que la voluntad de las partes o el transcurso del tiempo puedan convalidarlos".

En lo sustancial la jurisprudencia ha evolucionado hasta llegar a un estado, pacífico en la actualidad, que reconoce la responsabilidad del Estado-Administrador, exigiendo, en

la mayoría de los casos, un factor de imputación, el que se hace descansar en la noción de "falta de servicio" que incluye la actividad jurídica ilegal de la Administración, su mala organización, el funcionamiento defectuoso, las omisiones o silencios cuando debió actuar, todo lo que debe originar la afectación de un bien de los administrados, sin desconocer que se agrega la responsabilidad por riesgo e incluso la que origina la actividad lícita en que se ocasiona igualmente daño al administrado, sin perjuicio que, en este último caso, se ha expresado por la doctrina que se refiere más precisamente a una responsabilidad del Estado-Legislator.

La circunstancia que se desea destacar es que la jurisprudencia, sobre la base de la legislación especial, ha sustentado la responsabilidad de la Administración. Esta normativa especial arranca de los artículos 2°, 4°, 5°, 6°, 7°, 38 de la Constitución Política de la República, 4° y 42 de la Ley 18.575.

La norma del inciso segundo del artículo 21 de la Ley 18.575 no afecta la disposición del artículo 4°, por lo que a su respecto debe atenderse a la concepción de la Administración del Estado que expresa el inciso segundo del artículo 1° del mencionado cuerpo de leyes, de forma tal que, sin duda alguna, este régimen de responsabilidad se aplica a las Fuerzas Armadas, como a las de Orden y Seguridad Pública. En efecto, las normas excluidas de consideración respecto de tales instituciones están referidas a la organización, funcionamiento y carrera funcionaria (atendido los títulos de los párrafos y las materias de que tratan), sin afectar el régimen de responsabilidad, dado que el mencionado artículo 4° dispone: "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"; Administración del Estado que entre quienes la constituyen se encuentran las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública.

Por otra parte no resulta desconocida la responsabilidad del Estado derivada de la noción de nulidad de derecho público, pero cuyo fundamento no se encuentra en el contencioso subjetivo o de declaración de derechos, sino que en el objetivo o de ilegalidad.

La doctrina y jurisprudencia nacional ya no debe hacer esfuerzos para legitimar la responsabilidad del Estado, por un actuar ilícito de sus agentes, invocando disposiciones de derecho privado. En este sentido resulta sorprendente y contraria al hecho propio, como a la buena fe que debe orientar las defensas de las partes, la afirmaciones históricas de la defensa fiscal, en orden a la "inexistencia de un régimen especial de responsabilidad del Estado" por lo cual éste se encuentra exento de la misma, careciendo los tribunales de jurisdicción y competencia para resolver las acciones que la demandan, para luego

expresar que la norma constitucional del artículo 38, inciso segundo de la Carta Política solamente ha atribuido competencia, pero no ha regulado el régimen de responsabilidad, el cual está constituido por el "derecho común en materia de responsabilidad extracontractual, que se encuentra contenido en el Código Civil en el Título XXXV, denominado "De los Delitos y Cuasidelitos", artículo 2314 y siguientes", para aplicar, por excepción, la normativa del artículo 42 de la Ley 18.575, hecho que en concepto de quien previene debiera destacarse adecuadamente y resolver en consecuencia. Descarta toda seriedad a sus alegaciones y defensas el antecedente que igualmente a lo largo de los años planteara un tratamiento especial sosteniendo los poderes exorbitantes de la Administración por la función de servicio público que desarrolla, manteniendo hasta ahora la teoría de los poderes implícitos y antes de la Ley de Bases del Procedimiento Administrativo esgrimía en estrados la imprescriptibilidad de las facultades autoconferidas de invalidación de los actos administrativos. La coherencia y congruencia también es exigible a las instituciones en sus defensas, puesto que les resulta aplicable el aforismo "venire contra factum proprium non valet", recordando los términos del Mensaje del Código de Procedimiento Civil, en el sentido que confiados los procesos "a la sola iniciativa de las partes, se desvían a menudo de su verdadera marcha, resultando de allí que la acción de la justicia se hace más fatigosa y menos eficaz".

2°.- Que en la evolución del Derecho Público, en especial del Derecho Administrativo, resulta pacífico sostener que existe un conjunto de principios que orientan la actuación de la autoridad; principios que son diferentes de los que se encuentran presentes en relaciones regidas por el Derecho Privado. Los distintos planos en que los particulares se vinculan entre sí, con aquéllos exigibles cuando lo hacen con la autoridad o cuando son órganos del Estado los que contraen obligaciones entre sí, son una realidad que no es posible desconocer, no obstante no exista ninguna norma que así lo disponga, el positivismo jurídico cede ante un avasallador desarrollo de la ciencia jurídica al respecto.

