Premio "Tribunal Constitucional" 2016

LA FALTA DE SERVICIO COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN RESPECTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO ADMINISTRADOR

Esteban Germán Carmona Quintana

CUADERNOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL • NÚMERO 64, AÑO 2016

Premio “Tribunal Constitucional” 2016

Premio "Tribunal Constitucional" 2016

LA FALTA DE SERVICIO COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN RESPECTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO ADMINISTRADOR

Esteban Germán Carmona Quintana

CUADERNOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL • NÚMERO 64, AÑO 2016

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Teléfono [56-2] 721 92 00 • Fax [56-2] 721 93 03
Huérfanos N° 1234, Santiago Centro, Santiago de Chile
secretaria@tcchile.cl
www.tcchile.cl

Cuadernos del Tribunal Constitucional

Inscripción N° 273.854
Derechos Reservados
Diciembre de 2016

Director de Publicaciones
Cristián García Mechsner

Primera edición
300 ejemplares

Diseño e impresión
versión | producciones gráficas ltda.

A mi abuelo.
Tus enseñanzas son mi base,
y tus historias ahora me guían.
Gracias por aquellos valores,
que me regalaste durante tus días.

ÍNDICE

Resumen 13

introducción 15

CAPÍTULO I
ASPECTOS GENERALES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO EN QUE ESTÁ INSERTA LA FALTA DE SERVICIO

1. Características del Derecho Administrativo Chileno 19

1.1. El Derecho Administrativo Chileno 19

1.2. De los llamados "Privilegios de la Administración" 23

1.3. Principios que rigen el Derecho Administrativo: El principio de Servicialidad y la Promoción del Bien Común 27

2. El Estado es Responsable por las acciones y omisiones que ocasionen daño a los particulares 30

2.1. Concepto de Responsabilidad 31

2.2. La Responsabilidad del Estado Administrador 33

2.2.1. Teoría de la Responsabilidad Objetiva del Estado 36

2.2.2. Teoría de la Responsabilidad Subjetiva del Estado 41

2.2.3. ¿Coexistencia de ambos regímenes? 47

2.2.4. Otras posiciones respecto a la responsabilidad del Estado Administrador 49

2.2.5. Explicación de nuestra postura para efectos de este trabajo 51

2.2.6. Supletoriedad del Código Civil en los casos de responsabilidad por actos de la Administración 58

CAPÍTULO II
ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO ADMINISTRADOR Y CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD

1. Elementos de la Responsabilidad del Estado 63

1.1. Elementos Subjetivos 63

1.1.1. Los Sujetos 64

A) El Sujeto Activo 64

B) El Sujeto Pasivo 65

1.2. Elementos Objetivos 70

1.2.1 Acción u Omisión 70

A) Acción de la Administración 70

a) La actividad jurídica 71

b) La actividad material 72

B) Omisión o Inactividad de la Administración 74

a) Inactividad Formal 75

b) Inactividad Material 78

1.2.2. Daño 81

1.2.2.1. Requisitos del daño 81

1.2.2.2. Tipos de daño 83

A) Daño Patrimonial 83

a) Daño emergente 84

b) Lucro cesante 84

B) Daño Extrapatrimonial 84

a) Evolución del concepto de daño moral 85

b) Problemas del daño morl 88

i) Procedencia del daño moral 88

ii) Prueba del daño moral 89

iii) Reparación del daño moral 91

iv) La intrasmisibilidad del daño moral 93

1.2.3. Relación de Causalidad 96

1.2.3.1. Teorías que explican el presupuesto de la causalidad 97

A) Teorías empíricas 97

i) Teoría de la equivalencia de las condiciones (condictio sine qua non) 97

ii) Teoría de la causa adecuada 98

iii) Teoría de la causa próxima 98

B) Teorías normativas 99
1.2.3.2. Prueba del nexo causal 99
1.2.3.3. Distorsiones de la relación causal 102
A) El hecho de la víctima 102
B) El caso fortuito o fuerza mayor 107
C) El hecho de un tercero 112
1.2.4. Criterio de Imputación 115

2. Características Generales de la Acción de Responsabilidad 119
2.1. El Procedimiento 119
2.2. La Prueba 123
2.3. La Prescripción de la Acción 125
2.3.1. Tesis de la Imprescriptibilidad 125
2.3.2. Tesis de la Prescriptibilidad 127
2.3.3. Respecto a los casos de violaciones a los Derechos Humanos 132
2.3.4. Cómputo del plazo 139

CAPÍTULO III
LA FALTA DE SERVICIO COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO ADMINISTRADOR

1. Breve referencia al origen de la Falta de Servicio 141
1.1. La Falta de Servicio en el Derecho Francés 141
1.2. Recepción de la Falta de Servicio en el ordenamiento jurídico chileno 146

2. Aproximaciones al concepto de Falta de Servicio 149
2.1. Conceptos desde la doctrina nacional 150
2.2. Conceptos desde la jurisprudencia nacional 154
2.3. Clasificación de la Falta de Servicio según Michel Paillet 157

3. Características de la Falta de Servicio 158
a) No es necesario identificar al funcionario que la provocó 158
b) Debe ser probada 159
c) Su calificación es una cuestión de derecho 160
d) En ocasiones se requiere que la falta sea grave 161
e) Es un factor que se aprecia de forma concreta y no de manera ideal 162
f) Debe ser analizada de forma independiente y no en relación a los posibles usuarios del servicio 164
g) Para configurarla debe existir una infracción a un deber legal 166

h) En materia hospitalaria debe haber existido una infracción a la Lex Artis 176

4. La Falta de Servicio y la Falta Personal 169

4.1. La Falta Personal desvinculada del servicio 169

4.2. La Falta Personal vinculada al servicio 172

4.2.1. En "función" del servicio 173

4.2.2. Con "ocasión" del servicio 175

4.3. La acción de repetición en favor del Fisco 178

5. Consolidación de la Falta de Servicio como criterio de atribución general. La uniformidad del sistema de responsabilidad extracontractual del Estado Administrador 184

5.1. Aplicación de la Falta de Servicio a las actuaciones de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública 184

5.1.1. Jurisprudencia relevante 188

5.1.2. Críticas y comentarios en relación a esta construcción normativa 193

5.2. El abandono de los criterios de responsabilidad sin falta en la jurisprudencia nacional 197

5.2.1. Criterio del Sacrificio Especial 198

5.2.1.1. Jurisprudencia nacional que ha aplicado este criterio 202

5.2.1.2. Doctrina que rechaza la aplicación del criterio "sacrificio especial" y de sus fundamentos 205

5.2.1.3. El quiebre jurisprudencial 209

5.2.2. Criterio del Riesgo Creado 215

5.2.2.1. Requisitos doctrinarios del riesgo para comprometer la responsabilidad del Estado 216

5.2.2.2. Clasificación del riesgo en el derecho comparado 217

a) Responsabilidad por el "riesgo peligro" 217

b) Responsabilidad por "riesgo provecho" 218

c) El "riesgo álea" 218

5.2.2.3. La responsabilidad por riesgo en nuestro país 218

5.3. Nuestro análisis 226

CAPÍTULO IV
REACCIONES Y PROYECCIONES EN TORNO A LA FALTA DE SERVICIO

1. Críticas y reacciones en torno a la Falta de Servicio como criterio de imputación 230
1.1. Respecto a la Falta de Servicio como criterio de atribución 230
1.2. Respecto a la Falta de Servicio como concepto 237

2. Discusiones parlamentarias entorno al concepto de la Falta de Servicio 239

3. Remedios al problema de la carga probatoria respecto a la Falta de Servicio 242
3.1. Presunciones de Falta de Servicio 242
3.1.1. ¿Qué son las presunciones? 242
3.1.2. Tipos de presunciones 244
a) Presunciones legales 245
b) Presunciones judiciales 246
3.1.3. Casos de presunciones de Falta de Servicio en Chile 248
3.2. La carga dinámica de la prueba 256
3.3. La iniciativa probatoria del juez 260

4. El sistema español de responsabilidad, ¿el modelo a seguir? 263
4.1. Aspectos generales del sistema español 264
4.2. Normalidad, Anormalidad y Falta de Servicio 268
4.3. Críticas al sistema de responsabilidad español 271

Conclusiones 277

Bibliografía 283

RESUMEN

El presente trabajo tiene como principal objetivo abordar una importante institución del Derecho Público chileno, la cual está inserta dentro de una materia algo abandonada en términos legislativos, hablamos de la responsabilidad del Estado por actuaciones de sus órganos Administrativos, pero especialmente respecto a uno de los elementos configuradores, la Falta de Servicio. Ante la carencia normativa, esta obra pretende, con ayuda de las diversas posiciones doctrinarias locales y la jurisprudencia emanada, principalmente, de nuestro máximo tribunal; examinar qué es lo que sucede en el escenario nacional cuando se enfrentan procesalmente dos contendores de evidente disparidad; la Administración y el administrado.

La Falta de Servicio, criterio de origen francés pero adoptado ya como propio por nuestra doctrina jurídica; ha tomado un interesante o, quizás para algunos, inesperado rumbo en nuestro ordenamiento jurídico. Imponiéndose en primer lugar, dentro del sistema subjetivo de responsabilidad que regirá sin discusión los casos de este contencioso administrativo general, para luego sortear la convivencia con otras instituciones y constituirse hoy en el único criterio de atribución de responsabilidad en el derecho administrativo.

Si bien esta obra es descriptiva y explicativa de una realidad jurídica, no desaprovechamos la oportunidad para desarrollar la temática un poco más a fondo. Es por esta razón que, además de analizar las características fundamentales de este presupuesto, señalaremos también sus virtudes y defectos, para luego así contribuir desde un punto de vista crítico, tomando desde luego en consideración las reacciones de los juristas locales y el desarrollo jurisprudencial, lo cual demuestra a todas luces que el sistema es perfectible.

En la difícil tarea de conciliar intereses tan contrapuestos, pero a la vez tan relevantes, como el derecho de la víctima a una justa reparación

o un acceso eficaz al proceso, y la labor del Estado en evitar demandas temerarias o infundadas que reduzcan las significativamente el erario público; propondremos –hacia los apartados finales– la incorporación de elementos que ayudarán a mejorar nuestro actual régimen.

INTRODUCCIÓN

Las personas como sujetos dignos de protección jurídica son titulares tanto de derechos como de obligaciones, muchas normas del ordenamiento interno así lo disponen. Estos sujetos de igual manera pueden sufrir menoscabos de relevancia, los cuales provienen tanto de otros individuos como de personas jurídicas; dentro de las cuales por supuesto, se encuentra la propia Administración Pública.

Durante un largo período de la historia el Estado no fue responsable frente al ciudadano, así lo declaraba la vieja premisa en el derecho inglés "*The king cannot wrong*", la cual nos revela que el aparato público se encontraba en una verdadera situación de privilegio. De esta manera, todos aquellos actos emanados del soberano tenían un alto grado de aceptación; por tanto, aquellas decisiones sólo podían constituir un beneficio para el súbdito más nunca un menoscabo, de tal manera eran obedecidas sin reproche. Esto no sólo ha ocurrido en el ámbito administrativo, sino también claramente respecto de la responsabilidad del Estado Legislador, por cuanto todas las decisiones deliberadas dentro de un órgano colegiado con representatividad soberana, no podrían imaginarse como vulneratorias. En definitiva, la ley, norma fundamental y sacrosanta –como tempranamente propició la doctrina francesa– representó la más absoluta manifestación de la voluntad popular y a cuya sujeción correspondía todo tipo de órgano, incluyendo la temida figura del juez; por tanto no podía equivocarse y, con ello, cualquier posibilidad de indemnización frente a un posible daño quedaba de plano descartada.

En el desarrollo del Siglo XX, como resultado de las grandes guerras mundiales que dejaron en evidencia el tímido constitucionalismo de principios de la centuria; se hizo necesario avanzar más allá de una mera declaración de principios e instituir normas que reflejaran una protección efectiva de los derechos fundamentales y a su vez de la propia institucionalidad local, precaviendo situaciones de beligerancia o au-

totutelas en general; dando relevancia a la solución de conflictos por medio del proceso través de tribunales con las competencias suficientes para conocer y pronunciarse respecto de aquellas controversias. En este orden de ideas también se reconoció expresamente que el Estado podía vulnerar los preceptos y derechos contenidos en la Constitución. Para precaver aquello, era menester establecer claros límites dentro de la propia norma fundamental y sujetar a los poderes del Estado a estatutos de responsabilidad por sus actuaciones.

Así en nuestro ordenamiento jurídico, clave han sido los principios dispuestos en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, los cuales constituyen el buscado límite al actuar de los órganos, en tanto éstos tienen la obligación de mantenerse dentro de sus competencias específicas pues todo aquello que exceda la norma será sancionado por el derecho. Existirá responsabilidad del Estado Administrador, toda vez que se provoque un perjuicio a un particular derivado de una actuación irregular de un órgano público. Sin embargo, adelantamos al lector que, además de identificar la intervención dañosa de este poderoso agente, la responsabilidad extracontractual a la cual dedicaremos el presente estudio, deberá configurarse mediante la procedencia de otros elementos que también serán desarrollados en esta investigación.

Importante es para nuestro análisis la redacción del artículo 38 de la Constitución Política de la República en su inciso segundo: "*Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño*". Esta norma ha provocado un gran debate a nivel doctrinario, quizás uno de los más interesantes del Derecho Público chileno, el cual aparentemente hoy parece superado. Hablamos que para algunos autores este artículo constituye una verdadera regla de responsabilidad de la Administración, pues establecería una real garantía indemnizatoria para el afectado, la cual opera cuando se logre probar por la víctima, la "lesión" en algunos de sus bienes jurídicos, con fundamento en las acciones u omisiones de carácter lícitas o ilícitas derivadas del órgano. Esta teoría, como veremos, conforma la doctrina de la responsabilidad objetiva del Estado, cuyo mayor precursor en Chile es el profesor Eduardo Soto Kloss.

Por otra parte, hay quienes estiman que esta norma está lejos de constituir una regla de responsabilidad, sino más bien tiene como fin consagrar un principio mediante el cual se establece la competencia de los tribunales ordinarios de justicia para conocer de estos casos. Así, la carencia de elementos haría imposible la regulación de un sistema en concreto. Esta

postura es a la que adhieren aquellos autores que proponen la sujeción a un régimen de responsabilidad subjetiva; por cuanto será posible que una ley fije los otros parámetros no contemplados por la Constitución, entre ellos, la prescriptibilidad de la acción y los criterios de imputación.

Será parte del presente trabajo el desarrollo de la anterior discusión doctrinaria; de esta forma, dedicaremos parte del primer capítulo a describir los puntos fuertes de cada una de aquellas posturas, para lo cual hemos acudido en consulta a una completa variedad de referencias y autores que representan o defienden estas tesis. En este mismo orden de ideas, consideramos oportuno analizar el escenario jurídico actual, para ello sintetizamos el parecer de los sentenciadores nacionales en la resolución de este contencioso de plena jurisdicción, los cuales han manifestado ser claros partidarios de una de estas posiciones y que son replicadas recurrentemente dentro de los considerandos centrales.

En el segundo capítulo, realizaremos un análisis de los presupuestos de la responsabilidad en Chile. Para ello, nos remitiremos en parte a nuestra legislación común para esbozar y explicar los aspectos más fundamentales de cada elemento, adecuándolos desde luego al ámbito público. En este marco nos hemos propuesto citar abundante jurisprudencia atingente a cada temática, para así otorgar una perspectiva más didáctica a la obra; permitiendo al lector entender a cabalidad las particularidades o aristas de las instituciones y también del sistema en que se enmarcan.

Es así como llegaremos al concepto de "Falta de Servicio", el cual se alza como el criterio de atribución de responsabilidad expresamente contemplado por nuestro ordenamiento jurídico (en distintas disposiciones) en relación a la responsabilidad del Estado Administrador. Respecto a éste estudiaremos someramente su origen y posterior recepción normativa en nuestro país; analizaremos su discutido alcance, observaremos algunas de sus más importantes características expuestas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Veremos también cuál es la influencia que tiene la falta o culpa personal del funcionario que integra la Administración en los daños producidos a una determinada persona y cuáles han sido las soluciones para evitar la indefensión del lesionado.

Luego, desarrollaremos uno de los aspectos más discutidos en torno a la Falta de Servicio y que en gran medida debe la relevancia que ha mostrado durante los últimos años. De acuerdo a esto, explicaremos cómo es que esta institución se ha sabido abrir camino frente a otros dos grandes criterios de atribución que, dicho sea de paso, no han corrido con la misma suerte. Este estudio abarcará el análisis de casos muy connotados y trascendentes, donde los jueces explican los razonamientos de fondo que sustentan la actual situación jurídica. Sin embargo, también

hemos considerado las reacciones críticas de distintos autores nacionales, quienes se han manifestado tanto a favor como en contra de aquellas decisiones jurisprudenciales.

Frente a los posibles problemas que genera la aplicación de este elemento al caso concreto y dada la falta de depuración de nuestro sistema de responsabilidad pública en general; es que el último capítulo de esta memoria será destinado a esbozar algunas proyecciones y soluciones jurídicas a los vacíos, carencias o injusticias que presenta la institución.

La elección de un tema tan controversial, se debe a la necesidad de esclarecer, profundizar, esquematizar y actualizar estas materias, que si bien no suelen ser de tanta curiosidad para el estudiante de pregrado, sin duda constituye un gran aporte a nuestra formación académica. Como se ha enunciado en el primer párrafo de estas líneas introductorias, el fondo de todo este asunto gira en torno a la persona; la cual es el fundamento del establecimiento de un orden jurídico y la razón de la formación del Estado. Observaremos que unos de los principios modernos del Derecho Administrativo dice relación con la servicialidad; axioma que nos provoca la idea de un Estado con un rol activo, el cual nos otorga parámetros claros y normativas adecuadas a los tiempos en que vivimos; cuestión que además de darnos certeza jurídica respecto a nuestras relaciones sociales, nos ayuda en el bienestar común, nos enriquece como nación y permite la búsqueda de nuevos estándares.

La gran variedad de actividades que desempeñan los órganos de la Administración, aumenta las posibilidades de que nos encontremos en la posición de víctima por causa de una actuación u omisión del servicio. Desde los accidentes que usualmente ocurren en bienes nacionales de uso público por su mala mantención o falta de inspección, pasando por los daños médicos ocasionados por no seguir los protocolos de rigor, hasta los menoscabos producidos por una falta de los funcionarios en el cumplimiento de un servicio público o con "ocasión de éste"; constituyen realidades que no debemos considerar lejanas o excepcionales dentro de la esfera la vida pública. Las demandas contra el Fisco crecen día a día, los bienes jurídicos involucrados suelen ser de gran importancia, así como también las sumas pretendidas a título reparatorio constituyen altos montos que, desde luego, importan un sacrificio no menor de las arcas públicas. Nuestra tarea aquí es bastante difícil pero a la vez relevante. Debemos forjar un sistema que satisfaga plenamente los intereses del afectado, esto es, que permita el mejor futuro de su pretensión en el proceso, sin trabas ni cargas innecesarias; pero sin olvidar conciliar los intereses del Estado en cuanto permita a éste el mejor desarrollo de las actividades cuyo beneficio somos destinatarios directos.

CAPÍTULO I

ASPECTOS GENERALES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO EN QUE ESTÁ INSERTA LA FALTA DE SERVICIO

1. Características del derecho administrativo chileno

Es menester, antes de estudiar a fondo la Falta de Servicio, describir el contexto en que esta institución está inserta. Es por ello que consideramos necesario analizar de manera muy resumida las principales características de nuestro Derecho Administrativo, cuestión que nos será de mucha utilidad para lograr entender posteriormente el tratamiento del concepto que es materia de este estudio dentro de la orgánica nacional.

1.1. El Derecho Administrativo Chileno

El Derecho Administrativo encuentra su origen histórico en Europa a partir del año 1789 con el hito de la revolución francesa, en virtud de lo cual se producirá un quiebre en el modelo clásico que, hasta ese entonces, reconocía la existencia de un poder perpetuo e indivisible concentrado en la figura absolutista del monarca. La conocida fórmula propuesta por Montesquieu acerca de la separación de poderes, conduciría a que en el viejo continente se observara el desarrollo y participación de distintos órganos que ejercerían luego el poder ejecutivo, legislativo y judicial, asimilándose la Administración al órgano ejecutor de la ley. Cabe agregar que nuestro país es heredero de la doctrina continental, por lo que las características originarias de este derecho aún pueden ser visualizadas, evidentemente temperadas con matices, bajo el esquema de un Estado Constitucional de Derecho.

Tradicionalmente se ha dicho que una de las principales y/o más clásica característica de esta rama del derecho es su contraposición con el derecho civil, puesto que sus fundamentos y razones atienden a contenidos distintos. Por una parte en el derecho común el principio rector será el de la autonomía de la voluntad, donde el individuo podrá realizar no solamente todo aquello que la ley permita sino que también todo aquello que la ley no prohíba, otorgando una inmensa esfera de acción que tiende a la creación de las más variadas relaciones jurídicas. Por otro lado la Administración reconoce como uno de sus pilares fundamentales el principio de legalidad de los actos, lo que reduce y a la vez delimita claramente sus competencias.

El profesor Rolando Pantoja define en primera instancia al Derecho Administrativo como "el conjunto de normas y principios que estudia y regula a la administración, concretamente a la Administración del Estado o Administración Pública"[1]; agrega también en su obra[2] que constituye "una disciplina de Derecho Público interno que estudia el conjunto de normas y principios reguladores del ser y del actuar de los servicios públicos"[3]. Sin embargo, es propio mencionar que una corriente doctrinal sustancial aparece para criticar esta concepción organicista de la rama del derecho, considerándola anticuada y superada por los tiempos modernos, la cual pone ahora en análisis primordial el papel tutelar del Derecho Administrativo respecto de los administrados. Es así que para autores como Eduardo Soto Kloss y Gustavo Fiamma Olivares, el Derecho Administrativo será una disciplina del Derecho Público interno cuyo objeto es "garantizar los derechos y libertad del administrado, de los particulares antes la Administración, la libertad del ciudadano frente a la autoridad, constituye un régimen administrativo tutelado judicialmente"[4]

---

[1] Pantoja Bauzá, Rolando. (2008). "El Concepto de Derecho Administrativo Chileno", Apuntes de la cátedra de Derecho Administrativo, otoño 2008, Facultad de Derecho Universidad de Chile. Pág. 9.

[2] Ibídem Pág. 16.

[3] El profesor Pantoja señala que la mayoría de los autores y administrativistas chilenos han optados por definir esta rama del derecho por su objeto, es decir, la Administración del Estado, por lo que la caracterizan como "Administración Organización" que atiende por lo tanto al punto de vista orgánico. Sin embargo dicho autor advierte que la Administración Pública posee otras dos dimensiones que es menester recordar: Administración – Función, esto es, como una de las actividades esenciales que realiza el Estado ante la sociedad y por último como Administración – Gestión, es decir, la forma en que se manejan los distintos recursos que están a su disposición para la realización de los fines públicos.

[4] Ibídem pág. 27-28.

Ahora bien, el profesor Rolando Pantoja va un poco más allá y, en consideración a lo establecido en el primer capítulo de nuestra Carta Política, –relativo a las Bases de la Institucionalidad bajo una óptica constitucional democrática de los derechos fundamentales del individuo– estima que una apropiada acepción del concepto en el derecho chileno del siglo XXI se aproxima a lo siguiente: "Derecho Administrativo es el conjunto de normas y principios de Derecho Público interno que regula todas aquellas situaciones y relaciones jurídicas en que es parte la Administración Pública, concebida como una función del Estado orientada a prestar servicios públicos y a promover el desarrollo del país, social, cultural y económico, y el desarrollo humano, espiritual y material, de sus habitantes"[5].

Es propio en este apartado analizar de forma general y somera, algunas de las características más importantes de nuestro Derecho Administrativo; de esta forma y siguiendo al profesor Rolando Pantoja, identificamos: ser un derecho original, de naturaleza potestativa, de interpretación restrictiva y de aplicación formal.

En primer lugar, se señala por el autor que el Derecho Administrativo chileno es un derecho original, esto significa que consiste en una disciplina jurídica que cuenta con sus propias normas y principios, que "no reconoce relación de especialidad respecto del derecho común o general"[6]. En este orden de ideas, el profesor cuestiona la supletoriedad del Código Civil respecto de esta rama del derecho, por ser conocido como un derecho eminentemente general y supletorio de otras disciplinas. Estima sin embargo, que en esta materia no lo es, pues según se desprende del artículo 4° de dicho cuerpo normativo[7] "no existe disposición alguna que pueda ser compatible con la naturaleza de las organizaciones y relaciones que regula el Derecho Administrativo, y sus mención al Código del Ejército y Armada hay que entenderlo en el contexto de lo que es su ámbito de gestión"[8]. Para el referido, el Derecho civil no regula ni aun de forma supletoria la organización o actuación de las autoridades del Estado ya que éstas son privativas del Derecho Público, teniendo

---

[5] Ibídem pág. 35.

[6] Pantoja Bauzá, Rolando Enrique. (2007). "El Derecho Administrativo: Concepto, Características, Sistematización, Prospección", Pág. 87.

[7] **El artículo 4° del Código Civil** señala: "Las disposiciones contenidas en los Códigos de Comercio, de Minería, del Ejército y Armada, y demás especiales, se aplicarán con preferencia a las de este Código". El profesor Rolando Pantoja estima sin embargo que cuando el artículo señala Ejército y Armada no podemos entenderlo como sinónimo de "público".

[8] Pantoja Bauzá, Rolando Enrique. (2007). "El Derecho Administrativo: Concepto…" Cit. Pág. 88.

referencia el derecho civil a materias de relaciones de orden patrimonial primordialmente.

En segundo lugar, otra de sus características es ser un derecho de naturaleza potestativa, lo que en definitiva va a diferenciarlo notoriamente del *ius civile,* toda vez que éste último se caracteriza por la existencia de particulares y realización de voluntades que son la piedra angular, lo anterior "conforme a un ordenamiento jurídico erigido sobre la permisividad"[9]. En cambio la rama del Derecho Público, identifica una esfera de subordinación donde en definitiva la Administración dispondrá de prerrogativas o potestades públicas[10] que en pos del bien común, colocarán al Estado por sobre otros sujetos del derechos[11]. Tendrá entonces la Administración del Estado, la facultad de dictar actos de poder a través de los cuales realiza la función que le es propia; cuyo marco en este caso es el principio de Legalidad en contraposición al principio de la Autonomía de la Voluntad presente en las relaciones entre particulares.

Siguiendo con la exposición, el autor agrega que el Derecho Administrativo es un derecho de interpretación restrictiva, esto es, que su "alcance no admite ser establecido por vía extensiva o analógica"[12]. El Estado y su personalidad ficta, no pueden exceder por ningún motivo el marco de acción que señala el artículo 7° inciso 2° de la Constitución Política de la República, por tanto la autoridad "está sometida al principio de legalidad que la constriñe a actuar siempre *secundum legem*"[13]. Tema aparte es la discusión que se suscita respecto de la posibilidad de utilizar o no las reglas de interpretación contenidas en el título preliminar del Código Civil, ya que para algunos iuspublicistas, no serían acordes con los principios que emanan de la disciplina pública, sin embargo para la mayoría no contradeciría las máximas de la hermenéutica contenidas en el artículo 19 y siguientes del Código de Bello.

Como última particularidad, el Derecho Administrativo es un derecho de aplicación formal, lo que dice relación con la existencia y presupuesto de un procedimiento para la posterior aplicación de sus normas o reglas. Así mismo, éstas deberán estar revestidas de las solemnidades que exijan las correspondientes disposiciones legales. Es así como se ha señalado: "El Derecho Administrativo tiene, pues, una aplicación for-

[9] Ibídem Pág. 93.

[10] El profesor Pantoja define las Potestades Administrativas como "poderes jurídicos impositivos de acción que permiten a las autoridades alcanzar los fines que les ha encomendado el ordenamiento positivo". Op cit. Pág. 97.

[11] Ídem.

[12] Ibídem Pág. 98.

[13] Ídem.

mal, en la medida que las normas que constituyen su ser proposicional sólo pueden ser válidamente puestas en movimiento por medio de decretos supremos, tratándose del Jefe de Estado, o de resoluciones, en el caso de las demás autoridades, distintas del Presidente de la República, y sometidos a la tramitación prevista en el ordenamiento jurídico".[14]

1.2. De los llamados "Privilegios de la Administración"

Uno de los aspectos controvertidos que se presentan en el estudio de esta rama del derecho es el relacionado con las potestades o privilegios de la Administración. Se debe recordar y hacer presente nuevamente, que el Derecho Administrativo trata de un derecho específico en el que interviene un actor especial, como es, la Administración Pública[15], sujeto jurídico distinto al que podemos encontrar en una relación normalmente regulada por el derecho común. El fundamento de estas prerrogativas está dado por el fin último de la satisfacción del interés público; sin embargo ésta no ha sido la única justificación presente en la historia. Hacemos presente que este derecho ha mostrado una continua evolución desde su proceso de formación hasta nuestros días; ejemplo de ello lo constituye parte de la doctrina nacional en la década del 70, que estimó que nuestra organización administrativa era un aparato subordinado a los agentes privados y por lo tanto sus funciones no podían afectar los derechos de éstos, especialmente los de índole económico.[16]

Con el pasar de los años, las bases de esta rama fueron reestructuradas y se establecieron nuevos principios más acordes con la realidad internacional, los que serán vistos de manera sucinta en un siguiente apartado. Sin embargo de lo antes dicho, para algunos autores seguirían a salvo algunos de los axiomas primigenios, lo que reafirma que este derecho posee un notorio carácter potestativo, cuestión que según el profesor Juan Carlos Ferrada es "uno de los rasgos identificadores de este régimen administrativo de inspiración francesa".[17]

Entendemos por potestades de la Administración del Estado, "los poderes jurídicos extraordinarios que no detentan otros sujetos que integran el ordenamiento" "poder jurídico que comparte las características propias de todo el poder público estatal, del que la Administración

[14] Ibídem Pág. 103.
[15] Ferrada Bórquez, Juan Carlos. (2007). "Las potestades y privilegios de la Administración Pública en el régimen Administrativo Chileno". En Revista de Derecho, Vol. XX N°2 Diciembre 2007. Pág. 70.
[16] Ibídem pág. 74.
[17] Ibídem pág. 75.

del Estado forma parte, particularmente su sometimiento estricto al Derecho, su servicio a los intereses generales y su carácter unilateral y coactivo"[18].

Revisaremos a continuación y de forma somera, algunos de estos privilegios para entender a cabalidad la controversia que crea las posibles relaciones jurídicas del Estado con el individuo. En primer lugar encontramos a la potestad reglamentaria, la cual en palabras simples consiste en un poder excepcional de creación de normas[19] las cuales no sólo regulan a los órganos de la propia Administración, sino que también a todas las personas; potestad que tiene como fundamento principal, al menos referido al Presidente de la República, nuestra Constitución Política de la República en sus Artículo 24 y 32 inciso 6°[20]. Una segunda potestad que podemos identificar es la potestad sancionadora y al igual que los tribunales de justicia, puede mediante ella el Servicio imponer penas a los individuos en el caso de infracción de ciertos deberes jurídicos; encontrando su asidero ya no directamente de nuestra Carta Fundamental sino que en las distintas normas administrativas. Hoy se ha reconocido por la doctrina mayoritaria, plena eficacia a través de la reconstrucción y atenuación de las normas del derecho penal.[21]

Ahora respecto a los privilegios propiamente tales encontramos; en primer lugar, la presunción de legalidad de los actos de la administración que implica "desplazar sobre los particulares la carga de impugnar el acto administrativo, evitando que éste se considere consentido"[22], en definitiva implica un quebrantamiento al derecho fundamental de igualdad formal y material respecto de la persona humana, ya que es ésta quien debe probar en juicio que la norma no se adecúa al ordenamiento jurídi-

[18] Ibídem pág. 76.

[19] Ibídem pág. 78.

[20] **El artículo 24 de la Constitución Política de la República** señala: "El gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado. Su autoridad se extiende a todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República, de acuerdo con la Constitución y las leyes. El 21 de mayo de cada año, el Presidente de la República dará cuenta al país del estado administrativo y político de la Nación ante el Congreso Pleno". **El artículo 32 de la misma Carta Política dispone en su inciso 6°**: "Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la único ejecución de las leyes".

[21] Ibídem pág. 80.

[22] Ibídem pág. 81.

co. Este privilegio tiene un fundamento legal, el cual se encontramos de forma expresa en el artículo 3° de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos.[23] En relación a este privilegio, el profesor Soto Kloss lo considera como un resabio "absolutista"[24], de carácter abiertamente inconstitucional, el cual afecta los derechos fundamentales que emanan de la dignidad humana y que no se ajusta a un gobierno republicano moderno. Así las cosas, los efectos de este privilegio son básicamente dos. En primer término se puede vislumbrar una alteración en la carga probatoria favorable a la Administración, esto es, el acto una vez tomado de razón por el órgano contralor, posee una especie de manto o esfera protectora, que sólo podrá ser desvirtuada por la contra parte (ejemplo una persona afectada por tal decisión) con una prueba de peso, lo cual sin lugar a dudas hace más gravoso el accionar del individuo frente al aparato estatal. En segundo lugar, hay un efecto interesante, esta presunción a la vez no puede ser desconocida por la Administración, por tanto entraría en pugna con la potestad invalidatoria de los actos que ésta dicta[25].

Otro de los más conocidos es la figura del *solve et repete* o "pague y luego repita", lo que constituye para muchos, una barrera a los reclamos administrativos toda vez que impone al afectado el pago previo de la sanción o una parte de ésta para poder así acceder a la jurisdicción; en definitiva redundaría en un claro atentado contra uno de los derechos fundamentales más importantes para la convivencia social, como lo es el derecho de acudir al juez[26]. Si bien es un aspecto que puede parecer abiertamente contradictorio al texto de la Constitución, es sin embargo una cuestión que debe analizarse caso a caso; por esta razón el Tribunal Constitucional de nuestro país ha dicho que esta figura "no es per se" contraria a la Carta Fundamental, sino que lo será una vez que en términos abstractos impida efectivamente el acceso a la justicia de las personas[27].

---

[23] **El artículo 3° inciso 8° de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos** dispone: "Los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa, salvo que mediare una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional".

[24] Soto Kloss, Eduardo. (2010) "Sobre la pretendida presunción de legalidad de los actos administrativos: otro resabio de monarquías absolutas". En Gaceta jurídica, N°. 366. Pág. 7.

[25] A juicio del autor "ni siquiera so pretexto de que la administración se habría equivocado y serían ilegales". Ibídem. Pág 11.

[26] Ibídem. Pág. 7.

[27] Ferrada Bórquez, Juan Carlos. (2007). Op. Cit. Pág. 86.

Se han mencionado algunos de los más importantes privilegios de la Administración, advirtiendo desde ya que hemos olvidado otros, pues el objetivo de este acápite sólo es demostrar el desequilibrio que existe entre los órganos de la Administración, poseedores de prerrogativas y privilegios otorgados por las distintos cuerpos normativos y, por otro lado, el individuo. En este escenario de desigualdad se hace necesaria la existencia de un eficaz sistema de frenos y contrapesos, propio de todo Estado Constitucional de Derecho, además de un conjunto de derechos y garantías que resguarde realmente a los individuos de los eventuales excesos de los órganos en el uso de estas potestades exorbitantes.

A estas alturas el lector ya podrá haber formulado al menos alguna de las siguientes interrogantes: ¿Es necesario en la actualidad dotar al Estado de prerrogativas de tal magnitud? ¿Son eficaces los resguardos o mecanismos que posee el individuo para accionar conforme a la vulneración de sus intereses?

Respondiendo a la primera pregunta, estimamos que es necesaria la mantención de privilegios junto con la imperiosa reestructuración de algunos, pues son indispensables para conseguir los fines que persigue todo Estado, entre otros, la satisfacción de los intereses comunes; cuestión que sin duda alguna se puede logar de una manera eficaz mediante una fuerte Administración Pública.

En cambio, es en la segunda interrogante donde debemos detenernos un poco más. Adelantamos que nuestro ordenamiento jurídico carece de un sistema contencioso administrativo estructurado, en su reemplazo, existe gran cantidad de procedimientos especiales destinados a resolver asuntos específicos a cargo de órganos con competencias limitadas. Dentro de este contexto, el cual peca por no disponer de un procedimiento general de solución de conflictos administrativos más que el juicio ordinario civil de lato conocimiento, el Recurso de Protección se ha transformado, en la práctica, en una solución temporal respecto a estas materias[28]. Sin embargo y acertadamente, se estima por parte de los autores nacionales como una salida inidónea pues sólo otorga una ventaja adicional a la Administración, lugar en dónde dichas prerrogativas se vuelven irresistibles para cualquier ciudadano; la naturaleza misma de esta acción explica el porqué (ya volveremos sobre ello). Frente a lo anterior, el profesor Juan Carlos Ferrada manifiesta la urgente necesidad de establecer en nuestro derecho una justicia administrativa eficaz, la cual debe tener como característica principal, ser una justicia de tipo caute-

[28] Ibídem Pág. 89.

lar[29], lo que implica la habilitación de los jueces para poder dictaminar medidas innominadas en estos procedimientos, así mismo, realizar una interpretación extensiva de las contenidas en el Código de Procedimiento Civil[30] y no sólo limitar su actuar a la orden de no innovar.

Este último punto es muy importante para nuestro trabajo, pues el criterio de la Falta de Servicio para algunos se presenta como una figura internalizada para potenciar la actividad de los órganos y asegurar su impunidad frente a eventuales daños. Es decir, se constituiría en la práctica como otro privilegio más, pero esta vez más oculto dentro del proceso, ya que entre otras cosas, impondría una carga excesiva a la víctima que haría irrealizable su legítima pretensión. Razón de ello, es que resulta necesario un estudio crítico acerca de los procedimientos judiciales en que participan la Administración y los individuos, para proponer correcciones que tiendan al deseado equilibrio de los actores. No dedicaremos a ese estudio en el último capítulo de este trabajo.

1.3. Principios que rigen el Derecho Administrativo: El principio de Servicialidad y la Promoción del Bien Común

Previo a tratar el importante y contemporáneo principio denominado de la "servicialidad", se esbozarán brevemente algunos de los más conocidos principios de nuestro Derecho Administrativo y que la doctrina los ha considerado como clásicos.

En primer lugar tenemos el principio de Autoridad; mediante el cual nuestro ordenamiento reconoce al órgano público la facultad de mandar, disponer e incluso obligar a terceros, ya sean personas naturales o jurídicas, incluso contra la voluntad de los mencionados cuando manifiesten resistencia a los actos que dictamina la Administración, todo lo anterior en pos de la satisfacción de un fin que es el interés general o bien común. Cómo veíamos en el apartado anterior, el Servicio es poseedor de potestades que son verdaderos poderes jurídicos que permiten a éste mandar o prohibir; cuyo correlato se encuentra en la limitación a no deseables desviaciones o abusos en el fin, cuestión que para algunos

---

[29] Ibídem Pág. 90.

[30] **El artículo 290 del Código de Procedimiento Civil** dispone: "Para asegurar el resultado de la acción, puede el demandante en cualquier estado del juicio, aun cuando no esté contestada la demanda, pedir una o más de las siguientes medidas: 1 El secuestro de la cosa que es objeto de la demanda; 2 El nombramiento de uno o más interventores; 3 La retención de bienes determinados; y 4 La prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados". Sin embargo, de la lectura de la obra del autor en comento, se puede inferir que éstas medidas no serían del todo suficiente, principalmente por su verdadero contenido.

autores está contenido en el artículo 1° inciso 4° de nuestra Carta Fundamental, en tanto cuanto el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es contribuir al bien común.

El conocido principio de Legalidad, el cual preferimos denominar más bien como principio de Juridicidad, dice relación en primer lugar, con la sujeción a las normas jurídicas y a la observación estricta de las leyes. Además de las normas constitucionales ya conocidas, este principio se encuentra presente en el artículo 2° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado[31]. En segundo lugar, dando un gran paso en la evolución del Derecho Público en general, dice también relación con la razonabilidad de las decisiones o actos y el respeto de los derechos de las personas. Un tercer principio, el de la Responsabilidad, nos indica que la Administración está obligada a responder por los daños o perjuicios que ha ocasionado con sus acciones u omisiones a los particulares; dada la relevancia y conexión de este tópico con el tema propuesto se analizará en un apartado especial posteriormente.

Ahora profundizaremos en uno de los principios rectores del Derecho Público moderno y que cobrará vital relevancia cuando analicemos los diversos escenarios en que se enfrentan la Administración Pública y el ciudadano. El llamado principio de Servicialidad es considerado por algunos autores como la "razón de ser del Estado"; el profesor Claudio Moraga por ejemplo, nos indica que las metas que puede tener un determinado Estado pueden ser variadas y a la vez cambiantes con el tiempo, más sin embargo podrá solamente existir un fin, el cual será "el servicio a la persona humana promoviendo el bien común.[32]Lo anterior manifiesta que el Estado no existe ni puede existir para su utilidad propia, ya que éste es considerado por la teoría política como un medio de desarrollo de las personas.

La génesis de nuestra Constitución ha tomado para sí los paradigmas del Estado Constitucional con profundo respeto y promoción de los derechos fundamentales del individuo en todas sus generaciones; lo que de alguna forma viene a representar la sociedad actual en que vivimos,

---

[31] **El artículo 2° de la Ley 18.575** señala: "Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes".

[32] Moraga Klenner, Claudio. (2001). "Principios esenciales de rango constitucional que deben observar los órganos del estado: Apuntes de la catedra de derecho administrativo". Santiago de Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho. (Inédito) Pág. 1.

aquella que ha superado las individualidades y tiende por tanto más bien a una interdependencia social. Para el profesor Rolando Pantoja, este principio viene a reflejar la filosofía que inspira nuestra Carta Política, dentro de una concepción que se basa en el valor del ser humano con miras a un objetivo social de desarrollo espiritual y material de éste.[33]

En las discusiones de la Comisión de Estudio para la Nueva Constitución, uno de los temas de relevancia fue la aprobación del actual artículo 7° de la Carta Fundamental, el que en definitiva plasmaría el principio de legalidad o juridicidad respecto no sólo los órganos del Estado sino que también de toda otra entidad o persona. Se planteó por un momento integrar a este artículo una referencia a la buena fe en el actuar de los órganos, pues se estimaba como un presupuesto más que necesario para evitar las extralimitaciones o desviaciones en los actos públicos. Así las cosas y por un momento se aceptó adoptar el siguiente precepto: "Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma y con los requisitos que prescribe la ley. La buena fe es siempre requisito de los actos de autoridad". Sin embargo, ésta referencia fue eliminada, por considerar que el actual artículo 1° inciso 4° del mismo cuerpo normativo ya comprendía este principio jurídico[34].

Artículo 1° inciso 4° de la Constitución Política de la República

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

Como ya hemos reseñado, la inclusión del principio de Servicialidad, la finalidad del bien común y la referencia a la buena fe, han tenido como uno de sus principales objetivos dentro de la técnica jurídica, no dar un contenido neutro a la Constitución, es decir, favorecer a que ésta no se transforme en una mera programación de normas y regulación de órganos estatales. Por el contrario, se ha estimado necesario cristalizar los valores mediantes los cuales la sociedad de nuestro país se siente actualmente identificada. El profesor Pantoja destaca que la interpretación de este principio de la buena fe no sólo se extiende al campo del Derecho Público, es más, ya era conocido como uno de los pilares fundamen-

[33] Pantoja Bauzá, Rolando Enrique (1998) "La organización administrativa del Estado", Santiago, Chile: Jurídica de Chile. Pág. 211.

[34] Ibídem. Pág. 217.

tales de las ramas civiles, pero hoy se constituye como una máxima de todo el derecho en general. De esta forma dicho autor señala: "más que establecer el principio de la buena fe en el campo público, vino a cerrar un circuito hasta entonces inconcluso en el derecho chileno, reconociendo que la buena fe tiene natural plenitud de cobertura en todo el ámbito del derecho nacional, con efectos obligatorios y vinculantes".[35]

Algunas de las expresiones tangibles del principio en comento han sido, entre otras, la descentralización, la creación de servicios públicos, de los consejos, de los fondos y de otros organismos por ejemplo a nivel local, cuyo primordial objetivo es permitir la satisfacción de las distintas necesidades públicas a través de medios idóneos, alcanzando así a todos los individuos en las diferentes instancias nacionales; cuestión que a la vez incentiva la participación de los ciudadanos en las actividades de la Administración transformándolos verdaderamente en los protagonistas de la vida social.

En resumen y en virtud de lo anteriormente expuesto, cuando nos referimos a que el Estado está al "servicio de la persona humana", hablamos no sólo del respeto hacia los derechos fundamentales consagrados en la Carta Fundamental, sino también que la actividad realizada por la Administración dentro de la esfera de sus competencias, deba estar destinada a satisfacer necesidades públicas de manera eficaz, oportuna e idónea, manteniendo desde luego el cuidado de ser distribuida de manera igualitaria evitando las discriminaciones arbitrarias.[36]

2. El Estado es Responsable por las acciones y omisiones que ocasionen daño a los particulares.

En este punto analizaremos que el Estado es responsable de ciertas actuaciones u omisiones que generan un perjuicio en los particulares. Para llegar a ello, revisaremos las características principales de la responsabilidad extracontractual civil que ha servido de base para la construcción de una disciplina aplicable a la Administración. Desde ya, adelantaremos que en nuestro país la responsabilidad del Estado por actos emanados de la Administración Pública, en profunda relación con el actual curso de la jurisprudencia y legislación, es del tipo subjetiva. Se agrega que su principal (o único) criterio de atribución corresponde a la Falta de Servicio, objeto de nuestro estudio.

[35] Ibídem. Pág. 219.
[36] Moraga Klenner, Claudio. (2001). Op cit. Pág. 2.

2.1. Concepto de Responsabilidad

Para comenzar, resulta conveniente precisar qué ha entendido la doctrina nacional respecto del concepto "responsabilidad", de esta forma estaremos en condiciones de estudiar las particularidades que toma la institución dentro la disciplina del Derecho Público.

El profesor Arturo Alessandri señala que la responsabilidad en sede civil es definida por su resultado y no por un fundamento de culpabilidad como se ha hecho en otras disciplinas, este resultado es el daño que se ha producido en una determinada persona, por tanto; responsabilidad puede definirse, según el referido, como "la obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra"[37]. De lo anteriormente expuesto podemos concluir, que el elemento imprescindible para hablar de responsabilidad es el daño y así lo ha dispuesto nuestro Código Civil en los artículos 1437 y 2314[38], el profesor Alessandri, en este orden de ideas, enfáticamente reitera que "sin daño no hay responsabilidad"[39].

Para Hernán Corral, el concepto de responsabilidad va necesariamente unido al de libertad, pues sólo una voluntad libre será capaz de representar sus comportamientos, de esta forma, se define como "la necesidad efectiva o eventual en que se encuentra una persona de hacerse cargo de las consecuencias gravosas de un acto que se le atribuye como propio"[40]. Para el profesor Enrique Barros, el derecho de la responsabilidad va a establecer criterios y requisitos para que los daños sean normativamente atribuidos al tercero que los ha provocado, y de esta forma se justifique el acceso a la reparación de la víctima[41]. No debemos olvidar que ante todo vivimos en sociedad, por tanto estamos expuestos a nume-

---

[37] Alessandri Rodríguez, Arturo. (2005). "De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno". Santiago, Chile. Jurídica de Chile. pág. 13.

[38] **El artículo 1437 del Código Civil** señala: "Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos sujetos a patria potestad". **El artículo 2314 del mismo cuerpo normativo** dispone: "El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito".

[39] Alessandri Rodríguez, Arturo. (2005). Pág. 14.

[40] Corral Talciani, Hernán. (2002). "Lecciones de responsabilidad civil extracontractual". Santiago, Chile. Jurídica de Chile. Pág. 13.

[41] Barros Bourie, Enrique Gustavo. (2006). "Tratado de responsabilidad extracontractual". Santiago de Chile, Jurídica de Chile. Pág. 16.

rosos riesgos y en atención a ellos será menester determinar cuáles son los no estamos en condiciones de tolerar.

La responsabilidad y sus fundamentos han evolucionado de forma lenta en la historia. En una primera etapa podemos decir que prevalecía un carácter netamente objetivo puesto que tenía como base primordial la venganza privada, esto significa que "la víctima de un daño no entra a averiguar su causa, ni si el daño es o no imputable a su autor"[42], en definitiva se constituye como la traducción de la vieja ley del talión. En etapas más evolucionadas de la vida en sociedad, se va a superar el concepto de venganza para dar paso a los acuerdos, en un primer momento "voluntarios", que consistían en una suma de dinero convenida libremente por las partes, y en un segundo momento "legales" donde intervenía el Estado en determinados conflictos a modo de asegurar la paz social, fijando los montos compensatorios. Una última etapa, con la figura de un Estado fuerte, se considera que estas actuaciones constituyen ilícitos que afectan la paz pública, por lo que ahora es éste órgano el encargado de reprimirlos en nombre de la sociedad. Aquí la participación del individuo lesionado se reduce a la denuncia y a la reclamación de la justa indemnización por el daño, cuestión que no tiene el carácter de pena, sino que cumple un fin reparatorio[43].

El gran desarrollo que ha tenido a lo largo del tiempo el concepto de responsabilidad y su tratamiento doctrinario y jurisprudencial, en relación con el avance de la sociedad y las nuevas tecnologías; ha permitido en definitiva indagar quién es el que deberá soportar los daños de una determinada acción u omisión. En este sentido, un buen sistema legal no será aquel que evite la totalidad de los eventos lesivos, sino será aquel que contribuya a que en la conciencia de los individuos exista un respeto por la persona humana y, mirado desde una óptica patrimonial, también por los bienes de ésta; lo que a juicio de un autor "redundará en beneficio del orden y de la tranquilidad social… la vida es más agradable y las relaciones humanas, más cordiales"[44].

En el ámbito de las ciencias jurídicas y sociales suelen distinguirse diversas clases de responsabilidades, pero es propio advertir desde este momento, que nos interesará en el presente estudio la de tipo jurídica, es decir, la que proviene de un hecho o de una omisión que produce un daño a otro y que "la ley sanciona por ser contrarios a un orden social"[45].

---

[42] Alessandri Rodríguez, Arturo, (2005). Op cit. Pág. 75.
[43] Ibídem. Pág. 76.
[44] Ibídem. Pág. 22.
[45] Alesandri Rodríguez, Arturo. (2005). Op cit. Pág. 24.

Ésta puede originarse ya sea de la violación de un contrato celebrado por las partes, de la comisión de un delito, cuasidelito, o porque simplemente así lo ha establecido el Legislador. Sin embargo será la perteneciente al ámbito extracontractual, es decir, aquella que prescinde de una relación jurídica previa entre las partes, la que concentrará nuestros esfuerzos en este trabajo.

2.2. La Responsabilidad del Estado Administrador

Uno de los importantes temas que ha causado división en la doctrina nacional, dice relación con determinar si la responsabilidad del Estado Administrador es de tipo objetiva o subjetiva. Lo que sí podemos decir hoy en día y con absoluta seguridad, es que el Estado es responsable de las actuaciones generadoras de daño en los particulares, cuando se han probado en sede judicial la existencia de cada uno de sus elementos configuradores.

Esto que se describe tan fácilmente no siempre ha sido así. En un primer momento y bajo la teoría de la soberanía ilimitada del Estado, entendida tradicionalmente en aquella época como una "imposición sin compensación", la Administración no era responsable bajo el principio "*The king can do no wrong*" o la máxima "*le roi ne peut mal faire*", enunciados de raigambre teocrática mediante los cuales se justificaba la irresponsabilidad del Estado (con el rey a la cabeza) en relación a los actos que causaban perjuicio a los súbditos[46]. Más tarde se admitió la siguiente tesis: cuando la Administración realizaba actos de gestión actuaba en similares condiciones que un particular, por tanto, se sometía al derecho común pudiendo en este aspecto ser aplicados los estatutos de responsabilidad; en cambio al ejercer actos de autoridad, estos continuaban siendo considerados como una manifestación de la soberanía ilimitada. La transición a un régimen pleno de responsabilidad es relativamente reciente en la historia constitucional y se consolida con el Estado de Derecho, es por ello que hoy podemos observar este principio consagrado en las mayorías de las constituciones modernas, así como también ha sido cristalizado en el derecho internacional de los derechos humanos[47].

Respecto al derecho nacional, conforme a las normas y principios estudiados en los primeros párrafos de este capítulo en relación a la Administración, no podemos sino concluir que el Estado es responsable en cada una de sus funciones, sin embargo es conveniente revisar, de forma

[46] Duque Hoyos, Ricardo. (1984). "La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública". Bogotá, Colombia. Editorial Temis. Pág 5.

[47] Barros Bourie, Enrique Gustavo. (2006). Op cit. Págs. 483-484.

muy resumida, lo que ha acontecido a lo largo de nuestra historia jurídica y política.

En opinión del profesor Cristián Román, en Chile no ha existido en esta materia una línea evolutiva continua, sino más bien una serie de tramos alternados tanto evolutivos como involutivos[48]. Según este autor, en una época temprana de nuestra historia, específicamente en el derecho indiano y, a pesar de que no podía hablarse de una Administración como actualmente la conocemos, evidenciaba una especie de responsabilidad que atendía principalmente a la protección de bienes jurídicos concretos (la vida, el honor y la hacienda). En este sentido, era procedente la reparación cuando el individuo había sufrido un sacrificio especial en beneficio de la satisfacción de un interés de carácter general[49], por tanto tenía el derecho de que la sociedad toda o su representante resultasen obligados con éste. Lo anterior demostraba en la práctica un modelo similar al de tipo objetivo, por cuanto sólo bastaba la ocurrencia de un daño injusto.

En el período republicano de 1810 en adelante, no existían normas de carácter legal que consagraran expresamente la responsabilidad del Estado Administrador, por lo que se ha concluido de forma implícita, que el ordenamiento jurídico reconoció la irresponsabilidad del órgano en esta materia[50]. Al parecer, sólo una tímida doctrina plantearía que el Estado está sujeto al principio de responsabilidad en casos muy calificados, así la jurisprudencia desde el año 1889 hasta el 1938 se caracterizó por utilizar en sus decisiones, reglas y principios propios del Derecho Público que habían sido tratados por algunos de los autores de la época, en este sentido, se demostraba una carencia de uniformidad en su aplicación; así los variados criterios iban desde la desigual repartición de las cargas públicas, pasando por la Falta de Servicio y la falta personal, hasta criterios que atendían a la "equidad"[51]. Prueba de lo anterior lo constituye el conocido caso "Lapostol con Fisco" pronunciado por la Corte Suprema el 8 de enero de 1930, donde se estableció que el Estado debía indemnizar los perjuicios causados al dueño de un predio respecto del cual veía impedida su explotación, esto es, con objeto de proteger el

[48] Román Cordero, Cristián. (2009). "Pasado, presente y futuro de la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado en Chile". En Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo (México DF), N°6, p. 605 ss. En versión electrónica consultada con fecha 22 de febrero de 2015: http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/aida/cont/6/art/art17.pdf. Pág 39.

[49] Román Cordero, Cristián. (2009). "Pasado, presente y futuro…" Cit. Pág. 8.

[50] Ibídem Pág. 16.

[51] Ibídem Págs. 21-22.

servicio de agua potable de la ciudad. Se trata para algunos de un fallo ajustado a equidad que no podría haberse solucionado acudiendo a las normas de responsabilidad civil, puesto que no existía en la especie culpa o dolo de ninguna persona; correspondería por tanto a un caso de responsabilidad sin falta o por riesgo causado por el Estado dentro de su actividad legítima[52].

Sin embargo, la teoría que se impondría desde el año 1938 sería la que distingue entre los actos de autoridad y los de gestión en los términos que habíamos mencionado en párrafos anteriores. En esta etapa, fue discutida jurisprudencialmente la idea de aplicar, a los actos de gestión, el artículo 2320 del Código Civil[53]. El fallo "Granja con Fisco" descartó la utilización de la norma pues consideró que un funcionario público, como un miembro de Carabineros, no está al cuidado del Estado como lo establece el precepto, además agrega la Corte que, al ser una disposición de derecho privado no tiene aplicación en una relación de Derecho Público. La gran crítica de esta decisión jurisprudencial tiene que ver con el hecho de que se estaba imponiendo una tesis de irresponsabilidad absoluta, cuestión que no tenía vínculo alguno con el avance del Derecho Administrativo[54]. Para moderar esta dura postura, la Corte Suprema en la causa "Aqueveque con Fisco" (en contradicción con la anterior jurisprudencia), dispuso que el Estado era civilmente responsable de los perjuicios causados por sus funcionarios cuando se encontraban desempeñado servicios en "actos de gestión", y es precisamente en virtud de éstos que se aplica la norma del artículo 2320 del Código Civil; en cambio, cabe hacer presente que se mantuvo por largos años la tesis de la irresponsabilidad cuando sus actuaciones derivaban de la realización de actos de autoridad.

Con la vigencia de la Carta Política de 1980 y hasta nuestros días, advertimos el surgimiento de una normativa tanto constitucional como legal referida directamente a la responsabilidad de la Administración, pero como se esbozó al comienzo, el problema suscitado por la doctrina local desde ese entonces, dice relación con determinar el tipo de responsabilidad que corresponde a los órganos públicos conforme a una correcta interpretación de cada una de estas normas. En los siguientes

---

[52] Szczaranski Cerda, Clara Leonora. (2003). "Responsabilidad extracontractual del Estado". En Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, N°8. Versión electrónica consultado el 23 de Febrero 2015 https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/a443b97e-5366-48f7-bc17-8e723f60e5f5/2.pdf?MOD=AJPERES. P. 9.

[53] El **Artículo 2320 inciso 1° del Código Civil** señala: "Toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado".

[54] Szczaranski Cerda, Clara Leonora. (2003). Op. Cit. Pág. 9.

apartados analizaremos la pugna de las diversas teorías, así y de una forma breve, explicaremos lo señalado por los autores más relevantes.

2.2.1. Teoría de la Responsabilidad Objetiva del Estado

Parte de la doctrina nacional ha estimado que la responsabilidad del Estado Administrador se funda en los artículos 6°, 7° y 38 inciso 2° de nuestra Carta Fundamental, constituyendo una responsabilidad directa, regida absoluta y excluyentemente por disposiciones constitucionales. De forma muy resumida, han sostenido que el único requisito para acceder a una justa reparación, es la existencia de un daño en los bienes jurídicos de una persona y, que en cuanto a éste, exista una relación de causalidad material (o natural) con una acción u omisión proveniente de la Administración. Este conjunto de normas, a criterio de sus partidarios, acompañado de una expresa consagración a nivel constitucional, va a ser el mejor mecanismo existente para asegurar los derechos fundamentales del individuo, puesto que es una institución construida desde el punto de vista de la víctima.

Artículo 38 inciso 2° de la Constitución Política de la República

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

Los autores clásicos señalan que en el artículo anteriormente citado, existiría un sistema concreto de responsabilidad. Basta un pequeño análisis de la norma para identificar el concepto fundamental utilizado en la redacción Constituyente, nos referimos al vocablo "lesión". A esto debemos sumar que en ningún momento el referido precepto realiza algún distingo entre actuaciones u omisiones, es más, tampoco señala que éstos deban provenir de actuaciones lícitas o ilícitas de la Administración, por lo que se descubre un campo de interpretación bastante amplio. Corresponderá entonces probar la existencia de un daño o perjuicio sufrido por una determinada persona, acto seguido, también habrá que demostrar que la autoría de dicho daño corresponde a un órgano de la Administración Pública, para luego observar si existe una relación causal entre la acción u omisión y el perjuicio ocasionado. Por último, será labor de los tribunales determinar a bien el monto con el cual será satisfactoriamente reparada la víctima.

Uno de los principales precursores de esta teoría es el profesor Eduardo Soto Kloss, quién desde el vamos, señala que es imperioso velar por

el mantenimiento de nuestras particulares tradiciones y no recoger las teorías extranjeras en esta materia, pues la tradición histórica y jurídica nos ha llevado a buscar soluciones en otras legislaciones, que por cierto serían del todo ajenas a nuestros problemas, luego, incapaces de resolver las necesidades propias[55]. Este tipo de responsabilidad, habría predominado en las decisiones de los tribunales de nuestro país en la década de los años 80 y 90, más en el presente siglo, en una "persistente campaña de la defensa fiscal, de escabullir a las condenas por los daños producidos por los órganos de la Administración"[56], se habría introducido a nuestro vocabulario jurídico el concepto de la Falta de Servicio, cuestión que al autor referido es una idea del todo falsa. El profesor recalca que la Administración es una persona jurídica de Derecho Público, y como tal, carece de subjetividad, por tanto es imposible imputar dolo o culpa a su actuar, es decir, nuevamente el tema de la responsabilidad giraría única y exclusivamente entorno a la causalidad material[57].

Uno de los fallos emblemáticos que ha servido para dar sustento a esta tesis es la sentencia "Tirado con Municipalidad de la Reina"[58]. En los hechos, la señora María Eliana Tirado sufrió un grave accidente tras caer en una profunda excavación situada muy cercana a un paradero de la locomoción colectiva; este suceso provocó una luxofractura en uno de sus tobillos. Las pruebas allegadas al proceso develaron que la excavación tenía una profundidad aproximada de un metro y veinte centímetros y, a su vez, no existían señalizaciones o medidas de protección. En un comentario sobre esta conocida sentencia, el profesor Soto Kloss exalta su relevancia, puesto que además de señalar la procedencia de la indemnización por daño moral, establece categóricamente que la responsabilidad de los municipios es de tipo objetiva, haciendo concordar lo resuelto con los postulados de la nueva Carta Fundamental. A su juicio, en el considerando 4°[59] de esta sentencia la Corte Suprema afirmaría de modo claro e inequívoco que la responsabilidad extracontractual en

---

[55] Soto Kloss, Eduardo. (2008). "Derecho Administrativo 120 años de Cátedra". Santiago, Chile. Jurídica de Chile. Pág. 401.

[56] Ibídem. Pág. 403.

[57] Ibídem. Pág. 409.

[58] Tirado Zilleruelo, María Eliana con Municipalidad de la Reina. Casación en el Fondo. CS. 24.3.1981. RDJ. Tomo LXXVIII, II, sec. 5.

[59] Considerando 4° Sentencia Tirado con Municipalidad de La Reina: "Que no puede haber infracción de las disposiciones del Código Civil cuando la sentencia, con extensos razonamientos, ha aplicado el principio de la responsabilidad objetiva establecido en el artículo 62 de la Ley Orgánica de Municipalidades, descartando la responsabilidad por la culpabilidad y fundándola exclusivamente en el hecho que ha provocado el riesgo, o sea, la causalidad material". RDJ. Tomo LXXVIII, II, sec. 5°. Pág. 44.

que incurren los municipios se funda en un principio objetivo, que junto a la construcción de la teoría del órgano, el sujeto jurídico "municipalidad" tendría una responsabilidad directa cuya base es precisamente la Constitución[60].

José Ignacio Martínez se encuentra también dentro de los autores que siguen esta hipótesis. Nos recuerda que la vigente Carta Fundamental no es solamente un instrumento político, sino que también jurídico, por tanto puede ser invocado ante cualquier tribunal del país, demostrando poseer eficacia directa para resolver diversas controversias con miras al restablecimiento del imperio del derecho[61]. Agrega que, al suscitarse un conflicto entre privados y el Estado, la fuente idónea para resolver aquel asunto debe encontrarse en una norma de rango superior como lo es nuestra Constitución, en este orden de ideas señala: "jamás debe perderse de vista que la fuente última de la responsabilidad del Estado es aquella norma jurídica llamada Constitución, que es la que da vida y fija las competencias y atribuciones de los diversos órganos del Estado"[62].

Debido a lo anteriormente expuesto, ninguna norma podría establecer que la Administración Pública responde únicamente en caso de existir Falta de Servicio, ya que bajo una correcta interpretación de los preceptos constitucionales comprometidos, se deprende que el Estado debe responder de todo acto que provoque un daño, inclusive los lícitos[63]. Agrega el autor que el Constituyente en el artículo 38 inciso 2° de la Constitución, está consagrando una verdadera regla general en materia de responsabilidad del Estado, la cual no necesita de una intermediación legislativa para su operatividad, pues al contenerse en este cuerpo normativo, constituye sin más una garantía de los derechos y libertades de las personas. Así, la referida Carta ante todo es un instrumento de protección de los derechos de los individuos y no del Estado[64]. Finalmente Mar-

[60] Soto Kloss, Eduardo. (1981). "Responsabilidad Administrativa Municipal". En Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales. Tomo LXXVIII. Santiago, Chile, Jurídica de Chile. Págs 39-45.

[61] El profesor José Ignacio Martínez indica que esto es una manifestación del principio de "aplicabilidad directa de la Constitución", también conocido como "carácter normativo directo de la Constitución", axioma fundamental dentro de la teoría constitucional y aceptado por la totalidad de la doctrina y jurisprudencia contemporáneas. En este sentido, la Constitución no se identifica como una mera norma programática y en definitiva demuestra que este cuerpo normativo tiene características tanto políticas como jurídicas.

[62] Martínez Estay, José Ignacio. (2002). "La responsabilidad patrimonial del Estado por infracción al principio de igualdad y al derecho de propiedad en el Derecho Público Chileno". En Derecho de Daños. Santiago, Chile, Lexis Nexis. Pág. 180.

[63] Ibídem Pág. 184.

[64] Ibídem. Págs. 188-189.

tínez nos dirá que no hay duda que la responsabilidad correspondiente a la Administración es objetiva, basándose por tanto en la existencia de una relación de causalidad entre la actuación del órgano y un daño antijurídico, cuestión que a diferencia de lo que estiman los civilistas, no constituye en Derecho Público un estatuto excepcional, sino que por el contrario, cobra gran relevancia al plasmar el principio de la isonomía, ya que las relaciones jurídicas en las que participa el Estado Administrador con los particulares precisamente se encuentran en un plano de desigualdad[65].

Gustavo Fiamma enfatiza, a propósito de la acción constitucional de responsabilidad, que el ya citado artículo de la Constitución no es sino "la piedra angular del sistema de responsabilidad extracontractual de la Administración del Estado… ella contiene los perfiles básicos que lo estructuran, condicionan y limitan"[66]. Señala, al igual que los otros autores anteriormente reseñados, que esta norma contiene un sistema de responsabilidad que no considera nociones como la culpa o el dolo del agente, sino más bien, su base es la existencia de una víctima que ha visto lesionados sus derechos. Tampoco haría mención a la ilicitud o licitud de la actuación de la órgano; es más agrega el autor; nuestro modelo no guarda relación alguna con el régimen francés que contempla la Falta de Servicio, más en cambio sí tendría una estrecha relación con el español que introduce en su ordenamiento jurídico el concepto de "lesión".

La lesión supone un perjuicio que no se relaciona con la antijuricidad subjetiva del autor, esto es, en atención a la conducta del agente productor del daño, sino que en definitiva, significa que el sujeto afectado no tenga el deber jurídico de soportar tal detrimento. A juicio del profesor, esto tiene directa relación con la génesis iusnaturalista y republicana de nuestra Carta Fundamental, la cual tiene como objetivo primordial resguardar los derechos fundamentales de las personas por sobre las prerrogativas públicas[67] [68]. La responsabilidad del Estado Administrador estaría tan delimitada en la norma comentada, que una regulación complementaria en la ley es innecesaria, es más, indica que la institución

---

[65] Ibídem. Pág. 194.

[66] Fiamma Olivares, Gustavo. (1989). "La acción constitucional de responsabilidad y la responsabilidad por falta de servicio". En Revista Chilena de Derecho Vol.16 N°2. Pág. 434.

[67] Ibídem. Pág. 436.

[68] El profesor Fiamma señala que el hecho de privilegiar los derechos fundamentales de las personas, que emanan de su esencia, por sobre las prerrogativas o poderes jurídicos que posee la Administración Pública para el ejercicio de sus funciones, es una manifestación del principio de servicialidad del estado. Esto ha sido tratado anteriormente en la presente memoria en relación a los principios que rigen la Administración chilena.

de la Falta de Servicio contemplada tanto en la ley de municipalidades como en la orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado constituye una desvirtuación de lo pretendido por el Constituyente, de hecho, esta institución es ajena al texto fundamental y, por tanto, adolecería de un vicio de inconstitucionalidad[69]. Aceptar esto implica hacer caer sobre la víctima el difícil peso de la prueba en relación a este criterio de imputación y, con ello, soportar la integridad del daño producido si es que la Administración no ha actuado con falta.

Finalmente, y a modo de complementar las ideas fundamentales de esta teoría, consideramos pertinente señalar también en este apartado el pensamiento del profesor Hugo Caldera. Desde la teoría del órgano, (cuyo fundamento en nuestro país está consagrado tanto en preceptos de rango constitucional como en disposiciones legales) describe que la responsabilidad del Estado se configura como uno de los elementos necesarios del Estado de Derecho[70]. Ésta nace al trasgredir el principio de legalidad (o de Juridicidad como actualmente lo conocemos), y en ocasiones, dirá el autor, la del "funcionario que vulneró con su actuación o con su actitud dicho principio[71]". De esta forma la teoría del órgano va a proporcionar a los individuos una base efectiva para fundamentar un derecho a la indemnización.

La acción generadora del daño podrá provenir tanto de actuaciones materiales, intelectuales o técnicas, de actos, omisiones, retardos, de un funcionamiento parcial, de actividades regulares y lícitas o de actividades irregulares o ilegales de la administración[72]. Será suficiente para condenar al Estado la concurrencia de tres circunstancias: "a) que la conducta que causó el daño no pueda estimarse como desprovista de relación con el Servicio, b) que el agente o agentes que han actuado o debido actuar, tengan una relación de servicio con el Estado y c) para que la responsabilidad del Estado pueda verse comprometida debe existir una relación de causalidad directa entre el daño y el hecho invocado como origen de aquel"[73]. Siguiendo con el orden de las ideas, la aplicación de la teoría del órgano y su construcción prescindirá por tanto de consideraciones subjetivas que digan relación con la conducta del agente.

---

69 Fiamma Olivares, Gustavo. Op. Cit. Págs. 438-439.

70 Para el profesor Hugo Caldera, el Estado de Derecho estaría conformado por la siguiente ecuación: "Derechos individuales + Principio de legalidad + Control Jurídico de la Administración + Responsabilidad del Estado".

71 Caldera Delgado, Hugo. (1982). "Sistema de la responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución Política de 1980". Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 204.

72 Ibídem Págs. 205 a 206.

73 Ibídem Pág. 207.

2.2.2. Teoría de la Responsabilidad Subjetiva del Estado

El régimen de responsabilidad objetivo anteriormente desarrollado, imperó en la jurisprudencia y doctrina jurídica de nuestro país por largos años, incluso hoy se pueden observar férreas defensas entre los profesores que imparte la cátedra de Derecho Administrativo y en distintos ensayos respecto del tema.