Los principios del proceso vienen condicionados por la naturaleza de la materia a que se refieren y son válidos conforme a su ámbito, el que puede ser general o particular. Unos rigen la actividad de la Administración, algunos la de los administrados, y otros, la interacción de ambas en los procedimientos seguidos por la misma Administración e incluso por el órgano jurisdiccional. Existen principios que tienen un carácter material o sustancial y otros, especialmente los que se refieren a particularidades de los procedimientos, por el contrario, son funcionales y de carácter más bien técnico.

En este mismo orden de ideas los principios formativos del actuar de la Administración radican en diferentes aspectos:

- Constituyen el fundamento y razón fundamental del sistema que inspiran;
- Orientan el desarrollo de las instituciones y su regulación. Son fundantes de la actividad legislativa;
- Conforme a ellos se estructura el proceder o la actuación válida de la Administración y aquello que deben exigir su aplicación los administrados. Son el soporte básico del ordenamiento, prestando a éste toda su significación;
- Son criterios de interpretación de sus disposiciones, por la necesaria congruencia entre ellos como criterios generales y las normas concretas. Inspiran al operador de las normas dictadas conforme a ellos;
- Integran la ley, en los casos en que sea necesario, cuando no existe norma;
- Tienen un carácter enunciativo, no descarta la concurrencia de otros que puedan ser consecuencia del desarrollo de la disciplina que regula la actuación de la autoridad o que impulse el propio legislador;
- Sirven de filtro purificador, cuando existe una contradicción entre estos principios y determinadas normas que quieran aplicarse al sistema especial de al que aquellos se refieren;
- Suelen servir como diques de contención ante el avance disfuncional de disposiciones legales correspondientes a otras ramas o especialidades del derecho. Sirven como valla defensiva contra la invasión de otras legislaciones relativas a materias diversas y que no guardan relación con el sistema regulado;
- Actúan como cuña expansiva para lograr el desarrollo, fortalecimiento y consolidación de las técnicas, medidas y regulaciones propias o adecuadas para el ensanchamiento de la especialidad;
- Fortalecen el valor de la seguridad jurídica de todo el ordenamiento, ya que su explicitación sirve de constatación de las razones que han tenido los jueces para resolver un caso en un determinado sentido, impidiendo de esta manera la sola discrecionalidad;
- Tienen una capacidad propia, heurística: para resolver problemas interpretativos de las leyes y de los simples actos en vista de una solución; inventiva: para organizar o descubrir combinaciones nuevas; organizativa: para ordenar actos heterogéneos, cambiantes y hasta contradictorios de la vida jurídica; son ellos los que prestan a ésta su dinamicidad característica, su innovación y su evolución, y
- Recreadora de normas obsoletas (Néstor A. Cafferatta, El Principio de Prevención en el Derecho Ambiental, Summa Ambiental, Tomo I, AbeledoPerrot, 2011, Buenos Aires, Argentina, página 273).

Tales razonamientos, la existencia de un profuso conjunto de normas en el derecho comparado y estudios de especialistas que sería largo enunciar permiten llegar a la

conclusión que el derecho público regula la responsabilidad del Estado en general y de la Administración en particular. Derecho que no se puede desconocer, por el contrario todas las autoridades e individuos de nuestro país deben respetar, pues en el estado actual de las cosas hay un derecho que resulta vinculante y perentorio para las autoridades nacionales, entre ellas para los tribunales.

3°.- Que la existencia de los principios generales del derecho, han sido recogidos por múltiples sentencias de nuestros tribunales, incluso con carácter supra constitucional. El Tribunal Constitucional de nuestro país en su sentencia de 21 de Diciembre de 1987, Rol N° 46, considerando 21: "Que de lo expuesto en las consideraciones anteriores se infiere con nitidez que el ordenamiento institucional estructurado por la Constitución de 1980 descansa sobre ciertos principios y valores básicos, entre los cuales cabe señalar (...): la libertad del hombre, que los derechos fundamentales de la persona humana son anteriores y superiores al Estado y la Constitución, razón por la cual no los crea sino que los 'reconoce y asegura'; que el Estado en cumplimiento de su finalidad propia, cual es promover el bien común, debe darles segura y eficaz protección (...); que el ejercicio de la soberanía que se realiza por el pueblo y por las autoridades que la Constitución establece reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y, en fin, que nadie puede ser condenado por hechos anteriores a las norma jurídica que establece la pena" (considerando 19°); "que todos estos principios se encarnan en disposiciones concretas de la Carta Fundamental como son, entre otros, los artículos 1°, 4°, 5°, inciso segundo, y 19, en especial su número 3, inciso séptimo" (considerando 20°); y "que estos preceptos no son meramente declarativos sino que constituyen disposiciones expresas que obligan a gobernantes y gobernados tanto en si mismas, como también, en cuanto normas rectoras y vitales que coadyuvan a desentrañar el verdadero sentido y espíritu del resto de las disposiciones de la Constitución" (considerando 21°).

4°.- Que en el caso en estudio, los antecedentes reunidos permiten tener por justificados diferentes hechos que han sido calificados de ilícitos; calificación que se impone, además, por cuanto constituyen deberes de los funcionarios médicos y paramédicos del Hospital Naval de Talcahuano atender y velar por la salud de los pacientes otorgándoles los cuidados que según su patología y gravedad requieran.

5°.- Que sobre la base de tales antecedentes de hecho y de derecho, los sucesos a que se refiere la presente causa tienen la connotación necesaria para ser calificados como generadores de responsabilidad, puesto que se refieren a negligencias en que incurrió una dependiente del Hospital Naval en el ejercicio de sus funciones respecto de una

paciente internada en dicho establecimiento asistencial, a su cuidado, lo que importa una evidente falta de servicio.

Corresponde igualmente dejar asentado, que la referencia a los regímenes de responsabilidad claramente establecidos en la actualidad, son producto de un mayor desarrollo de nuestro país, que ha terminado por concretar lo que ha sido reconocido por la jurisprudencia con anterioridad, de forma tal que no se trata solamente de aplicar esta normativa, sino que, además, los principios que la inspiran, los que han estado vigentes conforme al desarrollo de nuestra cultura jurídica, sin perjuicio de considerar que las normas de derecho público rigen in actum, especialmente las constitucionales, entre las que se encuentra el inciso segundo del artículo 38 de la Carta Fundamental.

6°.- Que respecto de la naturaleza del derecho subjetivo cuya declaración se demanda, en primer término integra la teoría de la responsabilidad del Estado en general y de la Administración en particular, es el denominado contencioso subjetivo o de declaración de derecho. En efecto, la unificación de la responsabilidad integra instituciones aparentemente disímiles, pero que aglutina la referencia común a la lesión originada por la Administración a los particulares, que en algunos casos se expresa de un modo específico de acuerdo a la forma como se ha producido esta lesión. Resulta que de este modo se constituye la garantía integral del patrimonio privado frente a la acción de la Administración, cualquiera sea la actuación desarrollada por ésta. A lo que se atiende es al hecho que se ocasiona daño al patrimonio de los administrados, sin exclusiones. "Llegar a esa conclusión, en principio tan obvia, que impone, por tanto, la formulación de un principio de resarcimiento de todos los daños causados por el funcionamiento de la Administración, no ha sido, sin embargo, tarea fácil, ni en nuestro propio Derecho, ni en el panorama general del Derecho comparado" (García de Enterría, obra citada, página 358). Siguiendo al autor citado se puede decir que la importancia de esta concepción está en el cambio de paradigma, pues la óptica radicaré no ya en responsabilidad de quien causó el daño, si se quiere en una reparación por vía de sanción, sino que observando o considerando el patrimonio de la persona lesionada. "La responsabilidad pasará así a convertirse en un mecanismo que se pone en funcionamiento sólo si y en la medida en que se haya producido una lesión patrimonial en el sentido propio a resultas de la acción u omisión de la Administración." "El concepto de lesión se convierte de este modo en el auténtico centro de gravedad del sistema" (obra citada, página 378), que en el caso de nuestro país resulta más exigente, puesto que se requiere que la persona sea "lesionada en sus derechos por la Administración del Estado".

Se encausa así la responsabilidad del Estado que tiene por causa el actuar de sus autoridades y funcionarios, en

que su objeto es la reparación integral del daño ocasionado.

De acuerdo a la teoría general de la responsabilidad, tan importante como lo anterior es determinar el factor de imputación, puesto que será resarcible la lesión de derechos, en la medida que no deba soportarla quien la ha sufrido, por existir una causa de exención, justificación o extinción de responsabilidad. Este principio de protección y garantía de la persona y del patrimonio del administrado, del que parte la cláusula general de responsabilidad de la Administración, corresponde precisamente a ésta, la autoridad, acreditar dichas causas de exclusión. De otra manera resulta ineludible disponer todas las medidas tendientes a la restauración, entre las que se encuentra la reparación indemnizatoria, pero con caracteres generales, que incluya todo daño, el que corresponderá precisamente determinar, mediante la individualización correspondiente.