Si bien popular por un tiempo, nunca ha estado ajena de críticas, así por ejemplo el profesor Enrique Barros señala que los fundamentos tanto normativos como los sustentos doctrinarios son en "extremo discutibles". Manifiesta en primer lugar que no es posible desprender de las normas constitucionales, principalmente de los artículos 6°, 7° y 38 inciso 2°, un régimen jurídico concreto que rija la responsabilidad del Estado Administrador, cuestión que sí sucede y de manera expresa respecto de la responsabilidad del Estado Juez[74]. Por el contrario, la normativa de base para la responsabilidad objetiva contiene disposiciones no sustantivas sino más bien de orden procesal, las que demuestran ser demasiado generales para inferir un sistema de responsabilidad, por esta razón a criterio de este jurisconsulto, ha sido la propia jurisprudencia, en especial la de los tribunales superiores de justicia, la que ha señalado que a falta de normas especiales o generales de responsabilidad de la Administración se recurra a las disposiciones del derecho común.[75]

En segundo lugar, una crítica de orden práctico revela que el concepto de daño es tan amplio que cuando la Administración afecte un interés particular, incluso con actuaciones lícitas, va a tener que realizar una justificación en el sentido de señalar que se trata de un perjuicio que el individuo debe soportar, y en definitiva, se desplazarían sobre la propia colectividad la generalidad de los perjuicios en que haya intervenido la Administración, cuestión que parece contraria tanto respecto a la noción de justicia correctiva como también y, quizás más notorio aún, respecto de la asignación "racional" de los recursos públicos[76].

---

74 La responsabilidad del Estado Juez está consagrada en el **artículo 19 n°7 letra i de la Constitución Política de la República**, y dispone: "Una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido. La indemnización será determinada judicialmente en procedimiento breve y sumario y en él la prueba se apreciará en conciencia".

75 Barros Bourie, Enrique Gustavo. (2006). Op cit. Pág. 492.

76 Barros Bourie, Enrique Gustavo. (2006). Op cit. Pág. 493.

El autor realiza en su obra la siguiente precisión respecto a la Falta de Servicio como criterio de atribución: al contrario de lo que erróneamente han entendido los partidarios de la teoría objetiva[77], la Falta de Servicio no exige un juicio de reproche personal respecto del agente del daño, se trata de una valoración objetiva de la conducta de la administración[78]; por tanto hablamos de que el juez deberá comparar el servicio que se prestó con el que debió prestarse (símil a lo que en responsabilidad civil se denomina "deber de cuidado").

Dentro de los precursores de la teoría de la responsabilidad subjetiva del Estado en nuestro país se encuentra el Consejo de Defensa del Estado, siendo Pedro Pierry Arrau, ex abogado de dicha institución y actual ministro de la Excelentísima Corte Suprema, quién se ha alzado como la figura más representativa en este tema. El ministro señala, en primer lugar, que la norma del artículo 42 de la LOCBGAE no obedece a ningún "injerto extranjerizante", de alguna forma rebatiendo los dichos y críticas que a la fecha el profesor Soto Kloss declaraba enfáticamente respecto a la institución, sino por el contrario, con aquello se vino a introducir la mejor solución lograda por el derecho en nuestros tiempos, que dicho sea de paso tiene su origen en el Derecho Administrativo francés[79]. Algunas de las actuales normas que se estiman de aplicación general en esta materia son las que siguen:

Artículo 4 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado

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

Artículo 42 de Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado

"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"

---

[77] Como ya se ha expuesto, algunos autores de la doctrina de la responsabilidad objetiva de la Administración consideran que los órganos de ésta, al ser sujetos de Derecho Público carecen de subjetividad, por lo que no podría imputarse a su actuar dolo o culpa de sus actos.

[78] Barros Bourie, Enrique Gustavo. (2006). Op cit. Pág. 485.

[79] Pierry Arrau, Pedro. (1995). "Algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual del Estado por Falta de Servicio". En RDJ, Tomo XCII, N°2, Revista de Derecho Público, N°59. Pág 17.

Destaca Pierry Arrau que, en cuanto a esta institución (Falta de Servicio) no se puede hablar de una responsabilidad objetiva como malamente lo ha entendido parte de la doctrina y jurisprudencia de nuestro país. Bajo este criterio se debe probar por parte de la víctima, que no se ha seguido con un determinado estándar de conducta, resultando insuficiente la mera demostración de una relación de causalidad. De esta forma, el autor ha denominado a la Falta de Servicio como la "culpa del servicio" en términos usados por Mazeaud y Tunc[80]. Es así como el analizado fallo "Tirado con Municipalidad de la Reina", comentado por el profesor Soto Kloss, incurre en un error al clasificar a la responsabilidad de objetiva, pues es la propia norma que regía a los municipios la que contenía como criterio de imputación la Falta de Servicio. En un intento de buscar justificación a esta equivocación, el autor estima podría llegar a entenderse la objetividad en el sentido "que no hay que probar la culpa o dolo de un individuo", más en definitiva llega a la lamentable conclusión de que el Tribunal Supremo "erró al calificar la institución jurídica que aplicaba"[81].

El ministro nos dice que entender el artículo 38 de la Constitución como una regla de responsabilidad significaría que el artículo 42 de la LOCBGAE resultaría de perogrullo inconstitucional, al establecer requisitos que la Carta no contempla; sin embargo, Pierry frente a lo expuesto afirma que no hay ninguna contradicción ya que la norma constitucional no contempla de forma alguna un sistema de responsabilidad extracontractual del Estado. A mayor abundamiento, "dicho artículo tiene como propósito establecer la competencia de los tribunales para conocer de la actividad administrativa"[82], así la disposición "persona que sea lesionada en sus derechos", sólo está señalando un requisito para recurrir ante los tribunales de justicia[83].

Pierry estima que uno de los puntos más criticados y débiles de esta teoría (cuestión que no es menor debido a la gran cantidad de casos que se han presentado ante tribunales que involucran a instituciones como las Fuerzas Armadas) es el problema ocasionado con los órganos de la administración que quedan excluidos de la aplicación del artículo 42 de la ley en comento, por expresa disposición del artículo 21 del mismo sistema legal; la solución que parece más ajustada a derecho según el profesor, será analizada en un apartado más adelante.

---

[80] Ibídem Pág. 19.

[81] Pierry Arrau, Pedro. (1984). "Responsabilidad de los entes públicos por el mal estado de las vías pública". En Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N°8. Pág 152.

[82] Pierry Arrau, Pedro. (1995). "Algunos Aspectos de…" Cit. Pág. 24.

[83] Ídem.

En esta misma línea argumentativa, el ex ministro de la Corte Suprema don Urbano Marín, nos indica que la responsabilidad estatal no es objetiva y corresponde a una materia de ley; en definitiva "ha tocado a la ley precisar tanto la naturaleza de la responsabilidad estatal, cuanto los tribunales llamados a conocer las reclamaciones de las personas dañadas por la actuación del Estado y sus agentes, los que, en defecto de tribunales contenciosos administrativos especiales, no son otros que los que forman la Justicia ordinaria"[84]

El profesor Raúl Letelier, en un completo estudio acerca de la naturaleza de la responsabilidad extracontractual del Estado, concluye en primer lugar, que se trata de una responsabilidad constitucional puesto que está enunciada originariamente en nuestra Constitución Política, pero también es civil desde el punto de vista de sus efectos, ya que la sanción que se impone a la Administración consiste en una reparación a la víctima (que se traducirá en el pago de una suma de dinero) quien ha ejercido una acción personal dentro de un procedimiento dispositivo y ordinario[85]. En segundo lugar se trata de la responsabilidad de una persona jurídica, ya que sus actuaciones y ejercicio de atribuciones serán distintas a las realizadas por el funcionario individualmente considerado, pero al contrario de lo que piensan algunos, el elemento de reprochabilidad "culpa" no busca indagar sobre la intencionalidad de un determinado agente, sino opera como la necesaria prueba de "contraste" entre el actuar que ha resultado lesivo y la conducta con la que ha debido actuar idealmente él órgano[86]; de esta forma el autor agrega: "en estas razones se basa la introducción en la responsabilidad extracontractual estatal de un criterio de contraste similar al de la culpa. La falta de servicio es el símil de la culpa privada. Ella confronta a la Administración en su actuación dañosa con una Administración eficiente, que distribuye bien sus recursos y que, por tanto, actúa de forma razonable, de acuerdo con los medios con que cuenta. Y como su actuación debe ser razonable, naturalmente su responsabilidad también deberá serlo"[87].

En un tercer lugar, se trata de una responsabilidad "directa", pues resulta obligada la propia persona jurídica, y no se trata una responsabi-

[84] Marín Vallejo, Urbano. (2011). "Aspectos de la falta de servicio como fuente de la responsabilidad estatal". En Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado N°25. Pág. 25.

[85] Letelier Wartenberg, Raúl. (2002). "Un estudio de efectos en las características de la responsabilidad extracontractual del Estado". En revista de derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, XXIII. Págs 344-348.

[86] Ibídem Pág. 349.

[87] Ídem.

lidad por hechos de terceros[88]. En cuarto lugar, consiste en una responsabilidad que está regida por el Derecho Público porque su normativa base se encuentra en normas públicas, pero también estará regida por el derecho civil respecto de las acciones indemnizatorias[89]. En quinto lugar, hablamos de una responsabilidad integral, ya que se deben tanto los perjuicios patrimoniales como los de orden extrapatrimonial.[90] Finalmente, Letelier concluye que la responsabilidad del Estado Administrador no puede ser objetiva, ya que respecto de los preceptos en los cuales algunos autores la han fundado, ninguno intenta imponer una vigencia general de ésta, es más, cuando el Legislador en otras materias así lo ha querido se refiere a ello expresamente[91]. Además cabe hacer presente que la noción de responsabilidad históricamente ha estado ligada a la idea de reprochabilidad, así en su origen fue entendido como "voluntariedad" para hoy corresponderse con un modelo de comparación en abstracto, es decir, en orden a determinar cuál es el deber jurídico de diligencia en el actuar del órgano. A la hora de analizar parte de la jurisprudencia nacional y a pesar que esta ha resuelto con mención al imperio de una responsabilidad objetiva, igualmente abordan el problema de la Falta de Servicio, demostrando incoherencia al no prescindir de ella[92].

En resumen, el profesor nos muestra la necesidad de enfocar los estudios en la Falta de Servicio, concretizada como un estándar de "diligencia administrativa", con el objeto de colaborar con la jurisprudencia en la determinación de éste; "labor interminable, pero profundamente científica, que hace más razonable y justa la sanción y que permite incentivar a que los órganos estatales actúen sin miedo, de forma óptima y de acuerdo a sus reales capacidades"[93], para en definitiva olvidar la responsabilidad objetiva y asumir nuestro sistema de la Falta de Servicio.

Finalmente y para cerrar este apartado, tenemos a bien considerar la opinión del profesor Jaime Varas Rojas; él ha estimado al igual que los autores anteriormente señalados, que está más que reconocido en la doctrina y jurisprudencia nacional que la responsabilidad del Estado tiene un origen constitucional, basada en el tradicional articulado

---

[88] Letelier Wartenberg, Raúl. 2002. Op. Cit. Pág. 350.

[89] Ibídem Pág. 353.

[90] Ibídem Pág. 354.

[91] El autor señala que el Legislador utiliza normalmente técnicas legislativas como el uso de palabras "por el sólo hecho de", "responderá siempre", o expresando cuáles son las únicas causales eximentes aceptadas. El artículo 38 inciso 2° de la Constitución Política de la república no cumpliría con éstas características.

[92] Letelier Wartenberg, Raúl. 2002. Op. Cit. Pág. 369.

[93] Ibídem Págs. 374-375.

que ya hemos visto, sin embargo las diferencias que se han producido dicen relación en el tipo de responsabilidad que afecta al Estado[94]. Así las cosas, la norma que ha creado las divergencias tiene como propósito establecer competencia a los tribunales ordinarios de justicia para conocer de la actividad administrativa (y principalmente de la actividad reparatoria), más no un régimen objetivo; esto no ha sido demostrado, ni por la historia de su establecimiento ni tampoco por su aplicación práctica. A mayor abundamiento, el autor explica que "entender que la norma consagra un sistema de responsabilidad objetivo, provocaría necesariamente que todos los órganos comprendidos en la misma, es decir, aquellos que integran la Administración del Estado quedarían comprometidos por el sólo hecho que existiera un vínculo o relación de causalidad…, olvidándose que gran parte de ellos se rigen por normas distintas, que tienen exigencias y contenidos absolutamente diversos…No puede por ejemplo, considerarse que el mismo tipo de responsabilidad afecta a un servicio centralizado del Estado con aquella que afectaría a una empresa estatal…"[95].

Una de las principales diferencias entre ambos sistemas, será, la carga de la prueba, teniendo la víctima en el tipo subjetivo de responsabilidad que probar "la culpa". Sin embargo existen otras instituciones (que serán desarrolladas más adelante) como la prescripción de la acción o la situación de la víctima en que será necesario acudir a los principios del derecho civil[96], pues como hemos podido observar, la normativa esbozada se ha hecho insuficiente para regular todos los aspectos de la responsabilidad que le cabe a la Administración.

En síntesis, la teoría de la responsabilidad subjetiva postula que es necesaria la existencia de un elemento adicional a la concurrencia de la actividad (u omisión), del daño y la relación causal. Este elemento será la Falta de Servicio que para algunos se manifiesta como una verdadera culpa del órgano. Se ha estimado esta institución como indispensable, ya que la Administración no puede responder de todos los riesgos típicos de su gestión, pero tampoco, disminuir ni dejar de realizar todas aquellas actividades impuestas por el ordenamiento jurídico; en este sentido el criterio de imputación estimula al servicio a actuar de forma diligente.

---

[94] Rojas Varas, Jaime. (1998). "Bases de la responsabilidad extracontractual del Estado Administrador". En Revista Chilena de Derecho, Actas XXIX jornadas chilenas de Derecho Público. Número especial. Santiago, Chile. Pág. 357.

[95] Rojas Varas, Jaime. 1998. Op Cit. Págs. 357-358.

[96] Ibídem Pág. 360.

2.2.3. ¿Coexistencia de Ambos Regímenes?

Para el profesor Osvaldo Oelckers, la responsabilidad que le cabe a la Administración va a surgir cuando ésta produzca un determinado daño en los administrados en razón de las actividades que la primera desarrolla y estos daños no puedan ser soportados en el patrimonio de los últimos. En cuanto a las actuaciones, no se distingue en la normativa estudiada la necesidad de que éstos sean regulares o legales, como tampoco irregulares o ilegales, por cuanto el artículo 38 de la Carta Política habla de "lesión". La lesión es definida por el profesor como el "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 ocasione obre con toda licitud"[97]. De esta forma agregar, el daño podrá tener origen en actos, omisiones o simples hechos materiales.[98]. El artículo 4° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado estaría por tanto en forma armónica con lo prescrito en la norma constitucional anteriormente descrita, donde se consagra un principio de responsabilidad directa que será aplicable a cualquier órgano de la Administración. ¿Qué papel juega entonces el artículo 44 (actual 42) de la misma ley?, según Oelckers esta norma complementa y regula en términos específicos y parciales la responsabilidad general consagrada en el artículo 4° de la LOCBGAE.[99]

Dicho reconocimiento, sin embargo será parcial, puesto que el mencionado precepto tendrá aplicación respecto de todos los órganos de la Administración por ubicarse en el Título II sobre Normas Especiales, aquellos órganos excluidos se regirán por sus propias disposiciones y estatutos. Agrega que el artículo 4° de la mencionada ley no establece el tipo de responsabilidad específica y podrá ser Falta de Servicio, personal o responsabilidad por riesgo, por ello será "la jurisprudencia que frente a cada situación en concreto… la que aplicará los nuevos principios de derecho público referidos a la falta personal, a la falta de servicio, al cúmulo de responsabilidades… o a la responsabilidad por riesgo…"[100].

El autor analiza la institución de la Falta de Servicio y en definitiva considera que junto al concepto de la "anormalidad" constituyen vocablos jurídicos indeterminados, que corresponderá en la especie al juez

[97] Oelckers Camus, Osvaldo. (1998). "La responsabilidad civil extracontractual del Estado Administrador en la Constitución Política de 1980 y su imputabilidad por falta de servicio". En Revista Chilena de Derecho, Número Especial. Pág. 346.

[98] Ídem.

[99] Oelckers Camus, Osvaldo. (1998). Op. Cit. Pág. 347.

[100] Ídem.

esclarecer, así en este trabajo interpretativo se deberán tomar en cuenta varios factores como la época y el desarrollo de los servicios públicos. De esta forma la Falta de Servicio es "esencialmente flexible", permitiendo por tanto graduaciones, será preciso que en la aplicación de la institución, la falta sea de importancia, puesto que siempre existirán actuaciones inherentes a toda actividad que son estimadas dentro de la normalidad, es decir, forman parte de las funciones propias que desempeña la Administración del Estado[101].

En conclusión, Oelckers señala que si bien existe un camino hacia la objetivación de la responsabilidad, deberá probarse la Falta de Servicio, por tanto, no será suficiente la prueba de la actuación del órgano, del daño y de la relación causal. Agrega el autor: "creemos que la jurisprudencia en ese sentido ha recorrido un camino erróneo y debería exigir en cada situación la prueba de la culpa del servicio"[102].

El referido jurisconsulto ha sido citado en numerosas ocasiones por la doctrina que es partidaria de un régimen de responsabilidad objetivo, sin embargo y como lo ha interpretado Fabián Huepe en su obra[103], el autor no señala en su texto cuál es el tipo de responsabilidad que se aplica a la Administración, es por ello que a juicio de Huepe y con los respectivos alcances, la única forma posible de entender la idea del profesor Oelckers es señalar que pueden convivir ambos regímenes de responsabilidad, esto es, "tanto un régimen de responsabilidad objetiva como subjetiva"[104]

En resumen, estimamos que, por un lado, existe un sistema de responsabilidad subjetivo el cual regulará de forma general las actuaciones de los órganos estatales en su faz administrativa y cuyo criterio de imputación es la Falta de Servicio. Por otro lado, no se descarta que el Legislador pueda, en determinados casos, regular expresamente casos de responsabilidad estricta que normen las actividades del servicio; sin embargo destacamos que ellos serán especiales y excepcionales.

Siguiendo este orden de ideas, Hoyos Duque, citando a Duguit, señala que la responsabilidad por falta y la objetiva subsisten en el ordena-

---

[101] Oelckers Camus, Osvaldo. (1998). Op. Cit. Pág. 351.

[102] Ibídem.

[103] Se debe hacer el siguiente alcance: Osvaldo Oelckers no ha postulado directamente lo que acá se señala, sino que es producto de la interpretación de otro autor a modo de comprender sistemáticamente la obra del profesor mencionado. Tradicionalmente se ha estimado que la falta de servicio para el autor es un indicio de que la responsabilidad de la Administración se "objetiviza".

[104] Huepe Artigas, Fabián Andrés. (2004). "Responsabilidad del Estado, falta de servicio y responsabilidad objetiva en su actividad administrativa". Instituto Chileno de Derecho Administrativo. Santiago, Chile. Pág. 77.

miento pero con ámbitos distintos de aplicación, la una no reemplaza a la otra sino que se le yuxtapone[105].

2.2.4. Otras posiciones respecto a la responsabilidad del Estado Administrador.

En los párrafos que anteceden, hemos podido apreciar las principales teorías que existen en nuestro derecho nacional en torno al tipo de responsabilidad que rige a la Administración Pública. Sin embargo, no podemos dejar de indicar en este apartado, la presencia de otros autores del escenario jurídico local, quienes han manifestado diferencias con estas tradicionales tesis. Revisemos algunos de ellos.

En este sentido encontramos al profesor Cristián Román, quien ha sido reconocido por plantear una tesis ecléctica sobre este tema. El autor señala que el artículo 38° de la Constitución no ha optado por un sistema de responsabilidad, y menos aún, por uno de carácter objetivo. El fin de aquella disposición es establecer un "mínimo indisponible" por el Legislador y será éste el llamado a construir dicho sistema. En cuanto a ese mínimo, es preciso que se exijan los presupuestos de lesión, actuación y relación de causalidad para comprometer pecuniariamente al órgano público; además la lesión debe estar referida a derechos o intereses jurídicos que sean ciertos y legítimos. La responsabilidad del Estado será siempre directa y derivará potencialmente de cualquier actuación que sea apta; de esta forma se evitan los márgenes de irresponsabilidad[106]. En cuanto a la situación actual de la regulación normativa de este asunto, el referido expresa: "no puedo dejar de observar que las normas que, actualmente, regulan la responsabilidad de la Administración del Estado son escasas y excesivamente genéricas, ya que no establecen con precisión cuáles son, en definitiva, los presupuestos cuya ocurrencia hacen procedente dicha responsabilidad".[107]

En un reciente ensayo, el reconocido civilista Pablo Rodríguez Grez, desestima las alternativas propuestas por los clásicos autores nacionales y, en definitiva señala, que el sistema de responsabilidad se encuentra asimilado a las normas sobre responsabilidad extracontractual contempladas en derecho común, es decir, las del Título XXXV del Libro IV del Código Civil. En este sentido y según su parecer, no es efectivo que coexistan dos sistemas diferentes de responsabilidad extracontractual, esto es, uno basado en principalmente en normas de rango constitucio-

---

[105] Duque Hoyos, Ricardo. (1984). Op. Cit. Pág. 17.
[106] Román Cordero, Cristián. (2009). "Pasado, presente y futuro…". Cit. Págs. 35-36.
[107] Ibídem Pág. 36

nal y otro consagrado por el derecho común, cuya base se encuentra en los preceptos del Código Civil.

El autor enuncia en este sentido: "el Constituyente entendió que el sistema de responsabilidad (sus titulares, requisitos, efectos, modo de hacerla valer, extinción, etcétera) es una materia de dominio legal que escapa de la reglamentación constitucional"[108]. Carece de asidero, por tanto, la teoría propugnada por los objetivistas, toda vez, que no se deriva del articulado constitucional un estatuto especial sobre responsabilidad extracontractual del Estado; puesto que como ya hemos visto, siempre la Carta Política remite este tema a la "ley". Tampoco puede, un estatuto tan relevante como éste, tener como origen una "deducción interpretativa", a mayor abundamiento, si el Constituyente hubiese querido instaurar un sistema constitucional de responsabilidad, lo habría hecho de forma expresa y clara sin utilizar remisiones.[109] Por otro lado, respecto a la existencia de un estatuto legal especial sobre responsabilidad de la Administración, el referido nos indica que tampoco sirven las disposiciones legales (como los artículos 4° y 42 de la LOCBGAE o el artículo 142 de la LOCM) para dar fisonomía a un sistema especial distinto al común.

La tesis del profesor Rodríguez Grez, como hemos dicho, deriva en la existencia de un sistema asimilable al derecho civil; se reconoce la existencia de algunas especificidades las cuales, sin embargo, no alcanzan para dar una fisonomía propia y contraria al régimen común. Dentro de ellas encontramos: la responsabilidad directa del Estado sin intermediación de un funcionario, por lo que no proviene como ocurre en el derecho civil, de la llamada "responsabilidad por el hecho de terceros" (o vicaria); por otro lado, se identifica el criterio de la Falta de Servicio como una noción de culpa aplicable solamente a la Administración. También se trataría de una responsabilidad que tiene dos orígenes, esto es, por Falta de Servicio y por la falta personal imputable al Estado; exige para su procedencia una relación de causalidad normativa (y no sólo material); y por último, otro aspecto característico es el derecho de reembolso que juega a favor de la Administración, el cuál es más amplio que el consagrado en el artículo 2325 del Código Civil respecto a las personas obligadas a reparar los daños causados por sus dependientes.

El autor argumenta que la aplicación del estatuto común es plenamente procedente, por las siguientes razones: el Código Civil tiene carácter supletorio en virtud de su artículo 4°, por lo tanto ante una su-

[108] Rodríguez Grez, Pablo. (2011). "Sobre la responsabilidad extracontractual del Estado". En Revista Actualidad Jurídica. Universidad del Desarrollo, N°23. Pág. 12.

[109] Ibídem. Pág. 18.

puesta laguna legal, podemos recurrir por analogía a los preceptos de este cuerpo normativo; de esta forma, la falta de un estatuto especial no puede impedir que la responsabilidad se haga efectiva. Las normas del Título XXXV del Libro IV del Código de Bello también permiten la protección de la persona en general, además, la responsabilidad del Estado deriva de un "hecho ilícito", institución que se encuentra reglamentada en dicho título. En conclusión, Rodríguez Grez declara la existencia de múltiples razonamientos por lo que no es suficiente manifestar que lo público y lo privado nunca pueden confundirse.[110]

Generalmente, los autores civilistas concuerdan, que aun cuando el Derecho Público regulase con minuciosidad un régimen de responsabilidad del Estado, resultaría imposible tratar aquellas nociones sin recurrir a los presupuestos definitorios del derecho civil. Desde la vereda de en frente, los iuspublicistas dirán que el Derecho Administrativo es una rama con especificidad propia que obedece a otras reglas de justicia muy diversas a las que puede entregar el área privada. En este sentido Alvear Téllez resume de forma muy práctica esta dicotomía: "Desde la óptica privatista, la responsabilidad del Estado no es más que un caso (ciertamente con sus singularidades) de responsabilidad extracontractual. En cambio, desde la perspectiva iuspublicista, la responsabilidad del Estado están en las antípodas de la responsabilidad civil: no es extracontractual, sino constitucional, pues la Carta no distingue entre lo contractual y extracontractual"[111].

En una próxima sección, tendremos la oportunidad de discutir y analizar qué ha dicho la doctrina acerca de la supletoriedad de las normas civiles para la construcción y solución de casos en el Derecho Público.

2.2.5. Explicación de nuestra postura para efectos de este trabajo

La posición que hemos tomado en el desarrollo de este trabajo, califica a la responsabilidad general del Estado Administrador dentro de un sistema subjetivo, cuestión que puede resultar obvia al momento de observar el título de esta memoria, cuya dirección apunta a un estudio de la Falta de Servicio. Más allá de esto, existen razones tanto doctrinarias como jurisprudenciales y también por qué no decirlo, "prácticas" que justifican nuestra postura y que develan o constatan la realidad jurídica de nuestro país, algunas de ellas serán explicadas a continuación. Entre

[110] Ibídem Pág. 22.

[111] Alvear Téllez, Julio. (2011). "Responsabilidad extracontractual/responsabilidad constitucional del Estado: El nudo gordiano de dos doctrinas en pugna". En Revista Actualidad Jurídica. Universidad del Desarrollo, N°23. Pág. 105.

nosotros, y como adelanto, no resulta adecuado descartar en esta materia la aplicación de nuestro Código Civil y sus principios generales, sin embargo, ha quedado claro que la responsabilidad extracontractual de la Administración pertenece "principalmente" al ámbito público y las fundamentales normas que hacen alusión a ésta se encuentran en leyes de índole público, cuestión que no se puede negar. En esta parte hemos seguido a autores como Hernán Corral y Ricardo Sanhueza quienes proponen la idea de la "unidad del derecho de daños[112]", superando la tajante y quizás odiosa división para algunos, entre el sistema público y el privado.

Parte de la doctrina considera que una regla objetiva resulta más perjudicial que benéfica en nuestro sistema jurídico; dentro de esta corriente encontramos al profesor Eduardo Aldunate, quién estima que la existencia del Estado como forma de organización va a suponer, tal y como ya se estudió a comienzos de esta obra, necesariamente una disminución legítima de la esfera de nuestras libertades o de nuestro patrimonio en pos de un interés común. Sin embargo la adopción de un régimen de tipo objetivo genera importantes consecuencias, así considera que la más trascendente es la transformación sustancial de la idea de Estado[113] y al respecto nos señala: "Hacer al Estado responsable de todo perjuicio que pueda producirse a causa de sus actuaciones u omisiones, sobre una base de responsabilidad objetiva, disuelve la razón de ser del Estado, ya que elimina la posibilidad de articular un interés común que justifique el deber de soportar las consecuencias perjudiciales de su actuar como cargas, y reduce al Estado a ser un mero intermediario de intereses particulares"[114].

Lo antes dicho se explica por la "tendencia" de extender la responsabilidad a todo ámbito, a esto el autor denomina "protectivismo"[115], cuestión que en definitiva se traduce en dos puntos; en primer lugar en la extensión y desarrollo de la protección del derecho de las personas y en segundo, en obviar ciertos principios básicos, generales y muy conocidos del derecho. Esto último puede resultar peligroso ya que empezamos a perder el hilo de la discusión propiamente jurídica y se introducen ideas de fuerte carga moralizante que no necesariamente se condicen con lo

---

[112] Sanhueza Acosta, Ricardo Fernando. (2005). "Responsabilidad del Estado Administrador Chileno". Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. Págs. 80-83.

[113] Aldunate Lizana, Eduardo. (2000). "Consecuencias Constitucionales de la doctrina sobre responsabilidad objetiva del Estado". En Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado. Año I, no. 2 (dic. 2000). Consultado en la versión electrónica: http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/d11f7654-546b-423c-8233-1a3066667115/4.pdf? Con fecha 28 de noviembre de 2014. Pág. 6.

[114] Ídem.

[115] Ibídem Pág. 7.

que realmente es bueno para el interés común, pues muchas veces no han sido precedidas del adecuado debate.

Como ya expusimos anteriormente, es en realidad un problema terminológico el que ha causado la mala comprensión de la institución en estudio, puesto que los tribunales de justicia en algún momento confundieron la Falta de Servicio con la culpa del funcionario o de un individuo en particular, cuestión que al parecer de algunos autores, se debería a la dificultad de desprenderse de las categorías del derecho privado. Así mismo, la no exigencia de un juicio de reproche respecto de este criterio de imputación, no significa que la responsabilidad del Estado sea objetiva porque se prescinda de la culpa de un funcionario[116]. Para que el Estado se vea en la obligación de resarcir pecuniariamente a un individuo, se deberá por tanto probar la existencia de una Falta de Servicio, la cual es a entender de algunos (para dar una mayor claridad a la diferenciación) la culpa "del servicio".

De esta forma, para el profesor Juan Carlos Ferrada, la responsabilidad del Estado en esta materia no se va a construir solamente de las normas constitucionales que tradicionalmente son citadas, sino que fundamentalmente por las disposiciones que el Legislador ha establecido respecto de esta temática, cuestión corresponde a nuestro parecer a una clara decisión política. Precisamente del análisis de éstas normas se desprende que el Legislador ha tomado la opción por un régimen subjetivo de responsabilidad (o al menos "no objetivo" como señala el autor) y significa como anteriormente esbozamos, que no deberá probarse la acción culposa del funcionario, sino más bien que "la prestación del servicio público no se dio en los términos y con los estándares exigidos por la ley, y ello es imputable a la propia administración"[117].

En una postura de orden más práctico o realista, pero para estos efectos necesaria de hacer presente, Gonzalo Vial advierte que las demandas contra el Estado han ido en considerable aumento, más en cambio se han configurado en contra de éste una serie de obligaciones que muchas veces en el terreno puramente civil, no serían aplicables a los particulares. Así por ejemplo, se presume muchas veces el daño moral sin una mayor fundamentación de fondo, se discute acerca de la imprescriptibi-

---

[116] Pierry Arrau, Pedro. (2004). "¿Es objetiva la responsabilidad del Estado? Estado actual de la jurisprudencia" Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, N°11.

[117] Ferrada Bórquez, Juan Carlos. (2004). "La responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado en Chile: una breve revisión del estado actual". En Marín González, Juan Carlos (Coord.), La responsabilidad Patrimonial del Estado, Editorial Porrúa, México DF. Pág. 116.

lidad de las acciones y por muchos años se consideró que la responsabilidad de Estado era de naturaleza objetiva. A parecer de este autor, si bien en un momento la responsabilidad que le cabía a la administración era más bien laxa, hoy no podemos concebir el otro extremo, más bien debemos velar por una solución que busque el "justo medio", puesto que ante todo es propio recordar que Chile es un país en vías de desarrollo y no una potencia del primer mundo, por lo que responsabilizar al Estado por no alcanzar altos estándares en determinados ámbitos sólo provocará que éste se abstenga de participar de aquellos. En definitiva, recalca, los recursos de la Administración no son ilimitados como podría pensarse, es más, provienen del bolsillo de todos los contribuyentes, por lo que estos dineros deben invertirse en las reales y más urgentes necesidades del país, las cuales se ven desplazadas cuando se ha pagado injusta o desmesuradamente a un particular[118] [119].

A mayor abundamiento, el derecho español –ordenamiento donde podemos decir a ciencia cierta existe un régimen de responsabilidad objetivo que rige a la Administración– no ha estado ajeno de críticas proveniente de importantes autores. El profesor Fernando Pantaleón señala; "me parece indudable que España no puede permitirse gozar del sistema de responsabilidad de la Administración más avanzado, o sea, el más caro del mundo"[120], para éste autor junto con un análisis de la jurisprudencia de su país en distintas materias, resulta económicamente insoportable e indefendible un sistema como aquel, y teme en un futuro la desaparición de algunos servicios públicos pues no podrán asumir el elevado costo de la responsabilidad, lo cual se verá reflejado en la población, específicamente en quienes no puedan pagar un servicio ahora privado[121].

---

[118] Vial Correa, Gonzalo. (2000). "El Estado Paga". Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado año 1. N°2.

[119] En este mismo orden de ideas, el profesor Eduardo Aldunate en su obra ya citada, apunta que en un Estado de Derecho Democrático, el principal origen de los recursos del Estado proviene de los habitantes –cuestión que tiene un carácter "limitado"– cuya destinación principal es la satisfacción de un interés común. Así mismo, las buenas intenciones que demuestran los conocedores de la materia en pos de dar una mayor (extendida) protección a las personas, muchas veces provoca que se olviden cuestiones tan básicas como éstas. Estima que el volumen de este patrimonio es tal, que los jueces tienden a la generosidad con la víctima en esta materia, otorgando cuantiosas sumas que se traducen en una reducción de los presupuestos destinados a una determinada área de interés común.

[120] Pantaleón Prieto, Fernando. (2000). "Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas". En Revista de Derecho CDE, Año 1, N°2. Págs. 79-80.

[121] Ibídem Pág. 93.

En el ámbito jurisprudencial y de acuerdo con lo señalado por autores como el profesor Luis Cordero Vega, desde el año 2002 (y diremos "a la actualidad") con la entrada del Ministro Urbano Marín a la Corte Suprema se produce un cambio jurisprudencial, que observa el "paso de un sistema de responsabilidad constitucional, objetivo e imprescriptible a uno de carácter legal, con imputabilidad por falta de servicio y prescriptible"[122]. A esto el referido ha denominado "el Factor Marín", que de paso adelantaremos, constituye una labor que será profundizada por el Ministro Pedro Pierry según se verá en un próximo capítulo de esta memoria.

En el conocido caso "Domic Bezic, Maja y otros con Fisco"[123], la Corte Suprema señaló (considerando décimo) "…es pertinente apuntar que el ordenamiento jurídico no encierra disposiciones de carácter general que establezcan responsabilidades objetivas para los particulares o el Estado, y que, por ende, esta clase de responsabilidad requiere de una declaración explícita del legislador que describa las circunstancias precisas que pueden generarla…". En el considerando primero de la sentencia de reemplazo dispone: "el carácter especial de la responsabilidad extracontractual del Estado y la circunstancia de regirse por normas y principios del Derecho Público, no es óbice a que en determinados aspectos, como lo es la indemnización de los daños causados injustamente a los afectados por una actividad estatal, pueda quedar sujeta al derecho común, en ausencia de una regulación específica diferente". Estamos en presencia entonces, del primer caso en nuestra jurisprudencia en dónde expresamente se señala que la responsabilidad del Estado Administrador no es de tipo objetiva, sin embargo también tendrá relevancia en el hecho de considerar la prescriptibilidad de la responsabilidad, cuestión que será abordada más adelante.

---

[122] Cordero Vega, Luis. (2004). "Bases de Comprensión para la Jurisprudencia Judicial de Responsabilidad Extracontractual de la Administración". En Revista de Derecho Público n°66, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, Chile. Pág. 385.

[123] **Domic Bezic, Maja y Otros con Fisco de Chile. Recurso de Casación en el Fondo. Rol N°4753-2001, 15 de Mayo de 2002**. En los hechos, Jorge Domic fue fusilado en octubre de 1973 mientras estaba detenido en un recinto militar de la ciudad de la Serena y sus restos se encontraban desaparecidos hasta el año 1990. En primera y segunda instancia el Fisco había sido condenado al pago de 170 millones de pesos para efectos indemnizatorios a la viuda y sus dos hijos, por lo que el Abogado Procurador Fiscal interpuso casación en el fondo respecto de aquella decisión.

En la causa "Figueroa Gallardo, Rosalía con Fisco"[124], el Tribunal es mucho más directo en abordar esta temática y respecto al tercer capítulo de la casación de fondo intentada, señala en el considerando diecisiete: "Que los preceptos constitucionales relacionados con el motivo anterior, (es decir, los artículos 6°, 7° y 38 de la Constitución Política de la República), al reconocer el principio de la responsabilidad del Estado, **no establecen cuál es la naturaleza de ésta** (el énfasis es nuestro), sino que se remiten a la ley para determinarla, lo que hacen los artículos 4° y 44 de la Ley Orgánica Constitucional N°18575, al señalar, en general que el Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones… en especial, respecto de los Ministerios y organismos regidos por el Título II del mismo cuerpo legal, que los órganos de la Administración serán responsable del daño que causen por falta de servicio…". Agrega en el considerando decimoctavo, ya respecto del criterio de imputación; "Que, según lo entiende la doctrina, la falta de servicio que irroga directamente la responsabilidad al Estado…, se produce si sus órganos administrativos no actúan, debiendo hacerlo, si su actuación es tardía o si ellos funcionan defectuosamente, causando perjuicio a los usuarios o destinatarios del servicio público..., deben invocar y acreditar la existencia de esta falla en la actividad del órgano administrativo, y que ella es la causa del daño experimentado por el patrimonio de la víctima". En el caso concreto el considerando diecinueve será fundamental para rechazar la pretensión de la demandante: "…en la especie las actoras no lograron probar la existencia de la falta de servicio que hicieron valer y que habría consistido en la orden impartida por el jefe del señor Rivas a éste para que efectuara el cambio de neumáticos del camión que conducía sin contar con los elementos requeridos…".

Los mismos fundamentos pueden ser observados en "Hidalgo Briceño, Mauricio con Servicio de Salud Valparaíso"[125], esta vez, en sede

---

[124] **Figueroa Gallardo, Rosalía con Fisco de Chile. Recurso de Casación en la Forma y en el Fondo. Rol N°3427-2001, 08 de Mayo de 2002**. En los hechos, doña Rosalía Figueroa Gallardo y Bárbara Rivas Figueroa, interpusieron demanda de indemnización de perjuicios en juicio ordinario en contra del Estado, por el daño moral sufrido a causa de la muerte de don José Rivas Fierro (Cónyuge y padre respectivamente de las demandantes), quién falleció con fecha 26 de junio de 1995, mientras trabajaba como chofer en la Dirección de Vialidad, producto del cambio de un neumático sin contar con el adiestramiento y las herramientas idóneas. La demanda se rechaza tanto en primera instancia como en segunda, por lo que recurren de casación en la forma y en el fondo ante la Corte Suprema.

[125] **Hidalgo Briceño, Mauricio y otros con Servicio de Salud Valparaíso. Casación en el Fondo. CS. Rol 1976-2007. 14.10.2008.** En cuanto a los hechos, Rodrigo Hidalgo

de responsabilidad sanitaria. El considerando decimocuarto del fallo se refiere al contenido del artículo 38 inciso 2° de la Constitución Política y respecto a éste dispone: "no constituye el fundamento de la responsabilidad del Estado, sino tan sólo da la posibilidad de ejercer la acción en contra del Estado. Visto de esta forma no puede sino considerarse como una norma de competencia". En el mismo sentido se encuentra el considerando siguiente cuando sugiere: "…sólo está refiriéndose al requisito para poder demandar ante los tribunales. Ese y no otro es su sentido". En cuanto a la Falta de Servicio, la Excelentísima Corte estima que no pertenece a un sistema objetivo de responsabilidad, puesto que considerada como la "culpa del servicio" (reproche o reparo de legitimidad), debe probarse por quien la alega no interesando la persona del funcionario quien puede estar o no identificado (considerando decimosexto).

Tomando en cuenta el anterior análisis, diremos con toda seguridad que este último criterio se ha impuesto en la jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia, el cual ha sido plasmado en numerosos fallos y hasta la actualidad sin mayores cambios. De esta forma, el más alto tribunal de nuestro país desecha la idea de que la responsabilidad general del Estado sea de tipo objetiva, señalando, en conclusión, que la tipología propia está contenida en una ley orgánica y que el factor de atribución de esta responsabilidad es la Falta de Servicio.

En resumen y a modo de estructurar este apartado, algunas de las características doctrinarias sobre la responsabilidad del Estado Administrador, a las cuales adherimos, son: En primer lugar, se trata de una responsabilidad "extracontractual", esto significa que no existen vínculos previos entre la víctima y el órgano del servicio público (aunque en ocasiones se genera un conflicto de responsabilidades, por ejemplo en materia sanitaria cuando el afectado celebra un contrato de prestación de servicios con el equipo médico encargado de su atención). En segundo lugar, se trata de una responsabilidad "directa", esto es, constituye una responsabilidad institucional puesto que no se requiere demandar al funcionario que originó un determinado daño, sino que basta con dirigir las pretensiones en contra del órgano público. En tercer lugar, es una responsabilidad por daño, porque es menester que el administrado

Saldías de 27 años de edad, ingresó de urgencia por una apendicitis aguda. Días siguientes a la operación, fue trasladado al Hospital de Valparaíso tras experimentar un fuerte dolor abdominal, acompañado de fiebre y vómitos. Días después, dicho paciente falleció producto de un shock séptico. Sus familiares dedujeron demanda de indemnización por perjuicios en contra del Servicio de Salud, la cual fue rechazada en las dos instancias; posteriormente también sería desechada la Casación en el Fondo interpuesta.

haya sufrido un perjuicio en algunos de sus bienes jurídicos protegidos en virtud de una actuación u omisión proveniente del servicio. En cuarto lugar, es una responsabilidad cuya regulación (aunque general) encuentra su sustento en el ordenamiento jurídico y, a nuestro parecer, está regida tanto por normas de Derecho Público (en el sentido que la consagran y delimitan algunos de sus presupuestos) y por preceptos del derecho común. Por último, se trata de una responsabilidad subjetiva, puesto que respecto de ella se exige la concurrencia de un criterio de imputación, la Falta de Servicio, que ha sido concebido mayoritariamente por la doctrina y jurisprudencia local como una "culpa institucional", la cual por regla general, debe probarse por la víctima. En este orden de ideas, la causalidad material será sólo el punto de partida para determinar la obligación reparatoria, pues será necesario en esta sede, dilucidar cuál es la causa jurídicamente idónea para imputar responsabilidad sobre el resultado dañoso (causalidad normativa).

2.2.6. Supletoriedad del Código Civil en los casos de responsabilidad por actos de la Administración

En los párrafos que siguen, analizaremos dos de las posturas existentes acerca de la pretendida supletoriedad de las normas civiles respecto al sistema de responsabilidad del Estado por actos de la Administración Pública. En esta síntesis, hemos escogido a dos grandes referentes del derecho nacional, para luego esbozar nuestras propias conclusiones en relación a este importante tema; lo que nos permitirá avanzar de mejor manera en la comprensión de la Falta de Servicio en el ordenamiento jurídico chileno y su actual modelación como un criterio de atribución general.

Comenzaremos con la posición del profesor Alejandro Vergara. Este autor realiza un análisis crítico del artículo 4° del Código Civil, el cual se ha pretendido por largo tiempo como la norma que permitiría a los preceptos de este cuerpo legislativo tener el carácter de supletorios respecto de todo el resto del ordenamiento nacional; interpretación que el referido considera errónea.

La heterointegración consiste en una técnica mediante la cual se recurre a un ordenamiento distinto para llenar una laguna normativa, siendo la supletoriedad una especie dentro de éste género. De esta forma, la mencionada técnica normativa será utilizada sólo en aquellos casos en que la interpretación ofrecida por el jurista o por el juez resulte insuficiente para cubrir los vacíos legislativos. En el caso de las llamadas normas "autónomas", que son aquellas no tienen una relación de especial a general con otras leyes, es decir, que no comparten bases comunes o

principios entre sí, como aquellas que están en polos opuestos del fenómenos normativo: "lo público y lo privado"; no cabe la supletoriedad. En este sentido y también incorporando ahora a las "disciplinas", el autor nos indica que todas son autónomas entre sí, pues son "especialidades" del derecho; así el Derecho Administrativo es una disciplina especial y autónoma respecto del derecho civil[126]. Lo antes dicho constituye un límite a la heterointegración normativa, porque nunca una norma pública es especial o general respecto de una privada.

Para el profesor, la postura típicamente seguida por la doctrina y jurisprudencia nacionales de aplicar, en caso de lagunas en la normativa administrativa, disposiciones civiles en virtud de la técnica de la supletoriedad, no se ha hecho cargo de las distintas incoherencias que se manifiestan; contradicciones que son normales cuando se intentan conciliar disciplinas opuestas del derecho que obedecen a principios y bases diversas. El ya citado artículo 4° no consagraría la supletoriedad, sino más bien el "principio de la especialidad" cuestiones que en verdad son muy distintas; incluso dudoso ya es considerar que este precepto disponga sin más, la supletoriedad respecto de otros estatutos de la misma naturaleza privada, es decir, no se desprende de la sola lectura del artículo, sino que es necesario además que exista expresa normativa que acepte tal suplencia[127].

Frente a un problema como este, el autor formula que el jurista y el juez tendrán dos caminos; "el más fácil: recurrir a la norma existente en algún cuerpo codificado, usualmente el civil, a la que se le agrega una ingente producción y experiencia doctrinaria, y el más difícil: buscar en medio de la precariedad y anarquía de las escuetas normas administrativas, y enfrentarse incluso a veces al vacío normativo"[128]. Es sin embargo necesario, que la dogmática de cada disciplina complemente la labor de Legislador mediante el diseño y elaboración de principios e instituciones que definan sus márgenes y que ayuden a la autointegración en esta rama del derecho; evitando de esta manera la práctica de trasladar, sin filtro alguno, los preceptos de un sistema a otro. En conclusión, Vergara Blanco señala: "si se acepta como válida la tesis de la supletoriedad, el resto de las disciplinas serían brazos o ramas del derecho civil".[129]

---

[126] Vergara Blanco, Alejandro. (2009). "Derecho administrativo y supuesta supletoriedad general del Código Civil". En Revista de Derecho Administrativo N°3. Págs. 48-49.

[127] Ibídem Pág. 58.

[128] Ibídem Pág. 60.

[129] Ibídem Pág. 64.

Es momento de presentar las principales ideas del profesor Hernán Corral, quién dentro de sus múltiples obras, también ha escrito sobre la necesidad de reconstruir el sistema de responsabilidad bajo las normas que existen en nuestro ordenamiento jurídico, es decir, mediante el uso de la Constitución y las disposiciones que conforme a ella se han dictado.

Para dicho autor, mantener la separación entre un régimen de Derecho Público y uno de derecho civil, al contrario de lo que muchos iuspublicistas puedan creer, generaría desigualdad entre los particulares, puesto que se descuida, de algún modo, las relaciones entre los privados. Por esta razón el referido propone revisar el rol que tiene tanto la Constitución como el Código Civil en pos de una unidad del orden jurídico[130]. Respecto al primer punto, el profesor dirá que no hay duda alguna de que la Carta ocupa la más alta jerarquía normativa dentro de nuestro ordenamiento jurídico e incluso mediante el proceso moderno de la "constitucionalización del derecho" también las normas del derecho privado han sido interpretadas conforme a los principios y derechos que emanan de este estatuto Fundamental. Sin embargo, cosa distinta es creer que ésta tenga como misión regular integralmente las instituciones sin atender a la necesidad de un complemento por parte del Legislador, mediante el desarrollo de la ley. A este respecto y en contra de lo que parte de la doctrina denomina "autosuficiencia de la Constitución", señala: "No es el objeto de la norma constitucional el regular regímenes jurídicos, sino más bien dar los principios orientadores, expresar los derechos fundamentales y, tal vez, aconsejada por la experiencia, exigir alguna que otra determinación clave o esencial para la regulación de un determinado sistema, al cual deberá atenerse el legislador, cuya misión sigue siendo el desarrollar y dar real vigencia a las normas y principios de la Constitución".[131]

Por otro lado y respecto al segundo punto, el derecho civil como normativa común y supletoria, es considerado tradicionalmente como aquella columna vertebral del ordenamiento respecto del cual se puede acudir en lo que la norma especial no haya previsto, y que "forma parte del acervo común de todo operador jurídico"[132]. Por lo tanto, manifiesta que

---

[130] Corral Talciani, Hernán. (2003). "La responsabilidad de los órganos del Estado: ¿Régimen constitucional o régimen civil?". En Baraona, J. (edit.), La responsabilidad de las entidades corporativas, Cuadernos de Extensión Jurídica 7, Universidad de los Andes. Santiago, Chile. Consultado con fecha 07 de diciembre de 2014 en su versión digital: https://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/resp-del-estado.pdf. Pág. 8.

[131] Ibídem Págs. 9-10.

[132] Ibídem Pág. 13

no existe realmente un ordenamiento jurídico cuando entendemos las distintas disposiciones normativas como independientes entre sí, "como islas sin conexión alguna"[133].

La propuesta del autor supone una estructuración respecto de la responsabilidad del Estado; que recurra tanto a las normas Constitucionales como a las leyes generales sobre responsabilidad (a saber, la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado y la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades), como también a las leyes sectoriales (por ejemplo, Ley del Tránsito, Ley sobre Seguridad Nuclear, etc.), prevaleciendo éstas últimas debido al principio de especialidad. En lo no previsto por las normas anteriormente mencionadas, se aplicará por consiguiente las reglas generales del Código Civil contenidas principalmente en el Título XXXV del Libro IV.[134]

En cuanto a nuestra opinión, si bien coincidimos en que el Derecho Administrativo es una rama que posee particularidades, sobre todo si tenemos en cuenta que la víctima de un acto dañoso producido por un servicio público, se encuentra material y procesalmente en desigualdad frente a la Administración; estimamos que en todo lo no regulado expresamente por la normativa pública tienen aplicación, pero matizada, las disposiciones del derecho común por ser también leyes de la república. Especial detención merece este alcance puesto que aquí cobrará vital importancia el rol del juez; esto significa que no podrá aplicar sin variación alguna preceptos civiles al caso concreto; sino que deberá adecuarlos primero con los principios del Derecho Público. En este orden de ideas un autor ha dicho: "Sin perjuicio de esas especiales condiciones de responsabilidad de la Administración del Estado y de las municipalidades, el complejo ordenamiento de la responsabilidad extracontractual actúa como estatuto general y supletorio en las materias que no son objeto de conceptos y reglas especiales de derecho público"[135]. Así las cosas, las normas del Derecho Público se encargarán de definir o delimitar conceptos como el criterio de atribución que hace procedente la obligación reparatoria del fisco, sin embargo otros aspectos relevantes forman parte del derecho común en esta materia; dentro de ellos, el elemento del daño y la causalidad.

---

[133] Ídem.
[134] Corral Talciani, Hernán. (2003). Op. Cit Págs. 18-21.
[135] Barros Bourie, Enrique Gustavo. (2006). Op. Cit. Pág. 482.

CAPÍTULO II

ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO ADMINISTRADOR Y CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD

1. Elementos de la responsabilidad del estado

En este apartado analizaremos uno a uno los presupuestos que configuran la procedencia de la responsabilidad del Estado Administrador, sin embargo, debemos desde ya hacer presente que, ante la falta de regulación orgánica y especial en el ámbito del Derecho Público, necesariamente acudiremos a las normas del derecho común (es decir, las que dispone el Código Civil), para complementar y dar coherencia a este sistema de responsabilidad. Acompañaremos el desarrollo de estos elementos con el análisis de jurisprudencia local atingente, lo cual permitirá al lector tener una mejor visión del tratamiento de estas instituciones en el escenario nacional.

1.1. Elemento Subjetivo

Conforman el elemento subjetivo, los titulares de los derechos y deberes que nacen producto de una relación jurídica. Cabe hacer presente que cuando hablamos de responsabilidad del Estado estamos frente a una relación jurídica de Derecho Público[136], luego, identificaremos los sujetos que la conforman; así por un lado encontraremos al sujeto activo, "el particular" y, por el otro, al sujeto pasivo, "un órgano del Estado".

[136] Ruiz Rosas, Andrea (2002); "Estudio doctrinario de la responsabilidad extracontractual del Estado en general y de la administración en particular". Ediciones Instituto de Derecho Administrativo. Santiago, Chile. Pág. 65.

1.1.1. Los Sujetos

A) El Sujeto Activo

Para Ruiz Rosas, serán sujetos activos en términos generales, "todas las personas que se encuentren fuera de la organización del órgano público que causó la lesión que da origen a la relación jurídica"[137]. El concepto persona debe ser entendido de forma amplia, como "aquel ser inteligente y libre que ostenta un dominio sobre sí mismo y sobre sus actos, en cuanto es considerado protagonista esencial de la vida jurídica y centro en torno al cual se construye y estructura el ordenamiento"[138]. Si bien este concepto puede considerarse abstracto, en el derecho moderno podemos entender por persona aquel individuo al cual se ha garantizado una esfera de poderes públicos, lo que de por sí incluye un reconocimiento de capacidad, estado y la posibilidad de ser sujeto tanto activo como pasivo de relaciones o de situaciones jurídicas, y que además conforma un centro "aglutinador de normas"[139]. Se agregará por otros autores, como sujeto activo de esta acción, el "grupo de personas"[140], toda vez que titulares de un análogo derecho individual han sufrido un daño producto de una misma actuación del órgano.

Respecto de esto último, hay que tener presente que legitimación activa en relación a intereses de esta naturaleza, no encuentra regulación legal general en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, la ley 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos reconoce la calidad de interesados a entidades que representan intereses colectivos, así lo dispone el artículo 21 N°1 y N°3[141]. De esta forma se puede interpretar que aquellas personas intervienen en un procedimiento administrativo, mediante la formulación de alegaciones, presentación de escritos, etc., también tendrían legitimidad en sede jurisdiccional[142].

---

137 Ibídem. Pág. 66.

138 Corral Talciani, Hernán. (1990). "El concepto jurídico de persona. Una propuesta de reconstrucción unitaria". En Revista chilena de derecho, Vol. 17, N°2. Pág. 320.

139 Ibídem. Pág. 320.

140 Román Cordero, Cristián. (2004). "Los presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado." Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Pág. 155.

141 **El Artículo 21 N°1 y N°3 de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos** señala: "Se consideran interesados en el procedimiento administrativo: 1. Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses individuales o colectivos. 3. Aquéllos cuyos intereses, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se apersonen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva".

142 Cordero Quinzacara, Eduardo. (2007). "La legitimación activa en el proceso contencioso-administrativo". En Ferrada, Juan Carlos (Coordinador), "La Justicia Administrativa". Lexis Nexis. Pág. 416.

Desde ya diremos que los citados conceptos se entienden referidos no sólo a la persona natural, cuya definición encontramos en el artículo 55 del Código Civil, sino que también a las personas jurídicas, referidas en el artículo 545 inciso 1° del mismo cuerpo legal[143].

En algunas ocasiones serán también sujetos activos los organismos públicos, en especial aquellos que poseen una personalidad jurídica y patrimonios propios, características que les otorga una especie de independencia en la vida jurídica, existiendo por cierto la posibilidad de sufrir menoscabos. Respecto a los funcionarios de dichas entidades, lo importante para algunos, es que no pertenezcan al órgano de la Administración que generó el daño[144]; en cambio para otra parte de la doctrina, un funcionario del mismo servicio también podrá serlo puesto que nada obsta a que eventualmente resulte lesionado con ocasión de su funcionamiento.

Un ejemplo que da muestra de esta posibilidad, se puede ver en la causa caratulada "Noli Anderson con Fisco de Chile"[145]; fallo donde la Corte de Apelaciones de Antofagasta condenó al Estado al pago de una suma de $30.000.000 a título indemnizatorio por los perjuicios morales ocasionados a Giordano Noli, conscripto del Regimiento Reforzado N°1 de Topater. Estos daños involucraban tratos vejatorios y humillaciones públicas respecto a su sobrepeso, así como también la imposición de trabajos fuera del horario por parte del Coronel de dicho regimiento. En el considerando quinto, el ilustrísimo tribunal señala: "…la responsabilidad en los hechos objeto de la Litis le corresponde al Estado, independientemente de la incompatibilidad de las normas invocadas por el actor, **en cuanto fue uno de sus agentes** (el énfasis es nuestro) –Comandante del Regimiento Reforzado Topater de Calama, don Carlos Ojeda Bennett– el que con su actuar ocasionó daño que debe ser indemnizado".

B) El Sujeto Pasivo

Serán sujetos pasivos, los órganos de la Administración (a través de sus agentes) que han provocado un hecho dañoso. Dentro de ellos encontraremos a los organismos centralizados que, al carecer de perso-

---

143 **El artículo 55 del Código Civil** señala: "Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición. Divídense en chilenos y extranjeros". Y el **artículo 545 inciso 1°**: "Se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente".

144 Ruiz Rosas, Andrea (2002); Op. Cit. Pág. 66.

145 **Noli Anderson, Giordano con Fisco de Chile. Recurso de Apelación. Rol N°739-2007. C.A de Antofagasta. 28.3.2008.**

nalidad jurídica y patrimonio propio, comprometerán directamente las arcas fiscales; de esta forma, según Ruiz Rosas, la demanda de responsabilidad deberá impetrarse contra el Fisco de Chile[146]. También existen los denominados órganos descentralizados, cuya característica es contar con una personalidad jurídica y patrimonio propio, por lo que a primera vista se puede deducir que responderán directamente con sus medios económicos, así como también, la demanda deberá dirigirse en contra de éste y no del Fisco (por ejemplo los Servicios de Salud y las Municipalidades). Por otro lado, parte de la doctrina ha señalado que, a través de una interpretación del artículo 4° de la LOCBGAE, el Estado siempre será el responsable independiente de cual sea el tipo de órgano de la Administración que haya incurrido en un hecho dañoso, esto significa que será siempre el patrimonio fiscal el que se comprometerá frente a las indemnizaciones declaradas[147], por una especie de "solidaridad del Fisco" que para algunos es el fin de la norma.

Cuando hablamos de "agentes del Estado" nos estamos refiriendo, desde luego, a los funcionarios públicos; pero también incluiremos dentro de esta noción a los funcionarios de "hecho" pues se ha entendido que sus acciones son válidas con miras a la protección de terceros.

Señalado lo anterior, cabe preguntarse ¿Existirán otros sujetos pasivos? ¿Qué sucede respecto de aquellas entidades que cumplen funciones de índole pública pero que no pueden ser considerados órganos de la Administración? Discusión ha generado entonces la responsabilidad que le cabe a concesionarios y contratistas, que sin ser parte de la Administración, ejercen o gestionan funciones que le son propias a ésta.

Para una parte de la doctrina, los concesionarios de servicios públicos serán responsables extracontractualmente y la Administración no tendrá participación alguna de ésta, pues se ha liberado de ella al contratar con el privado para el desarrollo de tal actividad. Es más, las normas que se aplicarán en estos casos serán en plenitud las del Código Civil, donde la víctima deberá probar el dolo o la culpa del causante del daño.

En otra posición encontramos, por ejemplo, a Viñuela Hojas, quien señala que la actividad ejercida por los concesionarios obedece a la lógica de que la Administración ha tenido la posibilidad, por disposición de la ley, de traspasar estas labores temporalmente en pos de un mejor servicio en cuanto a la calidad y cobertura del mismo, pero de ninguna forma la *ratio legis* busca exonerar al órgano de las ulteriores responsabilidades que se produzcan. A este respecto el autor señala: "no existe

[146] Ruiz Rosas, Andrea (2002); Op. Cit. Pág. 135.
[147] Ruiz Rosas, Andrea (2002); Op. Cit. Pág. 136.

ninguna razón de lógica ni de justicia que legitime privar a esos mismos usuarios de la cobertura de tal responsabilidad una vez que el Estado, autónomamente, esto es, sin la previa y voluntaria aceptación de los usuarios afectados, opta por traspasar la gestión de dicha actividad a los particulares"[148].

Respecto a las actividades propiamente tales, debemos recordar que subyace respecto de ellas la noción de *publicatio*, lo que se relaciona directamente con la temporalidad y posterior "rescate" de la concesión por parte del Estado[149], pero también, precisamente al hablar de un servicio público no sólo es importante el factor "orgánico" sino que "la noción está más vinculada a la actividad, que, en razón de dicho interés colectivo, ha sido legalmente reservada a la titularidad estatal y sometida, en su funcionamiento, a un régimen de Derecho Público"[150].

Finalmente, se estima que el centro de todo el asunto es la víctima, por lo que no se justifica en caso alguno un traspaso de responsabilidad. Por esta razón el referido autor es partidario de extender la aplicación de la responsabilidad por Falta de Servicio, que en principio ha sido prevista sólo para los organismos estatales, también a los concesionarios de estos servicios. De esta manera concluye: "más que en afirmar prioridades de responsabilidades, se traduce en buscar los deslindes entre dos ámbitos de responsabilidades propias y específicas, que afectan al Estado concedente y al particular concesionario, y pensando que nunca dicha separación puede traducirse en una disminución del ámbito de protección que, antes de la concesión de la obra pública, el ordenamiento jurídico ya aseguraba a los usuarios"[151].

En este orden de ideas, el profesor Cristián Román, en un trabajo para determinar en qué casos responde la Administración y la empresa concesionaria por los daños que sufren los usuarios de las carreteras, concluye que el Estado va a ser responsable por estas lesiones toda vez que incurra en Falta de Servicio, lo que en resumidas cuentas consiste en una inactividad administrativa respecto de la inspección y vigilancia de las obligaciones del concesionario, tal y como lo dispone el artículo 29 inciso 2° del DS 900 del Ministerio de Obras Públicas[152]. De la misma

---

[148] Viñuela Hojas, Mauricio. (2001). "La Responsabilidad por falta de servicio en el contexto del régimen de concesiones viales vigente en Chile". En revista Ius Publicum. N°7. Pág. 42.

[149] Ibídem. Pág. 43.

[150] Ibídem. Pág. 47.

[151] Ibídem. Pág. 55.

[152] El **artículo 29 inciso 2° del DS 900 del Ministerio de Obras Públicas** dispone: "Corresponderá al Ministerio de Obras Públicas, la inspección y vigilancia del cumpli-

manera, será responsable cuando el daño es producto del mal diseño de la carretera y que además pueda ser imputable a una Falta de Servicio, de esta forma lo establece el artículo 18 del DFL N°850[153]. Finalmente el autor dirá que el concesionario debe responder del mismo modo que lo habría hecho la Administración, mediando Falta de Servicio, obedeciendo a un criterio "funcional y garantista"[154]

A mayor abundamiento, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que conoció del caso "Concha Soffía con Concesionaria Rutas del Pacífico S.A"[155], condena a ésta última a la reparación del daño, puesto que no instaló las barreras que impidieran el acceso de animales a las vías y que obstaculizaron la libre circulación vehicular. La Corte en el considerando cuarto rechaza el argumento de la demandada acerca de la intervención de terceros (dueños del animal) y señala que: "…quien explota la concesión tiene la obligación de mantener el camino concesionado en términos tales de impedir que ingresen animales a la vía, animales que es perfectamente predecible que puedan producir daños a quienes transitan normalmente por esa vía…". Si bien la magistratura señala que en la especie existe una responsabilidad objetiva, cuestión que no comparto ya que extrema la posición; sí deja claro que las normas que aplican al caso concreto son las establecidas en la ley de concesiones públicas, lo que nos lleva por buen camino permitiendo razonar

miento por parte del concesionario de sus obligaciones, tanto en la fase de construcción como en la de explotación de la obra"

153 El **artículo 18 inciso 1° del DFL N°850 del Ministerio de Obras Públicas** señala: "A la Dirección de Vialidad corresponderá la realización del estudio, proyección, construcción, mejoramiento, defensa, reparación, conservación y señalización de los caminos, puentes rurales y sus obras complementarias que se ejecuten con fondos fiscales o con aporte del Estado y que no correspondan a otros Servicios de la Dirección General de Obras Públicas. La conservación y reparación de las obras entregadas en concesión, serán de cargo de los concesionarios".

154 Román Cordero, Cristián. (2009). "Daños sufridos por los usuarios de carreteras concesionadas: ¿Paga Moya?". En La Responsabilidad Extracontractual del Estado. Editorial Metropolitana, Santiago, Chile. p. 272.

155 **Concha Soffía con Concesionaria Rutas del Pacífico S.A. Rol N°11.965-2004. C.A. de Santiago. 18 de Agosto de 2008**: En los hechos, don Cristián Concha Soffia interpuso demanda en juicio ordinario por indemnización de perjuicios en contra de la sociedad Concesionaria Rutas del Pacífico S.A, con motivo del cruce de un animal en la carretera de la ruta 68. El demandante solicita solamente reparación por concepto de daño emergente producido en su vehículo por el impacto con un caballo en las vías, lo anterior ocurrido con fecha 23 de Agosto del año 2002. El tribunal de primera instancia rechazó la pretensión deducida, decisión contra la cual se interpuso recurso de apelación; conociendo de esta acción el tribunal de alzada revoca la sentencia condenando a la sociedad al pago de $9.294.088 por concepto de daño emergente.

que lo que debió probarse es la Falta de Servicio y no la culpa o dolo del concesionario.

Soto Kloss en un comentario a esta sentencia manifiesta que, si bien normalmente se tiene a la responsabilidad del concesionario como la primera e inmediata, no es la única. También surgirá a raíz de un accidente en las carreteras concesionadas una responsabilidad para el Estado, la cual no va a ser indirecta ni tampoco subsidiaria, sino que manifiestamente directa y nacerá de la omisión del respectivo órgano en la debida fiscalización del cumplimiento de las obligaciones del concesionario. Es más, es el propio Estado quien aparece frente al usuario, y no puede éste desligarse a pesar de mediar concesión, de la obligación primigenia del servicio público de mantener o conservar las vías, puesto que es a través de la contratación y la normativa legal que la rige, que asume el deber "ineludible de fiscalizar" el debido cumplimiento de las obligaciones del concesionario[156].

Para finalizar este apartado no podemos dejar de lado lo que sucede con otro posible sujeto pasivo, "el sujeto autorizado". El sujeto autorizado es aquel particular que no lleva a cabo una actividad administrativa, sino más bien privada[157]. A pesar que la actividad que se realizará tiene fines esencialmente privados, medió un acto administrativo, "la autorización", cuestión que para algunos justificará que el Estado deba controlar el ejercicio de la misma.

Por esta razón se estima que la Administración no está libre de responsabilidad en estos casos, pero diremos inmediatamente que no de todos, pues parecería del todo injusto que ésta respondiera objetivamente de los daños de un particular como en el derecho comparado se ha pretendido. En el derecho español algunos autores han señalado criterios generales para ayudar a determinar al juez en qué casos el órgano público resulta obligado. En primer lugar lo será cuando existan negligencias graves en el otorgamiento de la autorización, por ejemplo habilitando a personas que no reúnen las condiciones más básicas que permitan acceder a ésta. En segundo lugar cuando existan determinadas cláusulas de responsabilidad o bien, ciertos aspectos de la actividad hayan sido predeterminados por alguna norma. Finalmente, cuando exista un deficiente control o vigilancia por parte de la Administración provocándose

---

156 Soto Kloss, Eduardo. (2008). "Comentario a Concha Soffía con Concesionaria Rutas del Pacífico S.A". En Gaceta Jurídica N°333. Págs. 21-22

157 Laguna de Paz, José. (2001). "Responsabilidad de la Administración por daños causados por el sujeto autorizado". Revista de Administración Pública N°155. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España. Pág. 27.

un hecho dañoso que de mediar la adecuada fiscalización no se habría producido.[158]

1.2. Elementos Objetivos

Conforman lo que hemos denominado el "elemento objetivo" del sistema de responsabilidad estatal: la acción u omisión desplegada por el órgano de la Administración, el daño efectivo producido en los bienes jurídicos de una persona, el nexo causal entre ambos presupuestos y, finalmente, el criterio o factor de atribución. A continuación desarrollaremos cada uno de estos elementos.

1.2.1. Acción u Omisión

En principio cualquier actividad que provenga de la Administración Pública es potencialmente apta –comprobada la concurrencia de los demás elementos de la responsabilidad estatal– para constituir al Fisco como deudor de una obligación resarcitoria. Por tanto, es indiferente que el daño derive de una acción o de una omisión. Sin embargo, es discutido entre nosotros si la responsabilidad procede sólo en la actividad irregular del servicio o también respecto a las actuaciones lícitas del mismo, esto es, aquellas que se conforman tanto en la forma como en el fondo con el ordenamiento jurídico vigente. Respecto a esto último, dedicaremos un apartado especial en el próximo capítulo de esta memoria, analizando el tema con las posturas de la doctrina y jurisprudencia nacional.

A. Acción de la Administración

Para que exista responsabilidad en el Derecho Civil, en general se requiere de una actividad o hecho del hombre generador de un daño; por lo tanto, la responsabilidad sólo se concibe por la presencia de conductas humanas. Acomodando este elemento al Derecho Administrativo, ésta puede producir daño tanto por actividad como por inactividad, la cual, como hemos visto anteriormente, provendrá de un agente del Estado, persona natural, la que comprometerá la responsabilidad del órgano siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos. En primer término, el funcionario debe trabajar o estar vinculado de alguna manera a un órgano de la Administración. En segundo lugar, aquella conducta desplegada es consecuencia del ejercicio de la función del órgano o, al menos, que haya ocurrido con ocasión de ésta. En cuanto al primero de

[158] Ibídem. Pág. 51.

los requisitos, nos remitimos a lo que ya hemos dicho en relación al sujeto pasivo de la acción indemnizatoria y, respecto al segundo, será tratado de forma pormenorizada cuando hablemos de la relación existente entre la Falta de Servicio y la Falta Personal.

La actividad suele ser, a criterio de la doctrina, divida en jurídica y material. Veamos a continuación en qué consiste cada una de ellas y, con el objeto de obtener una mejor ilustración, incorporaremos algunos fallos de los tribunales nacionales.

a) **La actividad jurídica:** esta tiene lugar cada vez que un órgano público emite una declaración de voluntad, esto es, dicta un acto o una norma de carácter administrativo que, sin embargo, genera perjuicio a un particular.

   Un primer ejemplo de esta clasificación es el cierre ilegal de un establecimiento comercial. En la causa caratulada "Abufom Musa, Omar Abraham con Ilustre Municipalidad de Limache"[159], don Omar Abufom poseía un establecimiento donde se expendían bebidas alcohólicas llamado "Botillería Sahara", para aquel efecto registraba una patente de alcoholes en el municipio de Limache. Sin embargo, en febrero del año 2004, se dictó el Decreto Alcaldicio N°733 que dispuso la caducidad de la patente que amparaba su local comercial y, a consecuencia de ello, el demandante se vio en la imperiosa necesidad de cerrar el negocio. Ante aquella decisión administrativa, el señor Abufom recurrió de protección, estimando la Corte Suprema que el acto era ilegal y arbitrario, en razón de no haberse ceñido al procedimiento legal existente a la época de su dictación.

   Así las cosas, el perjuicio sufrido consistente en la pérdida de su vivienda, la falta de medios económicos para solventar los gastos del hogar y otros problemas familiares, llevó al señor Abufom a demandar a la municipalidad. El considerando decimocuarto de la sentencia que conoció de la casación impetrada, sostuvo que esta actuación constituye, en el caso concreto, una Falta de Servicio: "…los jueces de la instancia fundamentaron su decisión de acoger la acción indemnizatoria formulada en autos cimentando la responsabilidad civil del municipio demandado en la falta de servicio infraccional consumada por éste, al caducar la patente comercial que detentaba el demandan-

[159] **Abufom Musa, Omar Abraham con Ilustre Municipalidad de Limache. Casación en la Forma y en el Fondo. CS. Rol 3.681-2007, 27.1.2009**. La sentencia de primer grado condenó a la demandada al pago en beneficio del actor de una indemnización por daño moral, ascendiente a 7 millones de pesos. Apelada dicha sentencia, fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, con aumento del monto reparatorio a 12 millones de pesos.

te para la explotación de un negocio de alcoholes, obrando la autoridad edilicia, al disponer esa medida, con manifiesta contravención de la normativa vigente sobre la materia".

En segundo lugar, la baja de un funcionario de las Fuerzas Armadas por el sólo hecho de padecer del virus VIH, puede también constituir una actividad jurídica merecedora de reparación pecuniaria. Observemos con atención los hechos que dieron a lugar el pronunciamiento de la Corte en el caso "Cea Segura, Axel con Fisco de Chile"[160]. Cuestionable resulta la decisión esgrimida por la Comisión de Sanidad de la Fuerza Aérea de Chile, toda vez que consideró al VIH como una enfermedad invalidante para el desempeño de funciones al interior de la institución. En este orden de ideas, con fecha 09 de julio del año 2002, mediante resolución de la FACH se dispuso el retiro absoluto de don Axel Cea por tener padecer de una enfermedad de carácter permanente. La Corte de Apelaciones de Santiago, estimó en su fallo que "la exoneración del servicio que se alza como la causa de pedir en estos autos, se revela contraria al ordenamiento, como quiera que la superioridad institucional ejerció sus atribuciones en un caso que precisamente no lo preveía y, además, sin contar con todos los antecedentes que era menester para legitimarla (considerando cuarto)". Es más, las razones que señaló la parte demandada no pueden atenderse en el caso concreto, más aún cuando el demandante se encuentra en una edad que, según enseña la experiencia, se está en plena disposición de fuerzas para desempeñarse y progresar en una carrera funcionaria.

b) **Actividad Material:** esta tiene lugar cuando la Administración realiza meras operaciones fácticas, sin que necesariamente medie manifestación de voluntad alguna. La actuación puede provenir de un acto administrativo o bien producirse sin que exista dicha acción previa, en tal sentido Jesús González señala: "es evidente que por lo general el acto administrativo por sí solo no da lugar al daño, sino la ejecución del acto. Pero no es infrecuente que la actuación material no presuponga un acto administrativo"[161]. Dicho autor cita como ejemplos, la actuación de bomberos al apagar un incendio, accidentes como la ro-

[160] **Cea Segura, Axel con Fisco de Chile. Apelación. CA. Santiago. Rol 2.981-2008, 4.10.2009.** En cuanto a la acción de indemnizatoria deducida por el demandante, ésta fue rechazada en todas sus partes por el tribunal de primera instancia. Apelada la resolución, la Corte de Santiago revocó dicho fallo condenando al Fisco con la suma de ochenta y ocho mil setecientos pesos por concepto de daño emergente y siete millones de pesos a título de daño moral.

[161] González Pérez, Jesús. (1999). "Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas". Edit. Civitas. Madrid, España. Pág. 264.

tura de una cañería o bien, la reacción de las fuerzas de orden público para disolver una manifestación. Analicemos a continuación algunos casos en el derecho chileno.

La difusión no consentida de una fotografía es capaz de provocar un daño o lesión en el "derecho a la imagen propia" que tiene toda persona. Así lo dispuso el fallo "Cruz Llancamil, Erika Elvira con Consejo de Defensa del Estado"[162]. En los hechos, el Estado de Chile utilizó una foto de doña Erika Cruz en una gigantografía emplazada en la ciudad de Temuco, así como también en la distribución de calendarios, todo lo anterior con miras a promocionar un programa público del Ministerio de Planificación denominado "Orígenes", cuyo principal objetivo era difundir la tolerancia a las etnias, la integración en la sociedad y lo positivo que resulta una sociedad pluralista. A pesar que los principales argumentos de la defensa señalaban que la fotografía fue tomada en un lugar público y que no estaba siendo utilizada con fines lucrativo; la Corte Suprema nos recuerda que el derecho a la imagen, en su faz negativa, contiene el derecho a impedir que terceros, sin la debida autorización, capten, reproduzcan o difundan imágenes, cualquiera que sea la finalidad.

En la resolución del asunto sometido a su conocimiento, los ministros también razonaron respecto a este derecho de la personalidad: "… si bien no tiene una consagración positiva expresa, nuestro ordenamiento jurídico tiende a protegerlo en virtud de normas de rango constitucional, como el derecho a la honra de la persona y su familia, bienes inmateriales de los cuales la persona es propietaria, por lo que efectivamente detenta la protección a que se refiere el artículo 19 N°24 inciso 1° de la Constitución Política de la República" (considerando noveno). Así mismo y según los sentenciadores, esta actuación constituye Falta de Servicio pues "se exige calificar de defectuoso el funcionamiento del servicio público y esa calificación supone comparar el servicio efectivamente prestado con el que se debió ejecutar por el órgano del Estado, en este caso el Ministerio de Planificación, cuyo actuar al difundir con fines publicitarios la imagen de la actora sin su consentimiento hace aplicable las normas sobre responsabilidad del Estado" (considerando duodécimo).

---

[162] **Cruz Llancamil, Erika Elvira con Consejo de Defensa del Estado. Recurso de Casación en la Forma y Fondo. CS. Rol 3.215-2009, 30.08.2012.** El tribunal de primera instancia, acogió la demanda de indemnización por perjuicio deducida por parte de la actora en contra del Fisco de Chile, condenando a este último a pagar el monto de 10 millones de pesos por concepto de daño moral. La Corte de Apelaciones de Temuco confirmó la decisión del tribunal a quo.

Otro ejemplo de actividad material de la Administración del Estado, se puede apreciar en los perjuicios provocados por el choque de un tanque del ejército en contra de un bus con pasajeros. Demanda de indemnización de perjuicios deducida en la causa "Collao Arroyo, Carmen Gloria y otra con Fisco de Chile".[163] Como un hecho asentado de la causa, se determinó que las lesiones sufridas por los afectados son consecuencia directa y necesaria de la colisión ocurrida entre ambos vehículos. A mayor abundamiento, el considerando quinto de la sentencia de apelación señaló que el Fisco es responsable por esta actuación, en primer lugar, por ser propietario de los vehículos involucrados; en segundo, porque los conductores de los móviles eran también funcionarios de Ejército que se encontraban en el ejercicio de sus funciones y, finalmente, se estima que el órgano (responsable por el hecho de sus dependientes) no empleó toda la diligencia necesaria para evitar el hecho dañoso.

B. Omisión o Inactividad de la Administración

La omisión o inactividad del órgano público es una manifestación o arista del elemento "acción", de este modo normalmente es entendida como parte integrante de este concepto, razón por la cual suele denominársele "actividad negativa". Sin embargo, es necesario referirnos en específico a ella por su notable relevancia en la responsabilidad del Estado Administrador, la que no es tan apreciable en la responsabilidad común. El Estado, al igual que sus ciudadanos, tiene la obligación de observar celosamente los deberes de cuidado que impone el ordenamiento jurídico, pero además, pesa sobre éste la carga de realizar actuaciones en favor de los administrados (actuaciones que están contempladas ya sea en términos específicos o genéricos en el derecho nacional)[164]. De acuerdo con lo anterior, las hipótesis de inactividad serán la regla general respecto a los casos de responsabilidad por actuaciones de la Administración[165].

---

[163] **Collao Arroyo, Carmen Gloria y otra con Fisco de Chile. Apelación. CA. Iquique. Rol 42-2011, 28.10.2011.** En cuanto a los hechos, el día 29 de julio de 2004, en la ruta que une la carretera Panamericana Norte con el Regimiento Reforzado N°2 "Cazadores", situada en la comuna de Huara, un tanque Leopard del Ejército colisionó con un bus que se dirigía desde la ciudad de Pozo Almonte a la escuela y otras dependencias situadas en base militar denominada Fuerte Baquedano. Producto de este impacto resultaron lesionados, al menos y en distintos grados, 39 personas que viajaban en aquel vehículo. El tribunal de primera instancia condenó al Fisco a reparar el daño moral producido a las víctimas, avaluándolo en la suma total de $438.000.000.

[164] Román Cordero, Cristián (2005). "Inactividad administrativa y responsabilidad del Estado". En Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho Universidad de Chile, N°67. Pág. 408.

[165] Ídem.

Se ha dicho que la responsabilidad tiene también una función demarcatoria, por cuanto delimita aquellas conductas desplegadas por el órgano las cuales tienen la necesaria aptitud para generar un deber resarcitorio. En tal sentido, la simple omisión de la Administración no puede constituirse como el título que permite la procedencia de esta responsabilidad; de hecho admitir lo contrario podría llegar a producir la no sustentabilidad del sistema[166].

En este orden de ideas, se han establecido –al menos doctrinaria y jurisprudencialmente– algunos requisitos: En primer lugar, debe apreciarse una inactividad que será la situación fáctica que revele la pasividad del órgano respecto a una determinada actuación. En segundo término, es necesaria la existencia de "un deber de actuación" en concreto impuesto por la norma[167] (requisito que sin lugar a dudas es el más relevante para la calificación de esta conducta). Ahora bien, ¿Cómo identificamos este deber de actuación?, según el profesor Cristián Román, este puede emanar de forma "específica", esto es, una norma de forma expresa impone a la Administración la obligación de actuar por tanto la presencia de una pasividad o la realización de una conducta distinta importa inactividad; por otro lado, la fuente puede estar también en un deber genérico de actuación el cual se infiere por las funciones propias que se han encomendado al servicio[168]. Respecto a ésta última, será el juez quien determine, caso a caso, si la no actuación importa una hipótesis de inactividad. El tercer requisito mira hacia la posibilidad cierta de actuación por parte del Estado, pero que sin perjuicio de ello, no realiza.

Para estructurar de mejor manera la presentación de algunos casos que nos servirán en la ejemplificación respecto a este presupuesto de la responsabilidad Estatal, utilizaremos una de las clasificaciones que ha dispuesto la doctrina.

a) **Inactividad Formal**: también denominada "inactividad procedimental", se observa cada vez que el servicio no despliega una declaración jurídica que le es legalmente exigible. Dentro de esta clasificación encontramos la "inactividad formal jurídica o normativa", la cual tiene lugar cuando el órgano público no dicta un determinado acto, norma o disposición general.

---

166 Aguado Cudola, Vicenc y Nettel Barrera, Alina del Carmen. (2009). "La responsabilidad patrimonial por inactividad de la Administración". En Quintana López, Tomás (Direc.). "La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública". Edit. Tirant Lo Blanch. Valencia, España. Pág. 293.

167 Ibídem. Pág. 301.

168 Román Cordero, Cristián (2005). "Inactividad…". Cit. Pág. 411.

Podemos apreciar un primer ejemplo en la causa caratulada "Álvarez Cepeda y Cía. Limitada con Ilustre Municipalidad de Talca"[169]. Antes de analizar este caso, precisamos señalar que la "recepción de obras" es aquel acto jurídico emanado del Director de Obras, funcionario público del correspondiente municipio donde se encuentre emplazado el inmueble, el cual tiene por objeto autorizar el uso de una obra que cuente con el respectivo permiso de edificación y que esté terminada, lo que comprende, desde luego, la obligación de urbanización. Por lo tanto, un retardo injustificado respecto a la manifestación de esta voluntad jurídica puede provocar un perjuicio en el solicitante.

En los hechos, la Sociedad Álvarez Cepeda y Cía. Limitada, demandó a la Municipalidad de Talca por considerar que ésta había incurrido en responsabilidad por Falta de Servicio, toda vez que la Dirección de Obras Municipales habría realizado actuaciones contradictorias y erráticas que retrasaron la terminación de la construcción de un condominio de ocho casas que su parte estaba erigiendo y con ello la recepción definitiva de la obra, cuestión que le causó graves perjuicios. Sin embargo, los sentenciadores de la causa estimaron que en los hechos no se configuró una "Falta de Servicio", esto por dos razones: En primer lugar, el pretendido retardo en la recepción de las obras ocurrió dentro de un plazo razonable (por lo tanto no es una actuación grave), así se expresa en el considerando segundo de la sentencia de casación: "…el retardo reprochado a la demandada no constituye incumplimiento pues ocurre en un rango que considera normal dentro del funcionamiento de un servicio público, por lo que no concurre en la especie falta de servicio". En segundo lugar, es un hecho de la causa que el municipio instruyó a la demandante –a requerimiento del Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanización– subsanar las anomalías advertidas en el proyecto antes de la recepción definitiva de la obra, so pena de demolición; por lo tanto, este pretendido incumplimiento no es contrario a la ley, toda vez que es esta norma impone el deber del municipio de verificar que las edificaciones cuenten con el estricto apego a la legislación urbanística.

[169] Álvarez Cepeda y Cía. Limitada con Ilustre Municipalidad de Talca. Recurso de Casación en la Forma y en el Fondo. CS. Rol 4.630-2014, 5.6.2014. La demanda de indemnización de perjuicios fue rechazada en primera instancia y luego confirmada por la Corte de Apelaciones de Talca; por considerar que la pretendida Falta de Servicio, en el caso concreto, no tenía el carácter de grave. Ante estas decisiones los actores recurrieron a la Corte Suprema, fundando ahora su pretensión en la responsabilidad objetiva del órgano público, acción que fue rechazada por el Tribunal Superior.

Otro ejemplo, pero ya en una distinta materia, puede observarse en la causa "Huenchur Bórquez, José con Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena"[170]. Acá la omisión jurídica consiste en la falta de notificación a un donante de sangre que era portador del virus SIDA. En el considerando décimo de esta sentencia los ministros destacaron: "…en la atención del actor se omitieron los actos que diligentemente debieron hacerse para lograr la comunicación de los resultados de la muestra de sangre tomada cuando el demandante fue a donarla, lo que le habría permitido el ingreso en el programa de atención de sida con anticipación, evitando así una mayor progresión del mal al momento de inicio del tratamiento y la afectación psicológica que se ha producido en él". De este párrafo se desprende que existió Falta de Servicio por parte del órgano público, pero ésta no se basó en una falta de atención, sino "en lo tardío de la comunicación de ésta, debido a la poca diligencia desplegada por el Servicio de Salud para notificar en forma oportuna al señor Huenchur que era portador de VIH". En este mismo orden de ideas se encuentra el considerando siguiente, el cual enuncia: "Que asentado lo anterior no puede sino concluirse que el retraso en la notificación al paciente del resultado de sus exámenes de sangre constituye precisamente una de las hipótesis que de acuerdo a la doctrina y la jurisprudencia de este Tribunal configuran la falta de servicio".

Este último tipo de casos generó alguna conmoción en nuestro país, tanto así que autores nacionales le dedicaron algunas palabras y comentarios. En este sentido, el profesor Cristian Román ha señalado que resulta evidente la existencia de un deber legal y extralegal de la Administración sanitaria en cuanto a la notificación de los portadores del virus SIDA, en consecuencia, su infracción constituye una inactividad administrativa en el sentido que hemos explicado al comenzar este apartado.

---

[170] **Huenchur Bórquez, José con Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena. Casación en la Forma y en el Fondo. CS. Rol 7.326-2009, 14.9.2011.** Con fecha 12 de julio del año 2005, el señor José Huenchur acudió al Hospital Regional de Puerto Montt para donar sangre. En el mismo acto, funcionarios de aquel recinto procedieron a tomar sus datos para ingresarlos al registro del Hospital. Sin embargo, con fecha 29 de julio del año 2005, el Instituto de Salud emitió un informe que establecía la presencia del virus SIDA en el señor Huenchur, informe que no fue comunicado en forma oportuna por el Servicio de Salud, mediante la necesaria notificación, tal como lo exige la ley. El afectado demandó al Servicio por el daño derivado de esta negligencia, que de no mediar, habría permitido una mejor progresión respecto del mal diagnosticado. El tribunal de primera instancia acogió la pretensión del demandante, decisión que fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, pero con rebaja del monto indemnizatorio a la cantidad de 5 millones de pesos. Ante esta decisión, ambas parte dedujeron el respectivo recurso de nulidad sustancial.

Sin embargo –y realmente es lo que constituye la relevancia de la opinión del docente respecto a la institución que estamos estudiando– no será necesario, en casos como este, la prueba del criterio de imputación "Falta de Servicio" (que en concreto se confundiría con la omisión), pues los daños producidos revisten una clara gravedad, los costos para el servicio de emitir el acto son por mucho menores al del perjuicio sufrido por el paciente, tanto así que no guardan entre ellos proporción alguna.[171] Lo que acabamos de exponer no es baladí, pues conforme avancemos en el desarrollo de este trabajo podremos apreciar uno de los graves problemas que presenta la Falta de Servicio como elemento de la responsabilidad; su prueba. Por ello, dedicaremos el último capítulo de la obra para tratar de mejor manera las críticas y posibles soluciones en torno a la problemática presentada.

b) **Inactividad Material:** se verifica toda vez que la Administración no realiza algún hecho (deja pasar o inadvierte un determinado evento) que provoca un daño o actúa de modo insuficiente para evitar el resultado lesivo. Se trata en definitiva de la infracción respecto a un deber de obrar que no sea materialmente imposible.

Un primer caso, que dicho sea de paso se relaciona con un tópico que trataremos en varias oportunidades a lo largo de esta memoria de prueba, lo constituye el fallo "Méndez Muñoz, Eduardo Robinson con Ilustre Municipalidad de Providencia"[172]. Aquí se demanda la responsabilidad del Estado por la omisión en la inspección y señalización de los desperfectos en la vía pública. En este sentido, la caída sufrida por la actora en una vereda de la comuna, redunda en una falta del órgano. Así lo establecieron los Ministros en el considerando quinto de esta sentencia: "Para el caso de autos, la falta de servicio se hace consistir en la omisión o ausencia de actividad municipal, debiendo esta haber existido por serle impuesta por el ordenamiento jurídico,

[171] Román Cordero, Cristián (2009). "HIV+: El deber de notificar al portador (y su infracción como hipótesis de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria). En Gaceta Jurídica N°346 (abril). Santiago, Chile. Págs. 23-24.

[172] **Méndez Muñoz, Eduardo Robinson con Ilustre Municipalidad de Providencia. Casación en el Fondo. CS. Rol 6.322-2010, 10.8.2012.** El 2 de abril del año 2003, la señora Lucy Zúñiga transitaba por la Avenida Santa Isabel (importante y concurrida arteria de la comuna) cuando, producto del mal estado del pavimento (éste presentaba baches, fracturas y perforaciones), cayó al suelo sufriendo lesiones corporales. El tribunal de primera instancia otorgó a su favor la cantidad de 1 millón de pesos como indemnización del daño emergente y 15 millones de pesos por el detrimento moral sufrido. La Corte de Apelaciones de Santiago confirmó la sentencia, pero señaló que la suma reparatoria debía determinarse en la fase de ejecución de la sentencia. Ante estas decisiones, la demanda dedujo de casación en el fondo, el cual fue rechazado.

es decir, no se trata de cualquier omisión sino que de una antijurídica, pues debió aquella actividad haber existido porque le estaba impuesta por el legislador. Se trata, en consecuencia, del incumplimiento de un deber impuesto por el ordenamiento jurídico". Esta expresa obligación se encuentra en varias disposiciones de distintos cuerpos normativos, siendo la más general ellas la contemplada en el artículo 5° letra c) de la LOCM, norma que reconoce como una de las funciones del órgano "el deber de administrar los bienes nacionales de uso público ubicados dentro de su comuna".

En el fallo "Álvarez Salazar con Servicio de Salud Atacama"[173], se demandó al Estado por los perjuicios que ocasionó la caída de una paciente de avanzada edad y que posteriormente provocó su muerte. En este sentido el fallo que conoció de la casación impetrada por la parte demandada, revela en el considerando quinto, la omisión material del servicio que da lugar a la responsabilidad del Fisco: "Que la falta de servicio a que se refiere la causa de autos no se funda en una inadecuada atención médica a la paciente, sino en la negligencia del personal o auxiliares de turno el día de ocurrencia de los hechos, al haber omitido adoptar las medidas necesarias para evitar la caída de una paciente de 74 años desde su cama clínica, situación ésta que fue establecida por los sentenciadores, de manera que, contrariamente a lo que sostiene el Servicio de Salud, existe una relación de causalidad entre la negligencia del personal del hospital y la muerte de la paciente, por lo que al resolver como lo hicieron los jueces del fondo no han incurrido en los errores de derecho denunciados".

Finalmente y siempre dentro del ámbito de la inactividad material, el Estado también puede ser responsabilidad por la omisión en la vigilancia y cuidado de un enfermo siquiátrico que se suicida dentro de las dependencias de un recinto público. En tal sentido encontramos la sentencia "Urra Reyes, Margarita con Fisco de Chile"[174]. La falta se

---

[173] Álvarez Salazar con Servicio de Salud Atacama. **Casación en el Fondo. CS. Rol 852-2011, 19.4.2011.** Los hechos de la causa dan cuenta que doña Margarita Salazar Salazar, de setenta y cuatro años de edad, mientras se encontraba internada en el hospital San José del Carmen de Copiapó, con fecha 13 de julio del año 2004, sufrió una caída desde su cama que le provocó lesiones graves, síndrome hipertensión intracraneana, hematoma subdural agudo derecho y traumatismo cráneo encefálico. Todo lo anterior desencadenó la muerte de la señora Salazar el 17 de julio de ese año. Su hijo demandó por la responsabilidad que le cabe al Servicio en este caso, obteniendo en primera instancia la suma de 8 millones por el daño moral sufrido, monto que luego sería aumentado a 15 millones por la Corte de Apelaciones de Copiapó.

[174] **Urra Reyes, Margarita con Fisco de Chile. Recurso de Apelación. CA. Valparaíso. Rol 45-2007. 16.10.2007.** En cuanto a los hechos, Leonardo Mancilla Urra de 18

evidencia toda vez que la sala de aislamiento donde ocurrió el trágico suceso, no contaba con una cámara de vigilancia, estaba alejada de la enfermería y no poseía una adecuada visibilidad que permitiera un control de lo que allí sucedía. Concluyente resulta la lectura del considerando cuarto del presente fallo: "…hubo una falta de vigilancia y cuidado de éstos, lo que quedó plenamente establecido en la investigación sumaria administrativa realizada por la Comandancia de la Primera Zona Naval que se ha tenido a la vista, puesto que habiendo ingresado el paciente con un diagnóstico que revelaba un riesgo de suicidio, debieron extremarse las medidas de seguridad, ya que era previsible que intentara nuevamente atentar contra su vida". En cuanto al deber jurídico infringido, al tiempo de los hechos se encontraba vigente el "Reglamento General para la Organización y Atención de los Servicios de Salubridad Mental y Hospitalización y Reclusión de Insanos" N°68 de 26 de enero de 1927, cuyo artículo 8° disponía expresamente que en las construcciones o habitaciones de manicomios debía velarse por la seguridad personal de los enfermos y la facilidad de vigilarlos.

Antes de continuar con el estudio de los elementos de la responsabilidad del Estado, es menester hacer presente una situación que, sin embargo, será desarrollada de forma adecuada en un posterior capítulo de esta memoria. Para algunos autores del ámbito nacional, los conceptos de "omisión" y "Falta de Servicio" son sinónimos, es decir, una vez identificada la no actividad del órgano público bastaría la prueba de los otros presupuestos, causalidad y daño, para obligar al Estado a resarcir los perjuicios derivados de esta conducta. En cambio para otros, la Falta de Servicio se constituye como un criterio de imputación general del ordenamiento jurídico y que dentro de sus hipótesis contempla un caso de inactividad, en tal sentido, adelantaremos que parte de la doctrina y la actual jurisprudencia de nuestro Tribunal Superior de justicia, ha

años de edad, fue internado en el servicio de psiquiatría del Hospital Naval de la ciudad de Viña del Mar, tras haber intentado suicidarse en el patio de su casa. En dicho establecimiento, y por haber intentado huir, fue recluido en una sala de aislamiento donde fue despojado de su ropa y calzado. Sin embargo, el personal a cargo de su seguridad no percató que el joven aún poseía un "short" que contenía un cordón, objeto que fue usado por éste para cometer suicidio por ahorcamiento, ayudándose de una rejilla que cubría una de las ventanas de la sala. La madre y hermana del occiso dedujeron demanda de indemnización de perjuicios por el daño sufrido con ocasión de la muerte de Leonardo Mancilla. Así las cosas, el tribunal de primera instancia acogió la pretensión de las demandantes, decisión que fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, instancia en la cual se declaró la suma reparatoria total de 60 millones de pesos.

entendido que existe falta de servicio cuando el órgano "no funciona, funciona tardíamente o de forma imperfecta". Dicho de otro modo, la omisión es un elemento de la responsabilidad (inserto dentro de la actividad administrativa) distinto del factor de atribución; por lo tanto, será necesaria la concurrencia de ambos para determinar la procedencia de la obligación indemnizatoria respecto del órgano público.

1.2.2. El daño

El daño constituye, como ya se dijo anteriormente, el elemento central e indispensable de la responsabilidad, tanto así que ha llevado a algunos autores sostener de forma enfática que "sin daño no hay responsabilidad". A mayor abundamiento, la jurisprudencia también considera a este presupuesto como el "objeto y medida" de la indemnización que ordenará el juez según sea el caso. Es un presupuesto de exigencia transversal sea cual sea el modelo de responsabilidad que se adopte por el ordenamiento jurídico, pero es en los regímenes objetivos donde su tratamiento y desarrollo será más minucioso, precisamente porque se prescinde de los juicios de reproche.

El daño no está definido en nuestra normativa civil a pesar de que varias disposiciones hacen referencia a éste, por ello, resulta necesario acudir en ayuda de la doctrina. Usualmente definido como todo menoscabo que experimente un individuo ya sea en su persona o en su patrimonio, la pérdida de un beneficio material o moral, de orden patrimonial o extrapatrimonial[175]; autores nacionales han interpretado que esta descripción sólo exige la lesión de un interés y no de un derecho subjetivo; en tal sentido, Diez Schwerter quien conceptúa al daño como: "toda lesión, menoscabo o detrimento a simples intereses de la víctima, entendiendo por interés todo lo que es útil, cualquier cosa, aunque no sea pecuniariamente valuable, con tal que sea un bien para el sujeto, satisfaga una necesidad, cause una felicidad y rechace un dolor"[176].

1.2.2.1. Requisitos del daño

Con el fin de evitar la infructuosa extensión del concepto, e involucrar en esta noción elementos ajenos al sentido jurídico, la doctrina ha dicho que el interés lesionado debe ser al menos "legítimo" y "significativo". Es legítimo todo aquel interés que no es contrario al derecho o a las buenas costumbres y es significativo –excluyendo desde ya las meras mo-

[175] Barros Bourie, Enrique Gustavo. (2006). Op. Cit. Pág. 221.

[176] Diez Schwerter, José Luis. (1997) "El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina". Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. Pág. 23.

lestias o turbaciones propias de la vida en sociedad– cuando su lesión se considere grave, anormal o duradera[177] (cuestión que en definitiva será ponderada en concreto con ayuda de los estándares que el Legislador contemple). Un ejemplo de interés que cumple con estas condiciones, son los derechos constitucionales que, a su vez, son resguardados por el derecho civil, como el derecho a la vida y a la honra, por nombrar algunos.

En este orden de ideas, adicionalmente se han establecido otros requisitos (además de la legitimidad y significancia) para que el daño sea indemnizable[178]. Aunque parezca de perogrullo, el daño no debe provenir de la persona que lo sufre, por lo que la acción de responsabilidad contará, al menos, de dos sujetos distintos[179]. También se exige que el daño sea "cierto", es decir debe ser real y efectivo, dejándose afuera aquellos menoscabos meramente eventuales o hipotéticos, acá la prueba rendida por la parte demandante será muy importante para acreditar tal requisito. Finalmente, el daño "no debe ya estar reparado", en caso contrario existiría un enriquecimiento injusto.

La jurisprudencia nacional también ha exigido que el daño debe reunir determinados requisitos los cuales deben ser probados por quien los alega, en caso contrario, sólo cabe rechazar la demanda. Veamos, a modo de ilustración, un caso de responsabilidad extracontractual de la Administración[180]. En los hechos, don Samuel Price demandó por Falta de Servicio a la Municipalidad de Talcahuano, fundando su pretensión en que la Dirección de Obras emitió, en cuatro ocasiones distintas, certificados de informaciones previas no ajustados a las disposiciones legales vigentes, tardándose dos años en dictar uno acorde a la normativa. El menoscabo de autos consistiría en el menor precio que recibió el demandante por el inmueble que pretendía y necesitaba vender, ya que debió aceptar una rebaja sustancial de éste respecto del originalmente alcanzado, imputable al retardo y mala información proporcionada por el municipio.

---

[177] Barros Bourie, Enrique Gustavo. (2006). Op. Cit. Págs. 222 a 228.

[178] Diez Schwerter, José Luis. (1997). Op. Cit. Págs. 30 y ss.

[179] Así se desprende de la simple lectura del artículo 2314 CC., norma a través de la cual se articula el sistema de responsabilidad extracontractual común. Como vemos, ésta nos indica la necesidad de, al menos, otra voluntad: "El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro…"

[180] **Price Williams, Samuel John con Municipalidad de Talcahuano. Casación en la Forma y en el Fondo. CS. Rol 5080-2011, 14.1.2013.**

En la resolución del asunto la Excelentísima Corte Suprema señaló: "…la exigencia de que el perjuicio reparable debe ser cierto, real y efectivo no se observa de los antecedentes del proceso y tampoco es posible advertir la necesaria relación causal entre los actos constitutivos de la falta de servicio y el daño reclamado. En efecto, la circunstancia alegada por el demandante no es más que una mera probabilidad de que el daño alegado se deba a la actuación ilegal asentada por los sentenciadores. El hecho de que más de un año después de la emisión de los certificados de informaciones previas erróneos y varios meses después del certificado otorgado correctamente, el demandante haya sufrido supuestamente una rebaja en el precio del inmueble afectado, **no es más que un daño eventual, hipotético y fundado en suposiciones o conjeturas** (el énfasis es nuestro). En otras palabras, la pérdida de oportunidad de un negocio y la privación de una ganancia no es con certeza la consecuencia necesaria de haberse emitido los referidos certificados". (Considerando décimo quinto)

1.2.2.2. Tipos de daño

La más común y amplia categorización de los daños dice relación con la distinción entre daños patrimoniales y extrapatrimoniales. Veamos cada uno de ellos.

A) Daño Patrimonial: también llamados "daños materiales", son a juicio del profesor Enrique Barros, aquellos que "afectan bienes que tienen un significado económico, que se expresa en un valor de cambio. Es daño patrimonial el que se traduce en una disminución del activo (en razón de la destrucción o deterioro de una cosa, de gastos en que la víctima debe incurrir, o por cualquiera otra pérdida patrimonial), o porque el hecho del responsable ha impedido que el activo se incremente (como ocurre con la paralización de una actividad empresarial o con la incapacidad laboral)"[181]. La doctrina también suele distinguir entre daño material en las personas y en las cosas; el primero será aquel repercute directamente en la personalidad física del hombre, como el contagio de una enfermedad o la pérdida de la función de un órgano del cuerpo; y la segunda, la disminución o menoscabo en bienes que posee un individuo, tal como el deterioro de un inmueble o la destrucción de documentación.[182]

[181] Barros Bourie, Enrique Gustavo. (2006). Op. Cit. Pág. 231
[182] Diez Schwerter, José Luis. (1997). Op. Cit. Pág. 77

Este tipo de daño se clasifica, a su vez, en daño emergente y lucro cesante[183], teniendo como característica en común, que ambos pueden ser avaluados de acuerdo al mercado.

a) **Daño emergente:** dice relación con los gastos o pérdidas de valor en relación a los bienes o intereses de una persona. Quedan comprendidos en esta distinción, los gastos de reparación o reposición de la cosa, los de hospitalización, tratamiento y honorarios médicos, los gastos que produce la muerte de una persona como la sepultura y funeraria.

b) **Lucro cesante**: significa la pérdida de una ventaja económica o de una ganancia que podría esperarse, es decir, "tiene siempre un elemento contingente, porque se basa en la hipótesis, indemostrable por definición, de que la víctima habría obtenido ciertos ingresos si no hubiese ocurrido el hecho que genera la responsabilidad del demandado"[184]. El típico ejemplo lo constituye el detrimento, en virtud de un choque, que sufre un taxista en su automóvil. Además del daño emergente (que consiste en el valor de reposición o reparación de vehículo), el perjudicado se ve en la imposibilidad física de ocupar este medio de transporte para desempeñar las cotidianas labores que constituyen, verbigracia, la única fuente del ingreso familiar.

   Así también lo ha entendido la jurisprudencia local[185]: "…es posible diferenciar entre daño emergente y lucro cesante, constituyendo el primero una alteración directa al patrimonio, como por ejemplo los derivados de gastos y perdidas, y el segundo, las desventajas económicas, perdida de opciones o disminución de ingresos, conceptos ambos que encuentran su recepción positiva en el artículo 1556 del Código Civil".

B) **Daño Extrapatrimonial:** más conocido como "daño moral", es tradicionalmente definido como "la molestia o dolor, no apreciables en dinero; el sufrimiento moral o físico que produce un determinado hecho"[186].

---

[183] En sede contractual, **el artículo 1556 del Código Civil** dispone: "La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente". Tanto la doctrina como la jurisprudencia están contestes que tal clasificación también opera en sede extracontractual.

[184] Barros Bourie, Enrique Gustavo. (2006). Op. Cit. Pág. 262.

[185] **González Rodríguez, Alejandro con Fisco de Chile. Casación en la Forma de Oficio. CS. Rol 3.844-2010. 28.3.2013. (Considerando duodécimo).**

[186] Corral Talciani, Hernán. (2002). "Lecciones…". Cit. Pág. 149.

En definitiva es lo que la doctrina ha denominado *pretium doloris* o "precio del dolor". Estamos en presencia del concepto más restrictivo y clásico del derecho, sin embargo, en virtud del desarrollo y evolución de los ordenamientos jurídicos en la modernidad, han surgido otras acepciones que permiten la incorporación y resarcimiento de otras lesiones que no necesariamente se identifican con el dolor.

a) Evolución del concepto de daño moral

El recién enunciado concepto del daño moral como sinónimo de "precio del dolor", ha sido muy criticado por parte de la doctrina nacional. En tal sentido, Diez Schwerter nos comunica su total desacuerdo, fundando su posición en ser esta una acepción arbitrariamente restringida que deja fuera otras variadas especies, como son: el perjuicio estético o la alteración de las condiciones de vida. Puede más bien concebirse, a criterio de este autor, como una de las categorías del daño moral más no la única, sobre todo cuando es una persona jurídica la víctima de una actuación lesiva, pues ella no puede sentir dolor o sufrimiento[187]. Para la profesora Carmen Domínguez el concepto también peca de estricto, "su restricción al sufrimiento físico o psíquico de la persona no permite explicar las indemnizaciones que, en concepto de perjuicio moral, se conceden por la jurisprudencia comparada corrientemente cuando ha existido una violación a ciertos bienes como el honor o la intimidad personal o familiar"[188]

Una segunda acepción ha entendido al daño moral como un "menoscabo a los derechos extrapatrimoniales", ésta nace para evitar la necesaria vinculación a la persona natural que poseía la noción anterior. Así, una vertiente amplia dentro de esta categoría, incluye dentro de los derechos extrapatrimoniales, a todos los derechos de la personalidad, políticos y de familia; en cambio una visión más restringida sólo incluye a los derechos de la personalidad[189]. Tampoco ha estado ajena de críticas esta posición. Así las cosas, debemos recordar que existen daños extrapatrimoniales que también generan lesiones patrimoniales, por ejemplo, los atentados contra la salud e integridad física que, generalmente, vendrán acompañados de gastos médicos o pérdidas de ganancia económica. Por lo tanto, según Diez Schwerter, el criterio de distinción no es ni puede ser absoluto[190].

---

[187] Diez Schwerter, José Luis. (1997). Op. Cit. Págs. 84-85.

[188] Domínguez Hidalgo, Carmen. (2000). "El daño moral". Editorial Jurídica de Chile. Tomo I. Santiago, Chile. Pág. 58.

[189] Ibídem Pág. 60.

[190] Diez Schwerter, José Luis. (1997). Op. Cit. Págs. 87-88.

Para Diez Schwerter, la noción que satisface de mejor manera la indemnización del daño moral, es aquella que se identifica con la "lesión a intereses extrapatrimoniales", de esta manera "existe la posibilidad de que un hecho ilícito origina a la vez daños materiales y morales, desde que los intereses por el vulnerados pueden ser tanto patrimoniales como extrapatrimoniales"[191]. Según el autor, la adopción de un criterio como éste permite la reparación de todas las categorías de daño moral (a las cuales haremos referencia en unos párrafos más adelante), pues no se reduce al *pretium doloris* y reconoce que en cada perjuicio existe un atentado a intereses extrapatrimoniales distintos.

En el mismo orden de ideas, si el Legislador no ha definido el daño moral, es porque existe una intención que en este concepto se puedan incorporar nuevas formas de perjuicios que solamente serán advertidas con el desarrollo de la ciencia y tecnología. Comparte esta idea Domínguez Hidalgo; "estamos con aquellos que conciben el daño moral del modo más amplio posible, incluyendo allí todo daño a la persona en sí misma –física o psíquica–, como todo atentado contra sus intereses extrapatrimoniales". "En suma, el daño moral estará constituido por el menoscabo de un bien no patrimonial que irroga una lesión a un interés moral por una que se encontraba obligada a respetarlo"[192].

La jurisprudencia nacional reciente ha abandonado la concepción clásica del daño moral y parece haberse inclinado por esta última alternativa: "Que en relación con lo expresado es necesario señalar que el daño moral estriba en el sufrimiento, trastorno psicológico, afección espiritual o lesión de un interés personalísimo, causado a la espiritualidad de la víctima como consecuencia de la comisión de un hecho ilícito o de la infracción a un derecho subjetivo, no definible por parámetros objetivos, que puede afectar a la víctima o a un tercero. De esta manera y considerando **la lesión de un interés jurídicamente relevante, se puede llegar a la compensación del daño no patrimonial no sólo por el dolor o sufrimiento** que se padece (el énfasis es nuestro)"[193]. En este

[191] Ibídem Pág. 88.

[192] Domínguez Hidalgo, Carmen. (2000). Op. Cit. Págs. 83-84.

[193] **Ojeda Uribe, Teresa del Carmen con Fisco de Chile. Casación en el Fondo. CS. 3.865-2013, 9.12.2013. (Considerando décimo).** En los hechos, Gendarmería de Chile instruyó un sumario administrativo en contra de don José Navarrete, por la supuesta sustracción de 1600 litros de combustible perteneciente al Recinto Penitenciario de Punta Arenas. Sin embargo, las diligencias realizadas por el Fiscal de la causa permitieron establecer que el combustible, en su mayor parte, fue utilizado en una retroexcavadora de un recluso, para luego ser destinado a obras que no respondían a la misión de Gendarmería y autorizadas por el mismo Director Regional que ordenó la instrucción del sumario (construcción de una pista de patinaje). El largo procedi-

caso concreto, el daño moral derivó del "perjuicio de afección" que se basa en la cercanía con la víctima directa y de la gravedad excepcional del sufrimiento producida por el sumario y despido injusto de don José Navarrete, producto de una actuación de mala fe de su jefe superior que atribuyó a éste un hecho ilícito que no había realizado.

Retomando un punto que nos había quedado pendiente, en el derecho comparado y sobre todo en Francia, se ha elaborado una compleja categorización de daños morales susceptibles de indemnización y son los que a continuación de describen[194]. Una primera especie llamada "pérdida de agrado" o *préjudice d'agrément*, comprende la indemnización por la pérdida en los goces de la vida o respecto de aquellas satisfacciones que una persona podía tener (normalmente) antes del hecho dañoso. Inicialmente tuvo como fin la protección de aquellas personas que poseían cualidades especiales para desarrollar una determinada actividad como un arte o deporte, pero luego fue extendida a todas las personas que ven mermada su posibilidad de gozar los placeres usuales de la vida. Una segunda categoría la conforma el "perjuicio estético" o *préjudice esthétique*, es aquel daño proveniente de las lesiones que dejan deformaciones, aunque no sean objetivamente importantes, producen en la víctima un sentimiento de que posee un defecto que puede ser notado por los demás. Como tercera especie encontramos "el perjuicio de afecto" o *préjudice d'affection*, el cual involucra la aflicción o pesar que causa a determinadas personas, ya sea parientes u otros cercanos, las lesiones o incluso la muerte de la víctima. Luego también podemos identificar el "perjuicio sexual" o *préjudice sexuel*, éste está constituido por el perjuicio que se ha generado en la víctima en el desarrollo de sus funciones sexuales que a la vez son consideradas como parte de una vida íntegra. Finalmente otra especie de daño moral es el "perjuicio juvenil" o *préjudice juvenile*, el cual dice relación con la pérdida o dolor que sufre una persona de corta edad al darse cuenta de su desgracia, así como de la frustración de llevar una vida normal.

Algunas de estas categorías han sido recogidas, aunque tímidamente, por la jurisprudencia nacional. Un ejemplo de ello es la causa caratulada "Núñez Núñez, Juan con Servicio de Salud del Maule"[195]. El daño

---

miento acompañado de la suspensión de sus funciones, provocaron tanto en el señor Navarrete como en su conviviente la señora Teresa Ojeda, una profunda depresión, padecimiento que además agudizó el cáncer que afectaba al primero, muriendo el día 22 de noviembre de 2007, meses antes que se decretara el sobreseimiento del gendarme.

[194] Domínguez Hidalgo, Carmen. (2000). Op. Cit. Págs. 441 y ss.

[195] **Núñez Núñez, Juan con Servicio de Salud del Maule. Apelación. CA. Talca. Rol 85-**

provocado a un joven, mediante la extirpación de órganos genitales y la omisión en la aplicación de estudios para determinar si estos órganos eran realmente los que debían eliminarse en atención a su verdadera identidad sexual, es una lesión grave que debe compensarse de manera apropiada. Este razonamiento se evidencia en el considerando undécimo de la sentencia: "Que habida consideración al grave daño que se le ha causado al menor en su derecho a la identidad y dado que en el futuro deberá someterse a costosos tratamientos quirúrgicos y a sesiones psicológicas, y que el daño causado afecta un "interés extrapatrimonial" tan relevante para el ser humano como es la sexualidad, criterios deben ser considerados a la hora de determinar el quantum indemnizatorio, se elevará la indemnización por daño moral para dicho menor". Vemos que en la decisión de la Corte hay una concurrencia de categorías, en primer lugar este tribunal ocupa la noción moderna de daño moral como sinónimo de lesión a un interés extrapatrimonial, para luego elevar el quantum compensatorio por vulnerarse al menos dos especies de daño moral estudiadas, el perjuicio sexual y el juvenil.

b) Problemas del daño moral:

Algunos aspectos del daño moral resultan problemáticos al momento de ser aplicados en el caso concreto, en este sentido se ha discutido si los perjuicios extrapatrimoniales requieren o no de prueba, en caso de ser procedente cuál es el justo monto que debe fijar el juez para compensar al lesionado y dejarlo satisfecho, y por último, en qué situación se encuentran los herederos en relación a la víctima.

i) Procedencia del daño moral

Para abordar de mejor manera este tema, consideramos pertinente analizar punto por punto la problemática planteada. En primer lugar, es preciso señalar que el daño moral en Chile es una institución regulada por la jurisprudencia. Si bien en un momento fue rechazada su procedencia en sede extracontractual, la verdad es que esa posición actualmente se encuentra con creces superada. Los principales argumentos legales para aceptarla son: el tenor literal del artículo 2329 del Código Civil, el cual señala que "todo daño debe ser reparado", por lo tanto, si el Legislador no distingue al intérprete no le es lícito hacer diferencias.

2009, 28.7.2010. Con fecha 10 de abril del año 1993, nació en el Hospital de Talca la menor Marycarmen Alexia Núñez Riquelme. Pocos meses después y luego que el personal médico advirtiera la existencia de órganos sexuales masculinos (testículos) en la menor, procedieron a realizar una intervención quirúrgica a fin de extirparlos. Sin embargo, casi diez años después de este procedimiento médico, los padres recibieron un informe (cariograma) que señalaba que su hija realmente es un varón.

Así también es citado el artículo 2314 del mismo cuerpo normativo, dicho precepto hablaría de "daño" de una forma genérica. Finalmente el artículo 2331 del Código Civil, niega la procedencia del daño moral respecto de las imputaciones injuriosas contra del honor o el crédito de una persona; por lo tanto, en una interpretación a contrario sensu, el ordenamiento jurídico acepta por regla general la reparación del daño moral, excluyéndolo de forma expresa sólo respecto de algunos casos[196].

ii) Prueba del daño moral

En segundo término, también resulta discutido si el daño moral debe ser probado o no. Por un lado, el Consejo de Defensa del Estado, órgano público encargado de representar en el proceso los intereses del Fisco, ha señalado que el daño moral debe ser probado según las reglas generales del ordenamiento jurídico, en tal sentido, el daño deberá ser real y aplicará a su respecto el artículo 1698 del Código Civil, disposición que contempla el principio básico del *onus probandi*, por lo tanto, debería descartarse la posibilidad del juez para suponer la existencia de una lesión en un interés extrapatrimonial[197]. De acuerdo con esta posición, Carlos Mackenney, ex presidente del Consejo de Defensa del Estado señala: "Sostener que el daño moral no debe acreditarse, es invertir la carga de la prueba, pues se hace recaer en el demandado la prueba del hecho negativo de no haber existido daño moral. Es precisamente la creencia de que el daño moral no debe acreditarse lo que sirve de estímulo al cobro de indemnizaciones improcedentes o desmedidas y, en ocasiones, carentes de asidero".[198]

Similar postura es la que tiene Diez Schwerter, quién ha estimado necesaria la probanza del daño moral por quien alegue sufrirlo, por lo tanto, no existirán daños extrapatrimoniales evidentes incluso aún respecto de las víctimas directas. En tal sentido, la acreditación será necesaria no obstante lo difícil que pueda resultar para el actor; para ello dispondrá de todos los medios legales de prueba, en especial –en cuanto al *pretium doloris*– de los peritajes psiquiátricos o psicológicos[199]. Otro autor comenta que la prueba de éstos hechos psíquicos siempre ha resultado

---

[196] Diez Schwerter, José Luis. (1997). Op. Cit. Págs. 95-96.

[197] Mackenney Urzúa, Carlos. (2009). "Responsabilidad Extracontractual del Estado". En Latorre Florido, Cecilia (Presentadora) y Vera Álvarez, Nicolás (Compilador). "La responsabilidad extracontractual del Estado". Editorial Metropolitana. Santiago, Chile. Pág. 116. En el mismo sentido: Corral Talciani, Hernán. (2002). "Lecciones…". Cit. Pág. 166, quien opina que el daño moral como requisito de la acción de responsabilidad debe ser acreditado legalmente.

[198] Mackenney Urzúa, Carlos. (2009). Op. Cit. Pág. 117.

[199] Diez Schwerter, José Luis. (1997). Op. Cit. 146.

incómoda para el derecho y el proceso, tanto así, se volvió costumbre señalar que lo íntimo o lo subjetivo es imposible probarlo; más "el daño moral es un hecho que se somete a las mismas reglas probatorias que el daño material, sin embargo, dada su especial naturaleza no es necesaria ni esperable una prueba directa".[200]

Sin embargo la jurisprudencia, de forma casi unánime y tratándose de la víctima directa de la actuación u omisión, optó por el camino contrario indicando que no es necesaria la prueba del daño moral[201]: "…se tiene presente que en lo atingente a la prueba del daño moral la jurisprudencia reiterada de esta Corte afirma que el daño moral es la lesión efectuada culpable o dolosamente, que acarrea molestias en la seguridad personal del afectado, en el goce de sus bienes o en un agravio a sus afecciones legítimas, de un derecho subjetivo de carácter inmaterial e inherente a la persona e imputable a otra. Daño que sin duda no es de naturaleza propiamente económica y no implica, en consecuencia, un deterioro o menoscabo real en el patrimonio de la misma, susceptible de prueba y determinación directa; sino que posee una naturaleza eminentemente subjetiva. Así, atendida esta particularidad, **no pueden aplicarse para precisar su existencia las mismas reglas que las utilizadas para la determinación de los daños materiales, que están constituidos por hechos tangibles y concretos, que indudablemente deben ser demostrados**, tanto en lo que atañe a su especie como a su monto" (Considerando quincuagésimo cuarto). "…la comprobación de la transgresión o agravio del derecho subjetivo envuelve per se la prueba de la efectividad del daño moral… **la naturaleza e intensidad del dolor no hace indispensable la prueba sobre el mismo**, por tratarse de un hecho evidente en cuanto a que las lesiones físicas y mentales sentidas por un sujeto le producen sufrimiento, lo que no requiere de evidencia, daño que debe ser indemnizado, tomando en cuenta todos los antecedentes reunidos y debiendo hacerse sobre el particular una apreciación equitativa y razonable por el tribunal." (Considerando quincuagésimo quinto).

En cuanto al daño por repercusión o reflejo, la jurisprudencia ha vacilado un poco. En atención a éste, los tribunales son claros al momento de decir que no sólo procede su reparación respecto a las personas que conforman el núcleo familiar más directo, sino que también en razón de todo aquel individuo que haya sufrido un perjuicio significativo de-

---

[200] Hunter Ampuero, Iván. (2013). "De nuevo sobre la prueba del daño moral (Corte de Apelaciones de Valdivia)". En Revista de Derecho, vol.26, n.2, Valdivia, Chile. Pág. 268.

[201] **Urrutia Villa, Mario con Fisco de Chile. Sentencia de reemplazo. CS. Rol 4691-2007, 28.1.2009.**

rivado, por ejemplo, de la muerte de la víctima directa. De esta manera, generalmente operarán presunciones de daño en beneficio del entorno más cercano y se exigirá la probanza de ello para aquellos que no estén esta situación. Así lo ha dicho la jurisprudencia[202].

"…si bien se reconoce que la extensión de las personas a quienes se debe indemnizar no puede ser indefinida, **la cuestión se reduce a un problema de prueba**, pues es la actividad probatoria de las partes la que determinará si una determinada persona ha sufrido un perjuicio y la entidad del mismo. En efecto, desde un prisma puramente lógico **se puede presumir que los parientes más cercanos –entre los que se encuentran los padres, cónyuge e hijos del occiso– sufren dolor y aflicción por la pérdida de su ser querido**, aflicción que constituye un daño inmaterial susceptible de ser indemnizado. Ahora bien, ello no implica que siempre quienes forman parte de este núcleo familiar deben ser indemnizados, pues se puede demostrar que en un caso concreto este daño no ha existido, siendo múltiples las hipótesis que se pueden presentar, como por ejemplo, la de quienes tienen un parentesco o filiación legal, sin embargo, por diferentes circunstancias, no han llegado a conocerse físicamente…"

"…efectivamente en la medida que el vínculo de parentesco se aleja, ya no puede presumirme tal dolor o aflicción **por lo tanto es la prueba de las partes la que determinará la existencia de aquél, atendidos los lazos concretos y cercanía que logren acreditarse** (el resaltado es nuestro), cuestión que determinará la intensidad del daño y el monto a indemnizar. Es más, personas que no tienen ningún grado de parentesco que no formaban parte de la familia nuclear pueden acreditar que con la víctima los unían especiales lazos y, en consecuencia, demostrar que han sufrido un daño susceptible de ser indemnizado". (Considerando quinto).

iii) Reparación del daño moral

El principio que rige en la materia es la reparación integral del daño, sin embargo en esta sede, resulta más que complejo determinar cuál es el *quantum* que permitirá a la víctima su máxima satisfacción. En cuanto a esta arista del problema, el profesor Enrique Barros ha dicho: "[l]os daños morales son perjuicios inconmensurables en dinero, porque no existe mercado para la vida, la salud o el honor. Sin embargo, esta inconmensurabilidad no impide en el derecho moderno su compensación. Razones de justicia correctiva y de prevención hacen preferible recono-

---

[202] **Rojas Gajardo, Víctor con Corporación Nacional del Cobre. Casación en el Fondo. CS. Rol 9.428-2013, 9.12.2013.**

cer una indemnización basada prudencialmente en criterios imprecisos, a dejar daños relevantes sin indemnización alguna"[203].

No es preciso hablar de reparación del daño moral, sino más bien de "compensación" (ya que en los hechos es imposible que el lesionado vuelva al estado en que se encontraba antes de la actuación dañosa), es decir, se dispondrá de los medios equivalentes –generalmente una suma de dinero– para de esta forma lograr reducir los efectos causados en la víctima. Así las cosas, cabe preguntarnos, ¿quién efectúa la avaluación de los perjuicios morales y de qué forma lo hace? La respuesta es el juez, quien recurre a su discrecionalidad, prudencia y equidad en la determinación del monto. Lo anterior no significa que el sentenciador necesariamente se vea expuesto a cometer arbitrariedad o abuso en su decisión, pues la jurisprudencia misma se ha encargado de demostrarnos que, ante importantes materias como la que se desarrolla, éstos siguen ciertas pautas o parámetros que ayudan a objetivar un poco la determinación del *quantum*.[204]

Como se podrá apreciar a lo largo de este trabajo, las sumas a título de indemnización por daño moral respecto de las cuales el Fisco es condenado, son en ocasiones de un valor monetario muy elevado. Así las cosas, tampoco debemos olvidar que los dineros cuyo destino próximo será la completa satisfacción de la víctima, por más justo que ello sea, egresan del erario nacional el cual está constituido con parte del patrimonio de todos nosotros. Revisemos cuáles son algunos de los criterios que utiliza la jurisprudencia en la difícil tarea de determinar los montos resarcitorios.

Los jueces han señalado que los criterios de gravedad y permanencia son útiles a la hora de determinar la avaluación del daño moral, así mismo son considerados como una de las justificaciones racionales que se emplean por los tribunales de justicia. En cuanto a la gravedad se ha resuelto que: "para regular la cuantía de la indemnización del daño moral causado por lesiones es necesario tener presente la naturaleza y gravedad de las lesiones medicamente comprobadas"[205], por lo que se excluiría de esta consideración las simples incomodidades o meras molestias que se suscitan en la vida cotidiana y, respecto al criterio de permanencia, "…dice relación con la intensidad del daño, que viene determinada

[203] Barros Bourie, Enrique Gustavo. (2006). Op. Cit. Pág. 288.

[204] Diez Schwerter, José Luis. (1997). Op. Cit Pág. 250.

[205] **Castro Sánchez, Miguel con Hospital Regional de Antofagasta. Casación en el Fondo. CS. Rol 3.096-2014, 24.6.2014.** Considerando décimo noveno.

por su naturaleza y duración"[206], cuestión que implica, por ejemplo, la modificación de las condiciones de vida del individuo.

De igual forma, Diez Schwerter ha listado una serie parámetros que representan un resumen de los aspectos considerados, a lo largo de las últimas décadas, por los magistrados de nuestro país y que a continuación enunciamos: la entidad, naturaleza y gravedad del suceso o acto que constituye la causa del daño; la clase de derecho o interés extrapatrimonial agredido; las consecuencias físicas, psíquicas, sociales o morales que se derivan del daño causado; su duración y persistencia que impliquen convertirlo en un perjuicio moral futuro; la culpabilidad empleada por el ofensor en su actuar; la culpabilidad empleada por la víctima; las condiciones personales de las víctimas y; finalmente, las facultades económicas del ofensor y ofendido[207].

En materia de responsabilidad médica el Legislador ha recogido de forma expresa algunas de éstas pautas con el objetivo de orientar al juez en la regulación del daño extrapatrimonial. Así lo dispone el artículo 41 inciso 1° de la Ley N°19.966: "La indemnización por el daño moral será fijada por el juez considerando la gravedad del daño y la modificación de las condiciones de existencia del afectado con el daño producido, atendiendo su edad y condiciones físicas".

Aun existiendo algunos criterios normativos para avaluar los perjuicios, en conjunto con los desarrollados por la propia jurisprudencia, se estima por ciertos autores insuficiente toda vez que seguirá habiendo, por parte de los jueces, discrecionalidad en torno a la utilización entre uno y otro, cuestión que en definitiva resulta, en el proceso, contrario a la igualdad ante la ley. Un contrapeso necesario a esta situación, según la doctrina nacional y comparada, dice relación con la necesidad de tarificar los montos, colocar baremos máximos o, al menos, difundir públicamente los criterios judiciales. De este modo, los tribunales especificarán en sus resoluciones la indemnización de cada una de las categorías del daño moral y las fundamentarán de forma separada.[208]

iv) La intrasmisibilidad del daño moral

A modo de complementar lo que ya hemos dicho en relación al sujeto activo de la acción de responsabilidad; cuando se solicita compensación por el daño moral sufrido existen dos tipos de víctimas: En primer término se apreciará una "víctima directa", es en quien recae la lesión o menoscabo y, en segundo término, la "víctima por repercusión", es aquella

[206] Ibídem, Considerando vigésimo.
[207] Cfr. Diez Schwerter, José Luis. (1997). Op. Cit Págs. 250-254.
[208] Corral Talciani, Hernán. (2002). "Lecciones…". Cit. Pág. 168.

que sufre en razón del daño efectuado a una víctima inmediata, experimentando heridas en sus propios afectos, sentimientos u otro interés extrapatrimonial; no requiriéndose necesariamente algún vínculo jurídico con la primera[209]. Corolario de lo antes señalado, se genera en derecho dos acciones distintas con diferentes titulares, pero que comparten el fin común de indemnizar el daño producido por un mismo hecho dañoso. Lo que sin embargo se discute respecto a este tema, es la situación que ocurre cuando la víctima directa fallece sin poder ejercer la acción que le era propia, ¿pueden este caso lo herederos intentar la acción que le correspondía al causante? o dicho de otro modo, ¿es transmisible la acción de la víctima directa a sus sucesores?

Tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional, han estimado que la acción de reparación por daño moral es "personalísima", y por lo tanto intransmisible a los herederos. Si bien, la transmisibilidad de los daños patrimoniales es aceptada en nuestro ordenamiento jurídico en virtud del artículo 2315 del Código Civil, el cual dispone: "Puede pedir esta indemnización no sólo el que es dueño o poseedor de la cosa que ha sufrido el daño, o su heredero…"; los fundamentos que se esgrimen para rechazar la del daño moral son claros.

En un primer término, la norma recién expuesta no puede ser citada para justificar su procedencia, pues como ha indicado el profesor Enrique Barros, el Código Civil chileno no asumió en su tiempo que los daños morales fueran reparables, "de modo que es objetable inferir de esa norma legal, de un modo puramente lógico, que una vez aceptada la reparación del daño moral debe tenerse por transmisible la pretensión indemnizatoria a su respecto"[210]. En segundo lugar, y según la naturaleza del menoscabo extrapatrimonial, este daño no pierde su carácter de derecho personalísimo por más que el hecho lesivo otorgue un crédito de dinero a la víctima y, finalmente, debemos recordar que la función del daño moral es compensatoria más no reparatoria, por lo que sostener lo contrario desvirtúa el fin de la institución y puede llevar al extremo de mercantilizarlo.

Así, respecto a la pregunta que nos hacíamos al iniciar este apartado, se concluye que no pueden acumularse las acciones por el daño moral directo y el daño por rebote, pues en el fondo se estaría indemnizando dos veces por un mismo hecho. Por ello es que la jurisprudencia (con el apoyo de la doctrina) ha optado de forma clara por el resarcimiento del daño reflejo –negando la transmisibilidad– toda vez que éste atiende de

[209] Diez Schwerter, José Luis. (1997). Op. Cit Pág. 127.
[210] Barros Bourie, Enrique Gustavo. (2006). Op. Cit. Pág. 945.

mejor manera a los vínculos reales de afecto y dependencia espiritual que existieron entre la víctima y sus herederos[211].

Para comprender la anterior postura, revisemos lo que también ha dicho la jurisprudencia principalmente el Tribunal Supremo de nuestro país.

En la causa caratulada "Mellao Calfuan, Ricardo y otros con Fisco de Chile"[212], la decisión que acoge la reparación del daño moral sufrido directamente por un joven que fallece y que sin embargo la entrega a sus padres, a juicio de la Corte Suprema merece ser invalidada por constituir un error de derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. En este orden de ideas, el considerando sexto de esta sentencia indica: "En cuanto a la transmisión de la acción por el daño moral sufrido por el causante, esta Corte ha sostenido que ella tiene un carácter personalísimo, toda vez que persigue compensar el mal soportado por la víctima personalmente y que la circunstancia de existir un vínculo entre la acción y el resarcimiento pretendido –que es de carácter pecuniario– no obsta a la antedicha conclusión, por cuanto el resarcimiento se genera y justifica en la aflicción de la víctima, lo que confiere el carácter de personalísimo, el que no logra desvirtuarse con el hecho que dé lugar a un crédito en dinero, pues aún integrado dicho elemento patrimonial, el sentido y contenido de la pretensión cuestionada sigue inalterable, ya que lo que ella persigue es compensar el mal soportado por la víctima". En el considerando siguiente los Ministros aducen que admitir la transmisibilidad implica un enriquecimiento injusto a los herederos de la víctima: "... no puede menos que establecerse que conceder a los herederos acción para solicitar el pago de la indemnización por el daño moral propio y, además, aquélla que habría correspondido al causante, llevaría a otorgar a éstos una doble indemnización por los mismos hechos".

---

[211] Ibídem Pág. 946.

[212] **Mellao Calfuan, Ricardo y otros con Fisco de Chile. Recurso de Casación en el Fondo. CS. 2.073-2009, 29.09.2011.** En los hechos, el joven Antonio Mellao Llancao, de 21 años de edad, mientras conducía su bicicleta por un camino de ripio sufrió un grave accidente al caer a un hoyo que existía en esa vía y que no contaba con la adecuada señalización. A consecuencia de la caída, el joven impactó su cabeza y rostro con el camino, permaneciendo herido en el lugar por más de una hora, luego, es trasladado al Hospital de Temuco donde falleció al día siguiente. Sus padres, don Ricardo Mellao y doña María Llancao, por sí y en representación de sus hijos menores dedujeron demanda de indemnización de perjuicios en contra del Fisco de Chile. Tanto el tribunal de primera instancia como la Corte de Apelaciones de Temuco, acogieron la pretensión de los demandantes quienes solicitaron la reparación del daño moral sufrido por la víctima en calidad de herederos de ésta.

El razonamiento de la jurisprudencia acusa que, independiente del concepto que los sentenciadores puedan utilizar (aún el más amplio de ellos), la verdad es que la noción de daño moral nos revela una idea de derechos inherentes a una determinada persona, que tras su muerte necesariamente van a desaparecer con él. Por lo tanto, la única acción a que tendrán legítimo y justo derecho los herederos del causante, víctima del hecho dañoso, será la por repercusión o rebote, es decir, cuyo fundamento próximo es su propio daño personal.

Una posición minoritaria, sin embargo, está a favor de la transmisibilidad del daño moral. Los argumentos principales dicen relación con la existencia de un "crédito" que ha entrado en el patrimonio de la víctima desde el momento mismo en que se ha producido la lesión. Por otro lado también se recurre al principio general del derecho sucesorio donde se señala que los herederos suceden en todos los derechos y obligaciones al causante, con algunas excepciones, dentro de las cuales el Legislador no habría estipulado el daño extrapatrimonial, que dicho sea de paso, para ser entendido con el carácter de "personalísimo" debe de igual forma ser calificado expresamente por este órgano[213].

1.2.3. Relación de causalidad

La relación causal puede ser definida, de forma simple, como el nexo que une el hecho que constituye una actuación u omisión y el daño efectivamente provocado. Al igual que el daño, la relación de causalidad se constituye como un presupuesto necesario de la responsabilidad, independiente del régimen que el ordenamiento jurídico haya adoptado, así como también, resultan indiferentes las calidades o naturaleza de las partes intervinientes, aplicándose como requisito de procedencia indemnizatoria tanto en la responsabilidad civil como en la del Estado.

Si bien las disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico no contemplan lo que debemos entender por vínculo o nexo causal, al menos si lo exigen como presupuesto de la responsabilidad estatal. Así las cosas, los artículos base en esta materia señalan; "El Estado será responsable por los daños **que causen** los órganos de la administración en el ejercicio de sus funciones..." (Artículo 4 de la LOCBGAE); "Los órganos de la Administración serán responsables del daño **que causen** por falta de servicio" (Artículo 42 de la LOCBGAE); "Las municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños **que causen**, la que procederá principalmente por falta de servicio" (Artículo 152 LOCM) y finalmente, "Los

[213] Cfr. Pérez Islas, Alfonso. (2010). "A favor de la transmisibilidad de la acción de daño moral". En Revista Derecho y Humanidades, N°16, vol. 2. pp. 119-132

órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños **que causen** a particulares por falta de servicio" (Artículo 38 de la Ley 19.966).

La normativa común también contiene referencias a este elemento, en tal sentido el artículo 2314 del Código Civil manifiesta: "El que ha cometido un delito o cuasidelito **que ha inferido** daño a otro…" y también el artículo 2319 del mismo cuerpo normativo: "Por regla general todo daño **que pueda imputarse** a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta".

En doctrina han surgido una serie de teorías cuyo principal fin es resolver los problemas que se suscitan para el juez, en el caso concreto, en orden a determinar si el daño es realmente causa de la actividad u omisión del órgano estatal.

1.2.3.1. Teorías que explican el presupuesto de la causalidad

A) **Teorías empíricas:** según el profesor Hernán Corral, "éstas intentan localizar el momento causal observando los fenómenos empíricos o naturales, y emplazando la conducta humana dentro del cortejo de acontecimientos que ocurren en la naturaleza según las leyes físicas"[214]. Veamos a continuación cuáles son.

i) **Teoría de la equivalencia de las condiciones (*condictio sine qua non*)**

Esta teoría señala que cualquiera de las "condiciones" –entendiéndose por tales todos los factores humanos y naturales que intervienen en el hecho dañoso y que sin su ocurrencia el daño no se habría manifestado[215]– son miradas como equivalentes para establecer la responsabilidad. Uno de los aspectos interesantes de esta doctrina es el procedimiento que utiliza para examinar si un determinado factor es condición del resultado, hablamos de la "supresión mental hipotética". Con esta herramienta el juzgador eliminará mentalmente cada uno de los hechos involucrados, y si el daño no se produce, aquellos hechos serán considerados como causa.

En opinión del profesor Enrique Barros, "más que una doctrina jurídica, que compite con otras, debe ser considerada como expresión de un requisito general de que el hecho por el cual se respon-

[214] Corral Talciani, Hernán. (2002). "Lecciones…". Cit. Pág. 183.
[215] Ibídem Pág. 181.

de sea causa necesaria del daño"[216]. En tal sentido, siempre será necesario el análisis de este elemento natural, independiente de la teoría que el sentenciador utilice.

Una de las grandes críticas que se hace a esta teoría, es que nos lleva a extender de forma muy exagerada la responsabilidad, en este orden de ideas, prácticamente cualquier hecho que se relacione con la cadena de acontecimientos puede ser considerado causa. El ejemplo clásico que suele darse en doctrina dice relación con el herrero que no forjó las herraduras de forma apropiada, éstas al ser utilizadas en el caballo de un mensajero, que a su vez, portaba una importante carta, no resistieron el largo viaje e impidieron que el mensaje llegara a destino, con ello se perdió la batalla y consecuencialmente la guerra. Culpar al herrero de perder la guerra, resulta tan absurdo como atribuir responsabilidad a los padres de un homicida por el sólo hecho de procrearlo.

ii) Teoría de la causa adecuada

Ésta nace con el objetivo de corregir los problemas que provoca la utilización –lisa y llana– de la teoría de las equivalencias de las condiciones. Postula que no todas las condiciones son "adecuadas" para generar el resultado dañoso, por lo tanto, no todas deben ser consideradas causas; así lo ha dicho la doctrina: "La adecuación se muestra en que el hecho culpable es apropiado, bajo un curso ordinario y no extravagante de los acontecimientos, para producir las consecuencias dañosas"[217]. Para lograr aquel cometido, la doctrina acude a la figura del "observador informado y prudente" el cual debe determinar cuáles daños no pertenecen al curso normal de los acontecimientos (dados los saberes de un hombre promedio), a lo que también se suma los conocimientos particulares del autor[218].

Respecto a esta teoría también pueden deducirse críticas, siendo la principal de ellas el grado de subjetividad que se entrega al observador (que puede ser el juez o un tercero) para "valorar" cuál es la causa adecuada dentro de la cadena de sucesos.

iii) Teoría de la causa próxima

Se ha dicho que entre la actuación y el daño producido debe existir una "razonable proximidad", con lo cual se descarta aquella causa que pueda considerarse como excesivamente remota. Sin

[216] Barros Bourie, Enrique Gustavo. (2006). Op. Cit. Pág. 376.
[217] Ibídem Pág. 396.
[218] Corral Talciani, Hernán. (2002). "Lecciones…". Cit. Pág. 186.

embargo el principal problema de esta teoría es la incapacidad real de dilucidar cuáles son los hechos que deben considerarse remotos y cuáles más próximos.

B) Teorías normativas: si bien éstas parten de un análisis del fenómeno natural o material, "estiman imprescindible, para asignar el rol de causa, efectuar valoraciones normativas que superen el marco de las previsiones y conexiones de la mera causalidad física"[219].

La más importante de estas teorías es aquella que concibe a la causalidad como una "imputación normativa", es decir, el hecho es visto como una realización de la voluntad del sujeto, el cual tiene la posibilidad efectiva de prever y dominar el curso causal de su actuación hacia un resultado dañoso. La doctrina penal es la que ha tratado con mayor profundidad esta tesis, y mediante el desarrollo de connotados juristas de esa área especializada del derecho, han llegado a la conclusión de que existe causalidad cuando la acción humana crea un riesgo superior al que puede normalmente encontrarse en la vida cotidiana, que además es desaprobado o sancionado por el derecho y siempre que éste se plasme en el resultado dañoso[220].

Antes de continuar, es preciso señalar la opinión del profesor Enrique Barros respecto a la construcción doctrinaria de esta multiplicidad de teorías. Según el autor, más que teorías o postulados contradictorios, estos criterios se encargan de responder preguntas distintas que se originan en torno al presupuesto de la causalidad. De este modo, una primera pregunta dice relación con el "fundamento" de la responsabilidad, pues sólo se responde de aquellos hechos que se siguen como consecuencia necesaria del hecho dañoso; por lo tanto, aquí cobra relevancia la satisfacción del elemento naturalístico. Por otro lado, también será necesaria la observación de un "límite" a aquella responsabilidad, pues no se puede responder de todos estos hechos, sino sólo de aquellos que sean directa y normativamente imputables al daño. Lo antes reseñado es evidencia de lo que la jurisprudencia ha exigido en respecto a la actividad y su resultado lesivo, esto es, que exista una relación "necesaria y directa"[221].