Al haberse determinado que la acción que se reclama sea reparada, la lesión está precisada, por lo que solamente corresponde individualizar el daño y su valoración, que en el presente caso se ha dejado indicada con plena claridad, como, además, se la ha cuantificado por los jueces de la instancia. Ante tales antecedentes procede la plena indemnización del daño ocasionado, sin perjuicio de dejar a salvo toda otra forma de reparación que se desee impetrar de la Administración. Esta forma de entender la responsabilidad de la Administración constituye un paso adelante en la teoría general que la contempla.

El profesor García de Enterría expresa que la jurisprudencia española ha desarrollado el principio de la referencia, citando al efecto la sentencia de 24 de julio de 1989, que expresa que debe tenerse en cuenta "que el principio de prohibición de la interpretación contra cives obliga a buscar la más favorable a la subsistencia de la acción, máxime cuando se trata de acciones personales" (obra citada, página 431).

7°.- Que establecida la responsabilidad del Estado por daños de carácter patrimonial a las personas, en nuestro país la jurisprudencia ha tenido una labor determinante, pero mesurada. Se ha radicado la observación principalmente del Estado Administrador, pero no se debe ignorar la responsabilidad del Estado Legislador y del Estado Juez, como también la responsabilidad internacional del Estado.

Continuaremos con el análisis respecto del Estado Administrador.

En efecto, no obstante seguir en la doctrina civilista a la doctrina francesa, no ocurre lo mismo en lo relativo a la responsabilidad con un carácter permanente, observando iniciales esfuerzos, pero que, con motivo de la norma del artículo 87 de la Constitución Política del Estado de 1925 que dispuso: "Habrá Tribunales Administrativos, formados con miembros permanentes, para resolver las reclamaciones que se interpongan contra actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas y cuyo

conocimiento no esté entregado a otros Tribunales por la Constitución o las leyes. Su organización y atribuciones son materia de ley", se produjo un retroceso, debiendo evolucionar tanto la legislación como la jurisprudencia desde la irresponsabilidad del Estado, la responsabilidad particular establecida por ley y hasta llegar a la aceptación sin prevenciones de ésta. El problema actual es el régimen que se ha implantado en nuestro país. Todos sostienen que se trata de un sistema de responsabilidad de Derecho Público, puesto que se rige por principios propios, la distinción se encuentra en los extremos que importa esta afirmación, puesto que unos la observan desde la perspectiva de las personas, del administrado, y otros desde la Administración. Luego se abordan los requisitos de la responsabilidad difiriendo en el factor de imputabilidad. Aquellos exigen o demandan solamente la existencia de un daño o lesión en los derechos respecto del administrado, excluyendo la mirada respecto del comportamiento de la Administración y los segundos la incluyen. Surge aquí la conceptualización de la responsabilidad de la Administración como una organización, que corresponde investigar en cuanto a su funcionamiento y la forma en que entrega el servicio que presta a los administrados. Surge la noción de falta de servicio (faute de service), pero esta también produce divergencias. Simplificando el problema - podrá decirse que inmotivadamente - se plantea desde una perspectiva sustancial y procesal, puesto que es necesario conceptualizar este módulo de imputación y determinar en qué parte radica su acreditación. Una concepción objetiva dirá que existe un deber de cuidado general de la Administración, por el innegable carácter de garante que tiene en el sistema jurídico y en la relación con los particulares, como también por un componente de responsabilidad ética, política y de bien común, a lo cual se agrega su deber de solidaridad y respeto de la dignidad de todas las personas, por lo que dicho deber de cuidado impone un comportamiento normalmente diligente que se refleja en no dañar a quienes sirve, a las personas en general y los administrados en particular. Esta misma concepción radica en la Administración la carga de probar que no le asiste responsabilidad en el daño al ajustarse a un actuar normal. La diferencia entre la concepción objetiva de la responsabilidad y la concepción objetiva de la falta de servicio está en que en la primera responde de todo daño y debe probar una eximente de responsabilidad, pues incluso le corresponde asumir los daños por la actividad lícita. Sin embargo, en la segunda acreditando un comportamiento normal, en concreto, corresponde excluir su responsabilidad. En definitiva en la falta de servicio objetiva no se abandona su conceptualización, pero se impone a la administración que acredite que su obrar fue diligente.