1.2.3.2. Prueba del nexo causal

En cuanto a la prueba de la relación causal, al igual que los otros elementos de la responsabilidad del Estado, es aplicable a su respecto la

[219] Ibídem Pág. 183.
[220] Ibídem Pág. 190.
[221] Barros Bourie, Enrique Gustavo. (2006). Op. Cit. 374.

regla del artículo 1698 del Código Civil. Sin embargo, cabe precisar que el demandante sólo deberá probar el elemento natural que conforma la causalidad, esto es, que el o los hechos han sido condición necesaria del daño producido; y corresponderá al demandado demostrar que el daño ocasionado no es causa directa de los hechos que se le imputan.[222]

Pese a que en numerosas ocasiones el nexo causal no reviste mayores complicaciones respecto a su prueba, existen situaciones más complejas en dónde el demandante deberá acudir a todos los medios que franquea la ley para demostrar la concurrencia del elemento natural, así también el juez podrá echar mano a las presunciones y recurrir a los informes periciales. Para comprender la importancia de esta exigencia, es preciso revisar alguna jurisprudencia.

Tomemos como ejemplo la causa "Díaz Pérez, Claudio Andrés con Ilustre Municipalidad de Lebu"[223]. En los hechos, Claudio Díaz demandó al municipio de Lebu por Falta de Servicio, fundando su pretensión en un suceso ocurrido cuando éste tenía 16 años de edad y se encontraba internado en el establecimiento educacional B-54 "Rigoberto Iglesias Bastías". Durante una noche en que dormía transitoriamente en el gimnasio de la Escuela Fresia Graciella Müller; debido a los trabajos que se realizaban en su liceo, quiso ir al baño, por lo que bajándose de la parte inferior del camarote, tropezó con una mesa que se encontraba con sus patas hacia arriba, golpeándose el ojo derecho y sufriendo una lesión de carácter grave con incapacidad permanente. La sentencia de primer grado acogió la pretensión del demandante, sin embargo, la Corte de alzada la rechazó indicando que no existía probanza respecto al nexo causal. Ante esta decisión, el actor dedujo recurso de casación en el fondo, el cual también fue rechazado.

La Corte Suprema en este sentido resuelve que no consta en estos autos se haya acompañado las pruebas necesarias por parte del demandante, pues constituye una carga procesal que sólo a éste correspondía con el fin de demostrar el vínculo causal entre el hecho que se imputa al órgano de la Administración y el daño efectivamente producido. Es más, el actor en su recurso solamente arguyó que esta probanza debió ser incorporada por la parte demandada. De esta forma y como consecuencia de lo antes dicho, los sentenciadores señalaron: "ante la ausencia de supuestos fácticos que permitan establecer la negligencia de los profesores o la relación de causalidad entre dicha conducta y el daño, los demás

[222] Ibídem Pág. 416.

[223] **Díaz Pérez, Claudio Andrés con Ilustre Municipalidad de Lebu. Casación en el Fondo. CS. Rol 1.746-2012, 5.4.2012.**

capítulos de casación carecen de la influencia necesaria para revertir lo decidido" (Considerando sexto).

Otra muestra que la prueba de este elemento es indispensable para la procedencia de la responsabilidad estatal, se puede apreciar en el fallo "Ponce Carrasco, Patricia; Fernández Ponce, Marco y Fernández Ponce, Paola con Servicio de Salud Metropolitano Oriente"[224]. En cuanto a los hechos de esta causa, don Claudio Fernández Flores fue atropellado por un ciclista, resultando con un trauma cerebral. Minutos después fue trasladado al Hospital del Salvador, donde perdió el conocimiento y el médico tratante ordenó la realización de un escáner, mas el equipo tomógrafo que efectúa tal examen se encontraba descompuesto ya varios días. Se ordenó, por tanto, el traslado del paciente a otro recinto de salud, pero tampoco había ambulancias disponibles para tal efecto. En virtud de estos problemas, los familiares deciden llevarlo por su propia cuenta al Hospital del Trabajador, lugar donde el escáner arrojó que el paciente presentaba un "traumatismo encéfalo craneano grave, inconciencia, contusión cerebral complicada con hemorragia intracerebral", lo que motivó su inmediata operación. Sin embargo, el señor Fernández falleció días después de esta intervención.

Pese a que los sentenciadores del fondo dijeron que se verificó una Falta de Servicio consistente en la carencia de medios para una adecuada atención (falta de ambulancias y buen estado de los equipos), en los autos no logró probarse la existencia de un nexo causal. Aquí la Corte estimó necesario que los actores acreditaran específicamente que el lapso de tres horas que tardó en efectuarse el examen fue lo que produjo el resultado dañoso alegado, verificándose de esta manera la relación de causalidad entre la Falta de Servicio y el daño. Ante la falta de esta probanza, los ministros argumentaron que no existió una "correspondencia de causa a efecto entre la falta de prestaciones médicas oportunas y el resultado denunciado, sea éste la muerte del paciente o la de no haber aumentado sus posibilidades de vida" (considerando vigésimo tercero), es más, la Corte valoró la prueba pericial rendida en el proceso llegando a la siguiente conclusión: "en la especie, el vínculo de causalidad se descartó sobre la base de opiniones de expertos coincidentes en que dada la gravedad de las lesiones sufridas por el paciente como consecuencia del golpe de su cráneo con el cemento de la calle, su evolución no hubiera sido distinta si el escáner se hubiere realizado en el hospital público oportunamente"(considerando vigésimo cuarto).

---

[224] **Ponce Carrasco, Patricia; Fernández Ponce, Marco y Fernández Ponce, Paola con Servicio de Salud Metropolitano Oriente. Casación en el Fondo. CS. Rol 9.145-2009, 15.5.2012.**

1.2.3.3. Distorsiones de la relación causal

Puede suceder que en medio de la cadena de acontecimientos que finalmente culminan con un resultado lesivo, haya intervenido un factor determinante que desvincule ya sea de forma total o parcial la actuación necesaria respecto daño sufrido. En estos casos, la Administración podrá alegar que se le exima o atenúe su responsabilidad según sea el factor que haya concurrido.

A) El hecho de la víctima

Respecto a este factor debemos prevenir dos situaciones con consecuencias notoriamente distintas para efectos de establecer la responsabilidad del órgano. Por un lado se distingue la intervención de "la culpa de la víctima" y por el otro "el hecho de la víctima".

En cuanto a la "culpa de la víctima", nuestro Código Civil expresamente regula esta situación disponiendo en su artículo 2330 lo siguiente: "La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente". El profesor Enrique Barros, en este sentido, ha señalado: "la culpa de la víctima tiene el efecto de reducir la obligación indemnizatoria, tanto en la responsabilidad por culpa, como en los diversos tipos de responsabilidad estricta u objetiva. Con independencia de la calificación jurídica que se le dé a la responsabilidad del Estado por falta de servicio, se ha fallado que si la víctima ha actuado imprudentemente, también cabe disminuir la indemnización".[225]Cabe agregar que la negligencia o imprudencia de la víctima debe tener una influencia que sea determinante en el resultado lesivo.

Según el autor referido, la justificación de esta institución se encuentra en uno de los principios pilares del derecho civil y del ordenamiento jurídico en general, "la igualdad entre las partes". Bajo este axioma, no parece justo exigir la observancia de una regla de conducta más estricta que también es esperada respecto de la víctima[226]. En resumen, cuando la culpa de la víctima contribuye a que el daño se produzca o colabora para que su intensidad aumente, el juez reducirá prudencialmente el monto de la indemnización de perjuicios una vez establecidos los demás requisitos de la responsabilidad.

Un ejemplo donde se observa la reducción del monto indemnizatorio por culpa o exposición imprudente de la víctima, es el caso "Cartoni Viale, Orlando Agustín con Sociedad Concesionaria Rutas del Pacifico y

[225] Barros Bourie, Enrique Gustavo. (2006). Op. Cit. Pág. 428.
[226] Ibídem Pág. 429.

Fisco de Chile"[227]. En cuanto a los hechos, el 19 de julio del año 2003, se produjo un accidente en la autopista conocida como "Troncal Sur" que va desde la ciudad de Quilpué hacia Viña del Mar. Cuando el actor, don Orlando Cartoni, conducía el vehículo en compañía de su familia, en dicha ruta se cruzó un individuo montado a caballo que el actor no pudo esquivar, colisionando con éste de forma violenta. Producto del accidente, el jinete y el caballo murieron. Con motivo de estos acontecimientos, el señor Cartoni demandó la indemnización del daño moral provocado y los perjuicios materiales (a título de daño emergente) consistentes en el detrimento del vehículo.

La Corte Suprema resolvió que la concesionaria fue negligente en mantener la vía sin las pertinentes "defensas de mediana" –estando obligada por expresa disposición de las bases de licitación administrativa–, por cuanto, de haber cumplido con ello, se habría evitado giros o cruces en lugares no habilitados. Sin embargo también constó como prueba del proceso, un examen de sangre del actor el cual arrojó que conducía bajo la influencia del alcohol, circunstancia que no fue ponderada por los jueces del fondo y que por lo tanto motivó a casar de oficio la sentencia. Así se puede leer en la sentencia que conoció del recurso de nulidad sustancial: "Que conducir bajo la influencia del alcohol, según se ha reflexionado, constituye un antecedente grave, preciso y concordante con las demás pruebas de la causa que hacen presumir que el conductor se expuso al daño, en la medida que condujo un automóvil de noche por una carretera de alta velocidad, con poca iluminación y habiendo bebido, circunstancia esta última que le impide estar lo suficientemente alerta ante cualquier imprevisto de la ruta para reaccionar en forma oportuna a fin de evitar daños como los ocurridos" (considerando décimo cuarto).

En virtud de lo anteriormente expuesto, el considerando noveno de la sentencia de reemplazo, aplica la norma del artículo 2330 del Código Civil, en orden a reducir prudencialmente el monto de la indemnización: "…el señor Orlando Cartoni Viale **se expuso imprudentemente** al daño al conducir en las condiciones ya descritas bajo la influencia del alcohol, y por ello la indemnización por el daño que reclama **está sujeta**

---

[227] **Cartoni Viale, Orlando Agustín con Sociedad Concesionaria Rutas del Pacifico y Fisco de Chile. Sentencia de reemplazo (nulidad de oficio). CS. Rol. 5.626-2011, 3.4.2013.** En primera instancia se dispuso una indemnización de $3.725.000 por daño emergente y $8.000.000 por daño moral a favor de don Orlando Cartoni Viale, decisión que fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso. Sin embargo, la Corte Suprema casó de oficio la sentencia y rebajó los montos asignados en aplicación del artículo 2330 del Código Civil, de esta manera las cifras finales quedaron así: $1.862.500 por daño emergente y $4.000.000 por daño moral.

a reducción (el énfasis es nuestro), la que se regulará en un cincuenta por ciento de aquellas que consideró el fallo de primer grado".

La jurisprudencia también ha dicho que la "imprudencia de la víctima" no alcanza a las víctimas por repercusión, por lo que no resulta aplicable a su respecto la reducción establecida en el artículo 2330 del Código Civil. En este sentido se encuentra la causa "Quezada Merino, Mónica María y Catrileo Quezada, Catalina Alejandra con Fisco de Chile"[228]. Veamos de qué se trata.

En cuanto a los hechos, con fecha 03 de enero de 2008 y en el contexto de una toma pacífica del fundo agrícola "Santa Margarita" de propiedad de Jorge Luchsinger –sin embargo considerado por la comunidad mapuche de la zona como terreno en disputa– el estudiante Matías Catrileo Quezada recibió, en virtud de un enfrentamiento con Carabineros, una ráfaga expelida por una subametralladora Uzi, la que le perforó por la espalda el pulmón, presentando salida de balas por el abdomen y causando su muerte unos minutos más tarde. Tanto la madre como la hermana de la víctima deducen demanda de indemnización de perjuicios en contra del Fisco de Chile, fundando su pretensión en la Falta de Servicio cometida por el órgano policial. Por otro lado, los demandados sostienen su defensa en que el joven universitario se habría expuesto imprudentemente al riesgo pues ingresó subrepticiamente al fundo para luego resistirse al requerimiento policial, agrediendo con piedras a los funcionarios.

Cabe agregar que, en la parte penal de esta causa, el carabinero responsable de los disparos, el Cabo 2° Walter Jonathan Ramírez, fue efectivamente condenado por el delito de "violencia innecesaria". Cuestión que también fue determinante para los sentenciadores del fondo al señalar que no existió exposición imprudente de la víctima, toda vez que la parte demandada no aportó las pruebas necesarias, ni tampoco se puede inferir necesariamente del proceso que el joven Catrileo Quezada habría participado de manera directa y personal en actos de violencia, vandalismo y delincuencia calificables de temerarios e ilegales, mas solamente se probó que el fallecido había entrado al fundo.

A mayor abundamiento, el considerando trigésimo sexto de la sentencia de primer grado, al respecto señala: "…no puede aceptarse que la decisión de participar voluntariamente en una acción de demanda social como la acreditada, aunque conlleve algunos riesgos inherentes a la acti-

[228] **Quezada Merino, Mónica María y Catrileo Quezada, Catalina Alejandra con Fisco de Chile. Demanda de Indemnización de Perjuicios. 2° Juzgado Civil de Santiago. Rol C-33197-2011, 15.7.2014. Confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago en Rol 6.427-2014, 20.1.2015.**

vidad de protesta, implique, de por sí, un propósito delictivo, temerario o vandálico, ni suponga por ello la voluntad de exponerse imprudentemente a los daños asociados al uso de violencia innecesaria por parte de fuerzas policiales, como si esto –el exceso de la fuerza institucional– fuera un resultado más que probable y, además, aparentemente justificado de esta clase de manifestaciones. Por el contrario, es lo sensato y apegado al orden jurídico presumir que, todavía en el marco de esta clase de actividades o especialmente durante ellas, los entes policiales y sus funcionarios darán cumplimiento cabal a las normas y límites que regulan el ejercicio de la fuerza pública".

Pese a que el escrito de apelación deducido por la parte demanda, insistió en la aplicación del artículo 2330 del Código Civil, ahora con miras a reducir el monto indemnizatorio declarado a título de daño moral a favor de los familiares de la víctima, la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó tal pretensión, señalando en el considerando quinto lo siguiente; "...el daño que se pretende indemnizar es el de índole moral, sufrido por la madre y hermana a raíz de la muerte de Matías Catrileo, sin que se divise cómo habrían podido ellas exponerse imprudentemente a tal sufrimiento. No cabe entonces dar aplicación en este caso a la norma aludida, por cuanto los hechos con que la apelante pretende configurar la exposición imprudente no fueron cometidos por quienes sufrieron el daño y, si bien éste deviene por repercusión de la conducta asumida por su pariente, tampoco ésta puede calificarse de imprudente en los términos considerados por la disposición antes transcrita. En efecto –**y pese a que la norma civil citada no distingue al respecto**– (el resaltado es nuestro), conviene recordar que el daño cuya indemnización se pretende en autos no emana indirectamente de culpa o negligencia sino de un delito, tipificado penalmente como violencia innecesaria causando muerte por sentencia ejecutoriada".

Ahora bien, si hablamos de un "hecho de la víctima" propiamente tal, esto es, cuando el resultado lesivo producido en su persona es causa necesaria y directa de una conducta que ésta ha desplegado, la cual es imputable por completo a aquella; doctrinariamente no estamos ante un caso de reducción del monto indemnizatorio, sino más bien ante la exclusión de la responsabilidad del demandado.

La jurisprudencia en algunos casos también ha fallado en este sentido. Así se puede ver en el caso "Zárate Cruzat, Zeus con Empresa de Ferrocarriles del Estado e Ilustre Municipalidad de Chiguayante"[229]. La

[229] **Zárate Cruzat, Zeus con Empresa de Ferrocarriles del Estado e Ilustre Municipalidad de Chiguayante. Casación en el Fondo. CS. Rol 9.907-2011, 11.6.2013.**

señora Carmen Millanao falleció a consecuencia del atropello de un Biotren mientras ésta cruzaba un paso peatonal habilitado. El paso era provisorio ya que en el sitio se realizaban obras de mejoramiento de la vía férrea; la víctima conocía esta situación pues transitaba habitualmente por aquel lugar. Su cónyuge a nombre propio y en representación de sus hijos, dedujo demanda de indemnización de perjuicios en contra de la Empresa de Ferrocarriles del Estado y el Municipio de Chiguayante, pues estimó que existía una Falta de Servicio imputable a estos organismos, consistente en no señalizar o advertir de manera adecuada el peligro que representaba transitar por aquel acceso.

Los tribunales indicaron que ésta no era una obligación de la Municipalidad, sino de la empresa estatal, sin embargo logró probarse en autos que ésta había cumplido con su deber de cerrar la vía, sólo quedando un trecho descubierto el cual hacía las veces de paso peatonal. Tanto la Corte de Apelaciones de Concepción como la Corte Suprema, recalcaron que es necesaria la concurrencia de un nexo causal entre la supuesta actuación culposa y el daño; dicho esto y mediante un análisis de las prueba allegadas al caso concreto, la víctima resultó ser la única responsable del accidente que le costó la vida y, en definitiva, su conducta negligente es la causa determinante del resultado, por lo que se excluye la responsabilidad de ambas instituciones demandas. Lo anterior se aprecia en el considerando noveno del fallo de la Corte de Apelaciones (Rol 777-2011), "Que los antecedentes reseñados en el fundamento anterior permiten concluir que el resultado dañoso que se conoce en estos autos se debió exclusivamente a la conducta imprudente de la víctima, quien cruzó la línea férrea sin cerciorarse de la presencia del Biotren, en un lugar en que la vía férrea está en línea recta y sin elementos que impidiesen advertir el acercamiento y paso del tren, habiéndose podido evitar el accidente con el solo arbitrio de mirar hacia ambos lados de la vía y percatarse de la presencia del Biotren, conducta impropia de una persona que transitaba frecuentemente por el lugar, como se reconoce en la demanda".

También es el mismo razonamiento al cual llega la Corte Suprema en el considerando séptimo de la sentencia que rechaza la casación en el fondo deducida; "En efecto, se estableció en la causa que la víctima cruzaba periódicamente por el lugar, así como que no existía elemento alguno que impidiera constatar oportunamente la presencia del tren que transitaba en línea recta, de manera que el atropello ocurrió únicamente, tal como lo concluyeron los jueces del grado, por su propia negligencia al no haber adoptado las medidas necesarias para evitarlo, como era esperar hasta que el tren hubiese pasado antes de cruzar la línea".

Otro ejemplo lo encontramos en la causa "Soto Morales, Juan Bautista con Fisco de Chile"[230]. Los hechos dicen relación con los trágicos sucesos que ocasionó el terremoto de 8,8 grados ocurrido en nuestro país el día 27 de febrero del año 2010 y especialmente con el posterior tsunami que azotó nuestras costas. Bajo este contexto, don Luis Hernán Soto Repiso falleció producto de asfixia por inmersión con ocasión de una de las grandes olas que afectaron a la ciudad de Talcahuano, mientras viajaba desde la ciudad de Chiguayante por la Ruta Interportuaria en busca de su cónyuge e hijo.

La parte demandante –padre de la víctima– imputó la existencia de una Falta de Servicio, toda vez que el Intendente de la Región entregó una información errónea, mediante los medios de comunicación, señalando que no existía peligro de otro tsunami. Los sentenciadores llegaron a la conclusión de que el fallecimiento del señor Luis Soto no era causalmente atribuible a la conducta desplegada por el servicio, pues de las probanzas procesales pudo inferirse que la víctima no oyó la comunicación efectuada por la autoridad (entrevista radial efectuada entre las 5:01 y las 5:19 AM) ya que ésta salió antes del lugar. A mayor abundamiento, la Corte de Apelaciones de Concepción señaló que en el caso concreto existió culpa de la víctima la cual excluye el nexo causal, ergo la responsabilidad del Fisco; "fuerza concluir que la víctima salió de Chiguayante con destino a Talcahuano, antes de la 5 AM, cuando aún el señor Intendente no había dado su información errónea. Entonces, este hecho no fue la causa que motivó el viaje de la víctima a Talcahuano, sino que su propia decisión, de manera que las consecuencias que ello le produjo sólo son atribuibles a su responsabilidad" (considerando séptimo).

B) El caso fortuito o fuerza mayor

A pesar que cierta doctrina ha intentado dar un tratamiento diferenciado a estos elementos, señalando que la fuerza mayor es aquel hecho derivado de la naturaleza y el caso fortuito un hecho proveniente del hombre; la verdad es que la doctrina mayoritaria se inclina por señalar que carece de relevancia jurídica realizar tales distinciones, pues el efecto que genera la determinación de su procedencia es el mismo[231], el cual dice relación con exonerar la responsabilidad del obligado. En tal sentido se encuentra el artículo 45 de nuestro Código Civil, pues los trata de

---

[230] **Soto Morales, Juan Bautista con Fisco de Chile. Apelación. CA. Concepción. Rol 1.613-2011, 15.12.2012. Decisión confirmada en: CS. Rol 1.250-2012, 23.1.2013.**

[231] Letelier Wartenberg, Raúl. (2001). "La fuerza mayor en la responsabilidad extracontractual de la Administración del Estado". Editorial Jurídica Conosur. Santiago, Chile. Pág. 96.

manera conjunta; "Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc."

No es pacífico en la doctrina que la intervención del caso fortuito o fuerza mayor realmente excluya el elemento "causalidad", hay autores que más bien los estudian o agregan como una más de las hipótesis o "causales de justificación" las cuales eximen la responsabilidad del demandado por influir en la ilicitud del acto; en este orden de ideas se encuentra Raúl Letelier, quien estima que los casos de fuerza mayor o el caso fortuito excluyen el elemento de la reprochabilidad o culpa[232], el cual como veremos en el próximo acápite, se conforma por la Falta de Servicio en materia administrativa. Compartimos, sin embargo, lo que ha señalado a su respecto el profesor Enrique Barros, así las actuaciones que deriven de un hecho fortuito, al igual que los provenientes de un tercero o por culpa de la víctima, pueden suprimir el presupuesto causal y con ello la responsabilidad del órgano estatal, "en la medida que sean suficientemente intensas como para ser consideradas las únicas causas normativamente relevantes"[233].

A continuación repasaremos las principales características que deben reunir el caso fortuito o la fuerza mayor para ser considerado como un elemento que distorsiona el curso causal.

En primer lugar, debe tratarse de un hecho "imprevisible", esto significa que de forma racional, la Administración no haya podido anticipar su ocurrencia o que se desconozca la causa que lo provoca (o más preciso aún, según un determinado deber de diligencia el órgano no estaba obligado a prever), por ello es que usualmente se ha exigido que el hecho estimado imprevisible deba ser repentino o súbito, además que revista un grado de magnitud relevante y también de una significativa duración[234]. En segundo término, debe tratarse de un hecho "irresistible", esto es, el aparato administrativo no pueda soportar el hecho con los recursos disponibles y el nivel de diligencia exigido por la norma; así lo ha dicho un autor: "la irresistibilidad constituye la evaluación del impacto que han tenido los efectos del evento anormal en la obligación de diligencia administrativa. Cuando para frenar estos efectos la Administración debe desplegar una acción superior a la que por su obligación de diligencia está compelida, se dirá que el evento anormal le ha resultado

[232] Letelier Wartenberg, Raúl. (2001). "La fuerza mayor…". Pág. 143.
[233] Barros Bourie, Enrique Gustavo. (2006). Op. Cit. Pág. 134. En nota al pie de página.
[234] Letelier Wartenberg, Raúl. (2001). "La fuerza mayor…". Págs. 108-119.

irresistible"[235]. Por último, debe tratarse de un hecho "externo", esto es, que provenga de un hecho ajeno a las funciones o esfera de acción de la Administración ya que esta no debe participar de ninguna forma en su realización.

La jurisprudencia de nuestro país normalmente ha rechazado las alegaciones del Fisco en cuanto a la procedencia de caso fortuito o fuerza mayor, justamente porque el hecho descrito no ha reunido las condiciones de "imprevisible, irresistible o externalidad". Revisemos algunos casos.

Un caso muy conocido pero a la vez trágico, es el que tuvo que conocer los tribunales de nuestro país en la causa "Yunge Raddatz y otros con Fisco de Chile"[236]. En cuanto a los hechos, un total de siete vehículos cayeron al vacío cuando circulaban por el kilómetro siete de la Carretera Internacional N°225, entre las localidades de Ensenada y Puerto Varas, con resultado de veintisiete personas muertas. El accidente ocurrió con motivo del derrumbe de un terraplén construido sobre el "Estero Minte" y luego de las fuertes lluvias que azotaron a la zona. En el proceso se determinó que la acumulación de aguas lluvias produjo un reblandecimiento de los terrenos, lo que en definitiva culminó con el desmoronamiento de una parte de la Ruta, creando un forado o precipicio de unos quince metros de profundidad, lugar donde cayeron los automóviles.

El tribunal de primera instancia, además de considerar que el Estado había incurrido en una Falta de Servicio consistente en la deficiente construcción de la alcantarilla y terraplén emplazados en aquella zona (referido tanto en su altura como en los materiales y composición de la estructura; todo lo anterior en definitiva importó una falta de diligencia en los estudios, pues la única opción viable y segura era la edificación de un puente); rechazó la procedencia de caso fortuito alegada por el Fisco quién señaló que la falla de la estructura, en resumidas cuentas, se debió a fuerzas externas y anormales. Así se desprende del considerando trigésimo primero de esta sentencia: "Que la lluvia y el viento durante los meses de abril a septiembre son hecho público, notorio e incorporado a la forma de vida de los habitantes de esta Décima Región siendo el promedio de precipitaciones anuales ascendente a 2.358 mm… por lo que cualquiera sea la cantidad de agua caída en dos o tres días no causa alarma pública… Que, de esta forma no puede aceptarse que la magnitud de las precipitaciones haya sido el único factor desencadenante del desplome del terraplén".

---

[235] Ibídem Pág. 124.

[236] **Yunge Raddatz y otros con Fisco de Chile. Demanda de indemnización de perjuicios. Primer Juzgado de Letras de Puerto Montt. Rol N°47.503-1995, 11.5.1999.**

De acuerdo a lo antes expuesto, los sentenciadores descartan la concurrencia del elemento "imprevisibilidad", pues era conocido que se aproximaba el fenómeno climático denominado "Corriente del Niño", más la Administración no logró probar que había tomado los resguardos necesarios para evitar los daños producidos por aumente en el cauce.

Otro ejemplo, en atención al rechazo de este tipo de pretensión, puede observarse en la causa "Solis Palominos, Corina y otros con Dirección de Vialidad de la Región del Libertador Bernardo O'Higgins, Fisco de Chile"[237]. En los hechos, don Hugo Bastías Ponce falleció a causa de la asfixia por inmersión al caer el automóvil que conducía desde el puente Coinco, el cual se encontraba cortado en una extensión de cuarenta metros producto del aumento de caudal sufrido por el Río Cachapoal, todo lo anterior debido a las fuertes lluvias en la Región de O´Higgins.

Para resolver este asunto, la Corte tuvo que cuestionar si el puente estaba o no en condiciones adecuadas; esto es, si su derrumbe se debió exclusivamente a una fuerza natural irresistible para cualquier estructura humana instalada sobre el río, o si bien la causa fue que el puente no estaba preparado para resistir un aumento en el caudal de las aguas debido a la falta de mantención que siempre es exigible a una edificación que tenga un paso por el que transitan personas, sea a pie o en vehículos. Este tribunal estimó que, en el caso concreto, se vislumbra una "doble Falta de Servicio". Por un lado existe una evidente y grosera negligencia por parte de la Administración Pública al dejar pasar más de 20 años desde las últimas inspecciones y reparaciones del puente. Por otro lado, también existe una falta la cual dice relación con la omisión del servicio en cerrar el acceso y evitar accidentes como el sucedido, pues cuando las personas no observan señalización alguna, suponen normalmente que la vía es apta para ser transitada.

El considerando séptimo de la sentencia que conoce de la apelación, señala las características que en concreto debe reunir el hecho para ser considerado como fortuito o de fuerza mayor: "Salvo que la crecida fuera de tal modo catastrófica, anormal, imprevisible y exagerada, que con ninguna previsión ni cuidado, con ningún reforzamiento ni obra de in-

[237] **Solís Palominos, Corina y otros con Dirección de Vialidad de la Región del Libertador Bernardo O'Higgins, Fisco de Chile. Apelación. CA. Rancagua. Rol 114-2013, 4.9.2013 y también en Casación en la Forma y en el Fondo. CS. Rol 9.580-2013. 7.01.2014.** En primera instancia se concedió a los demandantes la suma de $33.160.992 por concepto de lucro cesante, y el total de $115.000.000 a título de daño moral. La Corte de Apelaciones de Rancagua revocó el daño por lucro cesante, acogiendo en cambio el daño emergente avaluado en $1.100.000 y elevó la reparación del daño extracontractual a $310.000.000.

geniería razonablemente disponible, se hubiera podido evitar la caída. Pero eso debe probarlo el obligado a mantener los puentes en estado de servir de manera segura a los usuarios. Es decir, debe probarlo el Estado".

La prueba consistente en un estudio hidrológico de la zona fue relevante para descartar la hipótesis de caso fortuito y así se puede ver en el considerando décimo de esta sentencia: "Este documento es muy importante porque explica que la condición climática del mes de mayo de 2008, causante de la crecida de los ríos, se había presentado ya en el año 1993 y en algún sentido en el año 1991. Es decir, la causa última de la situación de los ríos, esto es, las intensas precipitaciones caídas, no era tampoco un hecho imprevisible ni desconocido en la zona… En suma, en modo alguno el fenómeno climático de mayo de 2008 fue un cataclismo imprevisible, sino un evento recurrente cada cierta cantidad de años, enteramente previsible, entonces, para ser tenido en cuenta al momento de construir, de reforzar y de mantener los puentes de los ríos de la zona".

Finalmente, existen también casos en que se ha aceptado la exención de responsabilidad de la Administración por la ocurrencia de caso fortuito o fuerza mayor, veamos un ejemplo. En el fallo "Tiscornia Bellei, Guido y otro con Fisco de Chile"[238], se da cuenta que con fecha 26 de diciembre de 1994, se produjo un derrumbe de rocas en el camino público de Avenida América Vespucio, sector La Pirámide o Huechuraba.

Para la resolución de este asunto, la Corte de Apelaciones de Santiago dio valor de plena prueba al peritaje realizado en el proceso. En tal sentido, los expertos señalaron que el camino contaba con los máximos estándares de calidad, los cuales fueron considerados tanto en el momento de la construcción como también respecto de las diversas medidas tomadas posteriormente. De esta forma se pudo apreciar la existencia de "rejas de contención", revestimiento de hormigón en la superficie más débil y la construcción de fosos para evitar la erosión provocada por las aguas. Por lo tanto, se determinó que la causa del deslizamiento probablemente se debió a efectos climáticos como los fuertes vientos, los cambios de temperatura o la debilidad de roca en descomposición del sector, procesos geológicos como sismos o micro sismos, estado de saturación o canales de riego, en todo caso, fenómenos naturales e imprevistos asimilables a fuerza mayor.

De acuerdo a esto, en el considerando octavo de esta sentencia el tribunal señala: "Que, de la ponderación de los antecedentes reseñados,

---

[238] **Tiscornia Bellei, Guido y otro con Fisco de Chile. Apelación. CA. Santiago. Rol 6.471-1997, 3.8.2001.**

queda acreditado que no hubo falta de servicio de mantención en la ruta señalada y que, en cambio, existió en la especie un caso fortuito, ya que la carretera fue construida y se mantiene en óptimas condiciones y que, luego de ocurrido el derrumbe, aún quedaban huellas de mallas de contención, destruidas por el desprendimiento de rocas que cabe calificar en los términos del artículo 45 del Código Civil que expresa 'Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto,...etc.'. 'Imprevisto' según el Diccionario de la Lengua Española es lo 'no previsto' y 'previsible' es algo 'que puede ser previsto o entra dentro de las previsiones normales', o sea, la esencia del caso fortuito está constituida por la imprevisibilidad del hecho, el caso fortuito es imprevisto cuando no hay ninguna razón para creer en su ocurrencia".

C) El hecho de un tercero

Debemos entender por tercero toda persona natural o jurídica ajena al servicio, es decir, aquella que no se encuentra patrimonialmente vinculado a éste o que respecto al órgano no existe una situación actual de subordinación o dependencia. El tercero puede ser o no parte de la Administración (es decir, no necesariamente ejerce una potestad pública) y si lo es, no actúa con ocasión de las funciones del servicio al cual se le está imputando responsabilidad.

Por lo tanto, el órgano administrativo no será responsable de las actuaciones dañosas que este tercero pueda provocar en la víctima, a menos que también haya contribuido en su realización. En este último escenario, parte de la doctrina nacional ha estimado que corresponde aplicar la hipótesis del artículo 2317 de nuestro Código Civil: "Si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito…"; dentro de estos autores se encuentra el profesor Cristián Román, quien se muestra partidario por el empleo de esta norma, pues según éste, es la única que resuelve tal problema en el ordenamiento jurídico local y, además, porque la institución de la solidaridad en materia de obligaciones se conforma de mejor manera con el principio "indubio pro administrado"[239].

En cambio para otros autores, sobre todo aquellos que descartan la posibilidad de aplicar de forma supletoria las reglas del derecho común, la solidaridad requerirá de expresa regulación por parte del Legislador en esta materia, por ello la regla general será la responsabilidad simplemente conjunta entre los codeudores.

[239] Román Cordero, Cristián. (2004). "Los presupuestos…". Cit. Pág. 299.

Un ejemplo de culpa de un tercero que excluye totalmente la responsabilidad del Fisco, se aprecia en la causa caratulada "Yuseff Durán, Juan Antonio; Yuseff Marchant, Vladimir; Yuseff Marchant, Juan Antonio con Fisco de Chile"[240]. Con fecha 27 de julio del año 2004, don Christian Yuseff Marchant se encontraba en la sede de la embajada chilena en la ciudad de San José de Costa Rica, ejerciendo labores como Segundo Secretario. El país anfitrión, dispuso como medida de seguridad respecto de nuestro país, el patrullaje de una Guardia Civil, la cual ocasionalmente hacía rondas armadas al interior del edificio. Sin embargo y durante esa tarde de trabajo, el señor Yuseff fue asesinado por el ciudadano costarricense Orlando Jiménez, miembro precisamente de aquella guardia cuyo objetivo era la protección de sus funcionarios.

De acuerdo a esas circunstancias, familiares de la víctima dedujeron demanda de indemnización de perjuicio, fundada en la Falta de Servicio del Estado. Los sentenciadores señalaron que en la especie no se configura esta hipótesis, pues el Estado chileno proporcionó todos los medios racionales para asegurar óptimas condiciones laborales y personales a un agente diplomático en un país extranjero. En definitiva, no habría negligencia por parte de la Administración en dejar rondar a estos guardias por el recinto, por el contrario, eran ellos quienes formaban parte del sistema de seguridad proporcionado por el Estado receptor, los cuales no solamente actuaban de esa manera por costumbre, sino que también en virtud del artículo 22 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas[241].

Bajo esta lógica, la Corte Suprema estimó que el hecho vulneratorio fue producido exclusivamente por un tercero extraño a la Administración y, por lo tanto, causalmente no imputable a ella. Así, en la lectura de los considerandos de esta sentencia, también puede encontrarse referencia al "caso fortuito" como causal de exoneración de responsabilidad, pues como recordaremos, ésta hace referencia a los "actos del hombre". Este tribunal recalcó que el señor Orlando Jiménez era un "extraño a la actividad de la víctima y del Ministerio de Relaciones Exteriores" (considerando trigésimo segundo) y, en este orden de ideas, "no pudo

---

[240] **Yuseff Durán, Juan Antonio; Yuseff Marchant, Vladimir; Yuseff Marchant, Juan Antonio con Fisco de Chile. Casación en la Forma y en el Fondo. CS. Rol 2.296-2013, 19.11.2013.**

[241] **Artículo 22.2 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (18 de abril de 1961)**: "El Estado receptor tiene la obligación especial de adoptar todas las medidas adecuadas para proteger los locales de la misión contra toda intrusión o daño y evitar que se turbe la tranquilidad de la misión o se atente contra su dignidad".

anticiparse, ni conocerse su intención homicida, pues no hubo con anterioridad hecho alguno que la develara. Así, la conducta que desplegó el guardia de seguridad fue un evento que escapó de lo esperado y normal. Y que, por otro lado, los hechos fueron irresistibles, toda vez que la conducta nació de quien precisamente era uno de los encargados de prestar seguridad a la embajada nacional, no pudiendo ser evitados a pesar de la diligencia del Estado de Chile en el cumplimiento de sus obligaciones" (considerando vigésimo sexto).

Por otro lado, veamos un ejemplo donde existe "pluralidad de causas" o "concausalidad", es decir, interviene tanto la culpa de un órgano de la Administración y como la de terceros, donde todos son condenados a resarcir los daños producidos.

En el caratulado "Alarcón, Gerardo con Ilustre Municipalidad de Concepción y otros"[242], don Gerardo Alarcón, doña Eva Jara, por si y en representación de sus tres hijos, dedujeron demanda de indemnización de perjuicios en contra de la Municipalidad de Concepción, de la Sociedad de Inversiones Bigmarketing Limitada y de don Manuel Flores Arias. La pretensión se fundó en que el señor Flores dio en arrendamiento a Bigmarketing Ltda., un retazo de terreno en el inmueble vecino al del actor, lugar en que la empresa instaló un gran letrero publicitario (de doce metros de alto por cuatro de ancho) sin contar con los permisos municipales, hecho que fue denunciado oportunamente a la Municipalidad demandada. A pesar que el Municipio ordenó, mediante Decreto Alcaldicio, la demolición de la estructura, ésta se precipitó sobre la casa de los demandantes antes de hacerse efectiva materialmente la orden.

En el considerando vigésimo primero de la sentencia de casación señala, la Corte reconoce la posibilidad de pluralidad de causas: "...desde el punto de vista causal pueden existir múltiples hechos que sean los generadores del daño, caso en el cual todos aquellos que han incurrido en el acto negligente son responsables del mismo". A mayor abundamiento los sentenciadores señalan: "…la circunstancia de ser uno de los demandados un Órgano del Estado, obliga a aplicar a su respecto el estatuto

[242] **Alarcón, Gerardo con Ilustre Municipalidad de Concepción y otros. Casación en la Forma y en el Fondo. CS. Rol 4.687-2012, 29.4.2013.** El tribunal de primera instancia condenó solidariamente a los demandados al pago de 8 millones por daño emergente y 5 millones a título de lesión extrapatrimonial. La Corte de Apelaciones de Concepción, la revocó sólo en cuanto ella establecía una condena solidaria confirmando en lo demás el referido fallo, estableciendo que la Sociedad de Inversiones Bigmarketing Ltda. y Manuel Flores Arias debían pagar en forma solidaria dos tercios de los montos establecidos por la sentencia en alzada, mientras que la Municipalidad de Concepción debía soportar el tercio restante.

de responsabilidad que le corresponde, consagrado en la Ley N°18.575, mientras que al resto de los demandados se les debe aplicar el sistema general de responsabilidad extracontractual, lo que no es óbice a que se demanden y resuelvan conjuntamente las responsabilidades, más aún si se tiene en consideración la clara conexión que existe entre los hechos ilícitos" (considerando vigésimo segundo).

Concretamente, lo sentenciadores estimaron que la municipalidad de Concepción incurrió en Falta de Servicio, por cuanto ésta no apresuró la materialización de la demolición ordenada, pues de haber obrado con mediana diligencia o prontitud, el letrero no habría caído sobre el inmueble de los demandantes. Respecto de la sociedad de Inversiones Bigmarketing Limitada, es responsable en aplicación de las normas civiles de responsabilidad, ya que es evidente que obró ilícitamente al instalar una estructura de gran tamaño sin los permisos administrativos correspondientes, la cual además presentó graves deficiencias en su construcción. Finalmente, el actuar ilícito del señor Manuel Flores fue haber permitido una edificación en su terreno sin la autorización municipal pertinente, hacer caso omiso a las citaciones del Juzgado de Policía Local de Concepción y, especialmente, no haber cumplido con lo dispuesto por el Decreto N°146 el cual le fijaba un plazo perentorio para demoler dicho letrero publicitario. En conclusión, todos estos hechos fueron causas necesarias y directas del resultado lesivo.

1.2.4. Criterio de imputación

El criterio de imputación de la responsabilidad del Estado Administrador chileno –el único según la última tendencia jurisprudencial como veremos en la parte final del tercer capítulo de este trabajo– es la Falta de Servicio. Esta institución tomada del derecho francés, ha sido entendida por algunos autores como la infracción a un deber objetivo de conducta, es decir, de forma análoga al tratamiento moderno de la culpa en sede civil.

Al igual que la responsabilidad en sede Administrativa, la responsabilidad civil exige que el daño producido por un determinado individuo sea imputable, esta vez, a la culpa del sujeto, presupuesto necesario para configurar la responsabilidad. En oposición a lo anteriormente mencionado se encuentran los regímenes objetivos, donde el elemento central será el daño o la relación de causalidad. Es sin embargo la forma de entender y explicar el concepto de "culpa", el que ha ocupado el mayor esfuerzo de los autores contemporáneos.

Si bien este apartado tiene como principal fin dedicar un somero estudio a la institución de la culpa en sede civil, por ser ésta comparada u

homologada al criterio "Falta de Servicio" en materia administrativa; no debemos olvidar que el dolo en la responsabilidad civil también se configura como un factor de responsabilidad.

Según el artículo 44 inciso final del Código Civil, el dolo es definido como: "la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro", en el mismo sentido se encuentra el artículo 2284 inciso 3° de este cuerpo legal, el cual dispone que "si el hecho es ilícito, y cometido con intención de dañar, constituye un delito". En cambio, un hecho cometido con culpa genera un cuasidelito civil, pues no ha mediado la intención de dañar o injuriar a otra persona. Las diferencias entre ambas instituciones, como veremos, son notorias. Al ser la intencionalidad un elemento de la esencia de esta institución, necesariamente obligará al juez a realizar un examen de las circunstancias personales de su autor, es decir, a escudriñar la faz interna del sujeto, su conciencia, en orden a descubrir si existía en él una voluntad cuyo destino principal era provocar un determinado daño. Es por ello que necesariamente el dolo se aprecia "en concreto". Debido a las características que presenta el dolo es que no profundizamos mayormente en su estudio, pues como ya podrá haber advertido lector, el órgano administrativo concebido como un ente ficticio, no es capaz de tener intención positiva de causar injuria, la cual es propia de las personas naturales.

En lo que respecta a la culpa y según el profesor Hernán Corral, nuestro ordenamiento jurídico no diferencia esta noción de la "negligencia" o "imprudencia". Aunque la doctrina especializada señala que la negligencia atiende más bien a una actitud omisiva y la imprudencia se identifica con un comportamiento activo pero precipitado o irreflexivo[243]; la verdad es que, mediante una somera lectura de los artículos que se refieren a esta institución, podemos fácilmente llegar a la conclusión que el Legislador los entiende sinónimos. Así se desprende, por ejemplo, del artículo 2329 del Código Civil: "todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia (culpa) de otra persona, debe ser reparado por ésta".

El Código Privado define a la culpa utilizando la clásica distinción del derecho romano entre culpa grave, leve y levísima. Según el artículo 44; culpa grave, negligencia grave o culpa lata: "es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios.". Tan reprochable es esta conducta para el ordenamiento civil, que el Legislador la equipara al dolo. Cuando hablamos de culpa leve, descuido

[243] Corral Talciani, Hernán. (2002). "Lecciones…". Cit. Pág. 216.

leve o ligero, hacemos mención a "la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios", ésta se ha constituido como la regla general en materia contractual y así también –aunque no sin algunos detractores– en sede de responsabilidad extracontractual. Por último el mencionado artículo hace mención a la existencia de una culpa o descuido levísimo, el cual se identifica con "la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes".

Ahora bien, enunciábamos que unos de los grandes problemas respecto a la culpa dice relación con su determinación y apreciación por parte del juez de la causa. Tradicionalmente se denominó a esta verificación procesal, "imputación subjetiva" o "juicio de reproche personal", pues por largo tiempo simplemente se trató de establecer un nexo entre el hecho y la personalidad o "conciencia" del autor. Es decir, en un primer momento se examinaba el actuar de un sujeto desde un cariz psicológico, examinando su intención o ánimo, o luego también desde un punto de vista ético, en el sentido que la conducta desplegada por la persona constituía un disvalor en sí misma, por contrariar normas de carácter moral como las máximas cristianas de "no producir daño al prójimo"[244].

La doctrina moderna descarta esta idea de reproche, estableciendo que la culpa debe apreciarse de forma objetiva. Sin embargo, no es menos cierto que la teoría de la responsabilidad nació muy ligada a la noción de juicio subjetivo, por lo que es muy probable que en aún en la jurisprudencia contemporánea, el juez acuda a estos elementos para verificar la responsabilidad del autor. Esta opinión es compartida por el profesor Hernán Corral, quién si bien estima que la culpa se aprecia bajo un modelo abstracto de hombre prudente, "ello no desconoce la relevancia subjetiva del juicio de reproche que se dirige al autor: él debió haberse comportado de otro modo y es su conducta displicente o descuidada la que funda la obligación de reparar"[245].

Para el profesor Enrique Barros, "la determinación de la negligencia se efectúa sobre la base de un estándar de conducta objetivo, que excluye del análisis las circunstancias personales más precisas del autor del daño"[246]. Entendida de esta manera, la culpa es la infracción de un deber de cuidado el cual se determina de manera abstracta; sin embar-

---

[244] Diez Picazo, Luis. (1999). "Derecho de daños". Edit. Civitas. Madrid, España. Págs. 354-357.

[245] Corral Talciani, Hernán. (2002). "Lecciones…". Cit. Págs. 207-208.

[246] Barros Bourie, Enrique Gustavo. (2006). Op. Cit. Pág. 84.

go, lo anterior no obsta a que este juicio prescinda de las circunstancias externas que rodean a la acción. Es típico en la doctrina el ejemplo del médico que trabaja en una clínica con todos los medios técnicos y humanos a su alcance, versus el médico que realiza su turno profesional en una posta rural, que no posee todos los insumos básicos para atender una situación de emergencia. Según Barros "la apreciación en concreto de las circunstancias de la conducta no se opone a la abstracción del patrón de cuidado, porque no se trata de definir qué se puede esperar de una persona en particular, considerando sus capacidades y aptitudes, sino de definir el comportamiento que se puede esperar de una persona razonable y diligente en esas mismas circunstancias"[247]. De acuerdo al ejemplo anteriormente reseñado, parecería del todo injusto exigir un mismo grado de responsabilidad a ambos médicos que actualmente se encuentran en dispares condiciones; por lo que es necesario agregar al estándar de conducta exigido, algunos elementos o rasgos especificadores de la actividad que desempeña.

El deber de conducta genérico en la responsabilidad civil corresponde a la fórmula romana del hombre prudente o "buen padre de familia" (*bonus pater familias*), y se condice con lo dispuesto en el artículo 44 inciso 4° del Código Civil a propósito de la culpa leve. Cabe mencionar que el estándar objetivo puede estar establecido como un deber derivado de un principio general de no inferir daño a otro, o bien puede estar definido o construido mediante referencias explícitas en leyes o reglamentos; en este último caso la negligencia toma el nombre de "culpa infraccional" o "culpa contra legalidad".

Es sin embargo el juez quien determinará, la mayoría de las veces, mediante un examen *ex post*, cuál es el deber de cuidado infringido por el actor respecto del cual se imputa un hecho culpable y lesivo. Esto puede ocurrir porque el Legislador no ha contemplado, para aquella actuación, un estándar normativo especial o porque el regulado simplemente resulta muy genérico, por lo que el sentenciador tendrá la facultad de complementarlo en el caso concreto. Otra hipótesis es la que dice relación con el empleo de "usos normativos", los cuales pueden ser conceptualizados como aquellas reglas adquiridas por la práctica, espontáneamente conocidas y que nos otorgan señales de buen comportamiento dentro de una determinada actividad[248]. Estos usos son de mucha utilidad para determinar el deber de conducta, por ejemplo, en la actividad médica a través de la *Lex Artis*. Finalmente, el juez podrá recurrir al estándar

[247] Ibídem. Pág. 85.
[248] Ibídem. Pág. 104.

general de "hombre prudente" para construir prudencialmente el deber de cuidado; así las cosas "debe descubrir la regla de buena conducta que habría observado una persona razonablemente diligente. En esa tarea es necesario considerar la situación de hecho en que se encontraba el demandado y ponderar los diversos intereses en juego"[249].

Recapitulando, mientras en la culpa civil se compara la conducta efectiva del agente con un estándar abstracto de conducta basado en nuestras relaciones recíprocas, en la Falta de Servicio la comparación se efectúa entre la gestión efectuada por el órgano de la Administración y un estándar legal o razonable de cumplimiento de la función pública.[250] Como veremos más adelante, la Falta de Servicio se verificará toda vez que la Administración no actúa debiéndolo hacer, presta un servicio tardíamente o de forma defectuosa. Para determinar cuándo existe infracción a un deber legal de servicio (recordemos que en Derecho Administrativo unos de los principios base que rigen la actuación pública es la "legalidad") el juez nuevamente tendrá un papel preponderante. Éste se verá en la obligación de realizar un trabajo interpretativo respecto de las normas legales que atribuyen las funciones propias de cada órgano, si es que de la mera lectura de la norma no es posible derivar una obligación explícita de actuación.

En el tercer capítulo de este trabajo, desarrollaremos en extenso la "Falta de Servicio", revisaremos, entre otras cosas, sus principales características y el modo en que ésta se ha transformado en el único criterio de imputación de responsabilidad respecto de las actuaciones u omisiones dañosas de los órganos de la Administración en nuestro país.

2. Características generales de la Acción de Responsabilidad

2.1. El procedimiento

En términos muy generales, la acción de responsabilidad extracontractual por daños en sede civil es competencia de los jueces de letras con jurisdicción en lo civil y va a tramitarse, por falta de normativa especial, conforme al procedimiento del juicio ordinario.[251]

Artículo 3° del Código de Procedimiento Civil

"Se aplicará el procedimiento ordinario en todas las gestiones, trámites y actuaciones que no estén sometidos a una regla especial diversa, cualquiera que sea su naturaleza"

[249] Ibídem. Pág. 106.
[250] Ibídem. Pág. 507.
[251] Corral Talciani, Hernán. (2002). Op. Cit. Pág. 331.

Las principales características del juicio ordinario en nuestro país es ser un procedimiento por regla general escrito, por cuanto las actuaciones del proceso deben constar de ésta forma, además con sujeción a una doble revisión, es decir, que respecto de él cabe la interposición del recurso de apelación; a mayor abundamiento; lo resuelto por un tribunal inferior puede ser "revisado, modificado o enmendado", por un tribunal superior jerárquico[252]. Es un procedimiento como su nombre lo dice, "común, general u ordinario", porque se somete a las reglas de tramitación común que la ley establece, así mismo, es un procedimiento declarativo o de conocimiento, puesto que su fin es que se reconozca o declare un derecho controvertido o que ha sido desconocido o negado.

La importancia fundamental para estos efectos, es que se trata procedimiento de aplicación general y de carácter supletorio[253]; esto significa que el Legislador lo quiso prever como una solución práctica respecto a la sustanciación de determinados conflictos en que no se haya expresamente señalado el procedimiento a seguir o en los casos en que, indicándose uno especial, no se hubiere anticipado un vacío, por ejemplo, cuando nada se ha dicho respecto de cómo se rendirá la prueba o cuál será el plazo para la presentación de algún escrito.

Si bien no es el fin de esta obra señalar en detalle los aspectos procesales del juicio ordinario, puesto que excede el ámbito de la memoria y además consideramos que deben pertenecer al acervo común de la formación del estudiante en derecho; sin embargo hacemos presente que la demanda de responsabilidad deberá cumplir con todos los requisitos señalados en el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil. Especialmente será imperativo que ésta contenga los fundamentos o explicitación de los motivos de pedir[254], en los cuales el juez pueda identificar claramente los presupuestos de la responsabilidad anteriormente estudiados, so pena de que el magistrado la declare inadmisible o ulteriormente se rechace la pretensión contenida en el libelo. Recalcamos que el objeto del proceso consistirá en la reparación del daño causado a la víctima, la que normalmente buscará una reparación por equivalencia, es decir, que el menoscabo sufrido sea sustituido por una determinada suma de dinero; cuya característica principal en esta materia y que hemos dejado ya en claro, será la completitud o integralidad, es decir, tanto los perjuicios patrimoniales

[252] Rodríguez Papic, Ignacio. (2005). "Procedimiento civil: juicio ordinario de mayor cuantía". Santiago, Chile. Jurídica de Chile. Pág. 9.

[253] Ibídem Págs. 13-14.

[254] Corral Talciani, Hernán. (2002). Op. Cit. Pág. 334.

como los no patrimoniales, siempre que éstos tengan relación directa con la actuación lesiva[255].

Sin embargo de lo antes dicho, cabe precisar que respecto a la procedencia de la acción indemnizatoria por actuaciones de los órganos administrativos, se aplicarán también las normas del juicio de hacienda y que, según la primera parte del artículo 748 del Código de Procedimiento Civil, será aquel procedimiento "en que tiene interés el Fisco y cuyo conocimiento corresponde a los tribunales ordinarios de justicia". Es aquí donde la figura del Consejo de Defensa del Estado[256] cobra vital importancia, puesto que su función principal es la defensa y protección de los intereses del Estado en juicio (ya sean tanto de índole patrimonial como no patrimonial), la que será ejercida mediante las pertinentes acciones y defensas judiciales.

De acuerdo a la segunda parte del artículo 748 del CPC, el juicio de hacienda "se sustanciará siempre por escrito, con arreglo a los trámites establecidos para los juicios del fuero ordinario de mayor cuantía, salvo las modificaciones que en los artículos siguientes se expresan". Sin embargo se debe entender que "el procedimiento es aquel que corresponde según las reglas generales de acuerdo a la naturaleza de la acción deducida"[257], es decir, no necesariamente el juicio ordinario de mayor cuantía. (Existirá por ejemplo un juicio sumario de hacienda, etc.) Sin embargo dado los altos montos que son objeto del litigio, la naturaleza de la acción por tanto corresponderá a la ordinaria de mayor cuantía, por tanto técnicamente se trata de un "juicio ordinario de mayor cuantía de hacienda".

---

[255] Corral Talciani, Hernán. (2002). Op. Cit. Págs. 335-337.

[256] Respecto de este órgano, el artículo 1 de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado nos señala que, "es un servicio público y descentralizado, dotado de personalidad jurídica, bajo la supervigilancia directa del Presidente de la República e independiente de los diversos Ministerios". De acuerdo al artículo 12 de la misma norma, el Consejo está compuesto por doce abogados que tienen respecto de sus cargos el carácter de "inamovibles", y son nombrados por el Presidente de la República. También se dispone en el artículo 21 que "en cada ciudad asiento de Corte de Apelaciones, habrá un Abogado Procurador Fiscal" los cuales son designados por el presidente del Consejo y durarán en el cargo mientras cuenten con la confianza de este órgano. Dentro de los usuarios, beneficiarios y clientes de este organismo se encuentran: Clientes, usuarios y beneficiarios del CDE: el Presidente de la República, los Ministerios y Servicios Centralizados, los Servicios Descentralizados, los organismos autónomos del Estado, las empresas del Estado creadas por Ley, otros organismos del Estado y entidades privadas con participación estatal mayoritaria o igualitaria, usuarios y establecimientos del Sistema Público de Salud.

[257] Maturana Miquel, Cristian. (2010). "Incidentes y juicios especiales". (Material para el curso de derecho procesal). Universidad de Chile. Departamento de derecho Procesal. Pág. 105.

Una de las particularidades de este procedimiento, es el trámite de la consulta que se contempla para las sentencias definitivas de primera instancia que sean desfavorables al interés fiscal cuando éstas no se hayan apelado, así lo establece el artículo 751 del CPC. La consulta, dirá el profesor Maturana, "no constituye instancia ni un recurso, sino que es un trámite procesal de orden público… en virtud del cual se vela por el resguardo de los intereses públicos o sociales que pueden verse comprometidos en un proceso"[258]. El tribunal competente para conocer de la consulta será la Corte de Apelaciones respectiva, quien revisará en cuenta si la sentencia se encuentra ajustada o no a derecho. Otra particularidad dice relación con el cumplimiento de las sentencias condenatorias, ya que ellas deben cumplirse dentro del plazo de 60 días[259] contados desde la recepción del oficio del tribunal al Ministerio que corresponda, para que se dicte el decreto respectivo que ordene el pago, el cual será efectuado por la Tesorería General de la República.

Cabe también agregar que, en áreas específicas de responsabilidad de la Administración, existen normas especiales que modifican, en parte, lo anteriormente reseñado. Por ejemplo, en materia sanitaria se dispone un trámite previo y obligatorio para el usuario, quién deberá someter su reclamo a una mediación ante el Consejo de Defensa del Estado (en el caso de que se pretenda demandar a prestadores de salud públicos) o ante mediadores acreditados por la Superintendencia de Salud (cuando la pretensión se dirija contra prestadores de salud privada). El artículo 43 inciso 3° de la Ley 19.966 (Ley Auge) señala que esta mediación es una instancia no adversarial cuyo objetivo es que las partes lleguen a una solución extrajudicial, lo que permitirá a los interesados poder negociar una suma satisfactoria y evitar el normal retardo de una sentencia en juicio. En caso de acuerdo, se levanta un acta que haces las veces de contrato de transacción; en caso contrario, si ésta fracasa o expiran los plazos señalados por la norma, también se dejará constancia de ello en un acta que habilitará al demandante para acudir a sede judicial. Controvertida para algunos ha sido la consagración de esta institución ya que hace más dificultosa las demandas por responsabilidad en esta área y, a su vez, revelan que el verdadero protegido es el gremio médico.

Finalmente diremos que en los temas de responsabilidad por mal estado de las vías públicas o por falta de señalización; la Ley de Tránsito

[258] Ibídem pág. 107.

[259] Es propio hacer presente que además el oficio debe remitirse al Consejo de Defensa del Estado, donde deberá indicar el nombre de las personas a quien deberá hacerse el pago. Se emitirá un informe firmado por el presidente del organismo y luego será despachado al Ministerio que corresponda dentro de 30 días.

en el artículo 174, prescribe que la demanda civil deberá interponerse ante el respectivo Juez de Letras en lo Civil, quien dará curso a la acción mediante las normas que regulan el juicio sumario.

Ya hemos hablado del procedimiento, sin embargo consideramos importante proponer la siguiente interrogante; ¿Es el procedimiento ordinario la herramienta más idónea para el conocimiento y resolución de conflictos en esta materia, sobre todo para la víctima? Algunos responderán de inmediato afirmativamente, puesto que se discuten cuestiones de gran relevancia como es la procedencia de la acción indemnizatoria a través del análisis exhaustivo de los presupuestos de la responsabilidad y luego la posible determinación del monto con una sentencia que condene al Estado; por lo tanto se necesitará de un proceso de lato conocimiento para una mejor resolución del asunto. Por otro lado, podríamos describir una opinión diversa y de orden más garantista. La tramitación del juicio ordinario es lenta y muchas veces engorrosa para los ciudadanos por lo que convendría buscar un procedimiento más expedito, como por ejemplo, en las reglas del juicio sumario[260] (entre nosotros y para los efectos de este tema "juicio sumario de hacienda"). De esta manera, creemos que no existen razones de peso para negar una tramitación breve y sumaria, es más, esta lógica obedece, sin lugar a dudas, a un expreso mandato constitucional, pues de esta manera se satisface plenamente la garantía de un procedimiento racional y justo.

2.2. La Prueba

Entramos en terreno de uno de los aspectos más controvertidos de esta materia y que, por su relación directa con el tema propuesto, será cuestionado extensamente en el último apartado de esta memoria. Por ahora señalaremos los aspectos más generales respecto a esta parte del procedimiento y su aplicación en la acción de responsabilidad del Estado Administrador.

En su acepción más lógica, probar significa "demostrar la verdad de una proposición"[261]. Para Maturana Miquel la prueba es "el conjunto de actos procesales que se realizan en el proceso para los efectos de permitir al tribunal alcanzar la verdad acerca de la existencia de ciertos hechos afirmados por las partes y cuyo conocimiento es necesario para solución

[260] La norma que haría posible esto es el artículo 680 inciso 1° del Código de Procedimiento Civil: "El procedimiento de que trata este Título se aplicará en defecto de otra regla especial a los casos en que la acción deducida requiera, por su naturaleza, tramitación rápida para que sea eficaz".

[261] Rodríguez Papic, Ignacio. (2005). Op. Cit. Pág. 92.

justa del conflicto"[262]. El objeto de la prueba son las afirmaciones sobre los hechos, y fundamentalmente los que actualmente sean controvertidos por las partes. Respecto a quién debe probar, es decir, quién tiene la carga procesal o más bien, en quién recae el peso de la prueba, será por regla general aquel quien tenga el interés en los hechos que se manifiestan. Es el principio básico que expone el artículo 1698 del Código Civil, el cual no sólo debe ser entendido respecto del libro en que se encuentra, sino que tiene una aplicación general en nuestro derecho.

Artículo 1698 inciso 1° del Código Civil

"Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta".

Por tanto, en esta sede, deberá probarse por parte del actor la concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad, esto es, el daño, la Falta de Servicio y la relación de causalidad, para ello la parte podrá utilizar todos los medios que franquea la ley[263]. Así respecto de la Falta de Servicio, señala el profesor Corral, no corresponde una inversión en la carga probatoria como algunos podrían pensar, es decir, que sea el propio órgano quien deba probar que actuó bien, puesto que no se encuentra sustento en las normas legales al respecto[264]. De esta forma, para que se acredite la Falta de Servicio debemos comparar el servicio que se ha prestado por la Administración con el que debía provenir de ésta, por tanto, se deberán probar los "hechos" que demuestren la Falta de Servicio. Es importante tener presente como dice Enrique Barros, "la circunstancia de que no haya que probar la negligencia en particular de un funcionario no altera el principio probatorio de que el demandante debe probar los hechos que sirven de antecedente a la obligación. Precisamente, de esa prueba resultará los elementos para que el juez determine el estándar de servicio debido y compruebe si fue observado en la situación"[265].

Este tema es muy relevante, pues al no existir prueba respecto de este punto, la demanda intentada en contra del Estado deberá ser rechazada; así por ejemplo ya lo observamos cuando comentamos el caso Gallardo

---

[262] Maturana Miquel, Cristián. (2009). "Aspectos generales de la prueba". (Material para el curso de derecho procesal). Universidad de Chile. Departamento de derecho Procesal. Pág. 11.

[263] **El inciso 2° del artículo 1698 del Código Civil dispone**: "Las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, juramento deferido, e inspección personal del juez".

[264] Corral Talciani, Hernán. (2003). Op. Cit. Pág. 28.

[265] Barros Bourie, Enrique Gustavo. (2006). Op. Cit. Pág. 531.

con Fisco, donde se señala claramente que la demandante no probó la Falta de Servicio. Es justo en este punto cuando se producen los primeros inconvenientes. Muchas veces resulta difícil, por no decir imposible, probar que la actuación de la Administración ha sido deficitaria y tiene mucho que ver con la posición del individuo ante el Estado, es por ello que un conocido profesor de Derecho civil ha dicho: "la lucha en tales condiciones es bien desigual y seguramente se decidirá en perjuicio de la víctima, no obstante ser la más acreedora a protección"[266]. Por esta razón, en el último apartado de esta memoria se trabajará en la revisión de determinados casos en los que sea posible avanzar hacia un régimen de presunciones y, a la vez, señalar posibles soluciones correctoras de este grave problema.

2.3. La Prescripción de la Acción

En lo referido a la prescripción, diremos antes que todo, se trata de una forma de extinguir la exigibilidad de la acción de responsabilidad, pero que sin embargo respecto a su procedencia en materia de Derecho Público, existe una latente división tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional, sobre todo en lo que dice relación con la aplicación del artículo 2332 del Código Civil[267]. A continuación desarrollaremos este tema abordando primero la tesis de la imprescriptibilidad, para luego dar paso a un análisis a una teoría más reciente que aplica las normas generales del Código Civil y que, por tanto, señala la prescriptibilidad de la acción, para finalmente revisar de forma somera lo que sucede en los casos de vulneración a los derechos humanos.

2.3.1. Tesis de la Imprescriptibilidad

Los autores que son partidarios de esta tesis a la vez se identifican con aquellos que conciben a la responsabilidad de la Administración como un régimen de tipo objetivo. Dentro de ellos encontramos a Eduardo Soto Kloss, quien analiza la posibilidad supletoria de las normas civiles respecto a la prescripción en tanto cuanto la Constitución no ha señalado plazo alguno para alegar la responsabilidad del Estado. Sostiene, en primer lugar, que respecto a la nulidad de Derecho Público como la magna acción constitucional, tampoco se ha establecido por la Carta Política plazos de prescripción para ejercerla, y es más, la Corte Suprema en numerosos fallos ha confirmado su imprescriptibilidad. Luego

[266] Alessandri Rodríguez, Arturo. (2005). Op. Cit. Pág. 82.

[267] **El artículo 2332 del Código Civil dispone**: "Las acciones que concede este título por daño o dolo, prescriben en cuatro años contados desde la perpetración del acto".

también señalará que no es absurdo pensar en acciones que sean imprescriptibles, pues el propio Código Civil ha contemplado algunos casos, a modo ejemplar, la acción para pedir la partición en una comunidad de bienes o para reclamar la filiación, como así también se ha admitido que algunos delitos son imprescriptibles en cuanto a su persecución como el tipo penal del "secuestro permanente" o los "delitos de lesa humanidad". Finalmente el autor manifiesta la postura que ha tenido parte de los administrativistas, y que ya ha sido revisada anteriormente respecto a negar toda supletoriedad del Código Civil respecto de la norma Constitucional[268].

En relación a la aplicación del artículo 2314 y luego también el 2332, ambos del Código Civil, Soto Kloss insiste en que el Estado no puede cometer delito, y aún menos cuasidelito. Según su opinión, claramente no podría hablarse de un "Estado delincuente", tal lenguaje sería improcedente pues corresponde a una concepción estrictamente civilista que no es asimilable a los órganos públicos. En resumen, este profesor sostiene: "Si el art. 2332 se refiere a la prescripción de las acciones para perseguir el daño por delitos y cuasidelitos civiles… y al Estado no es posible aplicarle esas normas por cuanto intrínsecamente por su propio estatuto, naturaleza y finalidad no puede cometer tales ilícitos civiles, ni delitos ni cuasidelitos, resulta más que inconcuso que dicho artículo no es aplicable al Estado y por ende, su responsabilidad por los daños que cometa en el ejercicio de sus funciones es imprescriptible"[269].

Ahora bien, ¿qué sucede con el artículo 2497[270] del Código Civil? Esta norma se refiere a las reglas de prescripción en general, las cuales disponen que esta institución aplica igualmente a favor y en contra del Estado; la que usualmente va unida a lo dispuesto en el artículo 2515 del mismo cuerpo normativo[271]. El referido autor dirá que la acción constitucional de responsabilidad del Estado obviamente no es ejecutiva, pero tampoco podría ser considerada como "ordinaria"; estimar lo contrario sería para él "un disparate jurídico"[272]; por tanto nuevamente considera las

[268] Soto Kloss, Eduardo. (2004). "La responsabilidad del Estado-Administración y su imprescriptibilidad en el Derecho Público". En revista Ius Publicum, N°13. Págs. 131-134.

[269] Ibídem Pág. 135.

[270] **El artículo 2497 del Código Civil señala**: "Las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado, de las iglesias, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales, y de los individuos particulares que tienen la libre administración de lo suyo".

[271] **El artículo 2515 del Código Civil dispone**: "Este tiempo es en general de tres años para las acciones ejecutivas y de cinco para las ordinarias".

[272] Soto Kloss, Eduardo. (2004). "La responsabilidad del Estado-Administración y su

normas anteriormente señaladas como improcedentes, imponiéndose la imprescriptibilidad.

2.3.2. Tesis de la Prescriptibilidad

Con la anterior tesis hemos revisado las principales normas que sustentan esta teoría, sin embargo, es preciso también revisar los fundamentos doctrinarios pro prescriptibilidad de la acción de responsabilidad. Los autores de esta postura dirán que la Constitución no ha establecido ningún plazo, como tampoco ha establecido –como ya sabemos– la regulación de un régimen de responsabilidad, es por ello que los seguidores de ésta se identificarán comúnmente con la tesis de la responsabilidad subjetiva del Estado. Por ejemplo, el profesor Hernán Corral en relación a ello ha manifestado: "La falta de previsión expresa indica justamente… que sobre la materia debe aplicarse el principio general de prescriptibilidad de las acciones, y en especial el plazo de prescripción del artículo 2332 del Código Civil"[273], es decir, cuatro años. El autor cree que la verdadera intención en la vereda opuesta es "hacer justicia respecto de quienes han estado impedidos de ejercer la acción", pero en cambio la imprescriptibilidad no se muestra como la vía más idónea, sino más bien es una medida desmesurada que sólo genera desigualdad.

En este mismo sentido encontramos al civilista René Ramos Pazos, quien comparte la idea de que la acción para demandar perjuicios es siempre prescriptible, pues es una institución de orden público, manifestando que no es "admisible mantener la incertidumbre a perpetuidad"[274]. Sin embargo, a juicio del autor se deben hacer algunas distinciones: Si se demanda la responsabilidad por Falta de Servicio o por actuaciones ilícitas de la administración la regla de prescripción, según como hemos visto, corresponderá al plazo de cuatro años. En cambio si lo que se intenta es una acción de responsabilidad por actos lícitos no cabe la aplicación del artículo 2332 del Código Civil, por lo que, a falta de norma especial, el plazo que deberá computarse es el de 10 años que es el máximo establecido en el ordenamiento jurídico para consolidar definitivamente todos los derechos[275].

Enrique Barros, a su vez, precisa que la acción para declarar la invalidez de una norma o del acto no puede sanearse por el transcurso del

imprescriptibilidad…" Cit. Pág. 136.

[273] Corral Talciani, Hernán. (2003). Op. Cit. pág.27.

[274] Ramos Pazos, René. (2008) "De la responsabilidad extracontractual". Santiago, Chile. Legal Publishing. 4° Edición. Pág. 147.

[275] Ibídem. Pág. 148.

tiempo, es decir, siempre existirá la posibilidad de aplicar el principio de la supremacía constitucional a modo de hacer primar nuestra norma fundamental por sobre el acto que se estima contrario a ella; en cambio, distinto es el panorama respecto de las acciones patrimoniales que de ella emanan, puesto que no puede mantenerse una situación indefinida de inseguridad en las relaciones patrimoniales del Estado[276]. Por tanto corresponde aplicar las normas del Código Civil a menos que la propia ley determina una cuestión distinta. Agrega como sustento a su posición, la ya conocida referencia a la norma del artículo 2497 del Código de Bello, la cual dispone que la prescripción corre tanto a favor como en contra del fisco y, con ello, consecuencialmente la aplicación del artículo 2332 del mismo cuerpo legal.