La teoría de la falta de servicio subjetiva recurre a la noción de funcionamiento defectuoso del obrar de la Administración, único evento en el que responde, pero en este caso corresponde al administrado que ha sido dañado probar el defecto en el obrar de la Administración tanto por acción como por omisión, surgiendo diferentes conceptualizaciones al efecto. Se extrema esta concepción de la falta de servicio subjetiva, puesto que algunos, exigen no solo se acredite un obrar defectuoso objetivamente constatable, sino que ha existido culpa en el obrar que ocasionó el daño. Extremando aún más las cosas se recurre a la noción de culpa del derecho privado, pero se agrega incluso el llamado a las normas de la legislación civil para regir la situación concreta, en especial el Código Civil, tanto en disposiciones sustanciales generales y particulares, como en el régimen que regula la prescripción.

8°.- Que para quien suscribe este parecer la responsabilidad del Estado y del Estado Administrador en particular arranca de los artículos 1°, 2°, 4°, 5°, 6°, 7°, 38 de la Constitución Política de la República, 4° y 42 de la Ley 18.575. El análisis queda radicado en las normas legales, puesto que el de cualquier falta de correspondencia o antinomia con las normas constitucionales, en el caso concreto, escapa a la competencia y análisis del derecho aplicable por cuanto la Ley 18.575 fue dictada con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1980. Es así como el artículo 1° de la mencionada ley establece el ámbito de aplicación y luego dispone el artículo 4° que el "Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones". Quien suscribe este voto particular, por la enunciación de los párrafos 1° y 2° del Título II de la Ley 18.575, como por las materias de que trata, entiende que igualmente se aplica el artículo 42 a las reparticiones excluidas en el inciso segundo del artículo 21, según se ha indicado con anterioridad. Es así como el artículo 42, en correspondencia con el artículo 4°, dispone que los "órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio". En todo caso, de estimarse excluida de aplicación de esta norma, debe regirse por el artículo 4°, el que singularmente, sin el complemento del artículo 42, podría entenderse que establecería una responsabilidad objetiva derivada únicamente de constatar un derecho lesionado que ocasione daños al administrado, circunstancia que corresponde descartar.

Estas disposiciones son las que regulan legalmente la responsabilidad general del Estado Administrador.

En la historia de la Ley 18.575 publicada por la Biblioteca del Congreso Nacional (www.bcn.cl http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl) consigna los siguientes antecedentes:

I.- En el Mensaje del Ejecutivo la responsabilidad se entiende que es civil y por falta de servicios, expresando: "Más adelante el título V, también con avanzado criterio administrativo, determina que la Administración Pública deberá actuar por propia iniciativa en cumplimiento de sus funciones, salvo que la ley exija la petición previa de un interesado o cuando se trate de hacer uso del derecho de petición o reclamo."

"Complementaria de la norma anterior es aquella incluida en el artículo 33, que hace responsable, civilmente, al Estado y a las personas jurídicas que lo integran, por la falta de servicios en que pueda incurrir."

"Asimismo, el inciso segundo, responsabiliza civilmente a los funcionarios por los perjuicios que ocasionen mediante sus actuaciones constitutivas de falta personal." (Página 12)

El proyecto contempla la siguiente disposición: "ARTICULO 33.- El Estado y las personas jurídicas que integran la Administración Pública serán responsables civilmente por la falta de servicio cometida en su actividad jurídica o material."

"Los funcionarios serán civilmente responsables de los perjuicios que ocasionaren por su actuación constitutiva de falta personal."

II.- En el informe la Secretaría de Legislación de la Junta de Gobierno expresa: "La disposición consagra el principio de responsabilidad del Estado por "falta de servicio", así como la responsabilidad personal de los funcionarios, por su falta personal. Resulta indispensable, al efecto, definir los conceptos de "falta de servicio" y de "falta personal", siendo útil considerar, para perfilar la primera de estas nociones, el criterio del legislador en la vigente Ley Orgánica de Municipalidades -decreto ley N° 1.289, de 1976-, en su artículo 62, inciso final, que prescribe: "La responsabilidad extracontractual procederá principalmente para indemnizar los perjuicios que sufran uno o más usuarios de los servicios municipales cuando éstos no funcionen, debiendo hacerlo, o lo hagan en forma deficiente.".

"Cabe señalar que la doctrina y la jurisprudencia francesas han establecido lo que se entiende por "falta de servicio público", disponiendo, al efecto, que la hay cuando el servicio público no funciona debiendo funcionar; cuando funciona, pero funciona mal, o cuando funcionando bien, lo hace en forma tardía." (Página 68).