Para Jaime Rojas, la prescripción al ser concebida como una institución universal respecto de las acciones patrimoniales, que se condice fundamentalmente con la idea de proteger valores jurídicos como la estabilidad y seguridad jurídica, sumado a la insuficiencia del texto constitucional en sus artículos 6° y 7°; no pareció necesario al Constituyente repetir en la Norma Suprema esta regla, remitiendo en cambio a la ley su regulación respecto a estas situaciones. En sus propias palabras: "El deber de protección y promoción de los derechos humanos no es incompatible con la prescripción, porque ella no los limita ni los desconoce. Sólo es un límite necesario en el tiempo para el ejercicio de las acciones, el que perfectamente posible dentro de un plazo considerable"[277]. Esta ley será desde luego nuestra norma general y supletoria, el Código Civil, y el plazo razonable será de 4 o 5 años dependiendo de la norma que se decida para el caso concreto.[278]

Finalmente y siguiendo con esta línea de fundamentos doctrinarios, Pedro Pierry nos señala que en materia de prescripción la nulidad de Derecho Público ha influido enormemente en la responsabilidad del Estado. En nuestro país, en general, se solicita en sede jurisdiccional por parte de la víctima la declaración de un derecho (es decir, una acción de "plena jurisdicción" que conoce de la acción indemnizatoria y la anulación del acto), y no solamente la declaración de nulidad de un acto administrativo con efectos generales ("nulidad de derecho público" en estricto sentido), por lo que en definitiva corresponde aplicar a éstas las reglas de la prescripción civil[279]. A pesar de que la Corte Suprema tradi-

[276] Barros Bourie, Enrique Gustavo. (2006). Op. Cit. Pág. 533.

[277] Rojas Varas, Jaime. (1998). Op. Cit. Pág. 360.

[278] El autor indica que al tratarse de una acción personal, podría aplicarse la prescripción del artículo 2515 del Código Civil, que señala un plazo de 5 años.

[279] Pierry Arrau, Pedro. (2003). "Prescripción de la responsabilidad extracontractual

cionalmente ha conocido de las mencionadas acciones en salas separadas, en la práctica la solución a la que ha llegado es la misma[280].

A continuación analizaremos algunos casos en los cuales se ha acogido la tesis de la prescriptibilidad.

Ya tuvimos la oportunidad de analizar la una de las aristas del caso Domic con Fisco y su relevancia a la hora de aportar a la discusión sobre el tipo de responsabilidad del Estado Administrador. Pero también su importancia radica en ser la primera sentencia en la cual se señala la prescriptibilidad de la acción de responsabilidad intentada contra el Fisco. En el considerando catorce la Corte Suprema señala: "… lo cierto es que la prescripción no es ajena a esas normativas, atendiendo su carácter universal y puede operar en todas las disciplinas que pertenecen al Derecho Público, salvo que la ley o la índole de la materia determinen lo contrario". Continúa este razonamiento en el considerando diecisiete: "Que la idea de aplicar las reglas de la prescripción extintiva que contiene el Código Civil a las acciones en que se persigue la responsabilidad extracontractual del Estado no repugna a la naturaleza especial que ella posee, si se considera que ellas inciden en el ámbito patrimonial de esa responsabilidad y que, en ausencia de normas positivas que las hagan

del Estado. Situación actual de la jurisprudencia de la Corte Suprema. En Revista de derecho del Consejo de Defensa del Estado. N°10. Págs. 19 a 21.

280 Esto de alguna manera explica por qué los autores que abogan por la tesis de la imprescriptibilidad suelen citar casos relacionados con la nulidad de derecho público como por ejemplo: en **Cademártori José con Fisco de Chile, Corte Suprema. Casación en el Fondo (Nulidad de derecho Público) 27.05.1999.** En el considerando séptimo se señala: "Que en cuanto a la presunta infracción 2332 del Código Civil, el recurrente hace consistir en que no se aplicó para declarar prescrita la acción de indemnización de perjuicios por la dictación de los decretos nulos; sin embargo la aplicación de tal norma de prescripción resulta inconsistente con las características que se reconocen a la nulidad de derecho público, de modo que su aplicación conduciría a reconocer la absoluta invalidez de los actos impugnados pero manteniendo incólumes sus efectos". En RDJ, Tomo XCVI (1999) n°2. Pág. 142.
Otro caso regularmente citado es: **Brian de Diego, Lucía con Fisco de Chile. Corte Suprema. Casación en el Fondo (Nulidad de derecho público). 19.4.2000.** El considerando quinto manifiesta: "Que en el caso sub lite se trata de una acción de nulidad de derecho público, cuya existencia encuentra su fundamento máximo en el párrafo constitucional de las Bases de la Institucionalidad… La doctrina en general ha considerado que esta nulidad, por las características que presente y el modo como está concebida… opera de pleno derecho de modo que solicitada al tribunal, éste al constatar los elementos de hecho que representan una invasión de potestades, no tiene otra función que reafirmarla… y siendo así no puede aplicársele las normas generales del derecho privado sobre prescripción de las acciones. Por consiguiente cabe llegar a la conclusión que esta nulidad es imprescriptible". En RDJ, Tomo XCVII (2000) Sec. 5°. Pág. 85.

imprescriptibles, corresponde estarse a las reglas del derecho común que se refieren específicamente a la materia, entra las que se encuentra el artículo 2332 del Código Civil, que versa directamente sobre ella". Finalmente el considerando dieciocho va a cerrar la conclusión del máximo Tribunal del país al señalar: "Que esto no ocurre merced a una aplicación supletoria de dicha normativa sino que se produce directamente, por mandato explícito del legislador expresado en el artículo 2497 del Código Civil…"

Otro ejemplo en concordancia con las ideas anteriormente expuestas, lo representa el caso "Pizani Burdiles, con Fisco"[281]. Este fallo confirma la tendencia jurisprudencial de que la prescripción extintiva tiene cabal aplicación también en el ámbito del Derecho Público. Sin embargo, también se pronuncia sobre un aspecto importante y que posteriormente será tratado en este trabajo, el cual dice relación con el cómputo del plazo para declarar la prescripción extintiva de la acción. En el caso concreto, tanto el tribunal de primera instancia como la Corte de Apelaciones, habían rechazado la excepción de prescripción fundando su posición, principalmente, porque estábamos ante un ilícito compuesto, por lo tanto el daño se seguía produciendo mientras no cesare el desaparecimiento o persistiera la ausencia de noticias respecto a la víctima. Sin embargo, diversa es la opinión de la Corte Suprema, la cual se expresa en el considerando decimotercero de la sentencia de casación: "Que ese razonamiento prescinde, y por lo tanto, vulnera, al dejar de aplicar el mencionado artículo 2332 del Código Civil, que ordena terminantemente que el plazo de cuatro años en el cual prescriben las acciones dirigidas a reclamar la indemnización de los perjuicios derivados de la responsabilidad extracontractual se debe contar desde la perpetración del acto, de modo que como la detención y desaparición de don Juan Chamorro Arévalo causadas por la actuación de agentes del Estado se originaron, según lo establecido en autos, el día 16 de septiembre de 1973, corresponde estarse precisamente a esta fecha para computar el cuadrienio vencido el cual se extinguen las acciones referidas".

---

[281] **Pizani Burdiles, Gladys del Carmen y otra, con Fisco de Chile. Recurso de Casación en el Fondo. Rol N°1234-2002. 15 de Abril de 2003**. Gladys Pizani Burdiles y Claudia Chamorro Pizani dedujeron demanda de indemnización de perjuicios en contra del Fisco de Chile por la desaparición y negativa de información sobre el paradero respecto de su cónyuge y padre don Juan Chamorro Arévalo, detenido con fecha 16 de septiembre de 1973. En primera instancia se acogió la pretensión de las demandantes fijando como monto la suma de cincuenta y cuarenta millones respectivamente. La Corte de Apelaciones de Concepción confirmó el fallo, por lo que el Consejo de Defensa del Estado interpuso en su contra recurso de Casación en el Fondo.

En la causa "Cortés Barraza con Fisco"[282], además de reproducir los razonamientos –ya a estas alturas transformados en verdadera jurisprudencia– deja en claro cuál es la norma que resuelve el conflicto sometido a su conocimiento y, con ello, zanja la discusión sobre la cantidad de años necesarios que deben transcurrir para declarar la prescripción. En tal sentido, este fallo primero nos reitera que la prescriptibilidad es la regla general en nuestro ordenamiento: "Que, en cuanto a la responsabilidad extracontractual del Estado, es útil consignar que el hecho que ciertas responsabilidades se sometan al Derecho Público no obsta a que ellas puedan extinguirse por el transcurso del tiempo… Por otro lado, la imprescriptibilidad de ciertas acciones es excepcional en nuestro ordenamiento y requiere declaración expresa del legislador (considerando séptimo)."

Luego, respecto al segundo punto relevante de esta sentencia, se descarta la posibilidad de aplicar el artículo 2515 del Código Civil, el cual había sido utilizado por la Corte de Antofagasta para resolver la apelación deducida por el Fisco, de esta forma en el considerando undécimo se puede leer: "… esta corte no comparte lo razonado en el considerando séptimo del fallo que se revisa, toda vez que entre las disposiciones aplicables referentes a la prescripción que debe operar en beneficio y en contra del Estado, se encuentra la que establece el artículo 2332 del Código Civil, que versa directamente sobre la extinción de la responsabilidad extracontractual…, **no correspondía aplicar el término de cinco años contenido en la regla del artículo 2515 del mismo texto como lo hicieron los jueces recurridos** (el énfasis es nuestro), tal infracción no influye en lo dispositivo de la sentencia pues el cuadrienio respectivo a la fecha de notificación de la demanda contado desde el día de la ocurrencia del acto, 16 de octubre de 1973, se encontraba cumplido con creces".

---

[282] **Cortés Barraza, Patricia con Fisco de Chile. Recurso de Casación en el Fondo. Rol N°1558-2002. 07 de Mayo de 2003**. En los hechos la familia de Hipólito Cortés Álvarez, fusilado con fecha 16 de octubre de 1973, deducen demanda de indemnización de perjuicios en contra del fisco. En primera instancia se hace lugar a la demanda otorgando quince millones de pesos a favor de la cónyuge y de cada uno de los seis hijos. Esta decisión es apelada por el Fisco ante la Corte de la Serena, la cual revoca y acoge la pretensión de la excepción extintiva deducida por el Estado. La demandante recurre de casación en el fondo a modo de que se enmiende conforme a derecho la sentencia del tribunal de alzada y se eleve la indemnización a la suma de quinientos millones de pesos. La Corte Suprema rechaza sin costas el recurso de casación en el fondo.

De esta manera es la propia Corte Suprema quien se encarga de dirimir lo que en doctrina se venía hace algún tiempo discutiendo y señala, en definitiva, que el plazo correcto es el de cuatro años contemplado en el artículo 2332 del Código de Bello. Este razonamiento atiende a un estricto criterio de especialidad, el cual se explica por la ubicación de la referida norma en el título que regula los delitos y cuasidelitos civiles, disposiciones que tienen preferencia por sobre los artículos que establecen la prescripción en general de las acciones ordinarias.

2.3.3. Respecto a los casos de violaciones a los Derechos Humanos

Antes de entrar en mayores detalles, debemos decir que éstos casos revisten de por sí una mayor complejidad, en tal sentido tanto la doctrina como la jurisprudencia locales han tenido un tratamiento especial respecto a este tema, el cual sin embargo, no deja de ser controvertido. Así las cosas y a modo ejemplar, el profesor Ferrada Bórquez manifiesta: "La discusión ha tenido características muy particulares derivadas de la naturaleza eminentemente política y humana del conflicto unido a la larga espera de los familiares de las víctimas en el conocimiento de la verdad y de justicia, hacen difícil una aplicación irrestricta de las reglas ordinarias de la prescripción en esta materia"[283]. A continuación revisaremos algunos casos que demuestran las variaciones que experimenta la jurisprudencia en materia de prescripción, así como también las distintas interpretaciones doctrinarias referidas a las normas internacionales que regulan los derechos humanos.

Previamente es necesario que lector tenga en consideración algunas de las normas que usualmente se invocan por las partes para la resolución de estos asuntos. Es así como encontramos el artículo 5°inciso 2° de la Constitución Política de la República[284], el artículo 131 del Convenio de Ginebra Relativo al trato debido a los Prisioneros de Guerra[285], el

[283] Ferrada Bórquez, Juan Carlos. (2004). Op. Cit. Pág. 133.

[284] **El artículo 5° inciso 2° de la** CPR dispone: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

[285] **Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 Relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, artículo 131**: "Ninguna Parte Contratante podrá exonerarse, ni exonerar a otra Parte Contratante, de las responsabilidades en que haya incurrido ella misma u otra Parte Contratante a causa de las infracciones previstas en el artículo anterior".

artículo 1° de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad[286], el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados[287], el artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[288] (o Pacto de San José de Costa Rica), entre otros.

Para no extendernos en demasía respecto a este tema (la cual podría fácilmente constituir una completa tesis debido a su amplitud e interesantes aristas), analizaremos a continuación algunos fallos de la Corte Suprema que van en direcciones opuestas respecto a la prescriptibilidad de la acción indemnizatoria con motivo de violaciones a los derechos humanos. Cabe hacer presente que la elección de las siguientes sentencias tiene como fundamento comparar la opinión de nuestro Máximo Tribunal en atención a su rol unificador de jurisprudencia, puesto que en esta materia se ha visto una cierta tendencia de las Cortes de Apelaciones hacia la imprescriptibilidad y, respecto de la Corte Suprema, de declarar la prescriptibilidad de la acción contra el Estado.

---

[286] **El artículo 1° de Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad dispone**: "Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido: a) Los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, sobre todo las "infracciones graves" enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra; b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos".

[287] **El artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados** señala: "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado".

[288] **Artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos** prescribe: "Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada"

En la causa "Salas Farías, Georgina con Fisco"[289], la Corte Suprema rechaza el recurso en el fondo deducido, puesto que estima (en el considerando primero) que la acción es de naturaleza patrimonial, lo que hace aplicable las normas del Código Civil sin que esto contraríe de forma alguna la naturaleza especial de la responsabilidad que se persigue. A mayor abundamiento, ninguno de los instrumentos internacionales establecería la imprescriptibilidad genérica de éstas acciones orientadas a obtener una reparación por parte del Estado (considerando sexto). Los considerandos décimo y undécimo indican que la norma concreta a aplicar es el artículo 2332 del Código Civil, cuestión lleva concluir a los sentenciadores que "… el plazo de prescripción ha de contarse desde la fecha de comisión del ilícito… en este caso desde el 13 de octubre de 1973, o desde el mes de noviembre de ese año, por lo que a la fecha de la notificación de la demanda, el 12 de abril del año 2002, la acción derivada de los hechos que la fundan se encontraba prescrita". Sin embargo de ser rechazado el recurso, existe votación disidente donde se esgrimen fundamentos para acoger la pretensión de la requirente[290].

En relación a los convenios citados por la recurrente, el considerando séptimo señala: "Que por su parte, el Convenio de Ginebra sobre Tratamiento de los Prisioneros de Guerra… debe entenderse necesariamente referido a infracciones de orden penal, lo que resulta claro de la lectura de los artículos 129 y 130 de dicho Convenio que se refieren a actos contra las personas o bienes, citando al efecto homicidio intencional, tortura o tratos inhumanos, incluso experiencias biológicas". En este orden de ideas, también respecto de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968, éstos se referirían solamente a la acción penal (considerando octavo).

---

289 **Salas Farías, Georgina Rubí con Fisco de Chile. Casación en el Fondo. Rol N°3.078-2008. CS. 5.4.2010. GJ. N°358 (2010).** En los hechos, doña Georgina Salas interpone demanda de indemnización de perjuicios en contra del Fisco por la detención y posterior muerte de su cónyuge don José Manuel Díaz Inostroza, de oficio obrero agrícola. Éste fue ejecutado por agentes del Estado y enterrado ilegalmente, para posteriormente ser encontrado con fecha 13 de noviembre de 1973 en el asentamiento Lo Arcaya de Pirque, así lo ha reconocido el informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación. Solicita en su libelo, a efectos de reparación por daño moral, la suma de $500.000.000. La pretensión es rechazada por el tribunal de primera instancia y confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago.

290 **Voto disidente por acoger el recurso:** El abogado integrante Alberto Chaigneau del Campo, estuvo por acoger el recurso fundando su decisión en que la acción deducida tiene como objeto la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados por el Estado, de esta forma tiene aplicación preferente y de buena fe los tratados internacionales suscritos por el país en virtud del artículo 5° inciso 2° de la Constitución.

En la causa "Ortega Fuentes con Fisco"[291] encontramos una decisión que rechaza la aplicación de la institución referida, de esta forma la Corte Suprema realiza un razonamiento distinto al que hemos venido observando en los casos anteriores. En el considerando quinto dispone: "…cabe señalar que tratándose de una violación a los derechos humanos el criterio rector en cuanto a la fuente de la responsabilidad civil está en normas y principios de derecho internacional de derechos humanos, y ello ha de ser necesariamente así porque este fenómeno de trasgresiones tan graves es muy posterior al proceso de codificación que no lo considera por responder a criterios claramente ligados al interés privado…". La Excelentísima Corte agrega otro aspecto relevante a considerar, pues nos indica (en el considerando sexto) que la acción deducida no es de índole patrimonial, sino que es simplemente "humanitaria", lo que derivará de la connotación de un delito de lesa humanidad, que ha servido como fuente de la acción incoada por la demandante. Agrega el considerando décimo: "… no resultan atinentes las normas del Derecho Interno previstas en el Código Civil sobre prescripción de las acciones civiles comunes de indemnización de perjuicios… al estar esta reglas en **abierta contradicción** con las normas del Derecho Internacional de los Derechos humanos" (el énfasis es nuestro). Es por estas razones que se acoge el recurso de casación en el fondo fijándose en la sentencia de reemplazo la cantidad de $130.000.000 a cada uno de los actores más los correspondientes reajustes e intereses, por estimar este Tribunal en el considerando segundo de la sentencia de reemplazo que la acción es imprescriptible; sin perjuicio de existir votación en contrario[292].

---

[291] **Ortega Fuentes, María Isabel con Fisco de Chile. Casación en el Fondo. Rol N°2080-2008 CS. 8.4.2010. GJ. N°358 (2010)**. En los hechos, doña María Ortega Fuentes dedujo en juicio ordinario acción de indemnización de perjuicios en contra del Fisco de Chile por la detención de su cónyuge don Washington Cid Urrutia ocurrida el 7 de diciembre de 1974, detención que derivó en su desaparición. Tanto en primera instancia como en la Corte de Apelaciones de Santiago se rechazó la pretensión, acogiéndose la excepción de prescripción interpuesta por el Fisco. Contra esta decisión la demandante interpone recurso de casación en el fondo.

[292] **Voto disidente**: Los Ministros Héctor Carreño Seaman y Pedro Pierry Arrau, estuvieron por rechazar el recurso, confirmando la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, puesto que estiman que la acción deducida es de orden patrimonial y cabe respecto de ella la aplicación de las normas que contemple el Código Civil Chileno, es decir la prescripción, puesto que ésta es una institución de carácter general destinada a garantizar la seguridad jurídica en todo el ordenamiento jurídico. Así mismo, señalan que ninguno de los cuerpos normativos de carácter internacional señalan reglas generales de imprescriptibilidad y que el artículo 131 del Convenio de Ginebra debe entenderse referido únicamente al ámbito penal.

Lo interesante de este fallo es que, además de descartar el uso de las normas civiles para luego declarar la imprescriptibilidad, se reconoce plena aplicación de los preceptos internacionales revisados, por expresa disposición del artículo 5° inciso 2° de nuestra Carta Política. En especial el considerando duodécimo revela: "Que vulnera el fallo, también, la norma del artículo 131 de la Convención de Ginebra… en tanto cuanto este precepto pretende hacer efectiva la responsabilidad que resulta de esta clase de hechos, y éste no se limita a la de carácter penal… Lo anterior conduce a sostener que el derecho a la reparación es un derecho fundamental, esto es, uno de aquellos que los estados declaran para asegurar y hacer posible la convivencia democráticas, el que por su naturaleza es imprescriptible".

Si bien existen evidentes vaivenes jurisprudenciales respecto a declarar o no la prescripción de la acción de responsabilidad en esta sede, principalmente, tomando en cuenta el fundamento de la gravedad y connotación que revisten los delitos contra los derechos humanos; recientemente en nuestro país se dictó una sentencia que podría marcar una nueva tendencia jurisprudencial, así al menos se espera por parte importante de la doctrina nacional. El fallo en cuestión es el caratulado "Meza Uribe, José; Meza Uribe, Elizabeth; Meza Uribe, María con Fisco de Chile"[293], veamos de que se trata.

En los hechos, el día 17 de septiembre de 1973, aproximadamente a las 22:00 horas, don Bernardo Meza Rubilar fue detenido por funcionarios de Carabineros de Chile, pertenecientes al retén de Polcura, para luego ser trasladado al Retén El Abanico. El 30 de septiembre del mismo año, se encontró el cuerpo del señor Meza en las cercanías del río Bio Bio, presentando el cadáver lesiones vitales y una herida a bala en el tórax. Por tales sucesos fueron condenados Patricio Martínez Moena e Ismael Espinoza Silva, ambos oficiales del Ejército de Chile, como cómplice de secuestro calificado y autor de homicidio calificado, respectivamente.

[293] **Meza Uribe, José; Meza Uribe, Elizabeth; Meza Uribe, María con Fisco de Chile. Casación en el Fondo. CS. Rol 23.441-2014, 28.4.2015.** El fallo de primera instancia dictado por el 8° Juzgado Civil de Santiago, acogió, con costas, las excepciones de prescripción y pago opuestas por el Consejo de Defensa del Estado. Apelada esta resolución, la Corte de Santiago revocó la sentencia, acogiendo la pretensión civil de los demandantes y condenó al Estado de Chile al pago de 240 millones de pesos por concepto de daño moral.

Uno de los aspectos alegados por el Fisco, es que este delito de lesa humanidad fue debidamente indemnizado por la Ley N°19.123 (Ley que crea a la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, establece una pensión de reparación y otorga otros beneficios en favor de personas que señala), por lo tanto, reparar un daño dos veces contraría los principios de nuestro ordenamiento jurídico. En tal sentido los artículos 17 y siguientes de esta ley, establecen una serie de beneficios sociales y compensaciones, además de una pensión mensual de reparación, que en el caso concreto habían sido efectivamente otorgados a los familiares de la víctima. Frente a este argumento, la Corte Suprema señaló que estas prestaciones, según la historia fidedigna de la ley, tienen solamente una naturaleza asistencial más no reparatoria; "…es posible concluir que no se trata de una reparación total al daño sufrido por las víctimas, sino de una política asistencial desarrollada por el Estado de Chile respecto de los familiares de las víctimas, conceptualización que permite entender los beneficios que se conceden…" (Considerando noveno). En este orden de ideas, la existencia de estos beneficios no obsta de ninguna forma a que las víctimas puedan instar, mediante la correspondiente acción de responsabilidad, la reparación efectiva de todo daño sufrido.

En cuanto a la excepción de prescripción deducida por el Fisco, la Corte rechaza tal defensa, pues estima que la reparación es un derecho esencial de las víctimas de crímenes de lesa humanidad, lo cual fluye de los tratados internacionales ratificados por Chile y de la interpretación de normas de derecho interno en conformidad a la Constitución Política de la República; de esta forma, "…en el presente caso no resultan atingentes las normas del derecho interno previstas en el Código Civil sobre prescripción de las acciones civiles comunes de indemnización de perjuicios, invocadas por el Fisco de Chile, al estar en contradicción con las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que protegen el derecho de las víctimas y familiares a recibir la reparación correspondiente, estatuto normativo internacional que ha sido reconocido por Chile" "… la obligación de reparación es una obligación que pesa sobre el Estado que ha violado los derechos humanos de sus ciudadanos, obligación que es parte del estatuto jurídico de Chile…" (Considerandos décimo tercero y décimo cuarto).

Para finalizar este apartado, considero relevante revisar un requerimiento de inaplicabilidad intentado en esta materia, y conocer así el pronunciamiento del Tribunal Constitucional al respecto.

En la causa caratulada "María Teresa San Martín y otros"[294], el requerimiento pretende la inaplicabilidad de los artículos 2332 y 2497 del Código Civil que se pretenden decisivos para la resolución del asunto, por ser contrarios en el caso concreto (esto es, la casación en el fondo ante la Corte Suprema en materia de indemnización de perjuicios respecto a la responsabilidad del Estado.) a la Constitución Política de la República, en especial al artículo 5° inciso 2°, ya que mediante éste se incorporan, como leyes de la nación, las distintas normas de los tratados que versan sobre derechos fundamentales y que han sido revisados anteriormente, como por ejemplo el "derecho a una justa indemnización". También otras disposiciones que se estiman vulneradas son el artículo 19 N°1 que contempla el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas, el artículo 19 n°7 respecto al derecho a la libertad personal y a la seguridad individual; finalmente también el artículo 38 inciso 2° de la Constitución Política.

El Tribunal Constitucional, sin embargo, no se pronuncia sobre el fondo del asunto, sino que declara inadmisible el requerimiento por falta de uno de sus requisitos. Es así como en el considerando quinto señala: "Que examinado el requerimiento a los efectos de verificar si, a su respecto, concurren los requisitos de admisibilidad transcritos precedentemente, se concluye que aquél no contiene una impugnación razonablemente fundada…", continúa el considerando sexto: "Que, en efecto, si se atiende a las argumentaciones expuestas por los requirentes se puede concluir, por una parte que lo que éstos persiguen es que esta Magistratura Constitucional ratifique la que, para ellos mismos, sería la correcta o única interpretación posible que debe darse…". A continuación el considerando séptimo dispone un argumento que, a nuestro juicio, es bastante discutible (pero que su desarrollo excede el campo de este trabajo), pues considera a los preceptos de los tratados internacio-

[294] **María Teresa San Martín y otros. Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad. TC. Rol N°1430-09. 04 de Agosto de 2009.** En los hechos, María Teresa San Martín Cruces, Celso Armando, Ruth Nimia, Nancy Ximena y Luis Emilio, todos de apellido Seguel San Martín, interpusieron demanda de indemnización de perjuicios en contra del Fisco de Chile por la desaparición de don Nibaldo Cayetano Seguel Muñoz, quien luego de que fuera allanado su domicilio se presentó voluntariamente ante la comisaría de Carabineros de Mulchén donde fue detenido con fecha 27 de septiembre de 1973, detención que no fue reconocida por el Estado. Con fecha 13 de Noviembre de 2002 la demanda fue acogida por el Primer Juzgado Civil de Concepción, posteriormente confirmada por la Corte de Apelaciones de Concepción con fecha 13 de Octubre de 2008, sin embargo el fisco recurrió de casación en el fondo ante la Corte Suprema Rol N°3511-2009, la cual conforma la gestión pendiente del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

nales como normas infra constitucionales, en ese sentido dispone: "Que, como lo ha sostenido reiteradamente este Tribunal, tales asuntos no son de aquellos que le corresponde conocer y resolver a esta Magistratura… En efecto, la colisión de normas que los requirentes denuncian se produciría no con un precepto determinado de la Carta Fundamental sino, en todo caso, entre los preceptos del Código Civil que se reprochan y las disposiciones de los tratados internacionales que se invocan, lo que configura una cuestión de interpretación de normas infra constitucionales, misma que es ajena al ejercicio de la jurisdicción constitucional".

Respecto de lo anteriormente transcrito, la Ministra Marisol Peña previene que comparte los fundamentos generales de la inadmisibilidad del recurso (esto es, que no ha sido razonablemente fundado y que lo planteado por los requirentes no está dentro de las atribuciones que se le ha conferido a aquel Tribunal), con excepción precisamente del considerando séptimo. En su reemplazo, la Ministra indica que lo que se pretende someter al conocimiento y resolución de la Magistratura "está referido a la necesidad que le asiste a la requirente de desentrañar el verdadero sentido y alcance de los preceptos legales impugnados", dejando en claro que una cuestión de interpretación legal no está comprendida dentro de las competencias de este órgano constitucional.

2.3.4. Cómputo del plazo

Es éste un aspecto de la materia que no ha estado ajeno de controversias. Se identifican a este respecto, al menos dos claras posturas en cuanto al momento en que se debe empezar a computar el plazo para declarar prescrita la acción indemnizatoria.

Una primera postura –podríamos denominar "garantista" o pro víctima– nos indica que previamente debemos determinar cuándo se produjo el daño, pues como se recordará, éste configura el elemento esencial de la responsabilidad extracontractual. Por lo tanto, el instante desde el cual comenzaría a correr el plazo de cuatro años para declarar la prescripción extintiva, es el momento en que "efectivamente" ocurre el daño.

La segunda postura atiende al sentido literal del artículo 2332 del Código Civil, y en base a ello, lo relevante para empezar a computar el plazo es la "fase de la acción", es decir, la comisión del acto (debemos recordar que el artículo hace uso del vocablo "perpetración"). En apoyo a esta tesis se encuentra Vergara Bezanilla, autor que ha criticado la primera posición pues ésta "permitiría sostener que la mera eventualidad de que el hecho ilícito pueda causar un daño, por muy problemática o conjetural que sea su ocurrencia, impediría alegar la prescripción mien-

tras tal daño no se produjera en realidad. Y si no llegara a concretarse, la prescripción jamás empezaría a correr"[295]. Lo anterior involucra, desde luego, un factor de incertidumbre, ya que no se sabe a ciencia cierta cuál es el momento exacto en que efectivamente se producirá el daño. En resumidas cuentas la primera posición tiende, sin quererlo, a la imprescriptibilidad. Al parecer y basándonos en el análisis de los fallos hasta aquí citados, es ésta segunda teoría la que ha predominado en la jurisprudencia.

Por último, consideramos apropiado mostrar la posición del profesor Enrique Barros en cuanto a este importante tema. El autor considera que, aún en materia de derechos humanos, no podemos hablar de un estatuto distinto o sin sujeción a las normas del derecho civil. Más adecuado resulta argumentar que mientras dure un determinado estado de excepción no puede correr la prescripción pues la víctima o sus familiares no están en condiciones reales de ejercer la acción[296]. Por tanto, el plazo no podrá computarse, por una cuestión práctica, sino una vez que el orden jurídico esté plenamente reestablecido, lo que acorde a nuestra interpretación, en Chile se corresponde con la vuelta de la democracia al principiar la década de los noventa.

[295] Vergara Bezanilla, José Pablo. (2004) "Momento inicial del cómputo de la prescripción extintiva de la responsabilidad extracontractual". En Revista de derecho del Consejo de Defensa del Estado. N°12. Pág. 57.

[296] Barros Bourie, Enrique Gustavo. (2006). Op. Cit. en nota al pie de página. Pág. 533.

CAPÍTULO III

LA FALTA DE SERVICIO COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO ADMINISTRADOR

1. Breve referencia al origen de la Falta de Servicio

1.1. La Falta de Servicio en el Derecho Francés

La Falta de Servicio tiene su origen en el derecho francés; el cual evidencia la relevancia que ha tenido la jurisprudencia en la tarea de dar un estatuto independiente a la responsabilidad del Estado. En este ordenamiento jurídico es donde por primera vez encontramos la utilización del término, ya con un carácter de tipo funcional. A continuación revisaremos, de forma muy acotada, algunos de los fallos más importantes del ordenamiento francés en relación a nuestro tema.

Con el *arret Blanco* (8 de Febrero de 1873) se va a constituir el punto de partida del sistema, pues en este caso, se afirma la autonomía del Derecho Administrativo respecto a las reglas contenidas en el Código Civil, así las cosas, el Tribunal de Conflictos diferenció las responsabilidades civiles de las propias del servicio bajo un criterio distribuidor de competencias[297]. En este sentido la magistratura señaló: "los tribunales ordinarios son radicalmente incompetentes para conocer de todas las demandas entabladas contra la administración por causa de servicios públicos, cualquiera que fuere su objeto y aun cuando ellas no tiendan a hacer anular, reformar o interpretar los actos de la administración por la autoridad judicial, sino simplemente a hacer declarar contra ella con

[297] Valdivia Olivares, José Miguel. (2005). "Nuevas fronteras de la falta de servicio". En Gaceta Jurídica N°301. Santiago, Chile. Pág. 9.

donaciones pecuniarias de reparación de los daños y perjuicios causados por sus operaciones"[298].

En el *arret Pelletier* (30 de Julio de 1873), el Tribunal de Conflictos distingue entre dos culpas; la culpa personal que será conocida por los tribunales ordinarios de justicia y la falla del servicio, donde el llamado a conocer será un tribunal de tipo administrativo. De esta forma: "la culpa personal es concebida como aquella que se desprende tan completamente del servicio que el juez ordinario puede constatarla, sin por ello entrar a apreciar el funcionamiento mismo de la administración. La falta de servicio al contrario es un hecho del agente tan ligado al servicio que su apreciación por parte del juez común automáticamente implica una apreciación del funcionamiento del servicio"[299]. Respecto a esta última, se consideró inconveniente o injusto de hacer soportar personalmente al funcionario.

Otro fallo muy importante es el *arret Anguet* (3 de Febrero de 1911), acá el Consejo de Estado consideró que existía un cúmulo de culpas en lo daños sufridos por el señor Anguet. Esta persona se encontraba en una oficina de correos, sin embargo no pudo salir por la puerta principal pues estaba cerrada; luego siguiendo las indicaciones de un empleado, se dirigió hacia otra salida atravesando las dependencias del servicio, pero esta vez fue empujado brutalmente por unos funcionarios que allí se encontraban y que posiblemente lo confundieron con un delincuente. Para la solución de este caso, el tribunal administrativo admitió que si bien la causa directa del accidente provenía de una culpa personal de los empleados, concretamente sólo había sido posible por una falla o culpa del servicio; esto es, que la oficina había sido cerrada antes de la hora reglamentaria y antes de que el demandante terminara de realizar sus diligencias[300]. En resumen, el razonamiento del juez para comprometer la responsabilidad administrativa tiene como fundamento la coexistencia de dos hechos distintos.

---

[298] Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois. (2000). "Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa". Versión castellana por Leonardo Torres, Humberto Mora Osejo. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, Colombia. Pág. 2. En cuanto a los hechos, una niña fue atropellada por una vagoneta de la empresa Tabacalera; el padre de la menor dedujo acción por daños y perjuicios en contra del Estado, como civilmente responsable de las acciones cometidas por los obreros de la empresa.

[299] Ibídem Pág. 8. Este caso se funda en el conflicto de competencia que originó la demanda deducida por el señor Pelletier, respecto a la confiscación de su periódico por orden de la autoridad militar, bajo un estado de sitio. En este sentido se solicitó al tribunal la nulidad del acto, la restitución de los ejemplares y la indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

[300] Ibídem Pág. 91.

El *arret Lemonnier* (26 de Julio de 1918*)*, va un paso más allá del anterior fallo, ya que en esta ocasión se admitió la responsabilidad del órgano público en virtud de una "única culpa" derivada del hecho personal de uno de sus funcionarios. Esto significa que la Administración responde si "la culpa personal fue cometida en el servicio o con ocasión del servicio, si los medios e instrumentos para la comisión de la falta fueron puestos a disposición del culpable por la entidad pública, si la víctima fue confrontada con el culpable sólo en virtud de la prestación del servicio…, si en una palabra, el servicio condicionó la realización de la falta o la producción de sus consecuencias perjudiciales con respecto a un individuo determinado"[301]. Aquí la culpa –que se considera en extremo grave– así como también la posterior reparación, no pueden ser exigibles respecto del funcionario, debido a que la víctima quizás nunca podría conseguir una justa retribución.

En este orden de ideas también encontramos el *arret Thepaz (*14 de Enero de 1935). Cuando un conductor de un camión militar, con motivo de evitar la colisión con un camión que le antecedía, arrolla a un ciclista, el señor Thepaz; el tribunal estimó que esta culpa no es independiente del ejercicio de sus funciones. Antes de este fallo, la culpa de un funcionario constitutiva de un crimen o delito, siempre era considerada como culpa personal. El *arret Mimeur* (18 de Noviembre de 1949); fue el primer caso en admitir que se puede comprometer la responsabilidad del Estado incluso cuando la culpa del funcionario esté materialmente "fuera del servicio". Cuando la señorita Mimeur solicitó la reparación del daño provocado por el conductor de un camión militar, el cual había perdido el control de su vehículo chocando de forma violenta contra el inmueble de la demandante; el Consejo de Estado razonó que, a pesar que el funcionario se había desviado del itinerario habitual para visitar a su familia (para fines estrictamente personales), utilizó un vehículo del Estado para aquellos fines; "por lo que en circunstancias del negocio, no podría considerarse como desprovisto de cualquier vínculo con el servicio"[302].

---

[301] Ibídem Pág. 134. En los hechos, el municipio de Roquecourbe celebraba su fiesta anual con una de las atracciones más requeridas por sus habitantes, el disparo a objetos flotantes en la quebrada de un río. Las personas que transitaban por el lado opuesto habían manifestado al Alcalde que sentían pasar las balas muy cerca de ellos, sin embargo el Edil sólo cambió las condiciones de tiro pero de una forma insuficiente. Así las cosas, la señora Lemonnier, que paseaba junto a su marido, recibió un impacto de bala en la mejilla quedando incrustada ésta entre la columna vertebral y la faringe; sólo después de este hecho el alcalde interrumpió las actividades.

[302] Ibídem. Pág. 293.

Finalmente, el *arret Laruelle* (28 de Julio de 1951); constituye el punto culmine de la evolución jurisprudencial comenzada por el *arret Pelletier*. Como habíamos visto, las decisiones de los tribunales hasta esa fecha, tenían en importante consideración la protección de las víctimas ante la insolvencia de los funcionarios públicos. Así las cosas, quién respondía por aquellas faltas era el servicio, constituyéndose una verdadera irresponsabilidad de los funcionarios respecto de sus acciones. Era necesario, por tanto, devolver el perdido sentimiento de responsabilidad personal a los servidores del Estado, sin con ello privar a las víctimas de la ventaja conseguida con el desarrollo jurisprudencial.[303] Este último fallo establece el derecho a repetir a favor de la Administración en contra del funcionario; toda vez que el señor Laruelle, suboficial del cuerpo de asimilados especiales de repatriación, atropelló a una señora sin que haya existido culpa de la víctima, mediante el uso de un automóvil militar para usos personales y sustraído sin los debidos permisos de la autoridad.

Prematuramente en el derecho francés, quedaba claro que estos casos no podían ser solucionados sólo y únicamente por la normativa común, el derecho civil; sino que era necesario desarrollar un estatuto especial y propio respecto de la Administración del Estado; cuestión que se logró, principalmente, gracias al trabajo de la jurisprudencia. En este sentido, es la responsabilidad subjetiva o por culpa, o "por Falta de Servicio", la primera en ver la luz en aquel ordenamiento, sin perjuicio de que luego se desarrollarían responsabilidades de tipo especial. En esta responsabilidad por culpa, que constituye el régimen tradicional y la regla general en materia administrativa en el país galo; el elemento central lo constituye el juicio de reproche que se realiza al órgano público por la infracción de estándares de servicio, el cual está elaborado conforme a lo que debe esperarse de un servicio moderno[304]. Lo anterior constituye materia de prueba ante el tribunal, por tanto la Administración no será culpable hasta que la víctima demuestre que el hecho que ha producido un menoscabo en su persona resulta del todo imputable al servicio.

Cabe mencionar que un primer momento, y así lo señalaba León Duguit, la culpa era un hecho del hombre respecto de la cual no podían incurrir las personas jurídicas, por cuanto faltaba aquel elemento sicológico de la intencionalidad; cuestión que cobraba aún mayor relevancia si se recuerda que respecto del soberano la irresponsabilidad constituía la regla general. Así las cosas, uno de los grandes cambios, si bien gradual

[303] Ibídem. Pág. 331.

[304] Valdivia Olivares, José Miguel. (2004). "La responsabilidad de la Administración del Estado en Francia". En Marín González, Juan Carlos. "La responsabilidad patrimonial del Estado"; Editorial Porrúa, México. Pág. 58.

en la doctrina y jurisprudencia, fue que la Falta de Servicio se representara como un caso de responsabilidad por el hecho propio de la Administración, en virtud de la cual la víctima tiene acción directa frente al Estado, sin la necesidad de intentar recurrir en contra del funcionario o demostrar su identidad[305]; sin perjuicio que el servicio pudiese luego repetir contra éste.

Este innovador derecho francés, tempranamente también percató que contemplar a la Falta de Servicio como el único criterio de imputación respecto a la responsabilidad de los entes públicos en la función administrativa, no era del todo suficiente. Existían hechos constitutivos de daño que no eran subsumibles dentro de este factor y que no se podían identificar con culpa alguna derivada de un actuar de la Administración; sin embargo, era muy relevante desde la perspectiva de la víctima, realizar aquella conexión con el acto emanado del servicio. Por esta razón surgieron dos nuevos factores de atribución de responsabilidad objetiva o "sin culpa", que tendrán el carácter de especiales y donde la simple causalidad entre el hecho generador y el daño serían suficientes para comprometer pecuniariamente al órgano.

Identificamos en primer lugar "la responsabilidad por riesgo"[306]; en virtud de la cual el Estado y en el ejercicio legítimo de sus funciones, puede producir un daño en la sociedad cuando utiliza o efectúa labores que revisten un alto grado de peligrosidad, como por ejemplo; el uso de materiales explosivos, de armas de fuego o las provenientes de obras públicas peligrosas. En segundo lugar, aparece otro criterio denominado "ruptura de la igualdad en las cargas públicas"[307]; acá la Administración no está ejerciendo actividades riesgosas ni tampoco es aplicable la hipótesis de Falta de Servicio; es más, realiza funciones completamente lícitas y que responden al interés general de la nación, pero afectan a un individuo o grupo reducido de individuos, los cuales serían merecedores de una indemnización económica por llevar aquella carga especial.

La evolución de la responsabilidad en Francia no se ha detenido ahí; al respecto podemos decir, que en cuanto al sistema de responsabilidad general –por culpa o "Falta de Servicio"– éste ha sufrido mutaciones en beneficio de reducir los estatutos de irresponsabilidad y estar más acorde con las necesidades de la sociedad. En este sentido por ejemplo; se ha hecho un progresivo abandono a la idea de exigir una "culpa grave" para comprometer la responsabilidad del Fisco, bastando al res-

[305] Ibídem Pág. 63.
[306] Ibídem Pág. 73.
[307] Ibídem Pág. 77.

pecto cualquier disfuncionamiento del servicio. También se ha avanzado en el desarrollo de la técnica procesal de las "presunciones de Falta de Servicio", específicamente en materia de responsabilidad médica.[308] Actualmente la responsabilidad del Estado en aquel país, se ha extendido a ámbitos nunca antes considerados en otros sistemas clásicos y que provienen de daños derivados más bien de situaciones infortunadas o fatales; todo lo anterior en virtud de lo que los franceses han llamado "socialización de los riesgos"[309]. Constituyen algunos ejemplos de lo anteriormente expuesto, los riesgos provocados por actividades sanitarias (contaminación del SIDA) o los daños sufridos por las personas en relación a determinados actos de violencia (daños producidos por aglomeraciones o actos terroristas).

Pareciera que una situación diversa se advierte en nuestro país; ya que de acuerdo a nuestra tesis (que será desarrollada con mayor profundidad en un ulterior apartado), la actual jurisprudencia del Máximo Tribunal concibe a la Falta de Servicio como el criterio de aplicación general respecto de los casos de responsabilidad por actos de la Administración y, en este sentido, ha descontinuado o descartado la utilización de otros criterios como el riesgo creado y el sacrificio especial; estimados por algunos, más garantistas respecto a la figura de la víctima.

1.2. Recepción de la Falta de Servicio en el ordenamiento jurídico Chileno

Parte de la doctrina nacional considera que la introducción legal del concepto Falta de Servicio correspondería a la antigua Ley Orgánica de Municipios y Administración Comunal, D.L N°1.289 del 16 de junio de 1976. El artículo 62 inciso 3°, a propósito de la responsabilidad extracontractual de estos órganos del Estado, señalaba: "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". Como podemos apreciar, si bien no se utiliza expresamente la terminología, sí se hace referencia a las características doctrinarias que había generado el derecho francés en torno a esta institución.

A mayor abundamiento, el profesor José Fernández Richard señala que la responsabilidad municipal por Falta de Servicio ya estaba contemplada en el DL. N°1.289; así y en palabras del autor: "el precepto del artículo 141 inciso 1° de la ley N°18.695 (actual artículo 152) que reitera este principio y que ha posibilitado la interposición de diversos juicios

[308] Ibídem Págs. 83-85.
[309] Ibídem Págs. 95 y ss.

en contra de los entes edilicios por falta de servicio viene a continuar con una norma ya establecida en nuestro ordenamiento jurídico"[310]. En este mismo sentido, Pedro Pierry manifiesta que, con la dictación de esta ley, se incorpora a la legislación chilena la doctrina francesa sobre la responsabilidad extracontractual del Estado; su mérito es considerable dirá el autor, ya que incorpora por mediante la vía legislativa lo que hasta ese entonces no se había logrado por la vía jurisprudencial, "una institución de alto grado de perfeccionamiento jurídico".[311]

Es en la ley N°18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, del 5 de Diciembre de 1986, donde por vez primera y expresamente es establecida en el ordenamiento jurídico chileno la institución objeto de nuestro estudio. El primitivo artículo 44 de aquella ley –como ya hemos visto en el primer capítulo de este trabajo– generó una profunda discusión sobre si la responsabilidad estatal era objetiva o no. Algunos entendieron que se trataba de una responsabilidad de este tipo, derivada de la Falta de Servicio, pero esta interpretación sólo se basaba en que no es necesaria la indagación del dolo o la culpa de un determinado funcionario, y no porque atiende a un elemento objetivo como lo es este criterio de atribución de responsabilidad. Del estudio de la formación legislativa, podemos advertir la confusión generada en algunos integrantes de comisión, pues por un lado señalaban la existencia de un sistema objetivo de responsabilidad, totalmente pro-víctima y, por el otro, resaltaban que era necesaria la prueba de esta institución en juicio.

Siguiendo con la historia de la formación de esta ley, el informe de la Secretaría de Legislación indicó: "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)"[312]. Este informe entendió que la doctrina y

---

[310] Fernández Richard, José. (2005). "Responsabilidad de los municipios, por la falta de servicio en relación a mal estado de calzadas y veredas, cuya reparación y mantención corresponden a los servicios de vivienda y urbanismo-Serviu". En Gaceta Jurídica N°303. Págs. 21-22.

[311] Pierry Arrau, Pedro. (1978). "De la responsabilidad extracontractual de las municipalidades". En Revista de Ciencias Sociales. Universidad de Chile. Valparaíso. N°12. Pág. 182.

[312] Historia de la Ley N°18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Documento elaborado por la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Pág. 68.

la jurisprudencia francesas ya habían establecido lo que se entiende por "Falta de Servicio", disponiendo, al efecto la conocida fórmula; "cuando el servicio público no funciona debiendo funcionar; cuando funciona pero funciona mal, o cuando funcionando bien, lo hace en forma tardía"; cuestión que era necesaria plasmar en el precepto.

De esta forma el texto sustitutivo del proyecto de ley (propuesto por la Primera Comisión Legislativa sobre Bases de la Administración del Estado de julio de 1985) estableció en el artículo 52 inciso 2°: "Se entiende por falta de servicio la no prestación de este, debiendo efectuarse, o su prestación en forma deficiente o tardía".[313]

Sin embargo de lo antes dicho, la Cuarta Comisión Legislativa desestimó la posibilidad de definir en la norma el referido concepto, ya que con ello se podrían producir dificultades en su aplicación; en este sentido, la comisión indicó: "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"[314]. Con esto se explica la estructuración de nuestro actual precepto; que si bien contiene la institución, no la define.

Uno de los conocidos problemas que ocasionó la final incorporación de esta disposición normativa en el título segundo de la ley, es que se excluyeron de su aplicación algunas instituciones (entre ellas, las Fuerzas Armadas). Según Pedro Pierry, esto no sucedía así en los anteproyectos, puesto que hacían aplicables el precepto a todos los órganos de la Administración Pública.[315] No obstante, y como se apreciará más adelante, el rol de la jurisprudencia ha sido clave en la transformación de la Falta de Servicio en el actual criterio de aplicación general respecto de los casos de responsabilidad del Estado Administrador; generándose en la práctica un sistema que recurre también a normas del Código Civil para hacer efectiva esta realidad.

Más tarde, en el debate parlamentario de la ley 19.653 (Ley de Probidad Administrativa), que introduciría algunos cambios en la LOCBGAE; el Senado durante el primer trámite constitucional, estimó necesario eliminar la norma del artículo 44 (actual 42) otorgando una nueva redacción al precepto 4° de la LOCBGAE; de tal modo, existiría una mejor concordancia con el contenido del artículo 38 inciso 2° de la Cons-

[313] Ibídem Pág. 108.
[314] Ibídem Pág. 176.
[315] Pierry Arrau, Pedro. (2008) "Antecedentes de la Ley de Bases". En Cordero, Eduardo (coordinador). "Estudios sobre la ley orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado. Universidad de Antofagasta. Pág. 35.

titución Política de la República. La Cámara de Diputados, en cambio, rechazó aquella enmienda y, atendiendo al informe elaborado por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia; consideró que la disposición que se pretendía derogar establece uno de los tres elementos de la responsabilidad del Estado, esto es, el criterio de atribución. Por lo tanto, bajo estas nuevas circunstancias, el Estado tendría que responder ante todo evento, inclusive respecto de su actividad lícita; transformándose en la práctica en una verdadera responsabilidad objetiva. Frente a esta disputa, intervino el Poder Ejecutivo a través del Presidente de la República, quien en uso de sus atribuciones constitucionales, formuló un veto supresivo respecto de las modificaciones de dicho proyecto. Con ello el Gobierno manifestó su preocupación respecto al peligro que presentaba interpretar la responsabilidad del Estado como objetiva, esto es, otorgando indirectamente un valor distinto al precepto constitucional, el cual había sido entendido por la mayoría sólo como una norma de competencia. Finalmente la decisión del Congreso Nacional fue aprobar el veto presidencial[316].

Pedro Pierry expone que este antecedente legislativo viene a ratificar el sistema de responsabilidad que se venía modelando desde hace años en el ordenamiento jurídico chileno, mediante lo cual se opta por mantener un régimen basado en la necesidad de una conducta antijurídica.[317]

Para finalizar, diremos que el criterio de atribución entorno al cual gira el presente trabajo, se encuentra expresamente regulado en tres diferentes estatutos normativos; en primer lugar el artículo 42 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en segundo; el artículo 152 de la Ley Orgánica de Municipalidades y, finalmente, en el artículo 38 de la Ley de Garantías Explícitas en Salud.

2. Aproximaciones al concepto de Falta de Servicio

Ante la expuesta carencia de una definición legal, han surgido distintas interpretaciones y propuestas entorno al preciso significado de la institución, cuyo origen deriva tanto de profesores de derecho como de los tribunales de justicia de nuestro país. Una no muy pacífica forma de entender a la Falta de Servicio, pone de manifiesto las numerosas y contrapuestas definiciones que se pueden encontrar en la literatura jurí-

[316] Sanhueza Acosta, Ricardo Fernando. (2005). "Responsabilidad…" Cit. Págs. 161-165.

[317] Pierry Arrau, Pedro. (2000). "La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio". En Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado. N°1. Pág. 30.

dica. Por esta razón, consideramos pertinente presentar en los siguientes párrafos, una selección de las perspectivas o aproximaciones al concepto entregados por la doctrina y jurisprudencia nacional.

2.1. Concepto desde la doctrina nacional

Como adelantábamos, diversas son las percepciones que han tenido los juristas respecto a la institución estudiada. De una forma muy genérica podemos identificar dos grandes grupos: aquellos autores que manifiestan que no es necesaria una "falta" para conceptualizar la Falta de Servicio (comúnmente se identifican con los partidarios de una responsabilidad objetiva del Estado); en este sentido, la noción se refiere a una omisión y no a la culpa del servicio. En cambio para otros, la "falla" es elemento central para definir la institución; este grupo admite subdivisiones; hay quienes consideran que la falta debe ser entendida como la culpa del servicio; para unos constituiría la no adecuación a deberes y finalmente para otros se relacionará con la infracción por cumplimiento inadecuado (asemejándose ésta última postura a la institución de la "anormalidad" en el derecho español).

Eduardo Soto Kloss señala que la Falta de Servicio constituye una "omisión", más nunca la culpa del servicio. Para el autor; "esta noción está referida invariablemente a una omisión de la debida prestación, o sea, a la ausencia/incumplimiento de la debida obligación de mantención, fiscalización y/o señalización"[318]. La culpa aludiría una situación o estado sicológico que una persona jurídica, como un órgano de la Administración, no posee, y en cambio la "falta" es "ausencia" "algo que no está" (es decir, una correcta interpretación del idioma castellano, a su parecer, concibe a la palabra falta como sinónimo de omisión o ausencia); de esta forma, tampoco puede ser considerada como una categoría para fundar un sistema general de responsabilidad estatal, puesto que no es aplicable, por expresa disposición de la ley, a todos los órganos de la Administración[319]. Entender la noción de falta como lo han hecho los franceses, para el autor significa la introducción de un artificio que impide el correcto ejercicio de los derechos de las personas, víctimas de las ilegalidades de un órgano del Estado[320].

---

[318] Soto Kloss, Eduardo. (2012). "Falta de servicio es omisión. El ejemplo de la responsabilidad municipal/artículo 142 Ley N°18.695. (A propósito de Correa Pérez c/Municipalidad de Concepción y de Núñez Espinoza c/Municipalidad de Lo Espejo, Corte Suprema 2011)". Jurisprudencia comentada en Gaceta Jurídica N°384. Pág. 32.

[319] Soto Kloss, Eduardo. (2008). "Responsabilidad del Estado por los daños producidos por la inactividad municipal: falta de servicio/omisión: artículo 142 de la Ley N°18.965". En Gaceta Jurídica N°341. Pág. 44.

[320] Ibídem. Págs. 34-35.

Para Jorge Baraona, "la falta de servicio es una noción que, si bien técnicamente no es asimilable a culpa, en los términos recogidos en el art. 44 del CC,…al menos envuelve la constatación de una carencia o ausencia de actividad"[321]. En definitiva, para el jurista la mejor explicación entorno al concepto de Falta de Servicio se corresponde con la ausencia de una actuación debida por parte del órgano o del cumplimiento de un deber legal de actuación[322].

Para el profesor Domingo Hernández Emparanza y a propósito de responsabilidad por actividad municipal, la institución en estudio forma parte de una responsabilidad objetiva; por tanto la connotación culposa que era primordial en la legislación anterior ha perdido su trascendencia. En este sentido el autor indica: "Si bien en muchos casos la falta de servicio o su funcionamiento imperfecto o tardío, no será ajeno a la conducta negligente o quizá dolosa de sus órganos, en definitiva esta circunstancia no revestirá mayor alcance al momento de calificar la responsabilidad"[323]

Para Jorge López Santa María, la responsabilidad por Falta de Servicio es una manifestación contemporánea de la responsabilidad objetiva; en este sentido, "la falta de servicio es un resultado, es lo mismo que la ineficacia o ineficiencia. La falta de servicio es la ineficiencia externa del Estado o de los Servicios descentralizados"[324]

El Ministro Pedro Pierry expresa que han cometido un grave error quienes comprenden a la Falta de Servicio como una responsabilidad objetiva, la adecuada concepción es considerar a esta institución dentro de la responsabilidad subjetiva. Ésta configura la "culpa del servicio" siguiendo a Mazeaud y Tunc, donde en definitiva debe probarse "la mala organización o funcionamiento defectuoso de la administración"[325]. El concepto permitirá, a juicio del autor y como luego veremos en este trabajo, uniformar el sistema de responsabilidad extracontractual para todos los entes de la Administración Pública.

---

[321] Baraona González, Jorge. (2003). "La responsabilidad de las municipalidades a la luz de la última jurisprudencia". En Baraona, J. (edit.) Responsabilidad civil de entidades corporativas. Cuadernos de Extensión Jurídica N°7, Universidad de los Andes. Santiago, Chile. Pág. 56.

[322] Ibídem Pág. 59.

[323] Hernández Emparanza, Domingo. (1978). "La responsabilidad del Estado por la actividad municipal". En Revista de Derecho Público N°24. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Pág. 149.

[324] López Santa María, Jorge. (1998). "Responsabilidad por falta de servicio. Casuística chilena recuente" En Cuadernos jurídicos, Facultad de Derecho Universidad Adolfo Ibáñez, N°10. Pág. 35.

[325] Pierry Arrau, Pedro. (2000). "La responsabilidad extracontractual del Estado por falta…". Cit. Pág. 19.

Para el profesor Pablo Rodríguez Grez, la Falta de Servicio es un concepto normativo que corresponde a una nueva noción de culpa aplicable sólo a la Administración y existe cuando "un órgano público, obrando contra derecho, no ha funcionado debiendo hacerlo, cuando el servicio ha funcionado defectuosamente o lo ha hecho con retardo, causando daño al administrado[326]. A mayor abundamiento, señala que la doctrina adolece de una insuficiencia esencial, puesto que se ha omitido una consideración expresa a la antijuricidad, es decir, la falta de servicio debe provenir de una conducta contraria al derecho ya sea material o formalmente. En este sentido a juicio del referido, "es evidente que la ausencia del servicio está referida al incumplimiento de un deber que la Administración estaba jurídicamente obligada a cumplir".[327]

Para Enrique Barros, la Falta de Servicio es un concepto análogo a la culpa en sede civil, puesto que "ambas nociones suponen un juicio objetivo de reproche sobre la base de un patrón de conducta: mientras en la culpa civil se compara la conducta efectiva del agente con el estándar abstracto de conducta debida en nuestras relaciones recíprocas, en la falta de servicio tal comparación se efectúa entre la gestión efectiva del servicio y un estándar legal o razonable de cumplimiento de la función pública"[328]. Ambos ámbitos identifican un comportamiento que la víctima tiene derecho legítimo a esperar, no exige un juicio de reproche personal sino que supone una valoración objetiva de la conducta del órgano público; así y particularmente en esta sede, será el juez quién precisará la conducta que debe observar la Administración mediante la comparación del funcionamiento efectivamente realizado y el que debió ser ejecutado. En definitiva, la Falta de Servicio "denota el incumplimiento de un deber de servicio"[329] el cual puede consistir en que no se ha prestado un servicio que el órgano estaba obligado a proporcionar, sea entregado tardíamente o de una forma deficiente.

Para el profesor Cristián Román, la institución en análisis es "una deficiente organización o funcionamiento de la Administración"[330] y ella puede ser vista desde dos perspectivas, una interna y otra externa: "La interna es la que advierte la propia Administración, que tiene relación precisamente con su deficiente organización o funcionamiento; en tanto

[326] Rodríguez Grez, Pablo. (2011). "Sobre la responsabilidad..." Cit. Pág. 27.
[327] Ídem.
[328] Barros Bourie, Enrique Gustavo. (2006). "Tratado de..." Cit. Pág. 506.
[329] Ibídem. Pág. 507.
[330] Román Cordero, Cristián. (2012). "Responsabilidad patrimonial de la Administración por falta de servicio" (responsabilidad objetivada). En Derecho público iberoamericano. Revista del Centro de Justicia Constitucional, Vol.1 N°1. Pág 38.

que la externa es la que advierte el administrado: si la Administración ha cumplido o no con el estándar de actuación exigible, en otras palabras, si ha infringido o no sus deberes de cuidado o actuación."[331]

Para Raúl Letelier Wartenberg, constituye una noción que ha sido consignada principalmente en materia administrativa, cuando se pretende hacer responsable a un sujeto que provocó un daño cuando no actúa debiendo hacerlo, actúa de forma imperfecta o lo hace de manera tardía. La responsabilidad por Falta de Servicio "es ante todo una responsabilidad abstracta en donde sólo se contrasta una conducta ideal con la que efectivamente ocurrió"[332], en este sentido, se observa respecto del servicio público un deber de cuidado anterior al acto u omisión dañoso, el cual ha sido modelado principalmente por la jurisprudencia nacional.

Luis Cordero caracteriza a la institución como la anormalidad en el funcionamiento de los órganos de la Administración. En este sentido, "la falta de servicio o funcionamiento anormal puede dar origen a una multiplicidad de situaciones concretas que hacen difícil su contenido, y no como señala nuestra jurisprudencia que queda reducida a cuando el servicio no se presta, se presta mal o se presta tardíamente"[333]. En esta materia, lo fundamental será observar las obligaciones y deberes de los órganos como estándares o parámetros de comportamiento "adecuado"; pero sucederá que la mayoría de las veces esos estándares no estarán determinados explícitamente, por lo tanto será tarea del juez construirlo con criterios de razonabilidad[334].

Para Jorge Bermúdez la Falta de Servicio es "un concepto jurídico indeterminado, es decir, quien debe determinar cuando existe falta de servicio es el juez"[335]. Para esta labor la magistratura tendrá en especial consideración circunstancias como: el grado de dificultad que comporta la actividad administrativa realizada, las leyes y reglamentos que rigen la propia actividad, el tiempo y el lugar en que se desarrolla el servicio; los medios tanto técnicos como humanos con que cuenta el servicio, la pre-

---

[331] Ídem.

[332] Letelier Wartenberg, Raúl. (2001). "La fuerza mayor en la responsabilidad extracontractual de la Administración del Estado". Editorial Jurídica Conosur. Santiago, Chile. Pág. 8.

[333] Cordero Vega, Luis Alberto. (2003). "La responsabilidad de la administración del Estado: bases para una sistematización". Lexis Nexis. Santiago, Chile. Pág. 167.

[334] Ibídem Pág. 169.

[335] Bermúdez Soto, Jorge. (2011). "Derecho administrativo general". Abeledo Perrot Legal Publishing Chile. 2° Edición. Santiago, Chile. Pág. 507.

visibilidad del daño, la gravedad de la falta y la fuerza mayor[336]. A criterio del referido, la institución debe ser entendida de una forma amplia, puesto que si es interpretada solamente como falta u omisión, quedarían fuera muchas actuaciones de la Administración que no suponen servicio o prestación alguna. Así las cosas, mejor es concebirla como una falla, falta o negligencia "en el servicio", pues el supuesto básico de esta noción es la "anormalidad" en el funcionamiento de los servicios públicos[337].

2.2. Concepto desde la jurisprudencia nacional

A modo de esquematizar de mejor manera la forma en que ha comprendido la jurisprudencia nacional este concepto a lo largo de sus fallos; hemos decidido utilizar aquí la clasificación propuesta por el profesor Carlos Carmona Santander; la cual es empleada en su cátedra de Responsabilidad del Estado.

En primer lugar, los tribunales de justicia de nuestro país, y especialmente la Corte Suprema, tradicionalmente han seguido la concepción del autor francés Paul Duez, quien señala que existe Falta de Servicio cuando el órgano funcional mal, lo hace de forma tardía o no funciona. Múltiples son los fallos que hacen referencia a esta forma de entender el concepto en estudio, algunos de ellos ya los hemos visto en el transcurso de este trabajo, y otros tantos serán analizados luego cuando indaguemos en otros aspectos de la materia. Sin embargo, a modo meramente enunciativo, algunos de los tópicos en que la Corte ha utilizado esta terminología son: la no reparación de baldosas en las calles, no tener pasarelas en buen estado, falta de señalización, caída de objetos en bienes nacionales de uso público; entre muchos otros.

En segundo lugar, la Falta de Servicio también ha sido entendida por la jurisprudencia como el "incumplimiento de estándares"; esto se asemeja a la noción de "anormalidad" en el derecho español. Aunque algunos autores confundan ambas instituciones; ya tendremos oportunidad en este trabajo de diferenciarlas.

Un ejemplo de ello lo constituye el caso "Morales con Arredondo y Municipalidad de Viña del Mar"[338]. El fallo considera que en la intersec-

---

[336] Ibídem Pág. 508.

[337] Ibídem Pág. 505.

[338] **Morales con Arredondo y Municipalidad de Viña del Mar. Casación en el Fondo. CS. Rol 1576-1999. 13.09.1999**. En esta causa, Francisco Morales, un escolar de 8 años de edad es atropellado mientras cruzaba el paso de cebra ubicado en la intersección de las calles Limache y Simón Bolívar, frente a su colegio. Los padres del menor dedujeron acción civil en contra de la ilustre Municipalidad de Viña del Mar por evidenciar una Falta de Servicio al mantener el paso de cebra sin la seguridad suficiente

ción de una zona riesgosa e insegura deben existir adecuadas señalizaciones; en este sentido: "…una señalización adecuada será sólo aquella que proteja eficientemente estos bienes jurídicos. En este caso, la voz "adecuadamente" se asocia con la idea de protección eficiente y razonable dado el grado de riesgo implícito para los bienes jurídicos que se vienen mencionando" (Considerando tercero). El grado de adecuación de la señalética tendrá que ver con los factores de riesgo que se puedan detectar en una determinada zona. Los hechos de la causan permiten asegurar que el sector en que se produjo el fatal accidente, colindaba con diez establecimientos educacionales, por tanto los peatones que por allí transitaban, eran en su mayoría niños.

De este modo, la existencia de un paso peatonal (o paso de cebra) no podía considerarse como suficiente seguridad para los peatones y especialmente para los niños del lugar; tampoco la implementación de un semáforo cualquiera habría sido garantía necesaria para el resguardo de la seguridad de los menores. Así las cosas, a juicio de la Corte, era menester la presencia de un semáforo de cuatro tiempos, cuestión que no puede ser considerada como una exagerada medida si se tienen en consideración las características del lugar. Este razonamiento se puede observar en el considerando noveno del fallo: "resulta del todo evidente que un semáforo de cuatro tiempos en el sector señalado habría significado, para un conductor de vehículos que virase del modo como ocurrió en la especie, efectuar una doble violación del derecho preferente de paso –el señalado por el paso peatonal demarcado y aquel resultante de enfrentar una luz roja– lo que, naturalmente, importa un obstáculo mayor a la hora de infringir las normas del tránsito, en especial por la autoridad mayor que tiene un semáforo en rojo frente al mero derecho preferente del paso peatonal en las esquinas. Pero, sobre todo, existiendo un tiempo razonable y suficiente para el paso de los peatones y niños del lugar, un semáforo de tales características hubiese separado físicamente vehículos y peatones e impedido su interacción cercana, esto es, hubiese disminuido severamente el grado de conflicto entre vehículos y peatones, que es lo que continuamente ocurre cuando aquéllos intentan virar mientras al mismo tiempo cruzan muy cerca de ellos los peatones". De esta forma, la Corte Suprema estima que existe una Falta de Servicio por parte de la Municipalidad de Viña del Mar al no cumplir

para los peatones. El tribunal de primera instancia condenó al municipio al pago de sesenta millones de pesos por concepto de daño moral a los padres de la víctima; decisión que fue revocada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso. Al respecto, los demandantes dedujeron recurso de casación en el fondo.

con la obligación legal, que en autos consiste en la ausencia de una adecuada señalización para una zona de riesgo.

La tercera manera de cómo ha interpretado la jurisprudencia esta institución, es entendiendo la Falta de Servicio como "una sustracción de las leyes del servicio". En este sentido, se ha señalado que debe existir un deber expreso impuesto a la Administración y una vez probado que ésta ha incumplido tal exigencia, se constituye la Falta de Servicio.

Un ejemplo de aquello es el caso "Lindup Nigel, Anna con Municipalidad de las Condes"[339]. Según el Manual de Carreteras, las rejillas de los sumideros de aguas lluvia que se ubican en las calzadas de las carreteras tienen determinadas dimensiones; una de estas rejillas ubicada en una avenida no permite el tránsito de ciclistas ni peatones; por resultar peligrosas para aquellas personas. Sumado a esta norma técnica, existe la obligación expresa en la Ley del Tránsito para las entidades edilicias de establecer señalizaciones para así evitar futuros accidentes. Bajo el razonamiento del tribunal, si bien este tipo de protección en los sumideros podía ser utilizada en una calle como la Avenida Apoquindo ya que reunía con las suficientes condiciones técnicas; sin embargo, al emplearlas la autoridad municipal debió prohibir el tránsito de ciclistas por aquella arteria, toda vez que estaba en conocimiento que dichas rejillas no pueden ser dispuestas en calles en que transiten ciclistas y peatones (es decir, era lo uno o lo otro). A mayor abundamiento, el considerando vigésimo segundo indica: "…la demandada incurrió en falta de servicio, al no garantizar el tránsito seguro por las vías públicas de dicha comuna, al no advertir a los ciclistas que transitaban por las calles el peligro de las rejillas de aguas lluvias que existían en sus vías, toda vez que las utilizadas no permiten el tránsito de dichos móviles o en caso de no haberlo advertido, haberlo prohibido derechamente,

[339] **Lindup Nigel, Anna con Municipalidad de las Condes. Demanda de indemnización de perjuicios. 15° Juzgado Civil de Santiago. Rol 3800-1997. 21.8.1998**. En cuanto a los hechos, la señora Anna Lindup transitaba en su bicicleta por la Avenida Apoquindo, pero la rueda delantera de su vehículo se introdujo en una rejilla de la tapa de alcantarillados para aguas lluvias; suceso que provocó una violenta caída al pavimento resultando la demandante con múltiples fracturas y pérdida de piezas dentales. A pesar de que la sentencia de primera instancia otorgó tanto a la demandante, como a su marido e hijos una suma total por concepto de daño moral de cien millones de pesos, más seis millones a título de daño emergente; la Corte de Apelaciones de Santiago rebajó prudencialmente la cantidad a veinticinco millones para la afectada y a cinco millones para cada hijo; eliminando la reparación respecto del marido ya que, a juicio del tribunal de alzada, no logró probarse de modo suficiente su aflicción o daño moral. Bajo estas circunstancias, la demandante dedujo recurso de casación en el fondo y en la forma; el primero fue declarado inadmisible y el segundo rechazado por la Corte Suprema.

decisión esta última para la que tiene facultades según la normativa legal".

Encontramos otro ejemplo en el caso "Muñoz Espinoza, Carolina con Servicio de Salud Magallanes"[340]; aquí lo que se reprocha al servicio es haber dispuesto de los restos orgánicos de un feto abortado sin la autorización de la madre, y en definitiva no informar a ésta el paradero del mortinato, tal y como lo exigía el reglamento vigente. La institución es caracterizada en el considerando noveno; en este sentido la Corte señala: "la falta de servicio que en el caso de autos se atribuye a la demandada, debe entenderse como una falta funcional, por cuanto ella incurrió en inobservancia de sus propias normas reglamentarias, lo que se hace manifiesto del examen de la documental... consistentes en las denominadas Norma de Atención de Aborto y Normas del Servicio. En efecto en el primero de dichos documentos se aprecia como una de las actividades a realizar Autorización escrita de la paciente sobre disposición de restos por parte del Hospital y en el segundo en su número 4. Todo recién nacido fallecido debe ser trasladado a anatomía patológica con pulsera de identificación colocada en brazo y Orden de Autopsia. Los fetos de abortos con datos identificatorios y Orden de Resolución por el Hospital firmadas por la madre. Ello no obstante, ningún antecedente existe en estos autos en el sentido que los funcionarios de la demandada en el ejercicio de sus funciones propias, hubieren dado cumplimiento a las actividades que sus normas les imponían".