III.- En el informe de la Primera Comisión Legislativa se indica: "1.- Conforme a la ley N° 17.983 y al respectivo acuerdo de la Junta de Gobierno, este Comandante en Jefe viene en formular las observaciones al proyecto de ley orgánica constitucional sobre bases de la Administración Pública.

a) Con el objeto de abordar en una forma más completa el estudio de esta ley orgánica constitucional este Comandante en Jefe dispuso se analizarán comparativamente

los textos del Mensaje y de la Comisión de Estudios de las leyes orgánicas constitucionales. Lo anterior explica la incorporación en el texto sustitutivo que se acompaña, de normas contenidas en el proyecto de la referida Comisión de Estudios.

b) Para encabezar el proyecto se acogió el criterio seguido por la Comisión Especial en cuanto a establecer un primer título que consigne los principios generales que deben orientar la organización y funcionamiento de la Administración del Estado. Ello porque, a juicio de este Comandante en Jefe se trata de la primera ley de esta naturaleza que rige en nuestro país y que debe cumplir, por lo mismo, con una finalidad de orientación general. A los principios de la jerarquía, unidad, responsabilidad y eficiencia se han agregado los principios de probidad y control.

c) En lo que se refiere a la actividad de la Administración del Estado, se complementa lo relativo a las responsabilidades civil del Estado y de las personas jurídicas que integran la administración, definiendo lo que debe entenderse por falta de servicio y salvando el derecho de éstos de repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta de personal, consignándose finalmente la responsabilidad solidaria de los órganos de la Administración y del funcionario que resulte responsable." (Pág. 91 y 92).

Específicamente se incorpora el siguiente "Artículo 3°: El Estado será responsable por los daños que los órganos de la Administración produzcan en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que hubiere causado el daño" (Pág. 94 Primera Comisión Legislativa).

La moción sustitutiva incorpora igualmente el "Artículo 52: El Estado y las personas jurídicas que integran la administración serán siempre responsables civilmente por la falta de servicio cometida en su actividad jurídica o material, sin perjuicio de su derecho de repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal."

"En todo caso, el órgano de la Administración y dicho funcionario serán solidariamente responsables."

"Se entiende por falta de servicio la no prestación de este, debiendo efectuarse, o su prestación en forma deficiente o tardía." (Pág. 108).

IV.- En el Informe de la Cuarta Comisión Legislativa se indica: "Artículo 4° Esta disposición corresponde al artículo 33 del proyecto del Ejecutivo, con meras adecuaciones formales, derivadas de la nueva estructura del proyecto, y se refiere al principio de la responsabilidad del Estado por los daños que causen los órganos de la Administración.

Cabe hacer presente que no se utilizó la expresión "responsables civilmente", a fin de evitar confusiones con la responsabilidad civil consagrada en el Código Civil." (Pág. 164 Informe Cuarta Comisión Legislativa).

Luego respecto del artículo 45, se señala: "Esta es una de las disposiciones de mayor trascendencia del proyecto y corresponde al artículo 33 del Ejecutivo, porque está consagrando una nueva idea de responsabilidad que sólo tiene precedente positivo en la Ley de Municipalidades. Se trata de la responsabilidad objetiva del Estado, derivada de la falta de servicio. Si bien en el artículo 4° del proyecto ya se habla de la responsabilidad general del Estado por los daños que causen sus órganos, esta norma se refiere a un aspecto más concreto aun. Detrás de ella hay toda una fundamentación importante, en cuanto favorece la posición del administrado frente a la Administración, de manera que se traduzca en un medio eficaz para resarcirlo de los daños que le puedan causar los servicios de la Administración."

"En consecuencia, se consagra en este artículo un criterio nuevo de responsabilidad, que no es el tradicional de la responsabilidad subjetiva basada en el dolo a la culpa de un denominado funcionario, sino que atiende a un elemento objetivo que es la falta de servicio público. De manera que acreditando el afectado que un servicio público no ha funcionado, debiendo hacerlo, o que ha funcionado de modo tardío o deficiente, y probar que a raíz de lo anterior se le ha causada un daño, está en situación de exigir indemnización de parte del Estado. Se trata de un concepto que tiene su origen en el derecho francés, y es la concreción de una serie de elementos que tienen un largo desarrollo en el Derecho Administrativo. El artículo fue dividido en dos incisos a fin de dejar claramente establecido que la existencia de esta responsabilidad objetiva, no obsta a que el Estado pueda repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal, si se diera el caso."

"Por otra parte, se desestimó la posibilidad de definir la falta de servicio, pues ello podría provocar dificultades en la aplicación de esta norma. Se ha considerado más conveniente dejar entregado a la jurisprudencia la determinación de cuando se configura la "falta de servicio", pues son numerosos y complejos los casos en que tal situación puede producirse." (Págs. 175 y 176 del Informe de la Cuarta Comisión Legislativa).

La doctrina y la jurisprudencia han adoptado diversas posiciones en torno a esta nueva responsabilidad. Sin embargo, de acuerdo a los antecedentes enunciados se pueden establecer algunas premisas básicas:

a.- La responsabilidad como principio general. La responsabilidad se establece como un principio general que orienta también ampliamente la organización y funcionamiento de la Administración del Estado. Es así que se hace referencia "al principio de la responsabilidad del Estado por los daños que causen los órganos de la Administración".

b.- Sistema general de responsabilidad. La Administración debe observar el principio de

responsabilidad, puesto que el Estado "será responsable por los daños que causen" sus órganos. Se regula directa y particularmente el principio de responsabilidad de los órganos de la Administración en "ejercicio de sus funciones", sin desconocer que puedan existir otros sistemas. Expresamente se hace referencia al principio general de "responsabilidad del Estado", el cual tiene lugar "por los daños que causen los órganos de la Administración".

c.- Concepción pro administrado y distinta de la existente. Si bien el proyecto habla de la responsabilidad general del Estado por los daños que causen sus órganos, se refiere a un aspecto más concreto aun, puesto que detrás de ella hay toda una fundamentación importante, en cuanto favorece la posición del administrado frente a la Administración, de manera que se traduzca en un medio eficaz para resarcirlo de los daños que le puedan causar los servicios de la Administración.

d.- Se consagra un nuevo sistema de responsabilidad. En el Mensaje del Ejecutivo la responsabilidad se entiende que es civil y por falta de servicios. A lo anterior se agrega que en un principio la responsabilidad es extracontractual. Posteriormente se la considera simplemente como responsabilidad civil del Estado. Por último se deja expresa constancia que no se utiliza la expresión "responsables civilmente", a fin de evitar confusiones con la responsabilidad civil consagrada en el Código Civil, por lo que se entiende que no se rige por esta normativa, con la cual no puede vincularse. Se "está consagrando una nueva idea de responsabilidad que sólo tiene precedente positivo en la Ley de Municipalidades".

e.- Responsabilidad funcionaria. Extiende la responsabilidad a los funcionarios, a quienes responsabiliza civilmente por los perjuicios que ocasionen mediante sus actuaciones constitutivas de falta personal. Posteriormente se expresará que es el Estado el que repetirá en contra del funcionario, de manera que es el Estado el cual responde de manera directa y principal. Se establece la responsabilidad solidaria entre Administración y funcionario, pero, en definitiva solo es el Estado el que podrá repetir en contra del funcionario, sin que el particular tenga acción directa en su contra.

f.- Nuevo Sistema de responsabilidad.

1.- Se establece un criterio nuevo de responsabilidad, que no es el tradicional de la responsabilidad subjetiva basada en el dolo a la culpa de un denominado funcionario, sino que atiende a un elemento objetivo que es la falta de servicio público. En este sentido se la considera "claramente" como un sistema de responsabilidad objetiva. Se la califica como "responsabilidad objetiva del Estado, derivada de la falta de servicio".

2.- En un principio considera útil la noción de falta de servicios comprendida en la Ley de Municipalidades, esto es

cuando los servicios "no funcionen, debiendo hacerlo, o lo hagan en forma deficiente".

3.- Por la referencia a la definición francesa y luego como texto del proyecto al concepto de falta de servicios se incorpora la noción de un correcto funcionamiento, pero tardío.

4.- Por último, se desestimó la posibilidad de definir la falta de servicio, pues ello podría provocar dificultades en la aplicación de esta norma. Se ha considerado más conveniente dejar entregado a la jurisprudencia la determinación de cuando se configura la "falta de servicio", pues son numerosos y complejos los casos en que tal situación puede producirse.

5.- Solamente se exige "que acreditando el afectado que un servicio público no ha funcionado, debiendo hacerlo, o que ha funcionado de modo tardío o deficiente, y probar que a raíz de lo anterior se le ha causada un daño, está en situación de exigir indemnización de parte del Estado".

6.- La responsabilidad se extiende tanto a la actuación administrativa de carácter jurídica y material, como aquella requerida, previa petición del interesado o desarrollada por la Administración Pública por propia iniciativa en cumplimiento de sus funciones.

7.- La responsabilidad que se regula puede estar generada por el Estado, como por las personas jurídicas que lo integran.