2.3. Clasificación de la Falta de Servicio según Michel Paillet

Hasta aquí hemos podido apreciar que existen muchas formas de entender la noción Falta de Servicio, algunas incluso, totalmente contradictorias con otras. En su obra el jurista francés Michel Paillet[341] realiza un catálogo de los comportamientos imputados al órgano público y que a continuación los enunciamos de forma breve.

---

[340] **Muñoz Espinoza, Carolina con Servicio de Salud Magallanes. Casación en el Fondo. CS. Rol 224-2005. 28.7.2005**. En el Hospital Regional de Magallanes, la señora Carolina Muñoz fue atendida con urgencia al presentar sangramiento durante el sexto mes de embarazo. Los médicos del recinto hospitalario indujeron el parto ya que estimaron que se trataba de un caso de aborto inevitable. Sin embargo, la paciente adujo que nunca se le informó oficialmente sobre el hecho de la muerte, ni tampoco le hicieron entrega de los restos, siendo eliminados en el mismo recinto. El tribunal de primera instancia condenó al Servicio al pago de 35 millones de pesos por concepto de daño moral, monto que fue rebajado a 5 millones por el tribunal de alzada.

[341] Paillet, Michel. (2001). "La responsabilidad administrativa". Jesús María Carrillo Ballesteros (traduc.) Universidad Externado de Colombia. Bogotá Colombia. Págs. 150-153.

a) Como acto jurídico ilegal: para la jurisprudencia actual resulta claro que toda ilegalidad es culposa, la que puede derivar ya sea de un error de apreciación, como también de un vicio en el procedimiento. Pero al respecto debe tenerse cautela, ya que no toda ilegalidad forzosamente desencadena la responsabilidad para el órgano. Debemos recordar que en Francia uno de los requisitos es que la Falta de Servicio sea "grave", por lo tanto puede ser que este acto jurídico ilegal no haya provocado un claro "perjuicio".
b) Como culpa estatutaria: consiste en un atentado a los estatutos de los funcionarios y agentes públicos; el autor señala como ejemplos: el rechazo ilegal de un traslado o ubicar a un agente en incapacidad por enfermedad.
c) Carencias: éstas se producen cuando la Administración rehúsa o abstiene completamente de actuar. Algunos casos son: el retardo en operar un enfermo, la inaplicación de una normativa, falta de supervisión o vigilancia, defecto en la conservación normal de las obras públicas.
d) Errores o torpezas de la Administración: ejemplo de este tipo podemos encontrar en el área médica cuando se realiza un diagnóstico equivocado en los hospitales públicos.
e) Defectos en la organización del servicio: ocurren por ejemplo cuando una persona que no cuenta con la debida calificación, es puesta a ejecutar un acto técnicamente delicado (interno que realiza una operación no urgente, matrona que aplica anestesia epidural).

3. Características de la Falta de Servicio

En este apartado analizaremos las principales características que la jurisprudencia y la doctrina han desarrollado en torno a la institución. Debemos advertir, no todas ellas son pacíficas en el escenario nacional, sin embargo las trataremos con los alcances que sean necesarios precisar.

a) No es necesario identificar al funcionario que la provocó: esto significa que la víctima no tiene el deber, en su libelo, de señalar con precisión a los empleados del órgano público que ocasionaron el perjuicio (es por esta razón que se ha denominado "falta anónima" si no se conoce el funcionario que ha ejecutado el acto lesivo, y "falta radicada" en el caso contrario). De esta forma, el profesor Enrique Barros establece que "la responsabilidad del Estado recae directa y personalmente sobre el Fisco, la municipalidad o el otro órgano con personalidad jurídica propia a efectos patrimoniales"[342].

[342] Barros Bourie, Enrique Gustavo. (2006). "Tratado de..." Cit. Pág. 496.

Como consecuencia de esta característica, se prescinde de la culpa de los funcionarios ya que la Falta de Servicio es un concepto separado de los elementos subjetivos de éste. Así, como bien ha dicho un autor: "No se deberá escudriñar o indagar la intención o no del funcionario o agente actuante en el caso que se trate, es irrelevante para el derecho dicha intención, o incluso si su actuación fue o no diligente"[343]; lo que aquí nos importará es determinar si el comportamiento desplegado constituye o no Falta de Servicio; siendo a la Administración a quien le interese posteriormente individualizar al causante para efectos de accionar por repetición en su contra. Precisaremos este último aspecto cuando revisemos, en un apartado posterior, la relación existente entre la institución en estudio y la falta personal.

Una manifestación de lo anteriormente presentado, lo encontramos en la causa "Rojas Vallejo, Richard y otros con Servicio de Salud Concepción y Servicio de Salud Arauco"[344]. En el considerando séptimo la Corte señaló: "…los perjudicados no requieren individualizar ni perseguir al funcionario cuya acción u omisión personal origina la falta… Por el contrario, el reproche en la conducta de los demandados debe determinarse no en consideración a la actuación misma de alguno de los agentes del Estado, sino en el proceder de la Administración en relación con el caso concreto que se investiga, buscándose determinar si el funcionamiento del servicio público fue o no defectuoso, es decir, comparar el servicio efectivamente prestado con el que se debió ejecutar".

b) La Falta de Servicio debe ser probada: este constituye uno de los aspectos más controvertidos en torno al concepto, pues se ha estimado por parte de los juristas que constituye un gran peso para la víctima,

---

[343] Mundaca Assmussen, Hans. (2004). "Algunas notas introductorias en torno a la cuestión de la responsabilidad estatal administrativa y su función en el Estado Constitucional de Derecho". En Revista Jurídica Regional y Subregional Andina, Corpus Iuris Regionis N°4. Universidad Arturo Prat. Iquique, Chile. Pág. 98.

[344] **Rojas Vallejo, Richard y otros con Servicio de Salud Concepción y Servicio de Salud Arauco. Apelación. C.A. Concepción. Rol 684-2010. 21-01-2011.** En los hechos, la menor Katalina Alejandra Rojas Soto, contrajo una infección que provocó posteriormente una hemiplejia (parálisis corporal). Sus padres habían acudido en reiteradas ocasiones a distintos recintos hospitalarios para el tratamiento de las enfermedades que padecía la niña. Los servicios de salud demandados, adujeron que lo anterior era corolario directo de los trastornos congénitos (médula anclada y sinus dermal) y un quiste pilonidal, que presentaba la paciente. Sin embargo, como se logró probar en juicio, realmente las consecuencias de la infección sufrida por la menor pudieron ser evitadas con una atención oportuna y un cuidado más eficiente por parte de los servicios.

lo que en definitiva produce que las demandas por indemnización de perjuicios intentadas en contra del Fisco, sean rechazadas al no existir en juicio tal probanza. Al respecto, las críticas denunciadas y posibles soluciones a éste tópico, serán analizadas en el último capítulo de este trabajo.

El fallo "Silva Hernández, Eliana Rosa con Municipalidad de Antofagasta"[345] hace fe de esta exigencia. Respecto al daño sufrido producto de la caída de la demandante por el supuesto mal estado de la calzada, el considerando séptimo de la sentencia de casación en el fondo dispone: "… no puede por ello concluirse que quien dice padecer daño como consecuencia de la falta de servicio esté liberado de acreditarla; esta responsabilidad debe ser considerada precisamente como la culpa del servicio y, por ende, continúa siendo necesario no sólo imputar sino probar la falla en la prestación en los términos antes señalados y que dicha falencia sea la causa directa del daño experimentado por la víctima." Agrega el considerando cuarto de la sentencia de reemplazo: "Que, en consecuencia, sólo cabe concluir que la actora no probó la falta de servicio que atribuía a la demandada, incumbiéndole hacerlo. Siendo así, cabe desestimar la demanda por no haberse comprobado uno de los fundamentos de la acción."

c) La calificación de la Falta de Servicio es una cuestión de derecho: se trata de una cuestión normativa sujeta al control judicial por la vía del recurso de casación en el fondo.

En este orden de ideas, el fallo que anteriormente expusimos en su considerando noveno señala: "Que la conclusión de que una determinada situación de hecho constituya falta de servicio implica una calificación jurídica que redundará en la aplicación de la normativa que por el recurso se dice infringida. Así, si se incurre en error al calificar una situación de hecho, se aplicará equivocadamente el derecho,

[345] **Silva Hernández, Eliana Rosa con Municipalidad de Antofagasta. Casación en el Fondo. CS. Rol 3894-2008. 27.5.2010.** En los hechos, la señora Eliana Silva sufrió una caída en la calle Baquedano de la ciudad de Antofagasta, producto del supuesto mal estado de la calzada por donde transitaba. La señora Silva deduce demanda de indemnización de perjuicios ya que por causa del accidente, experimentó una contusión en el tobillo izquierdo y una fractura sub capital del hombro izquierdo. El cuarto juzgado civil de Antofagasta condenó al municipio al pago de la suma de tres millones de pesos por daño moral sufrido en la persona de la demandante; sin embargo, el tribunal de alzada bajó el monto reparatorio a dos millones de pesos. Ante aquella decisión, la Municipalidad interpuso recurso de casación en el fondo, pues estimó que se habían vulnerado las leyes reguladoras de la prueba; acción que fue acogida por la Corte Suprema.

cuestión que esta Corte está autorizada a revisar por ser propia de la casación en el fondo".

d) Por regla general, cualquier "falta" puede constituir Falta de Servicio, pero en ocasiones la jurisprudencia ha dicho que es necesario que ésta sea "grave": Tradicionalmente en el derecho francés, se han diferenciado ciertos tipos de actividades administrativas. De esta forma, una actividad que resulte particularmente difícil, compleja o que requiere de rapidez en las decisiones; requerirá a criterio del juez de la causa, un estándar menos exigente para el órgano de la Administración, dejando por tanto un margen considerable de actuación[346]. Pareciera ser que esta característica ha sido recogida por un sector de la jurisprudencia nacional y, que cuando ocupa este mecanismo de gradación de las culpas, a la vez limita o restringe la procedencia de la responsabilidad estatal.

   En este sentido, podemos citar la causa "Quintana Urrea, Eduardo con Ilustre Municipalidad de Chillan"[347], ocasión en que la Corte estimó necesario dilucidar si la existencia de una zanja no señalizada constituye Falta de Servicio. Los sentenciadores estimaron en el considerando decimocuarto: "…dada la envergadura que reviste el desnivel, no es exigible al municipio que hubiese efectuado la advertencia del caso. A ello cabe agregar que admitir lo contrario implicaría que la ciudad estuviese llena de letreros avisando hasta los más mínimos desniveles o desperfectos propios e inherentes a todas las calles o aceras, y evidentemente ello no es exigible la administración.". La Corte razona que un ciudadano espera la señalización en los forados de importancia, pero no puede suponerse que también exija el aviso de un desnivel como el que fue presentado en la causa mediante la prueba incorporada.

---

[346] Valdivia Olivares, José Miguel. (2004). "La responsabilidad de la Administración…". Cit. Págs. 68-69.

[347] **Quintana Urrea, Eduardo con Ilustre Municipalidad de Chillan. Casación en el Fondo. CS. Rol 6754-2006. 18.3.2006.** Sucedió que don Eduardo Quintana iba conduciendo su bicicleta por la Avenida Argentina de la ciudad de Chillán, cuando de repente la rueda delantera de su vehículo cayó en una zanja ubicada en la calle, sin que existiera respecto de ésta señalización alguna. Consecuencia de este accidente, el señor Quintana sufrió un traumatismo encéfalo craneano lo que derivó en secuelas psíquicas, además de diversas lesiones corporales. En primera instancia el tribunal acogió la pretensión del demandante condenando a la municipalidad al pago de 5 millones de pesos por concepto de daño moral, cantidad que fue rebajada a 3 millones por la Corte de Apelaciones. Contra esta última decisión, el municipio de Chillán interpuso recurso de casación en el fondo, el cual fue acogido por la Corte Suprema.

Otro caso, esta vez en materia hospitalaria, lo constituye el caratulado "Vega Vega, Luis y otros con Servicio Salud Araucanía"[348]. Es dable esperar que un profesional médico, en conocimiento de una paciente que sufre un dolor agudo en el pecho, disponga del estudio pertinente para descartar un cuadro de mayor complejidad como lo es un infarto al miocardio. Respecto a casos como éste, donde es posible evidenciar responsabilidad médica, la Corte Suprema ha dicho: "para comprometer la responsabilidad de los órganos de la Administración del Estado por falta de servicio, tratándose de actividades que presentan dificultades particulares de funcionamiento, como ocurre con los establecimientos hospitalarios de urgencia, es necesaria la existencia de una falta grave; y por lo tanto, es insuficiente una falta simple, para que la demandada pueda ser condenada por falta de servicio" (Considerando cuarto). Constituye una falta grave en estos autos, a consideración del Tribunal Superior, que el servicio no haya dispuesto el debido estudio del cuadro mórbido que presentaba la paciente, cuestión que habría permitido descartar el diagnóstico de gripe que se le asignó y establecer, en cambio, aquél más grave que derivó en su muerte. A lo anterior se suma el hecho acreditado que el profesional en la atención no era un médico cirujano, sino que un médico internista becado cursando segundo año.

e) Es un factor de imputación que debe apreciarse no de manera ideal, sino que concretamente: Esto significa que los sentenciadores deben tener en consideración circunstancias específicas de la causa como: el grado de dificultad que comporta la actividad administrativa realizada, el lugar donde se desarrolla el servicio, así como también los medios tanto técnicos como humanos con que cuenta el órgano para desempeñar su función.

[348] **Vega Vega, Luis y otros con Servicio Salud Araucanía. Casación en el Fondo. CS. Rol 3222-2006. 12.9.2007.** Doña Albina Vega Castillo ingresó al Servicio de Urgencia del Hospital Regional de Temuco, puesto que presentaba un fuerte dolor en el pecho y espalda, acompañado de vómitos; condición que fue evaluada por el médico tratante como síntomas de una gripe; acto seguido, fue enviada a su casa donde falleció al día siguiente producto de un infarto agudo al miocardio. Sus hijos, de forma conjunta, dedujeron demanda por indemnización de perjuicios por el daño moral experimentado.

En "Navarro Carvajal, Juan Carlos con Hospital Provincial Illapel"[349], la Corte de Apelaciones de La Serena expone esta idea, así en el considerando duodécimo: "…Tal falta de servicio, es decir, su mal funcionamiento, o su tardío funcionamiento o su no funcionamiento, debe ser calificado bajo el prisma de la actividad del servicio en concreto, con todas sus realidades y circunstancias, y no desde la perspectiva de un servicio público ideal". En este orden de ideas, la Corte revocó la decisión del tribunal de primera instancia que condenaba al Hospital de Illapel al pago de una suma reparatoria por concepto de daño moral. En la toma de esta decisión, se tuvo fundamentalmente en consideración: las condiciones geográficas del recinto hospitalario, el cual queda a cuatro horas de Coquimbo para efectos de trasladar un paciente y la falta de especialistas con quien consultar otras posibles maniobras médicas (se contaba solamente con médicos generales).

Otro ejemplo de esta característica se encuentra en el fallo "Inmobiliaria Hacienda Lleu Lleu S.A. y otro con Fisco Chile"[350]. Si el Estado dispone de fuerzas policiales para evitar daños en la propiedad privada frente a un conflicto como el que ocurre con el pueblo mapuche en la zona sur de nuestro país; pero el daño igualmente se produce, no hay Falta de Servicio. En este sentido, en el considerando octavo

---

[349] **Navarro Carvajal, Juan Carlos con Hospital Provincial Illapel. Apelación. C.A. de La Serena. Rol 1126-2011. 25.11.2011.** En los hechos, la señora Sandra Varas Díaz de 33 años de edad, acudió a Servicio de Urgencias del Hospital de Illapel por presentar un fuerte dolor toráxico por varias horas. Dada su condición física (presentaba obesidad y alta frecuencia cardíaca), el doctor de turno tuvo que tomar la rápida decisión de realizar una cardioversión eléctrica. Por razones que se desconocen, la paciente recibió una descarga no sincronizada lo que provocó una taquicardia ventricular; además, posteriormente hubo un error médico en el cálculo de las energías necesarias para controlar la arritmia que desarrolló la paciente, cuestión que resultó ser letal para ella. Su marido dedujo demanda de indemnización de perjuicios en contra del Hospital de Illapel y solidariamente contra el Servicio de Salud de Coquimbo; consiguiendo por parte del tribunal a quo la suma de cinco millones de pesos por el daño moral sufrido. Respecto de esta sentencia la parte demandada apeló, logrando que la Corte revocara el fallo.

[350] **Inmobiliaria Hacienda Lleu Lleu S.A. y otro con Fisco Chile. Casación en la Forma y en el Fondo. CS. Rol 3172-2008. 19.1.2010.** Frente al peligroso actuar de los activistas mapuche en zona de conflicto; la Inmobiliaria Hacienda Lleu Lleu S.A. requirió la protección de las fuerzas de orden público en el lugar. La autoridad administrativa respondió a aquella petición enviando al sector, entre el 9 de enero de 1998 y el 31 de mayo de 1999, alrededor de trescientos veinte servicios policiales. Incluso en un momento Carabineros de Chile mantuvo de forma permanente a personal, sin embargo, igualmente el dueño del predio sufrió daños en su propiedad por los conflictos generados por un grupo de mapuche. La pretensión indemnizatoria de la parte demandante fue rechazada tanto en primera y segunda instancia, como en la casación en la forma y en el fondo deducidas.

de esta sentencia, la Corte Suprema señala: "Que según lo ha sostenido reiteradamente esta Corte, existe falta de servicio cuando éste ha funcionado deficientemente, no ha funcionado, debiendo hacerlo, o lo ha hecho en forma tardía. En el caso de autos tal situación no ha ocurrido desde que, según se dejó asentado por los jueces del mérito, el Estado intentó evitar los hechos delictuales de que fue víctima la parte demandante, actuando conforme a su capacidad instalada y de acuerdo a los medios humanos y disponibles". Agrega el considerando noveno, respecto a la necesidad de apreciar en concreto este criterio de imputación; "Que, en efecto, para establecer la falta de servicio debe considerarse la actuación de la administración en relación a los medios de que dispone para ello. Se trata pues de un deber de actuación en concreto, tomando en consideración las particularidades de cada organismo administrativo".

f) La Falta de Servicio debe ser analizada independientemente y no en relación a los posibles usuarios del servicio público: Lo aquí enunciado no siempre constituyó el criterio de la jurisprudencia chilena, así por un tiempo los tribunales de justicia distinguieron entre "usuarios" y "terceros" (doctrinariamente denominado "criterio de las calidades de la víctima"), diferencia que en definitiva consistía en excluir a éstos últimos de la aplicación del régimen de responsabilidad por Falta de Servicio.

Según José Miguel Valdivia, esta errada interpretación debe su origen a que en un comienzo los tribunales de justicia entendieron esta institución ligada a la noción de "prestación"; así las cosas, solamente los usuarios tendrían una especie de derecho subjetivo a que el servicio público funcione de forma correcta. En tal orden de ideas, artificiosa resulta (al menos en nuestro país) la distinción realizada entre usuario y tercero, la cual si cobra importancia en un régimen como el francés donde bajo determinados supuestos éste último es beneficiario de un régimen sin culpa[351]. En conclusión y tal como lo ha señalado Valdivia Olivares, "la condición de tercero de la víctima no impide la aplicación del régimen de falta de servicio; esa condición es un elemento ajeno a la noción de falta de servicio"[352].

Un ejemplo del primer momento jurisprudencial en relación a este tema, se observa en la sentencia "Arévalo Bascuñán, Paula con Fisco

[351] Como veremos más adelante, la jurisprudencia aprovechó algunos de estos casos para aplicar el criterio del riesgo creado cuando la víctima de la actuación dañosa era considerada un tercero ajeno al servicio.

[352] Valdivia Olivares, José Miguel. (2005). "Nuevas fronteras…". Cit. Pág. 22.

de Chile"[353]. Respecto a los daños en una transeúnte a causa de los disparos realizados por un gendarme que intentaba evitar la fuga de un reo; la Corte Suprema acogió el recurso de casación en el fondo interpuesto por la parte demandada, porque siendo la Falta de Servicio la única causa de pedir, ésta debe ser rechazada toda vez que en los autos procedería la acción de responsabilidad civil ordinaria contemplada en el articulado del Código Civil; decisión que encuentra su fundamento en que la institución "Gendarmería de Chile" no presta servicio adicional a la comunidad más que la custodia de los reclusos. En tal sentido, determinante es el contenido del considerando décimo cuarto de este fallo: "…en la especie se está frente a un caso claro de responsabilidad subjetiva, esto es, aquella que deviene de la existencia de dolo o culpa en el agente y que está normada en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil. En efecto, Gendarmería de Chile no está obligada a prestar servicio concreto alguno a la comunidad, como no sea en una forma totalmente indirecta, ya que su función primordial es la custodia de los reclusos que se encuentran a disposición de los tribunales de justicia, por lo que no se hallaba en situación de incurrir en este tipo de responsabilidad."

En definitiva, la señora Paula Arévalo fue considerada como un tercero "no usuario" del servicio y, por lo tanto, no beneficiaria de la aplicación del sistema de responsabilidad por Falta de Servicio.

Esta situación varía completamente en la sentencia del caso "Seguel Cares, Pablo con Fisco de Chile"[354]. Dada su relevancia para el sistema de responsabilidad estatal y desarrollo de este trabajo, será analizado latamente en un apartado posterior. Sin embargo, en esta oportunidad citaremos una de las aristas de ese fallo y que incide directamente

---

[353] **Arévalo Bascuñán, Paula con Fisco de Chile. Casación en el Fondo y en la Forma. CS. Rol 3.876-2001, 27.8.2003:** Con fecha 24 de abril de 1999, mientras el gendarme Alberto Méndez se encontraba en labores de vigilancia en una de las murallas exteriores correspondiente al recinto penitenciario de la ciudad de Tocopilla, el recluso Cristián Carmona escaló dicha pared y saltó hacia la calle. En un intento desesperado por evitar la fuga, el gendarme realizó disparos de advertencia con una sub ametralladora, y viendo que éste no se detenía, dirigió algunos de ellos al cuerpo del interno causándole heridas de muerte. Sin embargo, uno de aquellos proyectiles impactó en doña Paula Arévalo, quien se encontraba en eso momentos en la calle, produciéndole lesiones que la dejaron minusválida por el resto de su vida. La víctima interpuso demanda de indemnización por perjuicios en contra del Fisco, pretensión que fue acogida y luego confirmada por la Corte de Apelaciones, de este modo se condenó al Estado con una suma de 250 millones de pesos por concepto de daño moral. Ante aquella decisión, el Fisco dedujo casación en la forma y en el fondo.

[354] **Seguel Cares, Pablo con Fisco de Chile. Casación en la Forma y en el Fondo. CS. Rol 371-2008. 30.07.2009.**

en esta característica de la institución objeto de nuestro ensayo. De acuerdo con lo anterior, la Falta de Servicio es ahora interpretada de forma amplia y no restringida al concepto de "usuario". De tal manera el considerando duodécimo expresa: "…la noción de falta de servicio debe ser analizada independientemente y no en relación a los posibles usuarios del servicio público, pudiendo comprometerse la responsabilidad del Estado por falta de servicio que cause daño a terceras personas que no sean usuarias del órgano estatal que la cometió".

g) Para configurar la Falta de Servicio debe existir la infracción a un deber legal: como hemos mencionamos durante el desarrollo de este ensayo, la Falta de Servicio se constituye cuando la Administración ha infringido un deber de cuidado o un deber de actuación. La obligación puede estar detallada en alguna disposición del ordenamiento jurídico, por lo tanto la conocemos a priori y con precisión; o bien puede estar redactada en términos genéricos. En este último caso, el juez tendrá un papel preponderante pues deberá determinar, *ex post*, cuál es el deber de cuidado o de actuación que se ha infringido por la Administración, para ello normalmente tendrá que interpretar las disposiciones que reglamentan las funciones del órgano. Veamos un ejemplo.

En la causa "Lozano Reyes, Joaquina Rosa con Ilustre Municipalidad de Concepción"[355]. Se reprochó al Municipio de Concepción no haber velado por el buen estado de la Avenida Los Carrera, lugar donde doña Joaquina Lozano Reyes, tropezó con un desnivel, cayó de cara al suelo y se fracturó la mano izquierda. Lo anterior se produjo por la falta de dos pastelones de concreto que conforman la acera, sin identificarse señalización alguna que advirtiera el peligro.

Respecto a esta característica, la Corte Suprema afirmó: "En el caso de autos, la falta de servicio se hace consistir en la omisión o ausencia de actividad municipal, debiendo ésta haber existido al serle impuesta por el ordenamiento jurídico. Es decir, no se trata de cualquier omisión sino que de una antijurídica, pues **debió aquella actividad haber existido porque le estaba impuesta por el legislador**. Se trata, en consecuencia, del incumplimiento de un deber impuesto por el ordenamiento jurídico" (considerando quinto).

Pese a que el municipio demandado se defendió señalando que el deber de mantener el correcto estado de las vías, en el caso concre-

[355] **Lozano Reyes, Joaquina Rosa con Ilustre Municipalidad de Concepción. Casación en el Fondo. CS. Rol 2.784-2012, 31.5.2012.**

to, pertenece a otro órgano del Estado; los sentenciadores estimaron que, a través de la interpretación de distintas normas legales, es posible derivar un claro deber de actuación respecto a esta materia. Dentro de estas disposiciones se citan: el artículo 5 letra c y artículo 142, ambos de la LOCM y el artículo 174 inciso 5° de la Ley 18.290.

h) Para que exista Falta de Servicio en materia hospitalaria debe haber una infracción a la "Lex Artis": Entendemos por "lex artis", ante la carencia de una definición legal, aquel parámetro de control de la conducta referida a la diligencia mínima requerida por un profesional de la medicina y que contiene reglas relacionadas con los conocimientos adquiridos por la ciencia. Como estos conocimientos varían conforme al estado de la ciencia y el grado de especialidad del profesional; según Rodríguez Peña y como una forma de objetivar el concepto, resultaría apropiado incorporar a esta noción los "protocolos médicos o recomendaciones de buenas prácticas"[356]. Éstos últimos constituyen documentos que contienen los pasos a seguir por los médicos en el tratamiento de un paciente, elaborados sobre la base de recomendaciones, consensos y experiencias compartidas de los expertos en el área de la salud.

Podemos apreciar esta característica en el fallo "Hinojosa Soto, Nancy y otros con Servicio de Salud Concepción"[357]. La Corte Suprema en el considerando noveno de la sentencia de casación señala: "La responsabilidad médica exige la infracción de la "lex artis", la que debe ser establecida en juicio. En este sentido, los médicos deben actuar conforme a las técnicas, a los procedimientos y a las prácticas que aconseja la ciencia que ellos profesan. Así, el acto médico se realizará del modo debido si se sujeta a la manera que indica la "lex artis". Y si bien no siempre las prácticas médicas aceptadas excluirán todos los casos de negligencia –puesto que podrán ser calificadas de insuficien-

[356] Rodríguez Peña, Pilar. (2013). "Por una objetivación de la lex artis". En Revista de Derecho, Universidad Católica de la Santísima Concepción. N°28. Pág. 14.

[357] **Hinojosa Soto, Nancy y otros con Servicio de Salud Concepción. Casación en la Forma y en el Fondo. CS. Rol 7318-09. 22.5.2012.** Con fecha día 22 de diciembre del año 2005, don Alejandro Flores fue sometido en el Hospital Regional de Concepción a una intervención quirúrgica para la extracción de un cálculo renal. Durante la operación, el equipo médico debió utilizar un separador debido a la ubicación de dicho cálculo; producto de este procedimiento, se comprimió se forma inevitable el nervio crural (femoral) provocando su lesión. El paciente experimentó, en base a los hechos anteriores, una incapacidad física del treinta y cinco por ciento. Su cónyuge e hijo deducen demanda por indemnización de perjuicios en contra del servicio. En primera instancia el 1° Juzgado Civil de Concepción acoge la pretensión, decisión que es revocada por la Corte de Apelaciones de la misma ciudad.

tes dependiendo de las características del caso específico– ellas constituyen un referente eficaz para dilucidar si en una situación determinada hubo falta de diligencia o descuido culpable." De esta forma y en el caso de autos, el daño a un nervio cuando las circunstancias de la operación hacen muy probable este resultado, no constituye Falta de Servicio si los profesionales a cargo se ciñeron rigurosamente al procedimiento establecido para la intervención quirúrgica.

En esta misma línea y en el considerando décimo de este fallo, los sentenciadores estimaron: "Que en el ámbito médico el error no implica necesariamente negligencia si aquél es excusable. El comportamiento será culpable si el daño pudo haber sido evitado con el cuidado debido. De esta manera, el error que se produce no obstante haberse desplegado el grado de diligencia exigible a un buen profesional no dará lugar a responsabilidad y, por tanto, el daño que se origine por un error no imputable al médico debe ser soportado por la víctima, pues se tratará de riesgos inherentes a los procedimientos médicos".

Otro ejemplo de lo anterior lo constituye la causa caratulada "Vasseur Aguirre, Juan con Servicio de Salud Viña del Mar"[358]. Cuando producto de un accidente en el proceso médico, como lo es una lesión quirúrgica en el uréter de la paciente en virtud de una operación ginecológica, cuestión que es frecuente dadas las cercanías de los órganos en la anatomía femenina; el médico responsable realiza todas gestiones para reparar el daño causado, así como también el servicio pone a disposición todos los medios técnicos y humanos para normalizar la situación; no hay Falta de Servicio. Así lo estimó la Corte respecto de este caso, tal y como se puede leer en el considerando cuarto: "…si bien la actora acreditó que en la cirugía ginecológica practicada se le provocaron cortes o sección de su uréter izquierdo y del colon, a consecuencia de lo cual sufrió graves complicaciones que provocaron una incapacidad permanente para el trabajo, no logró probar la falta

[358] **Vasseur Aguirre, Juan con Servicio de Salud Viña Del Mar. Casación en el Fondo. CS. Rol 21.448-2014. 23.10.2014**. En los hechos, la señora Myriam Cubillos Lagos fue intervenida en el Hospital Gustavo Fricke con motivo de una histerectomía programada (extracción del útero). Durante la operación, el profesional que la atendía accidentalmente perforó su colon; además, dañó el uréter quedando también con una afección renal. A raíz de las lesiones producidas, la paciente experimentó un shock séptico que la tuvo al borde de la muerte, por lo que los especialistas debieron inducir el coma para poder salvar su vida. Así las cosas, la actora demandó al servicio de salud, cuantificando los daños patrimoniales y morales sufridos en la suma de cuatrocientos millones de pesos. Las sentencias de primer y segundo grado rechazaron su pretensión, así como también la Corte Suprema en cuanto al recurso de casación en el fondo deducido.

a la lex artis de la demandada, constitutiva de la falta de servicio que alega, esto es, que ésta haya actuado con negligencia o sin apego a los protocolos médicos de rigor". Lo anterior es complementado en tal sentido por el considerando noveno: "Que, en consecuencia, la situación fáctica asentada no puede ser calificada como un funcionamiento irregular, tardío o deficiente del Servicio de Salud, pues éste respetó los protocolos y procedimientos establecidos".

4. La Falta de Servicio y la Falta Personal

Como decíamos algunos párrafos atrás, la responsabilidad de la Administración es directa, importando en definitiva que la víctima del daño deba probar que el servicio no ha actuado, lo ha hecho de forma tardía o imperfectamente; sin que sea necesario para configurarla, identificar a la persona del funcionario. Sin embargo, debemos tener en cuenta que generalmente es una persona natural la que materialmente produce un detrimento en los bienes jurídicos del administrado.

En realidad, es preciso señalar que la responsabilidad del Estado por actos de la Administración posee dos orígenes; el primero, como ya sabemos, fundado en la existencia de una Falta de Servicio y el segundo, derivado de una falta personal o culpa del funcionario público. Para algunos autores existirá una responsabilidad solidaria entre el órgano y su empleado causante del daño; sin embargo para otros, en virtud de la teoría del órgano, se trataría siempre de una obligación directa de la Administración, ni solidaria ni subsidiaria en relación con el agente[359]. A continuación revisaremos bajo qué circunstancias esta falta personal compromete también la responsabilidad del servicio.

4.1. La Falta Personal desvinculada del servicio

También llamada por la doctrina como "falta personalísima", en ella se advierte una total desvinculación del actuar del agente en relación con el servicio. Es definida por Jean Rivero como "aquella en la cual responde el agente personalmente, sobre su patrimonio, ante el juez civil, según las reglas del derecho privado"[360].

Esta falta se separa del ejercicio de la función, ya sea materialmente, cuando se ha cometido sin ningún vínculo o relación con el servicio –in-

[359] Mundaca Assmussen, Hans. (2004). Op. Cit. Pág. 96.

[360] Rivero, Jean. (1984). "Derecho administrativo". Instituto de Derecho Público. Facultad de Ciencias Políticas y Jurídicas. Universidad Central de Venezuela. Caracas, Venezuela. Pág. 316.

cluso aquí es irrelevante la calidad de funcionario público, pues se debe a una actuación culposa que cualquier persona cometería en el orden de la esfera privada–, o también sicológicamente (o elemento de intencionalidad), cuando a pesar de haber sido cometido dentro del servicio, así como señala Laferriere; la acción revela al hombre con sus debilidades, sus pasiones e imprudencias.[361] Esta última clasificación recibe dos aplicaciones prácticas: a) el funcionario ha obedecido a móviles personales, como por ejemplo; deseos de venganza, búsqueda de un interés particular, etc. b) en Francia también se ha desarrollado el concepto de "gravedad excepcional", el cual se explica como "un desprecio total de las reglas deontológicas o bien errores profesionales muy groseros"[362]; ejemplo de esto: un bombero que provoca un accidente encontrándose en estado de ebriedad, un médico de turno que se rehúsa asistir a un enfermo grave.

En nuestra jurisprudencia podemos encontrar en relación a este tema algunos fallos. En primer lugar, revisaremos la causa caratulada "Beltrán Fernández, Yolanda con Fisco de Chile"[363]. El homicidio cometido por un carabinero de franco, constituye según la Corte de Apelaciones de Santiago, una falta personal que no genera la responsabilidad del Estado. Este razonamiento se encuentra presente en el considerando cuarto de aquella sentencia: "Que si se considera que el hecho de la muerte de la persona aludida no guarda relación con la labor funcionaria de quien la provocó, pues no fue cometido en un acto de servicio ni con ocasión del mismo, es necesario concluir que se trata de un hecho jurídico de carácter personal, que se rige por el derecho común en lo referente a indemnizaciones y no por el Derecho Público, no obligando, por ende, al Fisco".

Los sentenciadores estimaron que, en el momento del suceso, el autor del delito no se encontraba ejerciendo ninguna autoridad pública. Sin embargo nos parece curioso, dado el desarrollo actual de la jurisprudencia, que el tribunal de alzada haya considerado que el porte de un arma perteneciente al servicio, es una cuestión obligatoria para el funcionario y no compromete con ello la responsabilidad del órgano público; así se

---

[361] Ibídem. Pág. 317.

[362] Paillet, Michel. (2001). "La responsabilidad administrativa". Cit. Pág. 109.

[363] **Beltrán Fernández, Yolanda con Fisco de Chile. Apelación. C.A. Santiago. Rol 962-95. 13.1.1997**. En los hechos, el hijo de la demandante doña Yolanda Beltrán, falleció producto de un impacto de bala efectuado por el cabo 2° de Carabineros, Hugo Reyes Mejías, quien se encontraba en estado de ebriedad y fuera del turno correspondiente a su servicio. La sentencia de primera instancia, acogiendo la pretensión de la demandante, condenó al Fisco a pagar la cantidad de cinco millones de pesos por concepto de "lesiones morales y espirituales"; en cambio el fallo de alzada revocó aquella decisión.

puede leer en el considerando quinto: "Que la circunstancia de portar la referida persona un arma proporcionada por el Fisco en nada modifica lo señalado, desde que los actos personales de la misma, realizado fuera de su horario de trabajo, no revisten el carácter de actos de servicio, por el solo hecho de cometerlo con arma fiscal". En relación a lo referido, pareciera que distinta es la posición que hoy han tomado los tribunales de justicia, sobre todo con la recepción del concepto de la "ocasionalidad", según veremos más adelante.

Otro ejemplo es la causa "Gutiérrez Molina, Hipólito y Gutiérrez Fuentes, José con Fisco de Chile"[364]. Cuando un funcionario de la Policía de Investigaciones, en virtud de una reunión social dentro de un recinto privado, lesiona a otra persona, esto también constituye una falta personal que no compromete la responsabilidad del servicio. Los sentenciadores interpretan en un sentido literal el artículo 4° de la LOCBGAE, el cual exige que el daño se produzca en el ejercicio de las funciones del servicio. En este mismo sentido, la sentencia de la Corte Suprema, en su considerando decimoquinto, indica: "…no basta, por cierto, que el autor del daño sea calificado como órgano estatal, por su inserción en la estructura de la Administración o su vinculación con ésta. Adicionalmente, se requiere que el acto u omisión dañina se produzca precisamente en ejercicio de la función propia del órgano o con ocasión de ella". Procedería, por tanto, revocar la sentencia de la Corte de Apelaciones que condenó al Fisco a reparar a los demandantes, en virtud de una falta calificada como personal y desvinculada del servicio; aunque la persona sea integrante de la institución de policía, "no actuó en la situación sub lite en el marco de sus labores o cometidos institucionales, ni con motivo de ellas". (Considerando vigésimo primero).

Analizada parte de la jurisprudencia nacional, concluimos que la principal consecuencia del daño producido por un actuar culposo o doloso

---

[364] **Gutiérrez Molina, Hipólito y Gutiérrez Fuentes, José con Fisco de Chile. Casación en el Fondo. CS. Rol 2986-2009. 16.3.2010.** El día 20 de Enero del año 2002, Marcel Castillo Puebla, funcionario de la Policía Investigaciones de Chile, durante una reunión social dentro de un recinto particular, provocó lesiones graves a José Gutiérrez Fuentes mediante el disparo de un arma de fuego; se estableció además como hecho de la causa, la ingesta de alcohol del actor que revelaba 1,5 miligramos por litros de sangre. Dicho funcionario fue condenado en sede penal a sesenta y un días de reclusión en su grado mínimo como autor del cuasidelito de lesiones. En sede civil, el tribunal de alzada condenó al Fisco a pagar a favor de los demandantes y, a título de indemnización de daño moral, las sumas de sesenta millones de pesos para don José Rigoberto Gutiérrez Fuentes y cuarenta millones de pesos, a don Hipólito Gutiérrez Molina. La Corte Suprema conociendo de la Casación interpuesta por el Estado, revocó aquella decisión.

del funcionario (con desvinculación del servicio); es que la Administración queda exenta de responsabilidad, por tanto, será el agente el único obligado a la reparación del perjuicio producido.[365] Esta posición es la que consideraríamos como más criteriosa si atendemos que estos hechos, debidamente probados por la víctima, constituyen simplemente culpas civiles. En cambio, esto que parece tan evidente, no constituye opinión unánime dentro de los autores nacionales.

Según Pablo Rodríguez, una falta personalísima radicada (es decir, que se conoce con exactitud la identidad del agente causante del acto lesivo) puede generar también, excepcionalmente, responsabilidad para la Administración por efecto de la *culpa in eligendo*, esto es, la negligencia o descuido en la selección de los funcionarios que integran el servicio público, y el "vínculo, aun cuando remoto, entre el daño y la pertenencia de quien lo causa a la Administración"[366]. Lo anterior se justifica por el hecho que la Administración tiene el deber, más que ninguna otra institución, de elegir a sus funcionarios por medio de rigurosos concursos, cuestión que va acompañada necesariamente de evaluaciones periódicas, todo lo anterior con el objeto de evitar el desarrollo de comportamientos irregulares que perjudiquen a los administrados[367].

4.2. La Falta Personal vinculada al servicio.

A juicio del profesor José Miguel Valdivia, la distinción procesal entre la falta personal y la Falta de Servicio que sirvió para determinar la judicatura competente en Francia, no tiene relevancia alguna en nuestro país, toda vez que en Chile no existe una dualidad de jurisdicción[368]. Es sin embargo, la distinción bajo un criterio sustancial la que es relevante en nuestro análisis, ya que en virtud de ésta se podrá indagar sobre una posible conexión entre el actuar del agente con el servicio público al cual pertenece. Cuando la culpa del funcionario se deba a una conducta más bien "institucional", "habrá una falta de servicio que abandona a su autor material para venir a imputarse directamente al servicio, acarreando consecuencialmente la responsabilidad exclusiva del ente público de que se trate".[369]

---

[365] Román Cordero, Cristián. (2004). "Los presupuestos de la responsabilidad…". Cit. Pág. 350.

[366] Rodríguez Grez, Pablo. (2011). "Sobre la responsabilidad extracontractual…". Cit. Pág. 38.

[367] Ídem.

[368] Valdivia Olivares, José Miguel. (2005). "Nuevas fronteras…". Cit. Pág. 11.

[369] Ídem.

La falta personal es una institución, como explicamos al principio de este capítulo, que nace en Francia y cuya evolución en ese ordenamiento jurídico permitió aseverar que la responsabilidad de la Administración se admite cada vez que esta falta no está desprovista de todo vínculo con el servicio. Sin embargo, una importante dificultad que se presenta dice relación con esclarecer, en el caso concreto, la naturaleza de dicha falta. Determinar si esta es personal y totalmente desvinculada del servicio, (donde responderá con su propio patrimonio el funcionario) o por el contrario, constituye una culpa que hace responsable al Fisco por existir determinados nexos con el servicio; es según Pierry Arrau, una labor necesaria del juez de la causa dentro de los considerandos de la sentencia definitiva[370].

Revisemos a continuación cuáles han sido los dos criterios con los que la jurisprudencia nacional estima la falta personal del funcionario como constitutiva de responsabilidad para el Estado, colocando a éste en obligación directa de resarcir los perjuicios ocasionados

4.2.1. En "función" del servicio

Recordemos que el artículo 4° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado dispone que el Fisco es responsable de los daños producidos en "el ejercicio de sus funciones". Esto implica considerar que las faltas cometidas por los funcionarios dentro del ejercicio normal de su función comprometen la responsabilidad del órgano estatal, esto es, cuando el agente ha permanecido enteramente dentro del marco y tiempo de la función[371].

Determinar cuándo se ha actuado dentro de las funciones propias de cada servicio es una tarea del juez, pero que en algunas ocasiones es auxiliada mediante la existencia de preceptos legales que regulan la actividad de aquellos órganos.

El Código de Justicia militar, por ejemplo, en su artículo 421 señala qué se entiende por acto de servicio: "todo el que se refiera o tenga relación con las funciones que a cada militar corresponden por el hecho de pertenecer a las Instituciones Armadas"; concepto considerado por la jurisprudencia local como amplio en materia de responsabilidad. En el mismo sentido, el artículo 1° de la Ley Orgánica Constitucional de Carabineros dispone: "Carabineros de Chile es una Institución policial téc-

---

[370] Pierry Arrau, Pedro. (1995). "Repetición del Estado contra el funcionario". En Revista de Derecho de Universidad Católica de Valparaíso, N°XVI. Pág. 354.

[371] Pierry Arrau, Pedro. (1983). "Responsabilidad extracontractual del Estado por los delitos cometidos por sus funcionarios". En Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso, N°VII. Pág. 294.

nica y de carácter militar, que integra la fuerza pública y existe para dar eficacia al derecho; su finalidad es garantizar y mantener el orden público y la seguridad pública interior en todo el territorio de la República y cumplir las demás funciones que le encomiendan la Constitución y la ley". También podemos encontrar una noción de función del servicio en el Decreto Ley N°2.460, Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones de Chile, especialmente su artículo 4° señala: "La misión fundamental de la Policía de Investigaciones de Chile es investigar los delitos de conformidad a las instrucciones que al efecto dicte el Ministerio Público, sin perjuicio de las actuaciones que en virtud de la ley le corresponde realizar sin mediar instrucciones particulares de los fiscales".

Un ejemplo ilustrativo de cómo la jurisprudencia ha entendido que un agente actúa en "función del servicio", es el caso "González Rodríguez, Alejandro con Fisco de Chile"[372]. Cuando un Cabo Segundo del Ejército hiere, a causa del castigo propinado, a un conscripto durante una jornada de entrenamiento, compromete con ello la responsabilidad de la Administración. El Estado en su defensa, refirió que lo obrado por el ex Cabo Meza constituye una conducta absolutamente separable del ejercicio de sus funciones, y que luego de calificada como un grave incumplimiento a sus deberes militares, derivó en su expulsión del Ejército. Sin embargo, es otro el razonamiento de los ministros atendidas las circunstancias de hecho y de derecho allegadas a la causa. Así las cosas, el considerando sexto de la sentencia de reemplazo indica: "Que en esta perspectiva, el Estado no puede desvincularse de la falta personal en que ha incurrido uno de sus agentes, por cuanto ha sido el Ejército quien puso al ex Cabo 2° a cargo de la instrucción de un grupo de conscriptos, entre los que se encontraba el demandante, de modo que la acción desplegada por el funcionario Meza Meza no se encuentra separada del servicio, sino que por el contrario, la función de instrucción militar que le fue asignada la ejerció indebidamente, cometiendo una falta personal en su ejercicio, por lo que compromete la responsabilidad estatal".

---

[372] **González Rodríguez, Alejandro con Fisco de Chile. Casación en la Forma de Oficio. CS. Rol 3.844-2010. 28.3.2013.** En los hechos, don Alejandro González Rodríguez, mientras se encontraba realizando el Servicio Militar Obligatorio en el Regimiento N°3 "Yungay" de la ciudad de Los Andes, recibió por parte del Cabo 2° Rodrigo Meza Meza un golpe en la cabeza con un envase vacío de proyectil, de aproximadamente un kilo y medio de peso. Lo anterior se debió a que el referido cabo, que dirigía las maniobras de los conscriptos, se enojó por la errónea realización de los ejercicios que habían sido encomendados. Dicho golpe causó en el afectado el desprendimiento de la retina de su ojo izquierdo. La víctima, luego de accionar mediante demanda Civil, obtuvo por sentencia de reemplazo emitida por la Corte Suprema, una suma de cincuenta millones de pesos a título indemnizatorio por el daño moral experimentado.

En un reciente fallo caratulado "Ossa Infante, Ramón Ángel con Fisco de Chile"[373]; se ha establecido por parte de los sentenciadores, que la muerte de varios conscriptos durante ejercicios militares ocurridos en las cercanías del volcán Antuco, constituye una falta personal imputable a los superiores y ex funcionarios del regimiento, pero que a su vez, ésta compromete la responsabilidad del Fisco por no encontrarse desvinculada al servicio. En definitiva y en atención al contexto en que se han desarrollado los acontecimientos, la falta se ha cometido en el ejercicio del mismo. Corresponde, por lo tanto, rechazar el recurso deducido por la parte demandada en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones que obliga al Fisco a resarcir económicamente el daño moral producido a los soldados sobrevivientes. Dicho razonamiento de la Corte se puede observar en el considerando octavo: "Que en esta perspectiva, el Estado no puede desvincularse de la falta personal en que han incurrido sus agentes, por cuanto ha sido el mismo Estado quien ha instalado a los conscriptos afectados en una determinada misión militar y les ha impuesto además la obligación de cumplir con los ejercicios o actividades de instrucción, de modo que la acción desplegada por los funcionarios condenados penalmente no se encuentra desprovista de vínculo con el servicio, sino que por el contrario se ha cometido en el ejercicio de la función, la que se ha ejecutado indebidamente, comprometiendo por lo tanto la responsabilidad estatal".

4.2.2. Con "ocasión" del servicio

Esta noción ha sido empleada por la jurisprudencia para imputar responsabilidad del Estado cuando el acto del agente no se ha realizado dentro de la función del servicio. Se trata de una actividad, que en principio podría ser catalogada como privada, pero que sin embargo posee algunos elementos propios del servicio que permiten que la falta

[373] **Ossa Infante, Ramón Ángel con Fisco de Chile. Casación en el Fondo. CS. Rol 24.984-2014. 12.3.2015.** Un grupo de conscriptos del Ejército de Chile, en cumplimiento del servicio militar obligatorio, fueron llevados al sector del Volcán Antuco a fin de participar en ejercicios militares. El día 18 de mayo del año 2005 recibieron la instrucción por parte de los superiores de realizar una marcha de repliegue, la que se llevó a cabo sin condiciones de seguridad, sin el equipamiento adecuado y sin adoptarse las medidas mínimas que permitiesen salvaguardar la vida de los conscriptos, cuestión que se tradujo en la muerte de algunos de los soldados que realizaban dicha campaña. Ante este lamentable hecho, los conscriptos sobrevivientes entablaron una demanda de indemnización de perjuicios en contra del Estado. El tribunal de primera instancia rechazó la pretensión de los actores, en cambio, la Corte de alzada conociendo del recurso de apelación interpuesto; condenó al Fisco de Chile con veinte millones de pesos para cada uno de los demandantes.

no sea considerada como totalmente separable y justifican que el Fisco responda. Estos elementos son normalmente situaciones de hecho que son reconducidas a la labor desempeñada por el funcionario. Dentro de éstos podemos mencionar, en base fallos pronunciados sobre el tema; la utilización de instrumentos del servicio (como por ejemplo armas de fuego en las policías) o bien, si los hechos han ocurrido dentro de las dependencias de la institución pública.

En la doctrina francesa se ha calificado esta variante como una "falta personal de segundo tipo", la cual si bien ha sido ejercida fuera del servicio no ha ocurrido sin una relación con éste, cuestión que permite, por lo tanto, comprometer la responsabilidad de Estado. Según Pedro Pierry, "se trata de actos extraños a la ejecución de la función, pero que la existencia de la función ha no obstante permitido. El empleado distorsiona de su fin normal, los medios que su función pone a sus disposición; abusa de las facilidades que ella le permite"[374].

Consideramos que la construcción de este concepto, cuya proposición es a todas luces una solución más garantista, permite al afectado de un daño reconducir la demanda reparatoria en contra del Fisco, toda vez que el funcionario en la mayoría de las veces, no presenta la solvencia económica que sí evidencia el órgano público.

El *leading case* respecto a esta materia lo constituye el fallo "Morales Gamboa, Edith del Carmen con Fisco de Chile".[375] El disparo realizado por un carabinero a otro, dentro de un recinto de la institución constituye una falta personal que no se encuentra desvinculada del servicio. Así lo ha entendido la Corte: "claramente el ex carabinero Claudio Osorio Tapia incurrió en lo que el Derecho Administrativo denomina una falta personal que ocasionó la muerte de otro funcionario policial y por lo

[374] Pierry Arrau, Pedro. (1983). "Responsabilidad extracontractual del Estado por los delitos cometidos…". Cit. Pág. 298.

[375] **Morales Gamboa, Edith del Carmen con Fisco De Chile. Casación en el Fondo. CS. Rol 7919-2008. 14.1.2011.** En el dormitorio de solteros de una unidad de Carabineros de Chile, varios funcionarios de dicha institución compartían de un momento de esparcimiento. En aquel contexto, el cabo 2° Wildo Soto Morales realiza una broma a su compañero Claudio Osorio Tapia, quien lo persiguió y apuntó con un arma particular, escapándose un proyectil que impactó en la parte torácica del primero, cuestión que provocó su fallecimiento. El carabinero Claudio Osorio fue condenado, por este motivo, a cinco años de presidio por el delito de homicidio simple. La abuela de la víctima, en tanto, dedujo demanda reparatoria de perjuicios en contra del Fisco. Así las cosas, el tribunal de primera instancia rechazó su pretensión; sin embargo, la Corte de Apelaciones de Valparaíso revocó la decisión del tribunal a quo y condenó al Estado con la suma de setenta y cinco millones de pesos a favor de la demandante por concepto de daño moral.

que fue condenado penalmente como autor de homicidio simple. Ahora bien, dado el contexto en el cual se desarrollan estos acontecimientos, es dable concluir que la falta personal atribuida a Osorio Tapia no se encuentra desvinculada del servicio, sino que se ha cometido con ocasión de él" (Considerando octavo). Al estar acuartelados dichos funcionarios, era una obligación para éstos el permanecer en las dependencias de aquella tenencia, por lo que según los sentenciadores, derechamente existe un entorno que está vinculado al servicio policial del que formaban parte los carabineros intervinientes en estos hechos; surgiendo para el Estado el deber de indemnizar a la familia de la víctima, producto del hecho ilícito cometido por aquel agente público. En este orden de ideas, la Corte en el considerando décimo quinto finalmente razona: "Que lo actuado por el carabinero Claudio Osorio Tapia constituye claramente una falta personal y no una falta de servicio; pero una de aquellas en que el servicio no puede separarse de la falta, por cuanto ella ha sido cometida con ocasión del servicio, esto es, con los medios apropiados para cometerla, que en este caso es la condición de acuartelados en una unidad militar".

Dentro de este mismo criterio encontramos la causa "Palma Guerra, Enzo y otros con Fisco de Chile"[376], en esta oportunidad la Corte Suprema estimó que la tortura realizada por un grupo de Carabineros a un detenido, provocando su muerte, constituye una falta personal que no está totalmente desvinculada del servicio, y que por tanto compromete la responsabilidad del Fisco. En el considerando décimo cuarto, los sentenciadores anuncian que la noción de la ocasionalidad, como hemos estudiado, también genera obligación reparatoria para la Administración; "…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

[376] **Palma Guerra, Enzo y otros con Fisco de Chile. Casación en el Fondo. CS. Rol 9510-2009. 4.6.2012**. En los hechos, don Raúl Palma Salgado es detenido por funcionarios de Carabineros de la Sub-comisaría de lo Lillo y posteriormente entregado a miembros de la SIP de la misma institución. Estos funcionarios sometieron a torturas al imputado las cuales produjeron su muerte. El parte médico reveló que la causa del fallecimiento fue un traumatismo cervical, torácico y abdominal y que las lesiones eran recientes, vitales y necesariamente mortales, posibles de explicar por la acción de terceros. Los carabineros involucrados fueron condenados penalmente como autores del delito de violencia innecesaria con resultado de muerte. La cónyuge y los hijos de la víctimas interpusieron demanda de indemnización por perjuicios en contra del Fisco, así las cosas, el tribunal de primera instancia condenó al Estado con una suma de ciento cincuenta millones de pesos a favor de los demandantes por concepto de daño moral, decisión que fue confirmada por la Corte de Apelaciones.

la misma…". Concretamente, la ocasión de servicio es vislumbrada toda vez que los Carabineros se valieron de su investidura como agentes del Estado, así como también utilizaron instalaciones de un recinto policial que pertenece al Estado de Chile. En este sentido, el Tribunal Supremo señaló: "Que lo actuado por los funcionarios de Carabineros constituye claramente una falta personal y no una falta de servicio; pero una de aquellas en que el servicio no puede separarse de la falta, por cuanto ella ha sido cometida con ocasión del servicio, esto es, con los medios apropiados para cometerla, que en este caso es la condición de Carabineros que interrogan a un detenido en una unidad policial".

4.3. La acción de repetición en favor del Fisco.

A la Administración del Estado le asiste un importante derecho, el cual surge cuando ésta ha sido obligada a reparar determinados perjuicios. Hablamos de la acción de repetición contenida en varias de las disposiciones que conforman el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado. En este sentido encontramos el artículo 42 inciso 2° de la LOCBGAE, el artículo 152 inciso 2° de la LOCM y el artículo 38 inciso 3° de la Ley de Acceso Universal con Garantías Explícitas; todas estas normas contienen la idea de que el servicio puede repetir en contra del funcionario que haya incurrido en falta personal. Importante es señalar que la acción de reembolso sólo procede en el caso de que la falta personal sea cometida, como anteriormente veíamos, "en función del servicio" o con "ocasión" de éste.

En relación a la naturaleza de esta acción existen diversas posturas. Para el profesor Enrique Barros, se trata de una acción restitutoria o de reembolso la cual tiene como antecedente que el Fisco haya cumplido con la obligación personal y directa de indemnizar al administrado de los perjuicios provocados[377]. Para Pedro Pierry, el contenido del artículo 42 inciso 2° de la Ley de Bases, dispone una subrogación de "pleno derecho" y de forma automática en favor del Estado respecto de la acción que tendría la víctima en contra del funcionario. A diferencia de lo que ha entendido alguna jurisprudencia, no existe solidaridad entre los funcionarios, es decir, cada uno de ellos responderá en la medida de su falta, la cual se apreciará de acuerdo a la gravedad y contribución al daño. Por lo tanto, a juicio del autor, esta solución se aparta de lo dispuesto en el artículo 2317 del Código Civil[378], ajustándose mucho mejor con la idea

[377] Barros Bourie, Enrique Gustavo. (2006). Op. Cit. Pág. 528.

[378] **El artículo 2317 del Código Civil** señala: "Si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente res-

de falta personal[379]. En cambio, resulta ser otro el camino que han tomado los fallos nacionales, pues inclusive se ha condenado solidariamente al Fisco y sus agentes aun cuando la doctrina entiende tradicionalmente que se trata de una responsabilidad directa (o por el hecho propio en términos civiles).

Gran parte de la doctrina así como también algunas sentencias, estiman que en esta materia tiene plena aplicación el artículo 2325 del Código Civil, el cual dispone: "Las personas obligadas a la reparación de los daños causados por las que de ellas depende, tendrán derecho para ser indemnizadas sobre los bienes de éstas, si los hubiere, y si el que perpetró el daño lo hizo sin orden de la persona a quien debía obediencia, y era capaz de delito o cuasidelito, según el artículo 2319". El profesor Pablo Rodríguez considera que el derecho consagrado en favor del aparato público es más amplio que la norma citada, artículo referido a las personas obligadas a reparar los daños causados por sus dependientes[380].

La jurisprudencia ha dicho que se aplican las reglas de la acción subrogatoria contenida en el artículo 1522 del Código Civil en relación con lo dispuesto en el artículo 1610 n°3 del mismo cuerpo legal[381]. En este sentido encontramos la causa "Fisco de Chile con Elgueta Parodi, Alfredo y otros"[382], oportunidad en que el Estado accionó de repetición en virtud de la condena por el caso Beraud. A modo de entender de forma correcta el fallo que posteriormente se analizará, presentaremos los hechos que dieron origen a este nuevo proceso judicial que tuvo ahora al Fisco en posición de demandante.

En aquella oportunidad y por sentencia firme del 20 de junio de 1996, el Estado fue obligado a pagar al ex Ministro de la Corte Suprema,

---

ponsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito, salvas las excepciones de los artículos 2323 y 2328".

379 Pierry Arrau, Pedro. (1995). "Repetición del Estado…" Cit. Pág. 356.

380 Rodríguez Grez, Pablo. (2011). Op. Cit. Pág. 43.

381 **El artículo 1522 del Código Civil** dispone: "El deudor solidario que ha pagado la deuda, o la ha extinguido por alguno de los medios equivalentes al pago, queda subrogado en la acción de acreedor con todos sus privilegios y seguridades, pero limitada respecto de cada uno de los codeudores a la parte o cuota que tenga este codeudor en la deuda". **El artículo 1610 n°3** señala: "Se efectúa la subrogación por el ministerio de la ley y aun contra la voluntad del acreedor, en todos los casos señalados por las leyes, y especialmente a beneficio, 3° Del que paga una deuda a que se halla obligado solidaria o subsidiariamente;"

382 **Fisco de Chile con Elgueta Parodi, Alfredo y otros. Casación en el Fondo. CS. Rol 2.954-2006. 12.6.2007.**

Lionel Beraud, un monto correspondiente a 47.253.930 pesos, equivalentes a 3.282 unidades de fomento, en virtud de una errónea intervención quirúrgica practicada en el Hospital Militar. El demandante había acudido a esta institución con el propósito de operar una de sus caderas a causa de una fuerte artrosis que lo aquejaba; sin embargo, el equipo médico intervino la cadera que se encontraba sana.

Luego del pago realizado a la víctima, el Estado inició en ejercicio de la acción recursoria que le asiste, un juicio ordinario de hacienda en contra de los funcionarios responsables de la comentada operación, pues consideró haberse subrogado en la posición jurídica del señor Beraud. Los jueces del fondo así lo estimaron ya que "al pagar el Fisco de Chile la obligación en la que era deudor solidario junto con los demás condenados por cuasidelito de lesiones graves, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1.610 n°3 del Código Civil, se subrogó en los derechos del acreedor, a efectos de exigir el reembolso de lo pagado a los demás deudores solidarios…" (Considerando tercero).

En un análisis crítico de este fallo, el profesor Hugo Cárdenas considera un acierto que la magistratura concediera la acción de reembolso, reconociendo que a favor del Fisco se aplican las normas de la subrogación; sin embargo, identifica como reprochable el hecho que se pueda repetir sobre el total del monto pagado; "ya que de una u otra manera la Administración también contribuyó en nombre propio y de manera culpable a la producción del daño"[383]. Si bien el tribunal aplicó de forma adecuada la norma del artículo 1522 del Código Civil, rechazando la procedencia de la solidaridad respecto del cobro a los funcionarios, no estima correcto que los codeudores pertenecientes al equipo médico respondan por partes iguales. A mayor abundamiento, no queda del todo claro el término "a prorrata" que utiliza la sentencia; así, una interpretación más acorde con la justicia material sería diferenciar el daño producido por el médico jefe del equipo, del perjuicio provocado por la arsenalera de dicho grupo; de esta forma para el profesor Cárdenas, es más adecuado que la cuantía de la reparación se divida entre los responsables de acuerdo a criterios de imputación tanto objetivos como subjetivos.[384] Lo anterior se entiende mejor cuando tenemos presente las vacilaciones por parte de los sentenciadores a la hora de aplicar las normas del Derecho Civil, debido en gran parte a que las disposiciones del

[383] Cárdenas Villarreal, Hugo. (2008). "La acción de reembolso del Fisco. A propósito del caso Beraud". En Revista de Derecho Administrativo Económico N°2. Centro de Derecho Administrativo Económico, Pontificia Universidad Católica de Chile. Pág. 127.

[384] Ibídem Pág. 128.

Derecho Público que regulan esta acción muy poco o casi nada señalan al respecto.

Siguiendo con esta idea, el régimen construido por la jurisprudencia en esta materia ha mezclado los elementos de un sistema de responsabilidad por culpa en la elección con los propios de una responsabilidad vicaria. Así las cosas, Cárdenas señala que en la práctica existe un claro patrón seguido por los tribunales de nuestro país y es el siguiente: en primer lugar se condena de manera solidaria en virtud del artículo 2317 tanto al funcionario como al Fisco; exigiendo al respecto la culpa del agente causante del daño pero impidiendo la prueba liberatoria del servicio. En definitiva, dominarían los elementos de una responsabilidad vicaria porque se anula prácticamente la posibilidad de que el Fisco demuestre que ha sido diligente[385].

En la causa "Torres Beltrán, Edgardo Javier con Servicio de Salud de Concepción"[386], la Corte Suprema repite lo que ya hemos venido diciendo sobre la relación existente entre la Falta de Servicio y la Falta personal; así se puede leer en el considerando duodécimo de la sentencia de nulidad sustancial: "…se puede concluir que la responsabilidad por falta de servicio es del Estado y no del funcionario, es decir, es el Estado quien debe responder por los perjuicios ocasionados con el mal funcionamiento o el funcionamiento tardío de un servicio público de la administración. Sin embargo, el Estado tiene la posibilidad de repetir lo pagado en contra del funcionario que haya incurrido en falta personal. Esta situación se produce cuando sólo existe falta personal y no falta de servicio unida a ésta, pero en que la falta personal no está desprovista de vínculo con el servicio, como sería por ejemplo en el caso de un delito cometido con los medios puestos a disposición del funcionario por el servicio. En ese caso, no existe solidaridad y el Estado debe responder por la falta cometida por el funcionario, pero puede repetir en su contra por el total".

---

[385] Cárdenas Villarreal, Hugo. (2010). "La acción de repetición del Fisco en contra del personal médico-sanitario". En Estudios de Derecho Civil V (VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Concepción, 2009). Ed. Legal Publishing. Santiago, Chile. Pág. 533.

[386] **Torres Beltrán, Edgardo Javier con Servicio de Salud de Concepción. Casación en el Fondo. CS. Rol 6.665-2008. 13.1.2011**. En los hechos, con fecha 09 de Julio del año 2001, el menor Edgardo Torres Moreno falleció producto de la aplicación indebida de un tratamiento intravenoso. Dicho procedimiento fue realizado en el Hospital Regional de Concepción, resultando condenadas la enfermera y médico que participaron en la aplicación del tratamiento, a la pena de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo y a la suspensión de cargo u oficio público en calidad de autoras de cuasidelito de homicidio.

El mismo considerando de este fallo agrega una peculiar precisión respecto del quantum de la acción de reembolso: "Puede ocurrir, también, que exista falta de servicio y falta personal, lo que en doctrina se denomina "cúmulo de faltas". En este caso, si se persigue el cobro contra el Estado éste debe pagar, pero puede repetir en contra del funcionario por el equivalente a su falta personal, esto es, un 50% si el Juez nada dice, o por el porcentaje que se indique en el fallo que corresponda a la falta de servicio y a la falta personal". En el caso concreto, los sentenciadores estimaron que al haber sido condenado el Estado a una suma mayor a la establecida en sede penal, debe entenderse que la Corte de Apelaciones de Concepción dio por hecho que ha existido además Falta de Servicio, esto significa que sólo procede repetir respecto al monto que en aquella instancia procesal se determinó y que corresponde a la falta personal, imputándose el saldo a la Falta de Servicio cuyo pago debe soportar el Estado.

Vistos algunos de los principales aspectos de la naturaleza de la acción de reembolso en materia de responsabilidad extracontractual del Estado, así como también las consideraciones de la doctrina y jurisprudencia entorno al tema; es preciso mencionar que el régimen contenido en la Ley AUGE contempla reglas especiales que restringen la procedencia de esta acción. El artículo 38 inciso 3° de la mencionada ley dispone: "Los órganos de la Administración del Estado que en materia sanitaria sean condenados en juicio, tendrán derecho a repetir en contra del funcionario que haya actuado con imprudencia temeraria o dolo en el ejercicio de sus funciones, y en virtud de cuya actuación el servicio fue condenado. La conducta imprudente o dolosa del funcionario deberá siempre ser acreditada en el juicio en que se ejerce la acción de repetición, la que prescribirá en el plazo de dos años, contado desde la fecha en que la sentencia que condene al órgano quede firme o ejecutoriada". Agrega el artículo 39 de la misma legislación: "En el caso señalado en el inciso final del artículo anterior, los órganos de la Administración del Estado deberán instruir la investigación sumaria o sumario administrativo correspondiente, a más tardar diez días después de notificada la sentencia de término".

Al exigir el Legislador una conducta imprudente o dolosa del agente, con ello por un lado desincentiva la realización de conductas delictivas o de plano demasiado imprudentes (cuestiones que serán más bien casos excepcionales), y por otro, establece que el Fisco no podrá repetir en contra de los funcionarios del servicio de salud cuando se haya determinado en juicio que su actuación se debió a una culpa simple[387].

[387] Cárdenas Villarreal, Hugo. (2010). "La acción de repetición…". Cit. Pág. 535.

Un último aspecto a tratar sobre este tema dice relación con la posible antinomia producida entre el artículo 38 de la Ley AUGE y el artículo 67 de la Ley N°10.336, Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República[388], problema advertido por el profesor Hugo Cárdenas en una de sus obras. Al respecto, muy relevante es la decisión tomada por la Corte Suprema en la causa caratulada "López Araneda, Alejandro con Subcontraloría General de la Republica"[389]

En los hechos, don Alejandro López de profesión médico, interpuso recurso de protección en contra de la Subcontraloría General de la República, la cual habría dictado un acto "ilegal y arbitrario" consistente en el Oficio N°020446 del 30 de abril de 2008. Este documento dispuso que el recurrente debía reintegrar la suma de $129.724.000 que el Servicio de Salud de Llanquihue, Chiloé y Palena pagó en virtud de un "avenimiento" celebrado con los representantes del afectado con fecha 15 de abril de 2007 en la causa seguida ante el Juzgado del Crimen de Castro por cuasidelito de lesiones gravísimas, otorgando las facilidades de pago en 210 parcialidades. Al respecto, sostiene que este procedimiento administrativo es improcedente por cuanto no es posible emplear esta vía para ejercer la acción de repetición, toda vez que el artículo 38 de la Ley 19.996 exige recurrir a un juicio de lato conocimiento en que se determine la procedencia de la pretensión de repetición y el monto al cual eventualmente alcance; tampoco sería suficiente para ello el avenimiento arribado por las partes. La Corte rechaza la pretensión expuesta y estipula en el considerando décimo séptimo: "…la hipótesis normativa no corresponde a la planteada por el recurrente, desde que en su caso le afecta una sentencia judicial condenatoria ejecutoriada que ya se pronunció acerca de su conducta ilícita y de su obligación indemnizatoria".

---

[388] **El artículo 67 de la Ley N°10.366** dispone: "El Contralor podrá ordenar que se descuenten de las remuneraciones de los funcionarios de los Organismos y Servicios que controla, en las condiciones que determine y adoptando los resguardos necesarios, las sumas que éstos adeuden por concepto de beneficios pecuniarios que hayan percibido indebidamente. Estos descuentos podrán hacerse efectivos también sobre el desahucio y las pensiones de jubilación, retiro y montepío. Si recaen sobre remuneraciones mensuales no podrán exceder del 50% de las mismas.
Asimismo, el Contralor podrá ordenar que se descuente, en las condiciones ya indicadas, de las remuneraciones de los funcionarios a que se refiere el inciso anterior, las sumas que el Fisco u otra institución estatal deba pagar a terceros en virtud de sentencia judicial, cuando se haga efectiva la responsabilidad civil por actos realizados en el ejercicio de las funciones respectivas".

[389] López Araneda, Alejandro con Subcontraloria General de la Republica. Apelación Recurso de Protección. CS. Rol 2.849-2009. 21.7.2009.

Según Cárdenas Villarreal, la colisión entre ambas normas es evidente, mientras el artículo de la Ley de Contraloría General de la República faculta sin más al Contralor para disponer el descuento en la remuneración del funcionario respecto a la suma pagada por el Fisco; la norma de la Ley AUGE exige previamente que se accione contra el funcionario en un juicio ordinario civil y que además se demuestre la imprudencia temeraria o dolo de éste[390]. La única interpretación válida para la normativa de la Contraloría, es posible *ex post* al juicio civil que sentencia la acción de repetición en contra del funcionario, y también luego del sumario administrativo que contempla el artículo 39 de la ley 19.966.[391]

5. Consolidación de la Falta de Servicio como criterio de atribución general. La uniformidad del sistema de responsabilidad extracontractual del Estado Administrador

En los apartados que siguen, estudiaremos el fenómeno que demuestra la transformación de la Falta de Servicio como el único criterio de atribución respecto de los casos de responsabilidad extracontractual del órgano público, en virtud del desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema de nuestro país, así como también en relación a las bases inspiradoras de la doctrina local. En primer lugar analizaremos la reconstrucción de la Falta de Servicio a través de los preceptos del Código Civil a fin de hacer aplicable esta institución a los actos de las Fuerzas Armadas y Fuerzas de Orden y Seguridad Pública. Más adelante, observaremos cómo los fallos de los tribunales superiores de justicia de nuestro país, han descartado la procedencia de otros criterios de imputación de responsabilidad, como son, el criterio del riesgo creado y el sacrificio especial; instituciones que, al contrario de lo que sucede en nuestro ordenamiento jurídico, han ganado enorme espacio y desarrollo en el derecho comparado.