9°.- Que clarificados los presupuestos de la Responsabilidad del Estado Administrador, la definición de mayor entidad se encuentra en la opción del legislador por el factor de imputación, el que lo sitúa en la falta de servicio, excluyendo toda posibilidad de reconducción al Código Civil, adicionar exigencias relacionadas con el dolo o culpa del funcionario que actuó, como al establecimientos de negligencia, imprudencia, impericia e inobservancia de reglamentos por parte de la administración o el funcionario. Del mismo modo, con tal definición excluye la posibilidad de exigir la individualización del funcionario, solamente debe acreditar la conducta del servicio, pues es de él quien reclama, además de carecer de acción en contra del funcionario, el cual resulta indiferente en su identidad y determinante en su conducta, pero como expresión de la actuación de toda la Administración o del servicio en particular.

De esta forma, más que enunciar situaciones particulares integrantes de la noción de falta de servicio, ella corresponde a toda acción u omisión de la administración de la cual se generan daños para el administrado y en que ha existido una falla de cualquier orden en el servicio. Se pretende restringir la responsabilidad exigiendo un patrón de comparación adicional de normalidad, para situar la apreciación del factor de imputabilidad en concreto y no en abstracto. Se acude así a dos factores diversos. Por una parte se toma el criterio de normalidad del sistema que solamente exige la

prueba que el daño sea producto de la actuación de la Administración, debiendo ésta probar las causales de exclusión producto de su actuar normal o exento de reproche y del mismo modo que el daño sufrido por el particular queda comprendido dentro del que debe soportar normalmente una persona que viva en sociedad, puesto que la administración no se ha apartado de un comportamiento apropiado, mediano o estándar. Por otra, se acude a la noción de falla o falta de servicio, constituida simplemente como un defecto objetivo en el obrar, exenta de aspectos subjetivos, tales como equivocación, desacierto, incorrección, etc.

Ante un defecto en el obrar se podrá argumentar que no se atendió adecuadamente un requerimiento por no existir las condiciones técnicas o humanas, sin embargo, corresponde ponderar si en un servicio público moderno es factible que esas condiciones deban estar disponibles para actuar correctamente, aspecto que importará decidir si es o no factible prescindir de ellas. Esa es la determinación inicial, ante una acción u omisión que origina daño a un administrado se debe precisar si la administración actuó, no lo hizo o lo hizo en forma tardía. El sólo hecho de no actuar o hacerlo de manera tardía es suficiente para establecer la falta de servicio de la Administración, su defensa se radicará en la ausencia de otros de los presupuestos de la responsabilidad. Cuando la Administración actuó, se investigará o mejor dicho se comparará ese actuar con el exigido a un servicio moderno, conforme a los recursos técnicos y humanos con que debe contar.

No corresponde en este nuevo sistema de responsabilidad hacer aplicación de las normas de los artículos 2314 y 2315 del Código Civil. "Cabe hacer presente que no se utilizó la expresión "responsables civilmente", a fin de evitar confusiones con la responsabilidad civil consagrada en el Código Civil" se indica textual y expresamente en el Informe de la Cuarta Comisión Legislativa (página 164).

"En consecuencia, se consagra en este artículo un criterio nuevo de responsabilidad, que no es el tradicional de la responsabilidad subjetiva basada en el dolo a la culpa de un denominado funcionario, sino que atiende a un elemento objetivo que es la falta de servicio público", como también lo indica expresamente el Informe de la Cuarta Comisión Legislativa (página 175).

De esta forma, "acreditando el afectado que un servicio público no ha funcionado, debiendo hacerlo, o que ha funcionado de modo tardío o deficiente, y probar que a raíz de lo anterior se le ha causada un daño, está en situación de exigir indemnización de parte del Estado", lo deja consignado el legislador en sus argumentaciones y fundamentos al aprobar la norma respectiva (página 176 del Informe de la Cuarta Comisión Legislativa).

Afirmar una doctrina diversa importa sostener o afirmar un sistema de responsabilidad del Estado Administrador diverso al consagrado en los artículos 4° y 42 de la Ley 18.575, por todo lo cual corresponde desestimar el recurso de casación en el fondo.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro señor Escobar y de la prevención su autor.

Rol N° 8044-2010.-

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sr. Héctor Carreño S., Sr. Pedro Pierry A., Sra. María Eugenia Sandoval G., y el Ministro Suplente Sr. Juan Escobar Z. No firma, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Ministro señor Pierry por estar con feriado legal. Santiago, 04 de septiembre de 2012.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a cuatro de septiembre de dos mil doce, notifiqué en Secretaria por el Estado Diario la resolución precedente.