5.1. Aplicación de la Falta de Servicio a las actuaciones de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública

El artículo 21 inciso 2° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, exceptúa a algunos órganos de la Administración Pública respecto de su Título II (llamado "Normas Especiales"), lo que conlleva desde luego, la inaplicabilidad del entre no-

[390] Cárdenas Villarreal, Hugo. (2010). "La acción de repetición…". Cit. Pág. 537.
[391] Ibídem Pág. 539.

sotros conocido artículo 42, precepto que contiene el criterio de atribución de responsabilidad Falta de Servicio. Dicha disposición señala: "Las normas del presente Título no se aplicarán a la Contraloría General de la República, al Banco Central, a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, Municipalidades, al Consejo Nacional de Televisión, al Consejo para la Transparencia y a las empresas públicas creadas por ley, órganos que se regirán por las normas constitucionales pertinentes y por sus respectivas leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado, según corresponda".

Concentraremos nuestros esfuerzos en analizar lo que sucede con la sustracción de los órganos administrativos "Fuerzas Armadas y Fuerzas de Orden y Seguridad Pública" respecto de las normas especiales de la Ley de Bases y, particularmente, en relación a la aplicación de la Falta de Servicio. Podemos decir con absoluta certeza que lo anterior genera un grave problema en nuestro sistema de responsabilidad estatal; lo que se vislumbra, en primer lugar, al momento de indagar en torno a la normativa precisa y completa aplicable en la materia. En este sentido, puede suceder que las leyes que reglamenten estas instituciones excluidas sean insuficientes, ya sea porque no se refieren a los estatutos de responsabilidad o no contemplen un determinado factor de imputación. En segundo lugar, debido a la abundancia y connotación de los casos existentes los cuales tienen (casi siempre) a uno de estos organismos públicos como agentes generadores del daño.

Dentro de la teoría del órgano, estos entes administrativos pueden ser calificados como "dependientes", ya que si bien están contemplados de forma expresa en nuestra Constitución Política de la República, se encuentran subordinados a otros órganos de rango constitucional, en este caso, al Poder Ejecutivo. Así se desprende del artículo 101 de la Carta Fundamental[392], cuando señala que las Fuerzas Armadas dependen del Ministerio de Defensa y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública del Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Es en cambio la atribución contenida en el artículo 103 del mismo cuerpo normativo, la que me-

[392] **El artículo 101 de la Constitución Política de la República** dispone: "Las Fuerzas Armadas dependientes del Ministerio encargado de la Defensa Nacional están constituidas única y exclusivamente por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Existen para la defensa de la patria y son esenciales para la seguridad nacional.
Las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública están integradas sólo por Carabineros e Investigaciones. Constituyen la fuerza pública y existen para dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior, en la forma que lo determinen sus respectivas leyes orgánicas. Dependen del Ministerio encargado de la Seguridad Pública".

rece nuestra mayor atención: "Ninguna persona, grupo u organización podrá poseer o tener armas u otros elementos similares que señale una ley aprobada con quórum calificado, sin autorización otorgada en conformidad a ésta". Esta disposición sienta las bases del sistema de control de armas que rige en nuestro país, estableciendo el monopolio de éstas y del uso de la fuerza a los órganos en estudio.

Debemos recordar que desde el regreso a la democracia y específicamente con la reforma constitucional del año 2005, las Fuerzas Armadas y de Orden Público ya no son los únicos garantes de la institucionalidad, estimándose que esta misión ahora corresponde a todos los órganos del Estado. Constituidos hoy como entes esencialmente obedientes y ya no deliberantes, su principal misión radica en la defensa exterior del país, dar eficacia al derecho y garantizar el orden público respectivamente.

Para cumplir con estas importantes funciones, es evidente que deben estar dotados de facultades e instrumentos idóneos, sin embargo, también se generan espacios donde los órganos produzcan algún detrimento en los bienes jurídicos de las personas, sin mediar una necesaria relación con su primordial función, sino que algunas veces guiados por errores, descuidos u otras motivaciones ajenas al servicio. Así las cosas, será necesario imputar directamente la responsabilidad al órgano encargado, es decir, el Estado, pero ya no como lo fue en algún momento por "el riesgo de esta actividad", sino por la falta de observancia en los procedimientos, instrucciones y vigilancia. Si bien los perjuicios producidos por el uso inadecuado o desproporcionado de las armas no es el único motivo de las demandas que se intentan en contra del Fisco, como se advertirá, constituyen en verdad una gran parte de la jurisprudencia existente en esta materia.

A continuación veremos cómo ha reaccionado parte de la doctrina a la hora de construir un sistema ajustado con las normas generales de responsabilidad, a fin de evitar lagunas de impunidad y criterios disímiles que sólo ocasionen discriminación en favor del aparato estatal.

Uno de los primeros autores en tratar este tema en el derecho nacional es el profesor Pedro Pierry Arrau. Al respecto ha señalado que existe más de un camino posible para construir el sistema aplicable a las instituciones estudiadas; sin embargo asevera que sólo una es la vía para dar una correcta solución al problema presentado.

El autor expone como primera alternativa, la aplicación directa del artículo 42 de la Ley de Bases, ya que se trata de un sistema general construido para toda la Administración Pública, cuestión que ha sido reconocida por la disposición 4° de dicha normativa. De esta manera, la

exclusión descrita en el artículo 21 resulta ilógica, toda vez que propicia la existencia de diversos sistemas para comprometer la responsabilidad del Fisco. En segundo lugar, la opción es emplear el artículo 2320 del Código Civil, exigiendo para ello la prueba de la culpa o dolo del respectivo funcionario, sin embargo, el inconveniente sería un retroceso de la institución pues éste era el sistema de general aplicación antes de la vigencia de la actual Ley de Bases. En tercer lugar, existe la posibilidad de usar directamente el artículo 38 de nuestra Carta Política en relación con lo dispuesto en el artículo 4° de la LOCBGAE, sin embargo esta opción debiera, según el autor, ser descartada ya que implica la derogación tácita del artículo 42 de la Ley de Bases. En cuarto lugar, aceptar que el artículo 4° de la Ley de Bases establece un sistema de responsabilidad objetiva, pero que exige que las actuaciones de los órganos estatales se realicen en el ejercicio de sus funciones; sin embargo este sistema es imperfecto pues demuestra lagunas de irresponsabilidad cuando los agentes del Estado actúan fuera del servicio pero con elementos de éste[393].

Dado que ninguno de estos estos sistemas planteados satisface plenamente los requerimientos de un régimen moderno de responsabilidad; el referido propone una alternativa que recurrirá a las principales normas de responsabilidad contenidas en el Título XXXV de nuestro Código Civil. Reconociendo el impedimento por disposición expresa que presenta la utilización directa del artículo 42 de la LOCBGAE con respecto de ciertos órganos de la Administración, es menester entonces aplicar la institución de la Falta de Servicio a partir de los artículos 2314 y 2329 del Código de Bello, normas de derecho común en materia de responsabilidad extracontractual[394].

Artículo 2314 del Código Civil Chileno

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

Artículo 2329 inciso 1° del Código Civil Chileno

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

No resulta ajena a nuestro derecho esta construcción dogmático-normativa, pues como hemos expuesto en el primer capítulo de este trabajo, consideramos que las normas de derecho privado pueden ser

[393] Pierry Arrau, Pedro. (1995) "Algunos aspectos de la…". Cit. Págs. 299-300.
[394] Ibídem Pág. 300.

aplicadas en lo no regulado por las disposiciones del *ius publicum*, siempre que éstas sean debidamente ajustadas por los sentenciadores a los principios que gobiernan la materia de origen.

Para fundamentar su tesis, Pierry nos recuerda que las personas jurídicas, entre ellas el Estado, también son capaces de culpa aunque ellas carezcan de voluntad propia, puesto que la culpa es un concepto normativo que no tiene que ver con la intencionalidad, sino más bien con un comportamiento distinto al que habría observado en similar situación un sujeto prudente. En este sentido y de acuerdo con una ampliación de este razonamiento, "podría no exigirse para la responsabilidad de la persona jurídica Estado, la culpa o dolo de sus órganos o representantes; bastaría con que el comportamiento del servicio público fuera distinto al que debiera considerarse su comportamiento normal, o sea, bastaría con probar una falta de servicio"[395]. He aquí, por tanto, los supuestos en que descansa la teoría que reconduce la institución Falta de Servicio a través de las normas del derecho común.

En la siguiente sección revisaremos jurisprudencia relevante donde se ha aceptado y aplicado este criterio, tomando por parte de los sentenciadores y de forma prácticamente intacta, los postulados de este Ministro de la Corte Suprema.

5.1.1. Jurisprudencia relevante

El caso más importante, como a la vez conocido en esta materia, lo constituye la sentencia "Seguel Cares, Pablo con Fisco de Chile"[396]. En cuanto a los hechos, el conscripto Pablo Seguel Cares realizaba ejercicios propios de la instrucción básica con ocasión del servicio militar, momento en que sufrió un impacto de bala en uno de sus brazos a causa de un disparo efectuado por el cabo 2° Héctor Herrera, quien a pesar de haber recibido la orden de no utilizar munición real sino que solamente de fogueo, no siguió las instrucciones de los superiores. Como consecuencia de este suceso, el conscripto tiene alojadas esquirlas en su pulmón que no podrán ser extraídas por el riesgo que ello importa para su salud; cuestión que también afecta la funcionalidad de dicha extremidad. Tanto la sentencia de primera instancia como el respectivo tribunal de alzada, acogieron la pretensión de la parte demandante, otorgando a su

[395] Ibídem Pág. 302.

[396] **Seguel Cares, Pablo con Fisco de Chile. Casación en la Forma y en el Fondo. CS. Rol 371-2008. 30.07.2009.** Dictada por la tercera sala integrada por los ministros Sr. Adalis Oyarzún Miranda, Sr. Héctor Carreño Seaman, Sr. Pedro Pierry Arrau, Sra. Sonia Araneda Briones y Sr. Haroldo Brito Cruz.

favor la suma de 35 millones de pesos por concepto de daño moral. En el caso de autos, la Falta de Servicio en que ha incurrido el Estado consiste en haber entregado una munición de guerra y no de fogueo a un funcionario que participaría en entrenamientos militares, quien utilizándolos en el ejercicio de sus funciones indebidamente hirió al actor.

Ante esta decisión, el Fisco de Chile dedujo recurso de casación en la forma y en el fondo, señalando que existió una errónea aplicación del derecho, otorgando los jueces un alcance inusitado a la norma del artículo 2314 del Código Civil al extenderlo a la noción de Falta de Servicio; con esto, se violentaría lo dispuesto en el artículo 19 del mismo cuerpo normativo ya que se ha dejado de aplicar el tenor literal del artículo 21 de la LOCBGAE, disposición en virtud de la cual se excluye la responsabilidad consagrada en esa ley a las Fuerzas Armadas.

Para la resolución del asunto sometido a su conocimiento, la Corte Suprema utiliza en esta sentencia el postulado del profesor Pedro Pierry, el cual anteriormente tuvimos la oportunidad de estudiar. Este razonamiento se observa en el considerando décimo quinto de la sentencia de casación: "Que 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 aplicados 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.".

De esta forma, al rechazar el recurso de casación en el fondo deducido, la excelentísima Corte concluyó que esta doctrina se constituye como la correcta solución si la idea es pretender uniformar el sistema de responsabilidad en esta área. En este sentido se encuentra el considerando décimo sexto: "Que del modo que se ha venido razonando, es acertada la aplicación del artículo 2314 del Código Civil y la institución de la falta de servicio a la litis planteada, por cuanto permite así uniformar el sistema de responsabilidad extracontractual para todos los entes de la Administración del Estado".

En la causa caratulada "Fernández Rodríguez, Violeta y otros con Fisco de Chile"[397], la Corte Suprema se pronuncia, bajo la misma línea jurisprudencial del caso Seguel, sobre este nuevo conflicto presentado. En los hechos, los conscriptos Juan Carlos Leal, Roberto Gutiérrez Cáceres y Lizardo Silva Navarrete, fallecen motivo de la explosión de una bomba mortero de 81 mm de calibre, nuevamente en función de las actividades del servicio militar. Este proyectil impactó cuatrocientos metros antes del blanco previsto, causándoles de forma inmediata la muerte.

Pese a que el razonamiento de los tribunales inferiores obedeció a otro argumento legal y, acreditado en el proceso la negligencia del personal militar encargado de la maniobra de tiro en que perdieron la vida los conscriptos; el considerando décimo descarta la utilización de algún criterio que no sea la aplicación de la Falta de Servicio para la solución de este asunto: "Que, en consecuencia, las infracciones denunciadas no pueden prosperar, puesto que se construyen sobre la base de la aplicación de la responsabilidad por el hecho ajeno del artículo 2320 del Código Civil, que no es la fuente de la responsabilidad del Estado en este caso". Por tanto, según el tribunal superior, cabe rechazar el recurso de casación en el fondo, toda vez que no se ha denunciado la infracción del artículo 2314, disposición que regula la responsabilidad extracontractual por el hecho propio y a través de la cual se ha hecho aplicable la Falta de Servicio.

Otro caso relevante y que ocasionó gran conmoción pública fue el fallo "Menco Menco, Héctor y otros con Fisco de Chile"[398]. Los sucesos se enmarcan, en esta ocasión, dentro del actuar de las Fuerzas de Orden Público. El escenario era bastante inhóspito; se suscitaba una revuelta de encapuchados, los cuales estaban en el lugar quemando distintos objetos. A modo de terminar con los desórdenes producidos, se presentaron fuera de una sede de la Universidad de Tarapacá, Fuerzas Especiales de Carabineros, Gope y personal de la Primera Comisaría de Arica. El procedimiento normal ante incidentes como éste, consiste en la represión mediante la utilización de armas con municiones de goma o "balines", sin embargo ocurrió en los hechos una confusión en la entrega de los cartuchos[399], por cuanto los que fueron disparados hacia los manifes-

---

397 **Fernández Rodríguez, Violeta y otros con Fisco de Chile. Casación en el Fondo. CS. Rol 1.760-2009. 24.03.2011**. Dictado por la tercera sala conformada por los ministros Sr. Héctor Carreño, Sr. Pedro Pierry, Sra. Sonia Araneda, Sr. Haroldo Brito y el Abogado Integrante Sr. Jorge Lagos.

398 **Menco Menco, Héctor y otros con Fisco de Chile. Apelación. CA. Arica. Rol 4-2010. 27.8.2010.** Confirmada por SCS Rol 7.114-2010. 8.11.2010.

399 La situación descrita es en verdad bastante compleja. Los primeros balines disparados hacia la multitud realmente fueron de goma, sin embargo, una vez agotada la

tantes eran de plomo. Producto del tiroteo falleció en dicha locación el estudiante de la carrera de contador auditor, Daniel Nicolás Menco Prieto, cuyo parte médico arrojó un traumatismo cráneo encefálico por herida de bala. El agente identificado como el autor directo del daño es el Mayor de Carabineros, Norman Vargas Aragón, quien fue condenado por cuasidelito de homicidio.

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica, en primer lugar se hace cargo de la discusión acerca del tipo de responsabilidad que le cabe a la Administración del Estado, de esta forma el considerando séptimo señala: "La exigencia de probar el mal funcionamiento del servicio o el no funcionamiento del mismo, descarta la idea de responsabilidad objetiva, ya que en ella la responsabilidad se compromete sin necesidad de falta, bastando para ello que el daño exista y que exista la relación de causalidad entre éste y la acción del Estado".

Acto seguido y en el mismo párrafo, el tribunal de alzada reconoce la teoría del profesor Pedro Pierry como una cuestión de justicia y sistematización de la responsabilidad en el ordenamiento jurídico: "…el caso de las Fuerzas Armadas y Carabineros, su exclusión del régimen general regulatorio de la actividad administrativa, no implica la atribución de una responsabilidad objetiva, extraída desde la norma del artículo 38, inciso 2°, de la Constitución Política de la República, tampoco una remisión total al estatuto normativo de los privados. Atendida la naturaleza de las instituciones involucradas, esto es, entes públicos, que forman parte de la organización estatal, debe concluirse –desde una perspectiva sistemática– que es aplicable el mismo sistema de responsabilidad que al resto de la Administración, esto es, el de la falta de servicio, y que la mejor manera de hacerlo es a partir de la razón jurídica contenida en el artículo 2314 del Código Civil, aplicado en este caso al Estado como responsable por el hecho propio (artículo 4° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado), sin necesidad de probar culpa o dolo del funcionario".

primera dotación de municiones, se encargó a un subalterno la búsqueda de nuevos cartuchos. Este carabinero se dirigió a la unidad policial solicitando la nueva dotación, pero en su lugar le entregaron una que contenía balas de plomo, sin que ninguno de los funcionarios que tuvieron contacto previo a los disparos se percataran de ello. Se adujo en el proceso que la falta de experticia o de cursos especializados era la principal razón por la cual los subalternos que hicieron llegar las municiones no diferenciaron ambas especies. La cuestión empeora; una vez entregados los cartuchos, el mayor a cargo de los disparos tampoco nota nada inusual en el peso o sonido de estos proyectiles, sumado a las condiciones de poca visibilidad del lugar. Además este agente señaló que nunca fue su intención impactar a persona determinada puesto que las descargas eran sólo para efecto disuasivo.

En cuanto a la Falta de Servicio específica incurrida por el Fisco, se determinó por el tribunal que la organización estatal no funcionó como debía, o como se esperaba, al momento de velar por la mantención del orden público, reaccionando de forma negligente al utilizar municiones inidóneas para repeler manifestaciones, cuestión que en definitiva contraría los deberes impuestos por la reglamentación interna. (Considerando noveno).

Para finalizar, examinemos la causa "Valpoviña Turismo Limitada con Fisco de Chile"[400]. En esta ocasión, los hechos no versan sobre el uso de armas de fuego contra funcionarios o civiles, sino sobre los daños provocados a un vehículo particular. Franco Cortés Castillo, funcionario de la Policía de Investigaciones de Chile, conducía un vehículo fiscal cuando repentinamente perdió el control del mismo y sobrepasó el eje de la calzada, colisionando frontalmente el automóvil de la empresa Valpoviña Turismo Ltda. El accidente provocó varios daños en el bien, disminuyendo su valor. Es preciso señalar como hechos probados en la causa, que el automóvil se encontraba asignado a la Policía de Investigaciones a la época de lo sucedido y, además, aquel día dicho móvil era conducido por un funcionario de la institución con ocasión de la realización de diligencias propias de la entidad policial.

Ante la solicitud concreta de reparación pecuniaria por parte de la demandante, basada en la responsabilidad del Fisco por Falta de Servicio; la Corte Suprema estima necesario fijar el estatuto normativo que rige la materia de autos. De esta forma, el considerando octavo de la sentencia de reemplazo esboza, en términos generales, la solución tomada por la jurisprudencia desde el caso Seguel: "esta Corte ha dicho que a las Fuerzas Armadas y a las de Orden y Seguridad Pública, por estar excluidos de la aplicación del artículo 42 de la Ley N°18.575, les es aplicable 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 prescriben la responsabilidad por el hecho ajeno, si se trata de una falta personal del o de los funcionarios". El considerando décimo además señala la forma precisa en que se produce la Falta de Servicio, toda vez que este factor de imputación al ser reconducido a las normas del Código Civil, determina

[400] **Valpoviña Turismo Limitada con Fisco de Chile. Casación de Oficio. CS. Rol 22.132-2014. 29.12.2014.** Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Rubén Ballesteros C., Sr. Pedro Pierry A., Sra. María Eugenia Sandoval G., y los Abogados Integrantes Sr. Arnaldo Gorziglia B., y Sr. Jorge Baraona G.

que la responsabilidad se genera cuando el servicio se ha prestado de una forma negligente, la que corresponde en definitiva a la imprudente conducción del funcionario.

Un aspecto importante de este fallo, lo constituye el voto disidente del abogado integrante Jorge Baraona quien previene no compartir algunos considerandos de la sentencia de reemplazo. Según su criterio "en este caso no hace falta una reconducción al concepto de falta de servicio para hacer responsable al Estado por los daños causados, pues la regla contenida en el inciso segundo del artículo 38 de la Constitución es suficientemente operativa, para hacerla aplicable en este caso". Sin embargo, cabe mencionar que esta no es una opinión aislada en la jurisprudencia local y, como veremos más adelante, el actual presidente de la Corte Suprema Sergio Muñoz, no comparte la actual doctrina de la reconstrucción normativa a través de las disposiciones del Código Civil, esbozando una propia posición que ha manifestado ya en algunos fallos, según se verá en el acápite siguiente. Lo anterior no es baladí, pues en un futuro no muy lejano, podría esta nueva interpretación erigirse como una solución más idónea al problema presentado, por lo que recomendamos, llegado el momento, una lectura crítica y reflexiva respecto a ella.

5.1.2. Críticas y comentarios en relación a esta construcción normativa

En este espacio observaremos algunas de las reacciones que ha tenido la doctrina, tanto en forma positiva como negativa, en torno a la solución doctrinaria recogida por la jurisprudencia nacional respecto de los casos de responsabilidad del Estado por actuaciones de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública. Advertimos al lector que dejaremos el desarrollo de nuestro propio análisis y opinión para el final del presente capítulo.

En cuanto al auxilio en las normas del derecho privado, es preciso mencionar que más de una década antes de la aparición del connotado fallo, el profesor López Santa María, de forma casi profética adelantaba: "me atrevo a pensar que la responsabilidad por falta de servicio irá perfeccionándose, en la práctica nacional, como una materia de Derecho común. Contribuirá decididamente a ello la unidad jurisdiccional o ausencia de tribunales de lo contencioso administrativo en nuestra patria y, además, el obligado empleo del Derecho Civil en el curso de los pleitos y en las sentencias, a la hora de determinar aspectos particulares"[401].

Coincide también con esta opinión Raúl Letelier, quien cree que los fallos pronunciados por la Corte Suprema a partir del caso Seguel, otor-

[401] López Santa María, Jorge. (1998). Op. Cit. Pág. 2-3.

gan una respuesta coherente al sistema de responsabilidad estatal. Según el referido, no existe razón alguna que pueda justificar la exclusión de estos órganos respecto del sistema general creado para la Administración Pública. Considera que el desarrollo por "la vía civil" constituye la idea más pulcra en términos normativos en comparación a las otras soluciones arribadas por la jurisprudencia anteriores a dicho fallo; sin embargo, no deja de llamar la atención lo "alambicada" que resulta[402]. En un sentido similar se encuentra Sanhueza Acosta, autor que juzga la solución propuesta como adecuada, pero a la vez estima que la reconstrucción del artículo 42 de Ley de Bases también puede hacerse tomando como fundamento otras normas del título primero de la misma ley, la cual rige para todos los órganos de la Administración; y el principio de servicialidad consagrado en el artículo 1° inciso 4° de la Constitución Política[403].

Una alternativa distinta presenta el ministro Sergio Muñoz, actual Presidente de la Corte Suprema, quien señaló en el voto disidente de una causa ya analizada por nosotros[404], que la exclusión referida en el artículo 21 de la Ley 18.575 no afecta la disposición del artículo 4° y, bajo la conjunta aplicación del precepto 1° del mismo cuerpo normativo, se construye un régimen de responsabilidad que se aplica a toda la Administración Pública, incluyendo tanto a las Fuerzas Armadas, como a las de Orden y Seguridad Pública. Debido a las materias que trata el título II de esta ley, el autor entiende que de igual manera puede aplicarse el artículo 42, pero en caso de insistir en la negativa, las instituciones exceptuadas deben regirse por el artículo 4°. De esta forma, existiendo normas que permiten concluir que el Derecho Público regula la responsabilidad del Estado y de la Administración en forma particular, ya no es necesario que la jurisprudencia y doctrina nacional recurran a las disposiciones del derecho privado para legitimar la responsabilidad del Estado. Así quedó establecido en la discusión de la Ley de Bases, en tanto cuanto se evitó referir la palabra "civil" para no tentar al intérprete a confusión con el derecho privado; por lo tanto, "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" concluye el autor.

---

402 Letelier Wartenberg, Raúl. (2011). "Responsabilidad del Estado y Fuerzas Armadas". En De Cive (columna de opinión - blog) http://decive.blogspot.com/2011/01/responsabilidad-del-estado-y-fuerzas.html. Visto con fecha 27 de Marzo de 2015.

403 Sanhueza Acosta, Ricardo Fernando. (2005). Op. Cit. Págs. 159-160.

404 Voto Disidente Del Ministro Muñoz en la causa "Palma Guerra, Enzo y otros con Fisco de Chile". Casación en el Fondo. CS. Rol 9510-2009. 4.6.2012.

José Miguel Valdivia señala que la importancia real que tienen estos fallos para el Derecho Administrativo, es la "equivalencia práctica entre culpa y falta de servicio"[405], pues la Falta de Servicio es una especie de culpa, toda vez que se reconoce cuando existe una deficiencia o mal funcionamiento en el servicio contrastada con la normal conducta que se esperaba del órgano. A pesar de que la extensión del concepto constituya una solución justa, ya que no se vislumbran motivos de peso para sustraer a instituciones que claramente pertenecen a la Administración Pública, el jurista indica la institución en estudio debe aplicarse a los órganos exceptuados porque es razonable que ello así ocurra, pero no porque el Código Civil lo establezca[406].

Aparte de no considerar adecuada la aplicación de las normas civiles para llenar los vacíos de instituciones propias del Derecho Público, cuestión que no profundizaremos ahora por ser vista ya en anteriores apartados; para el profesor Cristián Román no es imperativo que la responsabilidad por actos de la Administración tenga un único criterio que pretenda constituirse en el uniformador de este sistema. Las diversas clases de actividades que realizan los servicios públicos, muchas veces disímiles entre sí, no permiten ser encasillados bajo una sola institución, es más, la norma constitucional ha dado amplias libertades para la definición y construcción de un régimen de responsabilidad. Para este autor, la mejor solución a estos casos sería la aplicación directa del artículo 4° de la Ley de Bases, pues allí se comprende el estatuto propio de la Administración Pública; y en especial para el caso Seguel con Fisco, la aplicación de la "inactividad administrativa" que hace las veces de factor de atribución de responsabilidad[407].

Una solución parecida nos entrega Huepe Artigas, quien estima que debe hacerse una relectura del artículo 4° de la LOCBGAE para solucionar el problema presentado. Con la frase "sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran afectar al funcionario que los hubiere ocasionado", dicho artículo estaría señalando que surgiría responsabilidad para el Estado a consecuencia de la "falta" cometida por un funcionario, por tanto y según el jurista, no existe una diferencia sustancial entre esta disposición y el artículo 42 que contempla en término expresos la Falta de

---

405 Valdivia Olivares, José Miguel. (2009). "Seguel con Fisco de Chile" (comentario). En Revista de Derecho Público N°71. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. pp. 305.

406 Ibídem Pág. 309.

407 Román Cordero, Cristián. (2009). "La responsabilidad del Estado-Administración: ¿Una 'perinola jurisprudencial'?". En Revista de Derecho Público N°71. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Págs. 315-316.

Servicio[408]. Sin embargo, tal y como lo mencionaba el profesor Román, este artículo de igual forma abre la posibilidad que la responsabilidad del Estado en este ámbito pueda fundarse en criterios de imputación distintos. Al respecto, en cambio, la jurisprudencia ha hecho el quite a esta forma de interpretar la disposición so pretexto de mantener la noción de "culpa" en el criterio de atribución y también, posiblemente, debido a que el citado precepto ha sido utilizado por la doctrina como uno de los fundamentos de la responsabilidad objetiva del Estado"[409].

A mayor abundamiento, según el referido no es posible fundar la responsabilidad por Falta de Servicio en la norma del artículo 2314 del Código Civil, y esto al menos por las siguientes razones. En primer lugar porque "de su simple tenor literal puede desprenderse inequívocamente que aquella no ha sido diseñada para establecer la responsabilidad extracontractual 'directa' de las personas jurídicas o 'por hecho propio'"[410], es más, la norma estaría destinada aquellas personas naturales que cometan un ilícito comprensivo de sanción civil y penal. En segundo lugar porque no existe laguna legal que completar toda vez que el problema jurídico se resuelve aplicando la norma general de la Ley de Bases. Finalmente, porque crea confusión tanto en jueces como en abogados, quienes recurrentemente citan, además, las normas de la responsabilidad por el hecho ajeno sobre todo cuando el funcionario ha sido claramente identificado[411].

Por último, dura crítica expresan las palabras del profesor Soto Kloss en las líneas dedicadas a comentar la jurisprudencia reciente respecto a este tema; "Al leer estos fallos, da la impresión que los magistrados supremos de esta tercera sala aceptan sin mayor cautela o conocimiento los planteamientos personales de alguno de sus ministros"[412]. Los razonamientos expuestos por los sentenciadores contienen, a su juicio, groseros errores que no se condicen con nuestra realidad y ni siquiera con la del país de origen de la institución. A mayor abundamiento, el referido menciona que las afirmaciones de la Corte no son más que "simplemente

[408] Huepe Artigas, Fabián. (2012). "¿Es procedente fundar la responsabilidad del Estado en el artículo 2314 del Código Civil respecto de las instituciones excluidas de la falta de servicio? Análisis crítico". En Ius Publicum N°28. Escuela de Derecho, Universidad Santo Tomás. Pág. 140.

[409] Ibídem Pág. 137.

[410] Ibídem Pág. 126.

[411] Ibídem Pág. 144.

[412] Soto Kloss, Eduardo. (2011) ¿La falta de servicio es el régimen francés de la responsabilidad del Estado Administración? (A propósito de Cares Seguel, Fernández Rodríguez y Delorenzo Galilea). En Gaceta Jurídica N°377. Pág. 48.

inventos creados *ad libitum*"[413], tampoco se podría pretender que la Falta de Servicio se implemente como el criterio de aplicación general, puesto que en Francia, desde hace ya muchos años, se han creado nuevos criterios para enfocar la responsabilidad del Estado. Es más, recurrir de esta forma al artículo 2314 del Código Civil no es posible, por cuanto consiste en la aplicación de una sanción a un culpable, como si la Administración pudiera ser sancionada con penas civiles o penales. Este autor ha sostenido en varias de sus publicaciones que, el Estado o alguno de sus órganos son incapaces de cometer "delitos o cuasidelitos"; puesto que el mismo derecho lo ha catalogado como una persona jurídica (de derecho público), y su intrínseca conformación les impide realizar actuaciones que implican dolo o culpa, "actos de voluntad que suponen necesariamente el ejercicio de razón y libertad, lo que sólo posee un ser humano, pero jamás un ente de razón (como es el Estado, el que, además, es un ser accidental y no sustancial, puro artificio conceptual jurídico de creación humana)"[414].

Este mismo autor también establece, como hemos visto en el primer capítulo del presente trabajo, una suerte de "antinomia" entre las normas del Título XXXV del Libro IV del Código Civil y las disposiciones que regulan el sistema de responsabilidad por actuaciones de la Administración del Estado, considerándolas estructuralmente incompatibles en atención a su naturaleza y fines.[415]

5.2. El abandono de los criterios de responsabilidad sin falta en la jurisprudencia nacional

Al comenzar este capítulo, señalábamos cuál es el origen de la institución que es objeto de nuestro estudio y, a lo largo de ese análisis, una parada obligatoria fue el sucinto examen del sistema de responsabilidad estatal en Francia. De esta manera decíamos que la Falta de Servicio constituye el criterio de aplicación general en aquel país; pero sin embargo, otros dos factores de imputación han cobrado gran relevancia en la necesidad de resolver los asuntos en que se no se detectaba culpa alguna de la Administración. En tal sentido, la jurisprudencia reaccionó elaborando regímenes especiales de responsabilidad objetiva o "sin culpa", que en términos muy simples, prescinde del juicio de reproche en

---

413 Ibídem Pág. 41.

414 Soto Kloss, Eduardo. (2007). "¿Es la responsabilidad del Estado una responsabilidad extracontractual como para aplicarle las normas reguladoras del código civil en la materia?". (Comentario de Jurisprudencia a propósito de Martínez Rodríguez con Fisco/C. Suprema 29.10.2007). En Gaceta Jurídica N°329. Pág. 40.

415 Ibídem. Pág. 42.

contra del ente público, bastando sólo la prueba del curso causal entre el hecho y el daño producido para generar la obligación reparatoria.

Estos dos nuevos criterios surgieron a partir de las cambiantes exigencias de la vida moderna, como el aumento de actividades por parte del órgano estatal, el establecimiento de determinados procedimientos o incluso la concreción dañosa de situaciones que presentan un marcado carácter de peligro para las personas; hasta el desarrollo de áreas específicas, como por ejemplo, la medicina. Quizás era normal para algunos pensar que nuestro ordenamiento jurídico replicaría ese modelo en el mismo sentido, más aún cuando siempre hemos tenido a la nación gala como una de las referentes en materias de Derecho Administrativo (y de hecho también en otras áreas), tanto por la legislatura como por parte de la doctrina local.

Como se verá en los párrafos siguientes, distinto es el rumbo que ha tomado el sistema nacional de responsabilidad, el cual por un tiempo no muy largo en su historia, observó junto a la Falta de Servicio la convivencia de dos factores no reglados, a saber, los criterios del Sacrificio Especial y el Riesgo Creado. Adelantamos que la jurisprudencia actual de nuestros tribunales de justicia, acompañado de fuertes posiciones doctrinarias, refieren que en Chile no existe una responsabilidad general por las actuaciones lícitas de la Administración, regulándose más bien algunos casos de obligaciones legales para el Estado. Corolario de lo antes dicho, al responder el Fisco solamente por su actividad irregular, el factor de atribución general sigue siendo la Falta de Servicio. A lo anterior agregamos que, por la reinterpretación de las normas del Código Civil con motivo de reconducir la institución en estudio a aquellos órganos excluidos de su ámbito, se han eliminado prácticamente todas las hipótesis que la doctrina comparada considera merecedoras de aplicación del criterio del Riesgo Creado. Sobre la base de lo reseñado, la evolución que experimenta nuestro ordenamiento jurídico da cuenta no sólo de una agonía respecto a tales factores, sino más bien evidencia su total destierro, permaneciendo así y más fuerte que nunca la institución de la Falta de Servicio.

5.2.1. Criterio del Sacrificio Especial

En nuestro país, la construcción de la responsabilidad por las actuaciones lícitas de la Administración ha tenido como base el conocido artículo 38 inciso 2° de nuestra Carta Fundamental; en específico a partir de la frase "cualquier persona que sea lesionada en sus derechos". En este sentido, Oelckers Camus considera que dicha norma no distingue si la responsabilidad del órgano público proviene de actuaciones regulares o

irregulares; pues la citada disposición no contiene necesariamente elementos de ilicitud o culpa para formar el régimen de responsabilidad[416].

La lesión puede ser entendida 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".[417] El concepto jurídico de lesión, según algunos autores, difiere de la noción vulgar de perjuicio puesto que será necesario que éste reúna la condición de "antijurídico", de esta manera, se evitan interpretaciones excesivas que buscan resarcir todo daño producido. Lo anterior sucederá "siempre que y sólo cuando la persona que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportarlo"[418]. Así las cosas, se advierte en un sistema objetivo de responsabilidad, como sucede con el criterio que actualmente estudiamos, que el fundamento del régimen tradicional centrado en la acción del agente responsable se traspasa ahora al patrimonio de la persona lesionada; cuestión que en el derecho español tiene relación con el "principio objetivo de garantía del patrimonio de los ciudadanos".[419]

De acuerdo con lo anterior, en el derecho nacional y a través de autores como Soto Kloss, se ha señalado que la obligación de reparar un determinado daño es independiente de la falta que pudo cometer el funcionario en el ejercicio de sus funciones o el servicio cuando ejecuta una determinada actividad. Igualmente, dirá aquel profesor, se produce con el daño un desequilibrio y consecuencialmente el quebrantamiento de la justicia, cuestión que es necesario resarcir, por tanto, es este elemento el centro del problema[420]. Del mismo modo, un enfoque netamente jurídico de la responsabilidad pública según los partidarios de esta doctrina, se preocupa y analiza la situación de la víctima y no la falta del autor del detrimento, ya que "se trata aquí no tanto de sancionar a un culpable, sino de restituir una situación de desigualdad reparando un daño, daño que el Estado ha ocasionado con motivo de una actividad suya, actividad que se realiza y va en beneficio de la colectividad toda".[421]

---

[416] Oelckers Camus, Osvaldo. (1985). "Fundamentos indemnizatorios en razón del acto administrativo lícito que cause daño en el patrimonio del administrado". En Revista de Derecho Público N°37-38. Facultad de Derecho Universidad de Chile. Pág. 367.

[417] Ibídem Págs. 367-368.

[418] García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón. (2002). "Curso de Derecho Administrativo II". 8ª ed., Madrid: Civitas. Pág. 378.

[419] Ibídem. Pág. 379.

[420] Soto Kloss, Eduardo. (1996). "Derecho administrativo: bases fundamentales". Tomo II, Jurídica de Chile. Santiago, Chile. Pág. 250.

[421] Ibídem Pág. 276.

No interesa tampoco que esta actividad sea lícita, pues todo acto que no encuentre causales de justificación en el ordenamiento jurídico y que, sin embargo cause un perjuicio antijurídico, debe ser compensado; así lo ha concluido el referido autor: "el perjuicio que irroga a la víctima esa actividad administrativa pretendidamente lícita, importaría una carga especial y anormal para la víctima, impuesta por acto administrativo, y siendo así dicha víctima debe ser indemnizada, de acuerdo al principio de la igualdad ante las cargas públicas"[422]

No debemos olvidar que en nuestro ordenamiento jurídico existe una presunción de validez que cubre y protege a los actos de la Administración, cuyo cimiento se encuentra tanto en la norma constitucional como en la legislación respectiva. Por lo tanto, importante labor será el determinar cuáles son los fundamentos que permiten la procedencia de la responsabilidad estatal cuando se han dictado actos lícitos que, sin embargo, han provocado un perjuicio antijurídico en el administrado.

Este fundamento, al parecer de varios, se encuentra en el denominado "criterio del sacrificio especial", que en palabras simples tiene lugar cuando la Administración, en beneficio de toda la sociedad, dicta una medida que ocasiona un daño particularizado. Así lo ha interpretado Oelckers cuando señala: "a nuestro entender, para que opere la indemnización es necesario que el daño sea individualizado y atente contra la equidad, afectando al administrado en forma injusta y desigual"[423].

Este factor de atribución posee algunos requisitos elaborados tanto por la doctrina como la jurisprudencia y que son necesarios puntualizar. En primer lugar el perjuicio debe ser "grave": esto es, que vaya más allá de los inconvenientes normales que el órgano público impone para la realización de la vida en sociedad. Así por ejemplo, no revestirán tal gravedad las molestias producidas a los vecinos de una calle en que se realizan obras de mejoramiento. En segundo lugar, el daño también tiene que ser "particular": es decir, tiene que soportarlo un grupo específico o una persona determinada; en este sentido "el requisito de la individualización del daño quiere indicar, en primer término, que ha de tratarse de un daño concreto, residenciable directamente en el patrimonio del reclamante".[424] A mayor abundamiento, no existirá sacrificio especial cuando estas cargas tengan el carácter de generales, por ejemplo, el aumento de un impuesto para el financiamiento de una necesidad

[422] Ibídem Pág. 291.
[423] Oelckers Camus, Osvaldo. (1985). "Fundamentos indemnizatorios…". Cit. Pág. 372.
[424] García de Enterría, Eduardo; y Fernández, Tomás-Ramón. (2002). Op. Cit. Pág. 383.

pública, el retiro del comercio de un producto considerado peligroso por la autoridad respectiva.

La doctrina junto a nuestros tribunales de justicia, por un tiempo justificaron la procedencia de esta institución, principalmente, en virtud de los derechos constitucionales de la igualdad ante las cargas públicas y el derecho de propiedad[425], pero de igual forma, accedieron a conceder las pretensiones intentadas recurriendo al principio de equidad. De esta manera, se ha dicho por ejemplo, que las meras restricciones al dominio también dan derecho a indemnización cuando éstas han afectado de forma grave el derecho de propiedad e impongan a su vez un sacrificio especial. En este parecer encontramos a Ugarte Godoy, quien estima que determinadas limitaciones al dominio también obligan al Fisco a reparar los perjuicios provocados, aunque éstas no puedan ser consideradas jurídicamente como expropiaciones; su fundamento indemnizatorio no se encuentra solamente referido al derecho de propiedad, sino que también respecto a la garantía constitucional de la igual repartición de las cargas públicas y la garantía de no discriminación arbitraria en materia económica[426].

Respecto a este último punto, el citado autor plantea: "Si hay restricciones al dominio que importen privación transitoria de facultad o atributo esencial, o menoscabo grave de ellos, o que impongan sacrificio especial, y hay ley que disponga que no se indemnice, esa ley será inconstitucional. Si no hay ley que disponga la indemnización…, la indemnización siempre procederá, porque la Constitución es ley, y es inmediatamente operativa como tal".[427]

A continuación, nos tomaremos un momento para revisar algunos de los casos más connotados en los que nuestra jurisprudencia aceptó la procedencia indemnizatoria contra el Fisco por sus actuaciones lícitas.

---

[425] El artículo 19 de la Cara Fundamental señala: "La Constitución asegura a todas las personas": N°20.-"La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas." N°24.-"El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales. Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental".

[426] Ugarte Godoy, José Joaquín. (2001). "Limitaciones al dominio. De las meras restricciones y de cuándo dan lugar a la indemnización". En Revista Chilena de Derecho Vol. 28, N°2. Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Pág.432.

[427] Ibídem Pág. 434.

5.2.1.1. Jurisprudencia nacional que ha aplicado este criterio

Un antiguo caso, pero que esboza de buena forma el criterio que luego sería desarrollado por la jurisprudencia a finales del siglo, es la causa "Lapostol, Andrés con Fisco"[428]. En los hechos, por una orden de la Intendencia a requerimiento de la Inspección de Agua Potable y mediante el uso de la Fuerza Pública, se prohibió al señor Lapostol la explotación de la cantera y el corte de árboles ubicados en su fundo "La Sirena". La razón que, según la autoridad justificaba tal prohibición, era evitar que con la explotación de dichos recursos naturales se dañaran los estanques y cañería matriz que permitían el normal flujo del agua, las cuales ya se habían roto en otras oportunidades. Así mismo, era necesario conservar la gran cantidad de árboles distribuidos a lo largo de la corriente para de este modo favorecer las condiciones higiénicas del agua. Estas medidas tenían como objetivo final, no interrumpir o perturbar el servicio de agua potable para la comuna de Penco.

El perjuicio sufrido por el señor Lapostol quedó demostrado en el proceso, toda vez que éste no pudo cumplir con los contratos celebrados de forma previa a la prohibición, perdiendo así las utilidades provenientes de la venta de adoquines y árboles. Resolviendo el caso de autos, la corte de alzada señaló: "Que en todo caso se irrogó un daño individual, en beneficio de la comunidad, protegiéndose un servicio fiscal, y el Fisco como representante de la comunidad, está obligado a indemnizarlo tanto más cuanto que reconoce que procedieron legalmente los funcionarios que intervinieron en los actos de que se queja Lapostol". Este considerando contempla los elementos del criterio sacrificio especial (sin embargo no hace referencia explícitamente a la noción); por cuanto existe un acto lícito de la Administración, imponiendo una carga u obligación a una persona generadora de un daño grave y particular, en virtud de un beneficio para la población en general.

Otro importante fallo al respecto lo constituye "Comunidad Galletué con Fisco"[429]. Revisaremos primero los hechos que dieron origen al pronunciamiento de la Corte. La Convención Internacional acordada para la protección de la fauna, la flora y las bellezas escénicas de América, es ley en nuestro país desde el año 1967. El Decreto Supremo N°29 del 16 de Abril de 1976, en ejecución de esta ley, prohibió absolutamente la explotación de la Araucaria Araucana declarándola monumento nacional, otorgando así su total protección. Los copropietarios del predio Galletué ubicado en la comuna de Lonquimay, Región de la Araucanía,

[428] **Lapostol, Andrés con Fisco. Casación en el Fondo. CS. 8.1.1930.**
[429] **Comunidad Galletué con Fisco. Casación en el Fondo. CS. Rol 16.743, 7.8.1984.**

destinado únicamente a la explotación de árboles forestales, se vieron enormemente afectados por esta decisión de la autoridad toda vez que sus casi dos mil hectáreas contenían bosques de dicha especie nativa. Lo anterior es acentuado por la costosa infraestructura, caminos y aserraderos ya dispuestos por los dueños del predio con el fin de talar y procesar la madera de los árboles de araucaria.

Conociendo del recurso de casación en el fondo interpuesto por el Consejo de Defensa del Estado, la Corte Suprema estimó que era procedente conceder la pretensión de los demandantes, pues existía un perjuicio que, aunque proveniente de una actuación legal, era merecedor de una reparación económica. Sin embargo, es más bien el fundamento normativo que utiliza este tribunal en su decisión lo relevante en cuanto a este tema, pues estima que obedece, principalmente, a una razón de equidad en concordancia con lo preceptuado en normas constitucionales. En tal sentido, el considerando undécimo señala: "Que, dada la naturaleza y entidad de los hechos que el fallo asienta, y que recién se han sintetizado, forzosamente tenía que concluirse que la demanda era atendible: la prohibición del Decreto Supremo N°29, aunque loable y oportuna porque esos bellos, nobles e históricos árboles estaban en vías de extinción y aunque basada en la ley, redunda en graves daños para los propietarios de Galletué que han acatado la decisión de la autoridad, no siendo equitativo que los soporten en tan gran medida sin que sean indemnizados por el Estado, autor de la decisión, conforme a los principios de equidad y justicia".

En conjunto a este razonamiento, el Excelentísimo Tribunal explicó que nuestra Constitución Política de la República reconoce y garantiza a todas las personas determinados derechos, entre ellos el de propiedad; y que si bien, la prohibición establecida por la Administración no puede calificarse como un acto expropiatorio, sí es una importante limitación del dominio. Al respecto, el artículo 19 N°24 de la Carta Fundamental nada estatuye en torno a la indemnización por limitación (como sí sucede en el caso de la expropiación), pero a juicio de la magistratura tampoco lo rechaza. Así se puede leer en parte del considerando octavo: "… el alcance de la prohibición de explotar la araucaria es el de una limitación al dominio de sus propietarios, pero se ha adelantado que, a pesar de aceptarse que en este caso la ley autorizó imponer tal limitación, ello no excluye la posibilidad de que dé lugar a una acción indemnizatoria". A mayor abundamiento, otras disposiciones como las que norman los estados de excepción constitucional, contemplan la obligación indemnizatoria por parte del Estado cuando se limiten garantías; por lo tanto y a criterio de los sentenciadores, con mayor razón esto debe proceder en

situaciones de normalidad en virtud también de la equidad (considerando duodécimo).

Por último veamos la causa caratulada "Quintana Olivares, Elia y otros con Servicio Agrícola y Ganadero"[430], sentencia en la cual la Corte Suprema utiliza otro fundamento normativo para condenar al órgano público a resarcir el daño producido en los demandantes. El Servicio Agrícola y Ganadero (SAG) tiene dentro de sus misiones, contribuir al desarrollo silvoagropecuario del país mediante la protección, mantención y control de la salud de los animales y sus productos. En tal sentido, cuando se manifiestan plagas o enfermedades que puedan afectar a dicha fauna, el órgano debe adoptar todas las medidas necesarias de mitigación. En los hechos, un brote de fiebre aftosa en la zona precordillerana llevó al SAG a prohibir el uso de los pastos, entre ellos, el predio denominado "Hijuela Cajón del Río Maipo" ubicado en la comuna de San José de Maipo y propiedad de los demandantes. Dicho inmueble contaba con una extensión de 9.000 hectáreas destinadas al pastoreo de la cordillera y una capacidad de talaje de 2.000 vacunos.

Que si bien la medida comenzó con una restricción en el número de rebaño permitido, pronto se transformó en un impedimento absoluto para la realización de esta actividad. De esta forma, se advierte que el perjuicio sufrido por los actores consiste en la imposibilidad de utilizar el predio para su único fin comercial, el pastoreo de animales, perdiéndose con ello una considerable cantidad de ingresos.

La Corte Suprema estimó que cuando se observa una "lesión patrimonial", esto es, un detrimento antijurídico sufrido en los bienes de una persona el cual no está obligada a soportar; existe una vulneración a lo dispuesto en el artículo 19 N°20 de la Constitución Política que asegura la igual repartición de las cargas públicas. El anterior razonamiento se muestra en parte del considerando décimo de la sentencia de casación: "… se ha permitido que en definitiva la carga pública de alcanzar un objetivo de bien común, cual es impedir la propagación de una enfermedad animal, sea soportado por algunos ciudadanos, alterando con ello el principio de la igualdad en la repartición de dichas cargas…".

Cabe mencionar que dicho fundamento no fue considerado por la sentencia de primera instancia, que sin embargo, recurrió a principios de equidad tal y como había ocurrido en causas anteriores. El tribunal *a quo* planteó que no es justo que el Estado desarrolle sus fines trasladando dicho costo a unos pocos; cuestión que a pesar de constituir una actividad

[430] **Quintana Olivares, Elia y otros con Servicio Agrícola y Ganadero. Casación en el Fondo. CS. Rol 2.213-2000, 23.1.2001.**

lícita, impone una carga grave, especial y anormal (considerandos octavo y duodécimo). Tampoco por los sentenciadores del tribunal de alzada; quienes al contrario, redujeron el monto indemnizatorio y esbozaron uno de los argumentos que serían utilizados en decisiones futuras para descartar la aplicación del sacrificio especial en la resolución de estos casos[431].

5.2.1.2. Doctrina que rechaza la aplicación del criterio "sacrificio especial" y de sus fundamentos.

Como prácticamente todo lo que dice relación con la responsabilidad del Estado, en especial en la arista que involucra la actividad de la Administración Pública, la aplicación del criterio "sacrificio especial" para justificar la procedencia de indemnización por actos lícitos, también es controvertido en el escenario nacional. Al respecto, algunos autores locales han manifestado oposición al uso de este factor, así mismo, desmienten uno a uno los fundamentos que tradicionalmente le han servido como sustento. A continuación y antes de analizar el actual estado de la jurisprudencia entono a este tema, examinaremos de forma somera las reacciones críticas esbozadas por estos autores.

En relación a la base constitucional de los artículos 6° y 7° de nuestra Carta Fundamental, que regularmente son citados para justificar la procedencia de la responsabilidad del Estado en términos generales, desmentirían en una rápida revisión la responsabilidad por actos lícitos de los órganos públicos toda vez que éstos hacen alusión a acciones "infractoras" de normas tanto constitucionales como legales, requiriendo de esta forma, una actuación ilícita[432]. La premisa se resume de la siguiente manera: "en el evento de decisiones legítimas de los órganos del Estado, válidamente emitidas por autoridades competentes, que se enmarcan en la Constitución Política de la República y en las leyes, los daños que se causen no son antijurídicos y, por tanto, no son resarcibles"[433].

---

[431] El considerando segundo de la sentencia de apelación Rol 346-97 señaló: "Que en criterio de esta Corte, no resulta aplicable en la especie la norma del artículo 38 de la Constitución Política, pues si se la relaciona con el artículo 44 de la ley 18.575, se llega a la conclusión que en el caso de autos no se trata que no se haya prestado un servicio o que se haya prestado de forma tardía o ineficiente. Tampoco puede sostenerse la responsabilidad extracontractual del Estado si éste ha actuado de forma legítima, como se reconoce en el fallo de primer grado. Agrega el considerando tercero: "…es evidente que en casos como el de la especie debe primar el interés del bien público sobre aquel que pueden tener determinados particulares y que sólo reviste carácter pecuniario".

[432] Quintanilla Pérez, Álvaro. (2000). "¿Responsabilidad del Estado por actos lícitos?". En Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado. Año 1, N°1. Pág. 44.

[433] Ibídem. Pág. 57.

De acuerdo con Álvaro Quintanilla, tampoco resulta apropiado fundamentar esta responsabilidad bajo el alero de ciertas garantías constitucionales. Las limitaciones u obligaciones que el Estado ha impuesto autorizado por la Carta Política respecto del dominio, derivan de la función social de ésta con miras a la realización de los fines del Estado. Debemos recalcar que en los tiempos que corren, una fuerte corriente doctrinaria ha dejado de considerar a la propiedad desde el punto de vista netamente individual, para aceptar que ésta también cumple un rol fundamental en la promoción del bien común. En este orden de ideas, para Quintanilla "la posibilidad legítima de limitar al dominio en cuanto lo exijan los intereses generales, la seguridad, la utilidad pública y la conservación del patrimonio ambiental, es suficiente causa o legitimación de la carga"[434]. Con estas palabras se presenta el justificativo genérico que los objetivistas han buscado caso a caso para determinar si existe o no responsabilidad del Estado.

La delgada línea para algunos y la nítida diferencia para otros, en relación a las limitaciones o restricciones a la propiedad con lo que derechamente implica su privación, crea un problema en la figura del juez cuando éste intenta dilucidar, en el caso concreto, si el acto es o no expropiatorio. Como anteriormente reseñábamos, los derechos y en especial el de propiedad, no son absolutos, por cuanto admiten limitaciones, cargas o gravámenes sin que exista como contrapartida una suma de dinero a título reparatorio. Por otro lado, el Constituyente expresamente contempló, en caso que el acto prive del dominio o bien de alguno de sus atributos o facultades esenciales, nace conjuntamente el derecho al previo pago de una correlativa indemnización. Cea Egaña indica "fuerza es tener conciencia que se trata de instituciones jurídicas distintas en sus causas, finalidades, procedimientos para implantarlas, efectos que producen y acciones para impugnarlas".[435]

Del mismo modo, dicho autor advierte que las limitaciones y obligaciones van a comprimir o reducir el contenido "normal" de la propiedad, pero dejarán subsistente el derecho de uso, goce y disposición del bien, implicando en definitiva que el dueño podrá aún administrar y enajenar su pertenencia. Entre nosotros, en el fallo Galletué la Corte razonó de forma correcta al señalar que el decreto prohibitivo en torno a la especie protegida "araucaria" no tiene alcance expropiatorio, toda vez que no se desconoce con ello el derecho de propiedad que tienen los

[434] Ibídem. Pág. 56.

[435] Cea Egaña, José Luis. (1988). "Delimitación y privación del dominio en la Constitución de 1980". En XVIII Jornadas Chilenas de Derecho Público, Universidad de Concepción. Pág. 60.

dueños del predio en relación a aquella especie arbórea; lo que tampoco constituye una privación absoluta de los atributos esenciales del dominio puesto que no se obstaculiza, por ejemplo, la venta conjunta del terreno con el bosque. Por otro lado, la privación del dominio implica un "despojo" del patrimonio, un sacrificio o pérdida ya sea total o parcial, efímero o permanente del dominio sobre el bien o de alguno de sus atributos o facultades esenciales[436], cuestión que sólo será posible bajo los supuestos que la Constitución consagra, a saber: a través de una ley general o especial, por causa de utilidad pública o cuando así lo exija el interés nacional y la fijación previa del respectivo monto indemnizatorio por el daño efectivamente causado. En conclusión, vulnera de forma sustantiva la Constitución quien pretende asimilar en el proceso ambas instituciones.

Respecto a la utilización de la equidad como fundamento de la pretensión indemnizatoria; Valdivia Olivares señala que "entraña el riesgo de una difuminación de los límites entre lo que el Estado puede o no hacer al dictar reglas, y correlativamente también entre lo que cada ciudadano debe o no soportar como deber de colaboración a la construcción del bien común"[437]. Lo anterior, a nuestro juicio implica dos cosas. En primer término distorsiona lo que se estima justo por la sociedad en su conjunto, así por ejemplo en los casos referidos a monumentos nacionales o conservación de la flora y fauna, las decisiones jurisprudenciales no siempre han comprendido la verdadera razón del Legislador que ha prohibido, por ejemplo, la tala de árboles como la araucaria, cuestión que permite preservar nuestro patrimonio natural y dar una posibilidad cierta a generaciones futuras de conocer lo que ha identificado a nuestro país desde sus inicios; del mismo modo podría señalarse que los empresarios forestales (en conocimiento de estas medidas) persistan en la adquisición de predios donde se encuentra esta especie arbórea, se exponen imprudentemente a un riesgo si su giro comercial sólo comprende la explotación de bosques. En segundo lugar, los dictámenes desarrollados únicamente conforme a la equidad y que no presentan mayores sustentos normativos, pueden violentar el principio de la "deferencia razonada", regla base en un cualquier Estado Constitucional de Derecho, el cual hace posible la independencia y legitimidad de los poderes del Estado. Especialmente puede resultar vulnerada la autonomía que asiste al órgano legislador en la toma decisiones políticas, toda vez que

---

[436] Ibídem. Pág. 62.

[437] Valdivia Olivares, José Miguel. (2006). "¿Es justo que el Estado indemnice a quienes tienen prohibido explotar sus bosques de araucaria?". En Conferencias Santo Tomás de Aquino. Universidad Santo Tomás. Santiago, Chile. Pág. 141.

los sentenciadores cuestionen, en sus considerandos, la motivaciones utilizadas por los parlamentarios en el proceso formativo de la ley, lo que implica desde luego, exceder las atribuciones que la propia Constitución les ha consagrado.

En cuanto a la interpretación del concepto "lesión" usado por la doctrina objetivista (tomada del derecho español) como otra forma de justificar la procedencia de este criterio, es estimada por Quintanilla Pérez como incorrecta. El supuesto de la antijuricidad, en nuestro derecho, posee una autonomía y distinción respecto a los otros elementos de la responsabilidad extracontractual. En tal sentido, no se puede confundir este supuesto con la existencia del daño o perjuicio como algunos postulan, puesto que "en toda responsabilidad jurídica hay necesariamente un comportamiento infractor que determina una cierta consecuencia, un disfavor o una sanción respecto del responsable. Tal comportamiento es transgresor, porque no es congruente con la conducta exigible o corresponde a la conducta prohibida genérica o específicamente"[438]. Así las cosas, no todo daño es forzosamente antijurídico (no existen los daños antijurídicos "*per se*"), al ser elementos distintos no es posible derivar el segundo de la ocurrencia del primero; será necesario un doble juicio de antijuricidad referido tanto a la conducta como al resultado, esto es, dilucidar si el comportamiento se conforma con el ordenamiento y si el daño tiene o no alguna justificación jurídica.

Finalmente, según el referido autor, tampoco es posible confundir una hipótesis de responsabilidad del Estado con casos especiales de obligaciones legales indemnizatorias. En los últimos existe actos perfectamente lícitos o autorizados por el órgano público que no trasgreden ningún deber jurídico preestablecido, pero sin embargo establecen el deber de reparar el daño (que no es antijurídico) producido en un determinado bien en virtud de expresa disposición de ley[439]. Un ejemplo de esta obligación legal[440] se encuentra en el artículo 7 de la L. 18755, Ley del Servicio Agrícola y Ganadero, el cual contempla como una de las atribuciones de su Director Nacional, letra j: "Disponer el pago de indemnizaciones a propietarios de bienes o productos no contaminados o sanos, que haya sido necesario sacrificar, beneficiar o destruir, como asimismo por las restricciones de uso de predios rústicos dispuestas por

[438] Quintanilla Pérez, Álvaro. (2000). "¿Responsabilidad…" Cit. Págs. 61-62.

[439] Ibídem Pág. 62.

[440] Otros ejemplos de obligaciones legales indemnizatorias son el artículo 19 N°24 inciso 3° de la Constitución Política de la República, el cual dispone la reparación por acto expropiatorio y el artículo 45 inciso 2° del mismo cuerpo normativo, a propósito de las requisiciones realizadas durante los estados de excepción constitucional.

el Servicio, para prevenir, controlar o erradicar alguna enfermedad o plaga, previa autorización otorgada mediante decreto supremo del Ministerio de Agricultura, el que llevará además la firma del Ministro de Hacienda. Las indemnizaciones comprenderán sólo el daño patrimonial efectivamente causado".

5.2.1.3. El quiebre jurisprudencial

En primer lugar revisaremos un particular fallo caratulado "Sociedad Agrícola Lolco Limitada con Fisco de Chile"[441], en que si bien el Estado fue condenado a resarcir una cuantiosa suma de dinero (1.727.868.292 de pesos), la Corte Suprema, conociendo de la casación interpuesta por la demandante, sienta importantes bases para lo que más tarde se transformaría en una tendencia jurisprudencial. En cuanto a los hechos de la causa, el Estado a través de la dictación del Decreto Supremo N°43 del Ministerio de Agricultura (3 abril de 1990), declaró como especie natural protegida a la araucaria, disponiendo a la vez, la prohibición de explotación de dicho ejemplar arbóreo.

La Sociedad Agrícola Lolco estimó que con ello se producía un grave daño en su patrimonio, ya que gran parte de su fundo estaba constituido por esta especie protegida, así las cosas, demandó en sede extracontractual civil al Estado utilizando como principales fundamentos los artículos 6° y 7° de la Constitución, en complemento del artículo 19 n°24 del mismo cuerpo normativo. En dicha instancia señaló que no sólo existe un derecho a la justa reparación cuando medie un acto privativo del dominio, sino también cuando se han limitado las facultades esenciales del dominio que, en los hechos, hace imposible su realización.

La sentencia de primera instancia, estimó procedente la indemnización de los perjuicios efectivamente causados, pues no es justo imponer una carga de tal nivel a los actores. Se recoge con ello la teoría del sacrificio especial en función del derecho a la igual repartición de las cargas públicas, rechazando esta instancia la pretensión fundada en el derecho de propiedad, dejando en claro este tribunal que no se trata de un caso de expropiación. Hasta aquí, nada nuevo existe tomando en consideración los casos que anteriormente hemos observado, sin embargo, la Corte de Apelaciones aparte de confirmar el fallo con reducción del monto fijado, introdujo una curiosa solución que ha causado más de algún comenta-

[441] **Sociedad Agrícola Lolco Limitada con Fisco de Chile. Casación en el Fondo. CS. Rol 381-2004, 30.12.2004**. Dictado por los ministros señores Ricardo Gálvez, Domingo Yurac, Humberto Espejo; y los Abogados Integrantes señores René Abeliuk y Fernando Castro.

rio en la doctrina[442]. En el considerando décimo sexto, esta magistratura aplica por analogía (y por la supuesta existencia de un vacío legal) la institución contenida en artículo 19 N° 24 inciso 3° de la Carta Política, considerando que el resarcimiento también es procedente cuando en virtud de actos lícitos se han afectado facultades esenciales del dominio.

Cabe precisar que sólo la parte demandante recurrió de casación fundando su acción en seis capítulos, especialmente por la significativa reducción de la suma reparatoria, todos ellos rechazados por la Corte. En cambio el Consejo de Defensa del Estado, por inconveniente internos, no intentó la nulidad sustancial respecto a lo fallado por el tribunal de alzada. Se deja constancia de esta situación en el considerando 42° de la sentencia que conoce de la casación. De aquel se extrae que la Corte nada puede hacer respecto al monto indemnizatorio ya fijado, pues corresponde a una facultad privativa de los jueces de fondo y que sólo excepcionalmente puede variar cuando se han vulnerado de forma efectiva las normas reguladoras de la prueba, cuestión que en el caso concreto no ocurrió. De la misma manera, dicho párrafo señala la imposibilidad de variar sustancialmente lo resuelto, (así lo expresa la frase "independientemente de que esta Corte pueda o no compartir el criterio esbozado"[443]) toda vez que el Fisco, como ya se mencionó, no recurrió de casación.

Una de las decisiones relevantes en esta materia está expresada en los considerandos 49° y siguientes de la sentencia. En atención a la pretendida vulneración del artículo 4° de la Ley de Bases, el Tribunal Supremo

[442] Al respecto, Quintanilla Pérez señaló: "El criterio del Tribunal de Alzada está evidentemente equivocado por cuanto la norma que impone resarcimiento en caso de expropiación constituye una obligación legal prevista para una situación específica de privación del dominio enteramente ajena a la doctrina de la responsabilidad civil que la que debe regir una causa por reparación extracontractual y que supone necesariamente la existencia de un hecho ilícito o antijurídico". En Quintanilla Pérez, Álvaro. (2004). "Corte Suprema en caso Lolco: no ha responsabilidad Estatal por actos lícitos. El ocaso de la doctrina Galletué". En Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado N°12. Pág. 48.

[443] Es claro que la Corte Suprema se encontraba "atada de manos" en este asunto. No compartía los fundamentos enunciados por los tribunales inferiores, ni tampoco podía revertir lo fallado debido a la inexistencia de recurso de casación sustancial por parte del demandado. La anterior se evidencia, entre otros, en el considerando 46°: "…tampoco parece atendible que se efectúe una crítica como la que se comenta, desde que ha sido precisamente dicha alusión la que ha servicio a los jueces del fondo para otorgar a la demandante una millonaria y más que discutible indemnización, de tal manera que desde esta perspectiva dicha mención no sólo no le ha implicado agravio, sino que ha entrañado un innegable beneficio para ella, porque se obtuvo la referida indemnización, y ello, como también se ha precisado, manteniendo en su patrimonio el bien raíz de que se trata…".

señala: "esta disposición opera o tiene aplicación cuando los órganos de la administración del Estado actúan fuera de la órbita de sus atribuciones, lo que en la especie no ha ocurrido y ni siquiera ha sido puesto en duda". A mayor abundamiento, la Corte también demuestra desacuerdo con el criterio utilizado por el tribunal de alzada respecto a la aplicación analógica –en el caso concreto– del precepto constitucional que consagra la indemnización por causa de expropiación. En tal sentido se manifiesta parte del considerando 55°: "… el supuesto daño reclamado deriva de un acto lícito, en que no ha existido expropiación de un predio –la que de haberse llevado a cabo posiblemente no le hubiera resultado tan onerosa al Fisco de Chile–, puesto que éste, con todo su potencial permanece en poder y en el patrimonio de la sociedad".

Parte de la doctrina nacional ha elogiado este fallo por la connotación de su contenido dogmático; a juicio de Álvaro Quintanilla la Corte deja las cosas bien en claro: "no cabe indemnización por los daños causados por actos jurídicos legítimos de la Administración y que realizan el poder legal de fijar el contenido del derecho de propiedad y concretar su función social, competiendo a la ley determinar el modo de gozar el derecho de dominio. Igualmente que la responsabilización pública surge sólo cuando la acción de los órganos del Estado excede la Constitución o la ley"[444].

El quiebre jurisprudencial puede observase, ahora sí con toda seguridad, en la sentencia "Inmobiliaria Maullín Limitada con Fisco de Chile"[445]. Observemos, en primer término, los hechos que motivaron la resolución de este conflicto. La inmobiliaria Maullín, dueña desde 1994 del inmueble ubicado en la intersección de las calles Huérfanos y San Martín, comuna de Santiago, más conocido como "Palacio Pereira", dedujo demanda de indemnización de perjuicios en contra del Fisco. Dicho edificio fue declarado monumento histórico en virtud del Decreto Supremo N°5.746 del Ministerio de Educación (de 28 de agosto de 1981) y, a consecuencia de esto, los demandantes tienen ahora una serie de obligaciones y limitaciones contenidas en la Ley 17.288, entre ellas, conservarlo debidamente, encontrándose prohibida su destrucción. Además constó en autos que si bien el actual estado ruinoso del edificio implica una importante inversión económica, tampoco existen antecedentes que los dueños hayan destinado dineros a la mantención o reparación del inmueble.

---

[444] Quintanilla Pérez, Álvaro. (2004). "Corte Suprema en caso…". Cit. Pág. 53.

[445] **Inmobiliaria Maullín Limitada con Fisco de Chile. Casación en la Forma y en el Fondo. CS. Rol 552-2008, 5.10.2010.** Pronunciado por la Tercera Sala de la Corte Suprema, Integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño, Sr. Pedro Pierry, Sra. Sonia Araneda, Sr. Haroldo Brito y Sr. Roberto Jacob.

Lo que en definitiva se solicita por la parte demandante, es hacer responsable al Fisco por la actuación lícita generadora de un perjuicio en sus bienes jurídicos protegidos, en específico la obligación impuesta no permite dar al inmueble ningún otro uso ni aprovechamiento comercial, por lo que en la práctica se ha privado a los propietarios de obtener beneficio del dominio. Al respecto, la Corte Suprema estimó necesario, antes que todo, indagar en la posible existencia de un régimen objetivo de responsabilidad derivado en estas supuestas infracciones constitucionales.

En tal sentido se pronuncia el considerando 37°, citando al caso Lolco como referente en la materia: "…no hay norma sustantiva en la Carta Fundamental sobre la obligación indemnizatoria… panorama en el que se advierte la ausencia u orfandad de normas que obliguen al Estado a responder en un caso como el planteado, lo que no es casual ni puede considerarse una inadvertencia, ya que deriva de la circunstancia de que, sencillamente, no existe dicha normativa". Además, en relación a las garantías como fundamento de la responsabilidad por actuación lícita, señala: "Que, por otra parte, el recurso de nulidad sustancial invoca como disposiciones infringidas los artículos 19 numerales 20 y 24 de la Constitución Política. Sin embargo, no advierte el impugnante que se trata de garantías que se refieren a determinados derechos, pero en ningún caso a la consagración de algún tipo de responsabilidad extracontractual del Estado" "…por consiguiente, no hay normativa que consagre la pretendida obligación indemnizatoria por infracción a los artículos 19 N°20 y N°24 de la Constitución Política". (Considerandos 38° y 40°).

El gran aporte de esta sentencia es señalar, de forma enfática, que no existe un régimen de responsabilidad por actos lícitos de la Administración Pública, cómo tampoco pueden sostenerse como fundamentos de éste las garantías constitucionales del derecho de propiedad y la igual repartición de las cargas públicas. Recordemos que, como ya se ha precisado desde el primer capítulo de este trabajo, la existencia de una responsabilidad objetiva es especial dentro de nuestro ordenamiento jurídico, por cuanto requiere siempre de texto legal expreso; en definitiva, cuando el Constituyente o el Legislador regulan una compensación económica en virtud de los efectos de un acto de la Administración, dictado aún dentro de la esfera de sus atribuciones y que no reviste antijuricidad, éstas constituyen verdaderas obligaciones legales más nunca casos de responsabilidad.

Para finalizar, analizaremos un interesante fallo en el cual los recurrentes entremezclan las hipótesis de responsabilidad para fundamentar su pretensión, en este sentido la Corte Suprema, además de descartar

la procedencia de la indemnización por actos lícitos, aclara cuál es la correcta interpretación de la Falta de Servicio como criterio de imputación de la responsabilidad del Estado Administrador. Veamos a continuación los hechos de la causa caratulada "Universidad de Magallanes con Servicio Agrícola y Ganadero"[446].

En el marco de un proyecto de investigación, la Universidad de Magallanes gestionó ante la autoridad competente, la importación de un ganado de ovinos desde Argentina con miras a incrementar la producción lechera de la especie en la Duodécima Región. En el año 2000, se tomaron muestras de estos animales que arrojaron la existencia del virus Maedi-Visna, enfermedad que afecta a las ovejas produciendo en ellas lesiones inflamatorias sobre ciertos órganos como pulmones, cerebro, glándula mamaria, articulaciones y tejido linfoide, entre otros. Ante tal situación el SAG ordenó, por resolución del 18 de diciembre del año 2000, el sacrificio de todos los animales infectados y su descendencia ubicados en el predio de la Universidad; cuestión que efectivamente se produjo en el mes de febrero del año 2001.

Los demandantes en su libelo, consideraron que es procedente la responsabilidad del Fisco por la actividad lícita que ha ocasionado un evidente daño patrimonial y que, a falta de norma expresa que establezca la indemnización, se debe recurrir a la doctrina del sacrificio especial con fundamento en la institución de la expropiación y el derecho a la igual repartición de las cargas públicas. Pero además, apoyan su pretensión en la existencia de una Falta de Servicio por parte de este organismo estatal.

La Corte se hace cargo de todas las hipótesis expuestas por los actores, de tal forma, señala que no existe un sistema de responsabilidad por actuaciones ilícitas. Así lo expone el considerando décimo cuarto de la sentencia de casación: "Que en este sentido, la circunstancia que determinadas leyes especiales hayan consagrado excepcionalmente un régimen especial indemnizatorio demuestra que el derecho a indemnización por actos lícitos a favor de las personas afectadas solo opera en virtud de un texto legal expreso y no porque la Constitución Política establezca una regla especial de responsabilidad". En el caso concreto, aun existiendo normativa que concede reparación pecuniaria para situaciones como éstas (cuestión regulada en el artículo 7 letra j de la ley

[446] **Universidad de Magallanes con Servicio Agrícola y Ganadero. Casación en el Fondo. CS. Rol 8079-2010, 8.4.2013**. Pronunciado por la Tercera Sala de la 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 Abogado Integrante Sr. Jorge Lagos G.

18.755 que estatuye más bien un caso de obligación legal, como ya hemos visto), de los antecedentes allegados al proceso se concluye que no se da cumplimiento con los requisitos exigidos por la norma, toda vez que los animales sacrificados no se encontraban sanos. En este orden de ideas, nuevamente queda claro que la hipótesis de responsabilidad objetiva sólo es posible en nuestro ordenamiento de modo excepcional, esto es, cuando Legislador intervenga de forma expresa; pero es imperativo diferenciarlas de los casos de obligación legal que también se contemplan en el derecho nacional.

Del mismo modo, este tribunal también descarta que se trate de una responsabilidad por actuación irregular y en este sentido se encuentra el considerando cuarto: "Que cabe desestimar la alegación de vulneración del recién mencionado artículo 42 de la Ley 18.575, puesto que el propio recurso de nulidad sustancial acepta que la autoridad administrativa actuó lícitamente, esto es, dentro del ámbito de sus funciones y en un caso establecido por la ley. Debe inferirse por consiguiente que en la especie no se configura una hipótesis de falta de servicio, esto es, un caso en que el órgano de la Administración del Estado haya funcionado deficientemente, no ha funcionado debiendo hacerlo, o lo ha hecho en forma tardía. En efecto, la norma de responsabilidad estatal contenida en el citado artículo 42 opera cuando los órganos de la Administración actúan en forma antijurídica, lo que, como se ha dicho, no constituye un presupuesto del recurso en estudio".

Sin embargo de lo anterior, la Corte Suprema no desperdicia la oportunidad de señalar que, a pesar que la Falta de Servicio no tiene injerencia en la resolución de estos asuntos puesto que se subordina a las actuaciones irregulares del órgano público; constituye de todas formas el criterio de imputación por regla general en la legislación local. Con base en lo planteado, el considerando duodécimo arguye: "Que es conveniente señalar, una vez más, que el sistema chileno de responsabilidad del Estado se construye sobre la base de la noción de falta de servicio y no sobre la idea de responsabilidad objetiva y que, contrariamente a lo sostenido por algunos autores locales, dicha institución se encuentra plenamente vigente y sigue siendo el fundamento de la responsabilidad del Estado en el país de donde se tomó para introducirla en Chile en la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado…, como se aprecia, en el periodo moderno no aparece para nada obsoleto el concepto de falta de servicio y, por el contrario, continua siendo, al igual que en Chile, la regla general en materia de responsabilidad del Estado, el "droit commun" como se señala en Francia".

5.2.2. Criterio del Riesgo Creado

El segundo de los criterios utilizados por la jurisprudencia, de carácter no legal sino más bien producto del desarrollo doctrinario, con el objetivo de hacer responsable a la Administración del Estado por sus actos, se refiere al Riesgo Creado. Tradicionalmente en nuestro país, esta noción ha sido asimilada y utilizada por los partidarios de la teoría de la responsabilidad objetiva, con miras a justificar que no es relevante la concurrencia de culpa o negligencia del agente en la producción de un resultado dañoso.

En primer término, se constituye como una esencial premisa que la Administración desempeña comúnmente actividades que intrínsecamente revisten la idea de un riesgo, es decir, que pueden resultar peligrosas para los bienes jurídicos de las personas; sin embargo existe consenso acerca de su necesariedad y, en tal sentido, el Estado las ha asumido para la satisfacción de los intereses generales de la ciudadanía. La utilidad o beneficio social que importa la efectiva realización de aquellas funciones, para nosotros, descarta la equivocada máxima que todo daño derivado de estas actividades deba ser resarcido por el servicio público, tal y como lo proponen los más férreos defensores de la postura objetivista. En este orden de ideas se encuentra incluso la nueva corriente doctrinaria en España acerca de la responsabilidad, la cual admite que los sujetos sometidos a un régimen objetivo deben contar con ciertos márgenes de acción exentos de deber indemnizatorio.

En un esfuerzo por disponer de límites serios en la construcción de este criterio, la doctrina comparada ha tenido que indagar en las bases de otras disciplinas relacionadas con las ciencias jurídicas, como por ejemplo, el derecho penal. De esta manera se ha hecho uso –aunque matizado– del criterio de la imputación objetiva y con ello luego, el establecimiento de determinados requisitos en cuanto a la naturaleza del riesgo. Adelantaremos por ahora que será necesaria una cierta entidad en el riesgo o, dicho de otro modo, debe ser éste relevante. Así lo ha concluido una autora: "sólo los daños que sean la materialización de un riesgo jurídicamente relevante pueden ser imputados a un sujeto jurídico"[447].

[447] Beladiez Rojo, Margarita. (1997). "Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos: con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo". Edit. Tecnos. Madrid, España. Pág. 103.

5.2.2.1. Requisitos doctrinarios del riesgo para comprometer la responsabilidad del Estado

Para comprender cuando un riesgo es relevante y, por tanto, exista un funcionamiento peligroso del servicio que permita imputar objetivamente el resultado dañoso a éste, Mir Puigpelat señala, en primer lugar, que este riesgo debe poseer cuantitativamente una cierta entidad, (o "no insignificante") y lo será cuando "para el observador prudente (tercero imparcial), situado en el momento de la acción y dotado de los especiales conocimientos del agente administrativo al actuar, no parezca totalmente improbable que el funcionamiento del servicio produzca una lesión indemnizable"[448]. Sin embargo esto no será suficiente, así el autor agrega un segundo requisito: la necesidad de una entidad "cualitativa" cuestión que para el referido se identifica con un riesgo "no permitido". En un sistema de responsabilidad subjetiva, el elemento cualitativo estará conformado por la culpa del agente, en cambio en un régimen objetivo estará constituido por el concepto de "error", cuando el agente ha desplegado una conducta diligente pero equivocada (error no imprudente), lo que se debe esencialmente al "factor humano" y a las "limitaciones presupuestarias"[449]. Comprobadas estas condiciones, habremos dado el primer paso para poder valorar el riesgo negativamente para efectos de responsabilidad.

Para Beladiez Rojo, el Estado sólo responderá de aquellos riesgos jurídicamente relevantes que el servicio pueda crear, porque la responsabilidad no puede transformarse en un "seguro" respecto a todos los daños que se produzcan con ocasión del funcionamiento público. El primero de los requisitos para esta autora, describe que el riesgo debe ser "general", es decir, que pueda incidir sobre todas las personas o sobre grupos perfectamente identificables[450]. En segundo lugar, dicho riesgo debe ser inherente al servicio o a su actividad, excluyéndose de esta consideración aquellos creados por terceras personas o por la propia víctima[451]. En tercer término, no debe tratarse de riesgos socialmente admitidos, lo que involucra una cuestión de tolerabilidad social, es decir, algunos de ellos han sido asumidos como propios de la vida en común mientras

[448] Mir Puigpelat, Oriol. (2002). "La responsabilidad patrimonial de la administración: hacia un nuevo sistema". Editorial Civitas. Madrid, España. Pág. 261.

[449] Ídem.

[450] Beladiez Rojo, Margarita. (1997). Op. Cit. Pág. 104. La autora señala como ejemplo de un riesgo general, cuando cualquier paciente que ingresa a un recinto médico para el diagnóstico o tratamiento de una determinada enfermedad, sin embargo contrae una infección hospitalaria.

[451] Ibídem. Págs. 105-110.

el daño no sea superior al beneficio mediato que reporta la actividad; a contrario sensu, el riesgo debe ser considerado como no admitido (por lo tanto, jurídicamente relevante para efectos de responsabilidad), cuando los perjuicios que de éste derivan ocasionen o supongan un sacrificio especial para el ciudadano[452].

Finalmente, la citada autora refiere necesario, además, que el riesgo se "realice" en el resultado lesivo. Esto significa que el daño producido sea efectivamente la materialización del riesgo creado, lo anterior permite descartar otros peligros a través de las desviaciones del nexo causal puesto que si el daño se ha producido por un riesgo diferente no podrá atribuirse responsabilidad al Estado[453].

5.2.2.2. Clasificación del riesgo en el derecho comparado

Desde la doctrina francesa, Michel Paillet ha agrupado los recurrentes casos resueltos por la jurisprudencia en base al criterio del riesgo creado y ha elaborado una clasificación que consideramos pertinente replicar en este trabajo[454].

a) **Responsabilidad por el "riesgo peligro"**: esta categoría está conformada por tres principales hipótesis. La primera de ellas dice relación con la utilización de cosas peligrosas, acá encontramos casos que van desde el uso sustancias peligrosas, el empleo de artefactos peligrosos como el armamento de las policías o unidades militares –puesto que comportan riesgos excepcionales para las personas o sus bienes– hasta la utilización de instalaciones peligrosas como los daños producidos por obras de electricidad o gasoductos. La segunda hipótesis está integrada por "la puesta en marcha de métodos peligrosos" y dice relación con aquellos procedimientos que intensifican un riesgo, ejemplo de ello son los daños causados por actos delictuales provenientes de menores a cargo de establecimientos especializados, o los producidos por las salidas dominicales (como método terapéutico) permitidas a quienes padecen de alguna enfermedad mental grave. Por último, la tercera hipótesis hace mención a los perjuicios derivados de los trabajos públicos, ya sea por causa del funcionamiento o por la reparación de obras; éstas pueden deberse a un accidente o acontecimiento repentino como el derrumbe de un muro o la ruptura de una represa, como también las que no siendo accidentales sino más bien son consecuencia de la ejecución de una obra pública como las perturbacio-

[452] Ibídem. Págs. 117-122.
[453] Ibídem. Págs. 128-130
[454] Paillet, Michel. (2001). Op. Cit. Págs. 184-212.

nes de goce (ruidos, olores, etc.), perjuicios comerciales o pérdida de valor inmobiliario.

b) **Responsabilidad por "riesgo provecho":** se trata de actividades que no revelan en sí mismas un carácter peligroso, sin embargo, cuando representan un determinado riesgo generan una obligación de resarcimiento pues han sido provechosas para la Administración. Dentro de esta clasificación se encuentran los casos de aquellas personas que, colaborando ocasionalmente con el órgano público, resultan perjudicadas cuando con ello se han visto involucradas en una situación peligrosa. Ejemplo de lo anterior; un individuo que presta espontáneamente su ayuda a los agentes de policía que intentan impedir un suicidio o atrapar a un delincuente, sin embargo durante ese procedimiento resulta herido. Tendrá el colaborador entonces el derecho de demandar al Estado por el provecho que significó su participación.

c) **El "riesgo álea":** el autor nos indica que el concepto de riesgo, incluso desde sus orígenes, ha estado fuertemente vinculada a la noción de "azar". En Francia la cuestión del álea en materia terapéutica ha pasado a tener gran relevancia, especialmente aquellos casos donde se aplica un método de reciente creación cuyas consecuencias aún no se conocen del todo, constituyendo un riesgo para los pacientes que se someten a este tratamiento. De esta forma, las complicaciones excepcionales o anormalmente graves que se experimenten a consecuencia directa de dicho método terapéutico, comprometen la responsabilidad del servicio.

Observaremos que en el escenario nacional la situación dista mucho del desarrollo logrado en el país galo respecto a estas materias. En definitiva, la mayor parte de los casos que involucran una actividad peligrosa ejecutada por la Administración del Estado, son resueltas aplicando el criterio de la Falta de Servicio, ya sea porque existe norma expresa en sectores como el sanitario, o por la reconstrucción de la institución a través de las normas del Código Civil como sucede en la responsabilidad por los actos de las Fuerzas Armadas y las Policías.

5.2.2.3. La responsabilidad por riesgo en nuestro país.

Como hemos visto en el primer capítulo de esta memoria, la teoría de la responsabilidad objetiva es configurada al margen de consideraciones subjetivas, siendo más bien el riesgo creado por un determinado agente lo determinante para resarcir los perjuicios si éste se ha materializado en el daño producido, independiente de la existencia de culpa. La responsabilidad fundada en la mera causalidad material fue criticada incluso

por sectores partidarios de la misma, por ello que se crearon –como en párrafos recientes señalábamos– criterios de imputación objetivos como el riesgo provecho y el riesgo creado, usualmente confundidos o subsumidos ambos dentro del sistema de responsabilidad estricta[455], así también ha sucedido en nuestro país.

Históricamente el primer ámbito de objetivación de la responsabilidad ocurrió en materia de accidentes del trabajo, para pasar rápidamente a un sistema de seguros que escapa de los márgenes del derecho privado. Otra área donde también puede apreciarse la aplicación de las reglas de la responsabilidad sin culpa, tanto en el derecho comparado como también en algunos casos de nuestro ordenamiento jurídico, es respecto de las actividades o cosas peligrosas.

Un buen ejemplo de ello lo constituye la responsabilidad por daños nucleares, regulado en la ley 18.302 (Ley de Seguridad Nuclear). El artículo 49 de esta legislación señala que la responsabilidad en esta materia es de tipo objetiva y que a su vez está limitada en la forma que dispone el mismo cuerpo normativo. El artículo 50 identifica quién debe ser considerado, para estos efectos, como la persona responsable: "La persona que en la correspondiente licencia o autorización dada por la Comisión, haya asumido la calidad de explotador de una instalación, planta, centro, laboratorio o establecimiento nuclear, será responsable de los daños ocasionados por un accidente nuclear que ocurra en ellos. También será responsable de los daños nucleares ocasionados por sustancias nucleares procedentes o que se originen en las instalaciones plantas, centros, laboratorios y establecimientos a su cargo, pero sólo cuando el accidente nuclear ocurra en alguna de las circunstancias siguientes…".

Se entiende por explotador "La persona natural o jurídica a cuyo nombre se otorga por la Comisión la autorización para explotar una instalación nuclear" (Artículo 3 n°11). Lo anterior implica que, desde luego, el Estado puede ser sujeto de una demanda por responsabilidad objetiva, debido a que explota dos centros de estudios nucleares (Lo Aguirre y La Reina), cuya infraestructura está puesta al servicio del país, así como también al sistema académico, la investigación científica y tecnológica.

Como bien señala Díaz Tolosa, la legislación complementaria al Código Civil que establece parcelas de responsabilidad estricta, debe su existencia a la diversificación de las situaciones peligrosas o de alta complejidad presentes en las formas de vida moderna, en virtud de la cual se expone a los individuos a mayores y variados riesgos[456]. Según la autora,

---

[455] Corral Talciani, Hernán. (2002). "Lecciones de…". Cit. Págs. 89-90.

[456] Díaz Tolosa, Regina. (2007). "Responsabilidad objetiva en el ordenamiento jurídico

estos sectores poseen características comunes y que para nosotros será conveniente precisar, a favor de este trabajo, respecto a la responsabilidad por daño nuclear.

En tal sentido y en primer término, podemos decir que son sectores en los cuales se mitiga o modera la procedencia indemnizatoria; por ejemplo: a) Estableciendo límites en cuanto al monto reparatorio, así se desprende del artículo 60 de la mencionada ley, donde se señala que el *quantum* máximo corresponde a 75 millones de dólares (divisa norteamericana). b) Se impone la contratación de seguros con el propósito de que la víctima pueda efectivamente acceder a la reparación del daño causado; esto se evidencia en el artículo 62 de la ley 18.302; "Todo explotador deberá caucionar su responsabilidad mediante la contratación de seguros o la constitución de garantías, por el límite máximo establecido en el artículo 60". En segundo término, también es una característica compartida las especiales formas de exoneración de responsabilidad que, en este rubro, sólo son admitidos los daños nucleares producidos por causa directa de un conflicto armado exterior, insurrección o guerra civil. Por lo tanto el explotador de esta actividad es responsable incluso de caso fortuito y fuerza mayor. (Artículo 56).

Un caso respecto del cual no existe pronunciamiento de fondo por parte de nuestros tribunales de justicia, debido a que aún se encuentra éste en etapa probatoria, es la causa caratulada "Morgado Travezan y otros con Fisco de Chile y Comisión Chilena de Energía Nuclear"[457], sin embargo debido a la relevancia de los intereses comprometidos y porque potencialmente podría resolverse por las normas de un estatuto especial de responsabilidad objetiva, es menester analizar al menos los hechos y someramente las pretensiones de las partes.

Durante el año 1989, un grupo de conscriptos pertenecientes al Regimiento de Telecomunicaciones de Curicó, fueron destinados a la custodia perimetral de los centros nucleares de Lo Aguirre y La Reina. En marzo de ese año se produjo (supuestamente) en el primero de ellos, un derrame de líquido desconocido al interior de los laboratorios; acto seguido, los reclutas recibieron la orden de secar con toallas el fluido esparcido, cuestión que vulnera los protocolos a seguir con motivo de estos accidentes. A consecuencia de lo sucedido y a la fecha, existen tres cons-

chileno". En Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 14, N°1. Pág. 92.

457 **Morgado Travezan y otros con Fisco de Chile y Comisión Chilena de Energía Nuclear. Demanda de Indemnización de Perjuicios. 27° Juzg. Civ. de Santiago. Rol C-16539-2011. (En tramitación).**

criptos fallecidos por leucemia (cáncer), otros tantos han experimentado diversas enfermedades que van desde algunos tipos de cáncer, diarreas y cefaleas crónicas, dolores óseos, hasta problemas neurodegenerativos; padecimientos considerados por la parte demandante como provenientes de la exposición al elemento vertido.

Los actores demandaron de forma solidaria al Fisco de Chile y a la Comisión Chilena de Energía Nuclear. Respecto al primero de ellos, estiman que debe responder por los prejuicios provocados a los conscriptos que cumplían con el servicio militar obligatorio, los cuales sin duda alguna fueron destinados a labores peligrosas; riesgos que finalmente se materializaron en el daño anteriormente esbozado. Además juzgan la existencia de un actuar negligente por parte del órgano, el cual se traduce en la no fiscalización efectiva de las medidas de seguridad. A mayor abundamiento, una vez ocurrido el derrame se habría ocultado información, omitiendo la normal investigación con el objetivo de dar con los responsables, cuestión que unida a todo lo descrito, constituye para los actores una grave Falta de Servicio. En relación a la CCHEN, ésta sería responsable en su calidad de fiscalizador y controlador de las referidas estaciones. Que sin embargo, una vez producido este accidente nuclear (presunto derrame) y sumado el hecho de que varios conscriptos experimentaron síntomas por contaminación, no existen señales de medidas destinadas a mitigar aquellos efectos, ni tampoco que estos individuos hayan sido sometidos a exámenes médicos para descartar el padecimiento por dichas sustancias. En definitiva, la parte estima como justa suma reparatoria por concepto de daño moral, el total de 46.300.000.000 de pesos, más el daño emergente que pueda ser probado por cada uno de los afectados en juicio.

En representación de los demandados, asume la defensa del caso el Consejo de Defensa del Estado, en cuyo escrito de contestación se puede apreciar, primeramente, la excepción por falta de legitimad activa respecto de algunos de los actores, puesto que no se ha señalado con precisión su identificación o relación con los hechos. Acto seguido, controvierte los hechos que fundan la pretensión de los demandantes, señalado que a ésta no le consta el suceso del accidente ni tampoco su relación con las enfermedades (ya que nunca existió una denuncia por parte de terceros o por el personal especializado). Además, de haber ocurrido dicho contratiempo, la acción se encontraría prescrita porque han pasado con creces los diez años que contemplan las normas sobre seguridad nuclear vigentes en nuestro país y también, específicamente en contra del fisco por su responsabilidad general, al exceder el plazo de cuatro años.

Continúa este órgano en sus alegaciones y defensas, señalando que en la especie no existe daño nuclear porque no hay desarrollo alguno ni exposición clara de los menoscabos específicos que habrían padecido los demandantes, sino más bien una descripción genérica de las enfermedades que pueden presentarse recurrentemente en la vida de las personas. Además, la parte demandante invoca dos estatutos jurídicos de responsabilidad distintos los cuales consideran preciso desvirtuar. En primer lugar y en relación a la responsabilidad objetiva respecto de la CCHEN, si bien basta con probar la relación de causalidad entre el daño y el hecho que lo ocasiona, sin embargo de la mera exposición que esboza la demanda, no se puede colegir que esto efectivamente haya sucedido; por lo tanto, corresponderá a la contraria acreditar la conducta que se imputa –falta de fiscalización y control por parte de la Comisión– para luego demostrar el nexo causal con el perjuicio. A mayor abundamiento, la defensa insiste que durante el tiempo en que se habría originado el accidente, la central nuclear no contaba con material nuclear en estado líquido, cuestión que es posible cerciorar con el Organismo Internacional de Energía Atómica. En segundo lugar, respecto a la responsabilidad por Falta de Servicio que se atribuye al Fisco de Chile, la defensa considera que ésta no se configura en el caso concreto, es más, preliminarmente no se vislumbra relación de causalidad alguna, presupuesto necesario para la existencia de responsabilidad extracontractual.

Actualmente esta causa se encuentra en la Corte Suprema, la cual conoce sobre el abandono del procedimiento decretado por los tribunales inferiores; sin embargo extrañamos al menos un pronunciamiento sobre el fondo del asunto que revele, en caso de acogerse la pretensión principal, cuál es el régimen de responsabilidad aplicable en este asunto.

En estas alturas es menester recordar al lector que –siempre teniendo en cuenta el ordenamiento local como referente– a pesar de la existencia de regímenes sectoriales de responsabilidad objetiva, ello no implica el desplazamiento de la Falta de Servicio como criterio general de atribución de la responsabilidad del Estado Administrador, sino más bien se establecen normas para situaciones específicas cuya aplicación e interpretación son restrictivos. A mayor abundamiento, el sistema subjetivo operaría aún como subsidiario respecto de estos asuntos particulares, ya sea supliendo vacíos normativos o resolviendo el caso concreto cuando alguna de las hipótesis falte.

No hay duda que la recepción del modelo objetivo, al menos en Chile, ha sido particularmente fragmentada y sectorizada. Así lo zanjó el ya estudiado caso Domic con Fisco, cuando en su considerando décimo manifestaba: "…el ordenamiento jurídico no encierra disposiciones

de carácter general que establezcan responsabilidades objetivas para los particulares o el Estado, y que, por ende, esta clase de responsabilidad requiere de una declaración explícita del legislador que describa las circunstancias precisas que pueden generarla…". Con ello gran parte de la doctrina nacional sentenció de muerte la responsabilidad objetiva como sistema general en el Derecho Público chileno. En este sentido, las palabras de Díaz Tolosa son más que precisas: "en nuestro sistema no puede haber objetivación de la responsabilidad por analogía o interpretación judicial, siendo necesaria la intervención de legislador. En los casos dudosos, habrá de seguirse el criterio de la responsabilidad subjetiva".[458]

A pesar de lo anteriormente expuesto e incluso luego del fallo Domic, podemos encontrar algunos casos en materia de responsabilidad estatal, donde los tribunales de nuestro país siguieron utilizando el criterio del riesgo creado para la resolución de los asuntos sometidos a su conocimiento. Si bien esto último puede deberse a una multiplicidad de factores, desde el simple desconocimiento o falta de depuración conceptual en relación a la Falta de Servicio, hasta la negativa de abandonar ideas que rigieron por varios años como fundamento de sus decisiones; es preciso revisar a continuación algunos de aquellos casos para luego determinar qué ha sucedido con este criterio de atribución objetivo en la jurisprudencia nacional.

Tratándose de la responsabilidad por actos de la Administración que causen daño a un tercero, la sentencia "Quezada Salazar, Marcela y otros con Fisco"[459] estimó que el Estado debe responder objetivamente. En lo hechos, don Hernán Aguilera Burdiles falleció producto de los impactos de balas provenientes de al menos un funcionario de la Policía de Investigaciones. Lo anterior habría tenido lugar durante un operativo policial y en las circunstancias que el difunto era totalmente ajeno a los hechos que motivaban el procedimiento. El razonamiento ocupado por la Corte de Apelaciones de Santiago es que dicha responsabilidad "…estriba en la necesidad social de realizar una serie de actividades peligrosas riesgosas, deviniendo, necesario reconocer; el derecho de los perjudicados a la indemnización" (considerando primero). De acuerdo con lo anterior, cuando el Estado mediante su actividad crea un riesgo de daños ilegítimos a los particulares, el considerando tercero del fallo señala que debe

---

[458] Díaz Tolosa, Regina. (2007). Op. Cit. Pág. 88.

[459] **Quezada Salazar, Marcela y otro con Fisco. Apelación. CA. Santiago. Rol 2.233-2000. 4.3.2005**. En la resolución del asunto, la Corte de Apelaciones de Santiago confirmó la sentencia apelada, decretando a favor de la cónyuge la suma de 50 millones de pesos por concepto de daño moral y de 25 millones a cada uno de los tres hijos de la pareja; más otros 10 millones al familiar don Humberto Aguilera Olivera.

indemnizarlos si éstos se producen, "en virtud del principio constitucional establecido en el artículo 19 n°20 de la Constitución Política de la República, de la igual repartición de las cargas públicas, ya que en el caso sub lite, la acción del agente del Estado impuso una carga a la familia del occiso que ésta no estaba jurídicamente obligada a soportar…, por lo cual a fin de garantizar también el principio establecido en el artículo 19 n°2 de nuestra Carta Fundamental –la igualdad ante la ley– es menester compensar la carga impuesta ilegítimamente, mediante el mecanismo de reparación integral que establecen los principios generales de nuestra legislación…".

También se utilizó este criterio para responsabilizar al Estado por las actuaciones de sus funcionarios, entendiendo que la falta personal de éstos compromete al órgano público. Se evidencia lo antes dicho en la causa "Caro Silva, Juan Guillermo con Fisco de Chile"[460], en la cual el ex Cabo del Ejército Rosamel Galleguillos, encontrándose en notorio estado de ebriedad mientras cumplía sus funciones normales como instructor de la institución, disparó hacia el conscripto Guillermo Caro causándole una lesión cardiaca, gástrica y pulmonar que finalmente provocó su muerte. La Corte Suprema, conociendo del recurso de casación en el fondo deducido por la defensa fiscal, reconoció la existencia de responsabilidad del Estado en el caso de autos, utilizando como fundamento de ello la noción de riesgo, además de lo dispuesto en las normas generales del artículo 38 de la Constitución y el artículo 4 de la LOCGBAE. Así se puede leer en el considerando décimo de la sentencia: "…la relación de subordinación entre el autor del hecho y la víctima, quien era soldado conscripto, que a la sazón tenía 19 años y que cumplía con el Servicio Militar Obligatorio, es indubitable que el Estado debe responder por el daño irrogado. Porque se trata de un riesgo causado por la propia Administración del Estado, quien debe garantizar las condiciones mínimas de seguridad respecto de quien cumplía con el deber militar que le corresponde a todo varón mayor de 18 años; servicio que persigue como fin preparar al contingente necesario para la defensa del país y, consecuentemente, permitir al Estado cumplir con el deber de resguardo de la seguridad nacional que le impone la Carta Fundamental".

---

[460] **Caro Silva, Juan Guillermo con Fisco de Chile. Casación en el Fondo. CS. Rol 4004-2003, 19.10.2005**. El Décimo Segundo Juzgado Civil de Santiago condenó al Fisco con la suma de 50 millones de pesos por el daño moral que provocó la muerte del conscripto. La Corte de Apelaciones de Santiago, confirmando la sentencia apelada, aumentó el monto indemnizatorio a la cantidad de 100 millones de pesos. La Corte Suprema, asimismo, rechazó el recurso de casación en el fondo deducido por el Consejo de Defensa del Estado.

En la causa caratulada "Santibáñez Viani, María Paz con Fisco"[461], el carabinero en servicio Orlando Sotomayor provocó lesiones de gravedad a causa de la descarga de un proyectil que impactó en la cabeza de la demandante, resultando ésta con traumas cerebrales y pérdida de habilidades motoras como la invalidez en una de sus manos; cuestión más que perjudicial para el caso concreto debido a que la víctima era estudiante de piano. El sentenciador del tribunal de fondo señaló procedente la responsabilidad objetiva del Estado por actuaciones riesgosas, fundamento que se repite en el considerando séptimo de la sentencia que conoce de la casación: "…existe responsabilidad objetiva fundada en que toda persona que desarrolla una actividad que crea un riesgo de daño a los demás sí el riesgo se concreta perjudicando quien lo crea debe indemnizar a la víctima teniendo sólo para ello en cuenta la existencia material de los perjuicios sin entrar a examinar la concurrencia de dolo o culpa; los cuales no son preponderantes en este tipo de responsabilidad".

Finalmente, este criterio también fue utilizado para responsabilizar al Estado por daños provocados a personas consideradas como no usuarias del servicio, en este sentido se pronunció la sentencia "Bustos Riquelme, María con Fisco de Chile".[462] En relación a los perjuicios causados a un conscripto que descansaba al interior del Regimiento Aysén –mientras cumplía con el servicio militar– cuyo daño específicamente consistió en lesiones graves a causa de los disparos propinados por un ex cabo del Ejército; la Corte Suprema estimó: "es indudable que el Estado debe responder por el daño irrogado, ya que se trata de un riesgo causado por la propia Administración del Estado, quien debe garantizar las condiciones mínimas de seguridad, respecto de quien cumplía con el deber militar que le corresponde a todo varón mayor de 18 años; servicio que persigue como fin preparar el contingente necesario para la defensa del país..".

Para nosotros es imperativo advertir que la jurisprudencia, a estas alturas de su desarrollo, aún no concebía la general aplicación de la Falta de Servicio respecto de las Fuerzas Armadas, ni tampoco lo hacía en

---

[461] **Santibáñez Viani, María Paz con Fisco. Casación en la Forma y Apelación. CA. Santiago. Rol 6999-1999, 16.12.2002.** En primera instancia se acogió la pretensión de la parte demandante, decretándose a su favor una cantidad de 40 millones de pesos a título de daño moral. El Fisco dedujo recurso de casación en la forma con apelación, sin embargo el tribunal de alzada confirmó la sentencia de primer grado, declarando que se aumenta la suma indemnizatoria a 60 millones de pesos.

[462] **Bustos Riquelme, María con Fisco de Chile. Casación en el Fondo. CS. Rol 3354-2003, 26.1.2005**

atención de aquellas víctimas no consideradas como "usuarias del servicio". Lo anterior se debe básicamente a una errada comprensión de la institución como sinónima de "prestación" (como ya se vio en un anterior apartado) y la transcripción del considerando décimo es una muestra de lo esbozado: "la noción de la falta de servicio como vertiente específica de responsabilidad estatal por actos u omisiones de su administración juega en el plano de las actividades de los organismos que la integran respecto de los usuarios o destinatarios de los servicios correspondientes y no se aplica en las relaciones de esos entes con sus dotaciones".

Recapitulando, el lector ha podido apreciar que, en algún momento de nuestra historia jurisprudencial, los tribunales de justicia utilizaron el criterio del riesgo creado para imputar objetivamente responsabilidad al ente estatal. De esta manera podemos observar un hilo conductor en aquellos casos, los cuales dicen relación (casi siempre) con la participación de agentes de las Fuerzas Armadas y Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, ya sea por el uso desproporcionado de las armas de fuego o por los daños producidos durante el servicio militar, actividades en las que es fácil apreciar una patente peligrosidad. Sin embargo y como se recordará, en el caso "Seguel Cares con Fisco" el Tribunal Superior señaló de forma expresa que la institución de la Falta de Servicio también es aplicable a las instituciones armadas, a pesar de existir expresa disposición que las excluye contenida en la Ley de Bases, lo anterior en cambio es posible gracias a una reconstrucción e interpretación de las normas civiles sobre la responsabilidad extracontractual. Por lo tanto, nos remitimos a lo dicho en aquel apartado acerca de la Falta de Servicio, corroborándose en definitiva que éste se ha transformado no solamente en el criterio de aplicación general de responsabilidad por actos de la Administración, sino que también en el único.

5.3. Nuestro análisis

Sin lugar a dudas, la responsabilidad por culpa es la regla general no sólo en nuestro país sino también en otros ordenamientos jurídicos. Para algunos autores este privilegiado lugar tiene su mérito no solamente en haber sido la primera en desarrollarse; sino también porque comparte elementos moralizantes que permiten entregar a la ciudadanía la idea que se ha sancionado por el derecho una conducta ilícita.

En otro orden de ideas, el propio derecho Francés –modelo que se ha tomado como base para construir el sistema local– evidencia la insuficiencia de poseer un régimen de responsabilidad administrativo con un único criterio de atribución de responsabilidad, a saber, la Falta de Servicio. Este fenómeno es relatado por el profesor José Miguel Valdivia y lo

cataloga en una de sus obras como "la trivialización de la culpa". Dicho proceso bien puede resumirse de la siguiente forma: "el régimen de responsabilidad fundado en la falta de servicio evoluciona actualmente en dos direcciones que concurren igualmente a hacer de éste un requisito cada vez menos sustancial. Por una parte, el progresivo abandono de la exigencia de una culpa grave conduce a aceptar la idea de que cualquier disfuncionamiento de un servicio público basta para comprometer su responsabilidad. Por otra, el desarrollo de la técnica procesal de la presunción de falta de servicio contribuye a automatizar el mecanismo de reparación, al desplazar sobre el servicio la carga de la prueba"[463]

Ahora bien, ¿por qué en Chile ha sucedido lo inverso? Esta no es una pregunta de fácil respuesta y, en tal sentido, varias pueden ser las razones que han motivado este actual panorama. Primero, debemos tener en cuenta que en Francia ha existido flexibilidad en torno a las categorías que definen su propio sistema de responsabilidad; junto con ello, la jurisprudencia ha tenido un rol preponderante y a la vez muy fuerte para incluir de aquella manera, al menos dos factores de imputación adicionales al régimen conformado, labor que luego el Legislador ha plasmado mediante la dictación de normas. En Chile, por el contrario, ante una presunta carencia normativa que estableciera las bases mínimas de un régimen de responsabilidad, por muchos años se perdió tiempo valioso en discutir qué sistema era el que debía imperar para resolver estas situaciones. Ante ello, la hasta entonces vacilante jurisprudencia nacional decidió finalmente adoptar una posición clara; y al igual que su símil francés, ha sido lo suficientemente fuerte pero para descartar la aplicación de otros criterio usados alguna vez para dirimir este contencioso administrativo.

Sin ánimo de adelantar conclusiones, no nos parece que el ordenamiento local premeditadamente haya querido este "retraso", sino que más bien refleja la clara adopción de un camino propio. Debemos considerar también en este análisis, la marcada raigambre legalista que nuestro pueblo posee, quizás por una desconfianza hacia los órganos no representativos, todas las materias que de alguna forma tengan incidencia en la vida social deben estar reguladas mediante una ley. En ese contexto, tal vez, el Tribunal Supremo optó por la solución que conciliara de mejor manera los "intereses normativos" de los nacionales, utilizando de forma general solamente aquel criterio expresamente regulado.

¿Resulta conveniente el actual razonamiento de la Corte? Una perspectiva del problema podría ser indiciaria de una contradicción, si se

[463] Valdivia Olivares, José Miguel. (2004). "La responsabilidad de la…". Cit. Pág. 85.

ha tomado una postura legalista, ¿por qué extrapolar criterios a instituciones respecto de las cuales la propia ley ha hecho exclusión? Como una respuesta, quizás no del todo satisfactoria, puede señalarse que la solución que implica una reconstrucción normativa de la Falta de Servicio a través de las disposiciones del Código Civil es más idónea que la aplicación de criterios cuyos fundamentos son más difícil de reconducir a una determinada norma. Desde otro punto de vista, hay quienes estiman que no todo podría derivarse a solución (o más bien no resulta conveniente) mediante la Falta de Servicio, por las incompatibilidades que demuestran las diferentes actividades del Estado. Con respecto a lo antes mencionado, hay quienes estiman necesario hacer convivir la teoría subjetiva de responsabilidad con la objetiva, desplazando en algunos casos la culpa y en otros atenuándola un poco, sin que esto implique llegar al otro extremo[464].

Hace varios años, el actual ministro de la Corte Suprema, don Pedro Pierry señalaba: "Quienes somos partidarios de la institución de la falta de servicio como sistema general de responsabilidad extracontractual para Chile, no descartamos el desarrollo de otro tipo de responsabilidad. Siguiendo el derecho francés y en particular la evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado, no podemos descartar el que pueda introducirse la idea de responsabilidad por riesgo, y eventualmente, la responsabilidad sin falta fuera del riesgo en ciertos casos."[465] Las palabras de dicho autor, sin embargo, no revelan cuales son estos casos y bajo qué requisitos sería procedente la utilización de aquellos criterios, por lo que cabe preguntarnos: ¿es necesario instar a nuestros políticos para que legislen al respecto o bastaría, por ejemplo, con un cambio en la conformación de las salas de nuestro Tribunal Superior?

En resumen, nuestro sistema está aún lejos de la perfección y si por el momento el lector no ha podido percatarse de ello, tendrá la oportunidad de apreciarlo durante el desarrollo del cuarto y último capítulo de esta memoria de prueba. En aquella instancia analizaremos las principales críticas que actualmente se mencionan en torno a la Falta de Servicio en cuanto concepto, así también como factor de imputación de responsabilidad. Además, revisaremos los inconvenientes procesales que reviste la institución. Por último ofreceremos, humildemente, algunas soluciones pero sólo con el simple propósito de colaborar en la discusión y desarrollo de nuestro sistema de responsabilidad.

---

[464] Díaz Tolosa, Regina. (2007). Op. Cit. Pág. 109.+

[465] Pierry Arrau, Pedro. (2000). "La responsabilidad extracontractual del Estado por…". Cit. Pág. 36.

CAPÍTULO IV

REACCIONES Y PROYECCIONES EN TORNO A LA FALTA DE SERVICIO

En el presente capítulo se esbozarán, en primer lugar, las críticas que desde la doctrina han recaído sobre la institución en estudio, de esta forma desglosaremos las diversas falencias que experimenta la actual aplicación de la Falta de Servicio como criterio de imputación para la resolución de los casos de responsabilidad del Estado Administrador. En segundo lugar, presentaremos algunas soluciones e intentos, tanto por parte del órgano legislativo como desde la doctrina y las prácticas jurisprudenciales, de adaptación de la institución a la realidad y necesidades nacionales, centrando nuestra atención, desde luego, en la **víctima de la actuación lesiva.**

Es por ello que en este apartado, que hemos decidido denominar como "proyecciones", revisaremos el actual proyecto de ley del legislativo para definir el concepto de Falta de Servicio; luego indagaremos los beneficios de la construcción de un régimen de presunciones respecto a esta materia. Finalmente, se ha considerado propio analizar la idea de introducir mediante una reforma legislativa, un sistema de responsabilidad objetivo en nuestro país, y para ello examinaremos someramente el régimen español, el cual se ha estimado por varios autores como el más ajustado a la defensa de las garantías personales frente a la Administración.

1. Críticas y reacciones en torno a la Falta de Servicio como criterio de imputación

1.1. Respecto a la Falta de Servicio como criterio de atribución

Las características que le son propias a este criterio de imputación sumada a la amplia aplicación que ha recibido en los últimos años en nuestro ordenamiento jurídico para resolver problemáticas relacionadas con la responsabilidad del Estado, ha generado una normal reacción de una parte de nuestra doctrina.

Eduardo Soto Kloss, por ejemplo, en su artículo llamado "La falta de servicio ¿Régimen general de la responsabilidad del Estado/Administración en Chile? el derecho ¿Arte de magia?"; el cual con el mero enunciado nos muestra de inmediato una clara posición respeto del tema. El autor nos señala que la elaboración y recepción de este concepto es resultado "por desgracia [d]el fragor de las batallas judiciales y el afán de sacarse de encima demandas que muchas veces –las más– son de evidente justicia y merecen el acogimiento en la más evidente equidad, lleva a la defensa de intereses gubernativos"[466].

Interpretando al profesor, ideas o conceptos que la propia Administración ha afianzado celosamente como un remanente de las antiguas prerrogativas que tenía el rey respecto de la responsabilidad en sus cometidos; es decir, una especie de defensa de la artillería de las personas, su pueblo. En definitiva, la Falta de Servicio se configura como una especie de chaleco antibalas de las prerrogativas y acciones bien fundadas de las personas que de alguna manera han visto vulnerados sus derechos frente a la Administración del Estado. De esta manera, agrega que el concepto en comento obedece una vez más a la copia de las nociones propias del derecho extranjero (en este caso del derecho francés como ya se ha expuesto) y que ni siquiera concuerdan con el derecho vigente de esas naciones[467] o de la nuestra. No sería en tanto, la única vez que el Legislador comete este error, pero podríamos decir que obedece a una simple distracción o sólo a un afán apresurado de asimilar nuestras normas a experiencias internacionales, para no imputar indebidamente un actuar doloso a este órgano.

---

[466] SOTO Kloss, Eduardo. (2006) "Falta de servicio ¿Régimen General de la Responsabilidad del Estado/Administración en Chile? (El derecho ¿Arte de Magia?)". En Gaceta Jurídica N°317. Pág 1.

[467] Ibídem.

Soto Kloss nos entrega entonces la principal crítica respecto a este tema y que consecuencialmente va a conformar para él, el fundamento de la existencia de la Falta de Servicio como criterio generalizado de responsabilidad en nuestro ordenamiento. Paso seguido el referido autor esgrime distintas razones de porqué este criterio de atribución no se configura de la manera en que la doctrina mayoritaria actualmente entiende.

Señala[468] en primer lugar, que los fallos que se pronuncian y utilizan este criterio están desconociendo que la responsabilidad del Estado emana directamente de la Constitución (norma fundamental y suprema del ordenamiento jurídico), obviando lo dispuesto en los artículos 6, 7, 38 inciso 2° y 19 n°7 letra i (a propósito de la responsabilidad del Estado Juez). Se olvida desde luego, la gran cantidad de jurisprudencia a favor de esta postura que existió desde la vigencia de la Carta de 1980 y que se extendió por toda la década de 1990. Estimamos que no es menester profundizar mayormente en este último punto, pues ya fue tratado anteriormente en relación a la discusión del tipo del régimen general de responsabilidad en nuestro país.

También agrega que el criterio en cuestión está contemplado en la ley, lo que sin duda alguna para el autor violenta unos de los principios afianzados en el derecho chileno el cual dice relación con la "vinculación directa" de la Constitución Política de la República respecto de los actos emanados de los órganos del Estado. Debemos recordar que sobre esto, la historia nos revela que si bien en un principio las constituciones eran meras declaraciones políticas, no vinculantes (en el papel eran mera poesía); con el desarrollo del Estado de Derecho Constitucional y la consecuencial implementación de organismos que dieran real eficacia del principio de supremacía constitucional como lo son los Tribunales Constitucionales[469]; en definitiva se nos ha garantizados práctica y normativamente que los preceptos contemplados en este cuerpo Funda-

---

[468] Estas explicaciones derivan de lo expuesto por el profesor Eduardo Soto Kloss, en el texto anteriormente mencionado: Falta de servicio ¿Régimen General de la Responsabilidad del Estado/Administración en Chile?, páginas 2 y siguientes; constituyendo groso modo un resumen e interpretaciones propias de lo que esboza el jurisconsulto.

[469] Cuando hablamos de "Tribunales Constitucionales", debe el lector entenderlos en un sentido amplio. Es decir, tanto aquellos dispuestos en un control difuso de constitucionalidad, como ocurre en el derecho anglosajón donde el control es ejercido por todos los tribunales ordinarios del país; tanto respecto de los que ejercen un control concentrado de constitucionalidad, ya sea un único Tribunal Constitucional aislado de otros poderes políticos a la usanza kelseniana o en su vertiente latinoamericana la cual en la mayor parte de los países radica en una sala de un tribunal superior de justicia.

mental, obligan a todo órgano y persona; que a su vez podrá ser usada directamente en juicio para resolver conflictos de relevancia jurídica. Es por esto que se le estima hoy en día, con toda razón, como una norma "decisoria *litis*"; por tanto al existir en ella artículos que expresamente contemplen una regla de responsabilidad, no es necesario acudir a una ley en perjuicio de la Norma Suprema, lo que constituye a juicio de este autor y la mayoría de los administrativistas, su "autosuficiencia".

En similar perspectiva, Viñuela Hojas, estima que existe una dicotomía en materia de responsabilidad del Estado lo cual se expresa en las decisiones judiciales, "donde se advierte no sólo una contradicción entre el presente y el pasado reciente, sino una total asimetría entre la forma benevolente de tratar la responsabilidad estatal frente a otros tipos de responsabilidades, y junto a ello una absoluta falta de unidad y sistematización legislativa del régimen de responsabilidad…"[470]. Sobre ello volveremos cuando critiquemos la carencia de un concepto normativo en torno a este criterio de imputación, pues como ha expresado el autor "el legislador optó por un sistema que favorece la imprecisión de conceptos y que, en consecuencia, permite a la defensa fiscal un uso analógico amplio del derecho civil para efectos de reducir la responsabilidad"[471].

La contradicción de la que habla este autor entre el pasado y el presente, se debe en gran medida al hecho histórico que marca el retorno a la democracia. Debemos recordar que en los años 90, se produjo un aumento considerable de demandas en contra del Estado, el cual de un modo más garantista, accedió a aquellas pretensiones sin exigir la prueba de criterios de atribución. Sin embargo, con el cambio de siglo se produce consecuencialmente un cambio de paradigma, el cual pareciera tener como principal objetivo la protección del patrimonio fiscal antes que la justa reparación del daño a la víctima. Es por esta razón que el autor en comento observa y reacciona señalando que se advierte un retroceso en las posiciones doctrinarias que parecían superadas con la vigencia de la actual Constitución Política.

A continuación, el profesor Soto Kloss considera curioso el hecho que se haya tomado este concepto como un criterio general de resolución de conflictos por los tribunales de justicia, es más y a su entender, estarían muy lejos de alcanzar con ello una unificación en la jurisprudencia, pues

[470] Viñuela Hojas, Mauricio. (2006). "La responsabilidad del Estado Chileno por hechos de la Administración: avances y retrocesos". En Revista de Derecho Universidad Católica del Norte. Consultado en versión digital: www.abcia.cl/publicaciones/PDF/articulos/responsabilidad_del_estado.pdf. Pág. 5.

[471] Ibídem. Pág. 8.

con éste factor no se puede abarcar todas las hipótesis de actividades en que se presentan situaciones dañosas para los administrados. Esto se funda en que la noción en estudio estaría "restringiendo" el ámbito de responsabilidad que le cabe al Estado, a sólo un tipo de daño, es decir al provocado por una Falta de Servicio; teniendo presente además que el Constituyente jamás tuvo en consideración limitar la responsabilidad a algún caso específico, lo que se condice con la redacción amplia del artículo 38 de la Constitución Chilena. A mayor abundamiento, este criterio nunca podría ser concebido como general ya que se aplica, por expresa disposición de la ley, respecto de determinados organismos del Estado, quedando fuera por ejemplo y como ya hemos visto, las Fuerzas Armadas[472].

Se agrega como uno más de los argumentos, una referencia manifiesta en la Ley Orgánica de Municipalidades, norma en la que se señala que estos órganos incurren en responsabilidad por los daños que causan "principalmente" por Falta de Servicio, vocablo que dejaría a salvo la existencia de otros criterios de atribución que en definitiva contemplen y abarquen toda la gama de situaciones posibles que sean generadoras de daño a los particulares.

En este orden de ideas, el profesor Cristián Román nos indica que la responsabilidad patrimonial de la Administración es una responsabilidad "escalonada", ya que no se conforma mediante la procedencia de un solo criterio de atribución. Pese a existir por parte de la jurisprudencia actual de los tribunales superiores de justicia, una especie de absolutismo respecto de la Falta de Servicio, con ello se desconoce las particularidades de algunos órganos que conforman la Administración del Estado como por ejemplo las ya mencionadas Fuerzas Armadas, cuyas diversas actuaciones, a nuestro juicio, podrían ser muy difíciles de encasillar. El autor recalca que en nuestro sistema también participan (y deberían seguir participando) factores de atribución como la inactividad administrativa, el sacrificio especial, el riesgo creado, entre otros[473].

Por último, Soto Kloss refiere que el criterio obedecería a una cuestión de organización interna más que a un principio general de atribución de responsabilidad. Al respecto debemos recordar que –cuando analizamos el concepto de Falta de Servicio en la doctrina– la idea de

---

[472] Cuestión que como hemos visto en el desarrollo de este trabajo, ha sido tratada bajo la solución civilista, haciendo extensivo este criterio a otras instituciones del Estado.

[473] Román Cordero, Cristián. (2012). "Responsabilidad patrimonial de la Administración por falta de servicio" (responsabilidad objetivada). En Derecho público iberoamericano. Revista del Centro de Justicia Constitucional, vol.1 n.1. Pág. 34.

este autor gira entorno a que dicha expresión debe ser entendida como integrante de la actividad dañina, esto es, como sinónimo de "omisión o no existencia de actividad debida". Es la única manera mediante la cual, a juicio del profesor, puede consignarse una interpretación armónica de los artículos que la consagran y el precepto constitucional.

Así las cosas, vistas ya una parte de las críticas referidas frecuentemente a la Falta de Servicio como factor de atribución general de la responsabilidad de la Administración; es propio ahondar en otro importante aspecto el cual tiene relación también con el procedimiento en que está inserta. Si consideramos a esta institución como "la culpa de servicio", esta culpa, según las normas generales del derecho chileno, debe ser probada; pero ¿quién debe probar la culpa? La respuesta, como ya hemos dicho en apartados anteriores, es que corresponde a la víctima del daño causado. Esto sin duda alguna conforma una gran encrucijada y un serio problema, es por ello que nuevamente el profesor Soto Kloss reacciona y nos manifiesta lo siguiente: "no puedo menos que insistir en el carácter perverso que constituye plantear la falta de servicio como la culpa del servicio… y por una razón muy simple: conlleva como lo han afirmado varios fallos ya, que sea la víctima quien tenga que probar el mal funcionamiento del servicio, lo que significa una burla sangrienta para ella, sabiendo que el espíritu de casta, de cuerpo, lealtades, protecciones, silencios ominosos, hacen muy frecuentemente difícil, cuando no imposible tales probanzas"[474].

Agrega el profesor Cristián Román que, en el caso concreto, la Falta de Servicio y su prueba se ha transformado en un obstáculo, en un "presupuesto diabólico" para la procedencia de la responsabilidad del Estado-Administración, configurándose en la práctica y de forma opuesta a los principios que inspiran nuestro Derecho Administrativo, "un mecanismo de defensa de la persona respecto del Estado, como debiera ser, sino que del Estado respecto de la persona"[475].

Para dar un mejor tratamiento al anterior aspecto, es menester examinar las características que debe tener todo proceso que se ajuste a las normativas preestablecidas de un procedimiento consagrado como garantía constitucional. Ésta conforma una más de las prerrogativas del individuo contenida en el catastro de derechos fundamentales (contemplados principalmente en el artículo 19 de la Carta Política) y que a la vez se relaciona con el respeto a los derechos que emanan de la dignidad humana.

---

[474] Soto Kloss, Eduardo (2006). "Falta de servicio ¿Régimen General…" Cit. Pág. 6.

[475] Román Cordero, Cristián. (2012). "Responsabilidad patrimonial de la Administración…" Cit. Págs. 26 a 27.

El profesor Juan Colombo Campbell, docente por largos años de la cátedra de derecho procesal de la escuela de derecho de la Universidad de Chile y ex presidente del Excelentísimo Tribunal Constitucional, ha escrito múltiples documentos acerca de las características que debe tener todo proceso, acorde a la realidad actual de los Estados Constitucionales de Derecho occidentales. En su obra "El Debido Proceso Constitucional" destaca que todo proceso debe ser, en primer lugar, "Debido" y luego también "Justo"[476]

Respecto a la primera característica, el autor señala que el debido proceso "se define como aquel que cumple integralmente la función constitucional de resolver conflictos de intereses de relevancia jurídica con efecto de cosa juzgada, protegiendo y resguardándolo, como su natural consecuencia, la organización del Estado, las garantías constitucionales y en definitiva la eficacia del derecho"[477]. Como recordaremos, el proceso es anterior a la existencia de los jueces, sin embargo, por largos años fue diseñado por estos mismos. Más tarde, el Legislador tomaría este rol preponderante y a través de las normas procedimentales consagradas en las distintas leyes, impusieron a las magistraturas su utilización. Finalmente, esta institución pasa a formar una de las grandes garantías que se reconocen a nivel constitucional.

Hoy podemos decir con toda seguridad que si esta característica es vulnerada, es decir, si el proceso "no es debido"[478], nos encontraremos frente a un proceso que adolece de un vicio, por tanto cabe la posibilidad de ser invalidado a través de la vía de nulidad procesal o mediante las acciones respectivas que el mismo ordenamiento entrega.

---

[476] El profesor a cargo de la cátedra de Derecho Procesal Constitucional de la escuela de Derecho de la Universidad de Chile, ha hecho presente recurrentemente en sus clases, que todo proceso debe reunir tres características fundamentales, la de ser Debido, Justo y Oportuno. Si bien esta última particularidad no está expresamente consagrada en su obra citada, forma parte integral del programa del curso del referido autor. El profesor indica que no debemos olvidar que cuando los órganos del Estado (o la misma administración) o particulares provocan un determinado daño en otra persona, se está vulnerando alguna de las garantías que consagra el artículo 19 de la Carta Fundamental, ergo derechos fundamentales. Por lo tanto toda justicia que sea demorada en entregar una solución al conflicto y que en definitiva permita que se restablezca el imperio del derecho, ".es justicia denegada". Es por ello que el profesor señala que la "oportunidad" se refiere a que la sentencia "en tiempo" produzca efecto para las partes, manifestándose como un principio esencial y básico en el derecho comparado; sobre todo cuando se trata de justica constitucional y penal.

[477] Colombo Campbell, Juan. (2007). "Debido Proceso Constitucional". Editorial Porrúa, México Pág. 2.

[478] Ibídem Pág. 3.

La segunda característica, y que se relaciona completamente con el punto que pretendemos resaltar; es la de "proceso justo". Colombo Campbell, fue en un principio seguidor de la postura vinculada a que el concepto de justicia obedece a una idea cambiante en la sociedad, es decir, lo que es justo para algunos puede no serlo para todos; inclusive la noción de justicia que tiene el juez puede ser diferente a la de las partes o a la de otros magistrados. También se puede considerar a la justicia como un elemento cambiante a través del tiempo, lo que provoca que la noción caiga en indeterminaciones, pero resulta ser muchas veces necesario en beneficio del avance y desarrollo de la humanidad. Sin embargo, posteriormente el profesor adecúa su criterio apreciando ya desde un punto de vista más técnico el vocablo "Justicia", como una herramienta de gran ayuda en cuanto a materia de proceso se refiere. De esta manera nos indica: "reitero y concuerdo en que incorporarle un elemento valorativo, como lo es indudablemente el de justicia, enriquece su tradicional concepto, agregándole valores trascendentes que optimizan su uso en la solución de conflictos"[479].

Una de las aristas de lo anteriormente dicho, es que si esta particularidad se observa contrariada en la práctica, es decir, si de determina un "injusto"[480], deberemos analizar si existen recursos en contra de la sentencia o resolución, para así luego accionar de la manera correspondiente en tiempo y en forma[481].

Pero la otra arista relevante dice relación con la prueba y el derecho a ella; lo que importa uno de los principios fundamentales de este debido y justo proceso. Si decimos que la víctima tiene que probar la Falta de Servicio y con ello los hechos que la constituyen, ¿No sería una desproporción evidente entre fuerzas totalmente desiguales? ¿No constituiría una carga ya excesiva al daño producido? Algunos consideran que es del todo justo, pues el Estado está conformado por cada uno de los nacionales, por tanto, debe defenderse de demandas injustificadas y evitar el desembolso de dineros que al fin y al cabo pertenecen a todos. Para otros, no cabe discutir el hecho de que es una barrera enorme al resarcimiento de los daños de la víctima, lo cual no deja de ser contrario a toda lógica. Finalmente para

[479] Ibídem Pág. 6.

[480] Ibídem Pág. 7.

[481] Cabe añadir que este tema no es menor, ya que existen sentencias, como las del Tribunal Constitucional que no admiten recurso alguno en su contra, o también aquellas sentencias de única instancia. Es por ello muy relevante acá contemplar la figura del auto control del juez y además la idoneidad del letrado en cuanto se contengan las competencias y valores necesarios para desempeñar de la mejor manera posible la función que el ordenamiento le encomienda.

otros, este tema debe ser puesto en la palestra para su discusión parlamentaria, ya que el juez como esclavo de la ley no puede arrogarse competencia y liberar de la prueba, (aunque pareciera evidente determinado asunto), por tanto siempre se deberá propender a velar por la mantención de la institucionalidad e impulsar cambios a nivel legislativo que contemplen esta problemática; que en definitiva, adviertan y solucionen todos aquellos aspectos que puedan resultar adversos para el administrado.

En la parte conclusiva de este trabajo, hemos decidido complementar un poco más las anteriores líneas y exponer de forma breve un cuestionamiento a la institucionalidad vigente. Con el fin de no desviarnos en demasía del tema principal que inspira el desarrollo de estas páginas, mencionaremos la necesidad de una judicatura especializada que conozca de este contencioso administrativo y que en definitiva pueda contar con las herramientas idóneas para resolver los problemas entre la administración y el individuo.

En los apartados que siguen también hablaremos sobre la conveniencia de establecer un régimen de presunciones de Falta de Servicio, que en definitiva construyan mediante la normativa y decisiones políticas actuales, un sistema más favorable para la víctima.

1.2. Respecto a la Falta de Servicio como concepto

Cristián Román nos indica que existe una "anarquía jurisprudencial"[482] respecto del tema propuesto, en tanto los tribunales superiores de nuestro país, en especial la Corte Suprema, no han mantenido un criterio único. Existe una indefinición legal de los presupuestos de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración, lo que ha dado paso a que estos vacíos hayan sido de alguna forma llenados por la jurisprudencia. El autor a este respecto señala: "el juez para resolver un caso de RPA, puede emprender a su entero arbitrio, diversos caminos interpretativos referidos tanto a la matriz horizontal como vertical[483], los que por lo

[482] Román Cordero, Cristián. 2004. "La responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado y su necesaria modelación legal en base a la enumeración y delimitación conceptual de sus presupuestos". En Revista de Derecho Público n°66, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, Chile. Pág. 405.

[483] La matriz horizontal dice relación con los presupuestos de la responsabilidad del Estado Administrador, los que variarán según el tipo de responsabilidad que se acoja, así por ejemplo se podrán identificar: el daño, la acción, la causalidad y el criterio de atribución de responsabilidad. En cambio con la matriz vertical se refiere al alcance conceptual de los presupuestos, esto es, la determinación con precisión del significado de éstos. Ej.: significado del criterio de imputación "Falta de Servicio".

general llevarán a soluciones distintas, e incluso en muchas ocasiones absolutamente contradictorias"[484]. Caracterizando de mejor manera esta situación, tendrá en sus manos el juez la decisión de aplicar normas civiles o principios y normas de Derecho Público. En caso de elegir la primera deberá señalar cuál norma del ordenamiento privado aplicará y si ésta será aplicada lisa y llanamente o previamente pasará por un proceso de adecuación a los principios del *ius publicum*[485].

El profesor critica el rol que actualmente le ha correspondido al juez en materia de responsabilidad extracontractual del Estado, considera que existe un amplio margen interpretativo de éste, más bien ilimitado, por tanto se condice con una labor intuitiva de cada magistrado respecto del tema, lo que genera por supuesto una gran inseguridad jurídica. Además, la suerte de la acción dependerá del juez que "corresponda", traduciéndose lo anterior en un trato desigual a los ciudadanos.

De la misma forma, se estaría infringiendo nuestra Constitución pues los artículos 6° y 7° reenvían esta labor al Legislador, es decir, el juez estaría excediendo sus funciones jurisdiccionales y con ello adoptaría decisiones propias del ámbito político[486]. Es por este motivo que el autor ve como una solución a la problemática expuesta, que el Legislador regule con precisión los presupuestos de la responsabilidad del Estado, enumerándolas taxativamente y dándole un contenido conceptual[487], para que en definitiva, el rol del juez sea solamente el de verificar la concurrencia de aquellos presupuestos ya determinados previamente por la ley, condenando a la Administración a resarcir económicamente el daño si se comprueban en concreto la procedencia de dichos presupuestos, o rechazando la acción en caso contrario.

Como hemos expuesto, al carecer el ordenamiento de una norma que establezca la estructura del concepto, así como también la falta de disposición de los parámetros que al menos genéricamente nos revelen una idea de su contenido, es la jurisprudencia la que ha tomado este papel. Como dice Nicolás Enteiche, "la interpretación libre del juez ordinario es la característica más relevante de la teoría Falta de Servicio".[488] Este autor propone, luego de un análisis profundizado de la jurisprudencia

---

484 Román Cordero, Cristián. 2004. Op. Cit. Pág. 409.

485 Ibídem Págs.411- 412.

486 Ibídem Págs.412- 413.

487 Ibídem Pág. 413.

488 Enteiche Rosales, Nicolás. (2011). "El fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado Administrador en Chile: revisión de la evolución jurisprudencial (1999-2010)". En Revista de Actualidad Jurídica N°23. Universidad del Desarrollo. Pág. 123.

de la última década, que la tendencia actual de los tribunales respecto a la forma de entender esta institución debe ser sustituida (por resultar, como ya hemos visto, contradictorio y generar inseguridad jurídica en los administrados). La alternativa que finalmente se tome, debe condecirse con una defensa de los intereses respecto de los particulares, cuestión que se conseguiría según este autor, con la determinación mediante una norma sustantiva[489].

A continuación y en relación a lo anteriormente planteado, analizaremos un esfuerzo por parte del órgano político de delimitar un concepto de Falta de Servicio.

2. Discusiones parlamentarias entorno al concepto de la Falta de Servicio

Con fecha veintiuno de marzo del año 2012, los Honorables Senadores Carlos Bianchi Chelech y Pedro Muñoz Aburto, presentaron una moción cuyo objeto es introducir una definición legal del concepto "Falta de Servicio" a la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Este proyecto que rola bajo el número de boletín 8213-06, se encuentra actualmente en el primer trámite constitucional, en específico en el primer informe de la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización.

La moción expresa una especial preocupación a propósito de las ya muy conocidas y lamentables catástrofes naturales que han sucedido en nuestro país, que dicho sea de paso, han dejado a miles de afectados a lo largo del territorio nacional; provocando además un profundo cuestionamiento a las políticas estatales, en especial a las responsabilidades que le caben al Estado y sus más altas autoridades en materia de prevención y reacción. El boletín coloca como principal ejemplo lo ocurrido con fecha veintisiete de febrero del año dos mil diez, a saber, el terremoto que afectó a la zona centro-sur de Chile y el posterior tsunami que azotó las costas, terminando con las vida de cientos de personas y dejando en situación de gran carencia a miles de otras.

Graves serían las negligencias en que el Estado incurrió al no prevenir tales situaciones, en especial la de no emitir alerta temprana y oportuna a la población; asuntos que hoy por hoy se encuentran en investigación por parte de la justicia ordinaria en búsqueda de los responsables directos.

[489] Ibídem. Pág. 129.

La responsabilidad del Estado en esta materia, fue rápidamente reconocida no solamente por la gente, sino que también por la propia Administración; lo que se vio reflejado en la pronta destitución de autoridades, así ocurrió respecto de la directora de la ONEMI en Magallanes, a propósito de fuertes inundaciones que afectaron a la zona.

La moción continúa con el análisis de normas que ya se han revisado en el desarrollo de esta memoria, a saber, el artículo 38 de la Carta Fundamental y el artículo 42 de la LOCBGAE, coincidiendo en definitiva que su redacción es insuficiente y que, demostrado a través del avance del presente trabajo, han provocado grandes discusiones a nivel doctrinario dividiendo a los autores en ocasiones de forma casi irreconciliable.

Más allá de las disputas acerca de si la responsabilidad es objetiva o subjetiva; es importante recalcar que los Honorables Senadores impulsores de este proyecto de ley, afirman que a pesar de que la jurisprudencia de los últimos años se ha inclinado por la última opción, no deja de ser cierto que la Falta de Servicio presenta aspectos que son controvertidos y de difícil comprensión en general, pues fundamentalmente carecemos de una definición precisa. El anterior problema, como ya hemos visto, ha sido uno de los grandes retos de los tribunales de justicia, los cuales se han encargado de ir dilucidando (de manera correcta o incorrecta) casuísticamente.

Para estos parlamentarios, si bien la Falta de Servicio es parte íntegra de la concepción de responsabilidad subjetiva del Estado; el concepto en sí debe "objetivarse". Estiman como propicia, la percepción que se condice con "la gestión efectiva del servicio y un estándar legal o razonable de cumplimiento de la función pública"[490]; lo que otorga un grado de certeza jurídica mayor al existente, y además indica parámetros claros de justicia.

Es así como proponen que se modifique el artículo 42 de la LOCBGAE, constituyéndose de la siguiente forma:

Proyecto de reforma del Artículo 42 de la LOCBGAE:

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

Se entiende por falta de servicio la infracción por parte de la Administración de los estándares legales o razonables de cumplimiento de la función pública.

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

[490] Boletín N°8.213-06 p.3.

En relación a la objetivación del concepto, es menester recordar al profesor Cristián Román quien ha señalado que la responsabilidad del Estado Administrador debe ser entendida como "objetivada" (ni subjetiva porque no requiere culpa, ni objetiva porque no basta con la mera causalidad material para su procedencia[491]), puesto que se presumirá la responsabilidad del órgano una vez probada la infracción de los deberes. De esta forma el parámetro o cariz objetivo de la Falta de Servicio, como ya hemos revisado en relación a la tesis de este autor, es la infracción por parte de la Administración de sus deberes de cuidado o actuación, verificándose cuando ésta no ha tomado las medidas necesarias para evitar la ocurrencia del daño o cuando no actúa debiendo hacerlo.[492]

A nuestro parecer, es un esfuerzo sumamente valorable que además generará en los expertos del derecho una rápida reacción, aportando discusión y mayor contenido a la reforma. Sin embargo, la manera en que se ha definido el concepto de la Falta de Servicio, puede resultar peligrosa a la hora de indagar en qué se entiende por "estándares razonables de cumplimiento". Nuevamente será la jurisprudencia la que se encargue de ello, pero desde ya advertimos que será necesario que el criterio a utilizar por los jueces deberá tender a un punto medio, es decir, que no deje a la víctima en indefensión, pero que tampoco exija a la Administración estándares propios de un país del primer mundo. Debemos recordar que la consigna de los parlamentarios es hacia la "objetivación" del concepto, por tanto, con ello se entreguen las herramientas necesarias a la judicatura para poder uniformar los criterios y fallar conforme a una determinada realidad, sin privilegios ni excusas.

También resulta discutible su parecido a la noción de "anormalidad" propia del sistema objetivo de responsabilidad español. Este aspecto será desarrollado de mejor manera al finalizar este capítulo.

Un aspecto fundamental que consideramos relevante manifestar aquí, es que si bien los propios senadores han dicho que con esta consagración normativa no pretenden terminar con las discusiones que se han suscitado respecto a la problemática central; a mi juicio y ello espero, en el procedimiento de formación de la ley y en cada uno de sus trámites, deberá producirse aquel necesario debate; el cual sin duda alguna será de gran beneficio para aclarar algunos aspectos, proponer cambios y en definitiva ir puliendo el concepto (y el sistema) en beneficio de una modificación eficaz, que reduzca de manera significativa los tintes controvertidos acerca de la institución en estudio.

---

[491] Román Cordero, Cristián. (2012). "Responsabilidad patrimonial de la Administración…" Cit. Pág. 27.

[492] Ibídem. Págs. 38 a 40.

Lamentablemente a la fecha, el proyecto lleva durmiendo más de tres años en el Congreso Nacional. Tampoco existen indicios que den cuenta de la reanudación pronta respecto de su discusión, más aún cuando hoy por hoy los principales objetivos del mandato presidencial dicen relación con un rápido despacho de los proyectos contenidos en el plan de gobierno, a saber, la reforma educacional, la reforma tributaria, laboral, entre otras. Si bien son temas muy importantes y que atañe a todos los chilenos, no debe olvidarse la trascendencia que reviste la temática elegida para este estudio, es propio desde ya sentarse y reflexionar respecto de ella, aprovechando inteligentemente el impulso político de las reformas sociales y no dejar que corra más agua bajo el puente.

3. Remedios al problema de la carga probatoria respecto a la Falta de Servicio

A lo largo de nuestro estudio hemos puesto en evidencia la problemática que genera la prueba del criterio de imputación Falta de Servicio. Esto ocurre porque la mayoría de las veces la víctima de un daño provocado por un órgano de la Administración, no cuenta con los medios procesales o económicos para dar cumplimiento a esta carga, es por ello que en la práctica, numerosos fallos han rechazado las pretensiones reparatorias de los individuos vulnerados por faltar en el proceso esta importante prueba. Sin embargo, en derecho existen algunos "remedios" a esta disyuntiva, los que podrían facilitar de alguna forma la actividad probatoria al demandante, colocando el peso de demostrar los hechos a la contraria que está, por sus funciones naturales y prerrogativas otorgadas, en una mejor posición para ello. En este apartado analizaremos la conveniencia de utilizar algunas herramientas ya existentes en nuestro ordenamiento jurídico y también de otras que podrían de *lege ferenda* ser incorporadas en un futuro muy cercano.

3.1. Presunciones de Falta de Servicio

3.1.1. ¿Qué son las Presunciones?

Las presunciones constituyen un medio probatorio a través del cual el juez forma su convicción de manera indirecta, esto es, adquiere el conocimiento de determinados hechos u obtiene sus conclusiones sobre ellos por medio de un hecho diverso de aquel que debe probarse[493]. Para Cristián Maturana es una prueba que va suponer una actividad

[493] Rodríguez Papic, Ignacio. (2005). Op. Cit. Pág. 248.

lógica, una actividad deductiva y que "consiste en el empleo por la ley o el tribunal de hechos o antecedentes conocidos para deducir o inferir de ellos hechos desconocidos sustanciales, pertinentes y contradictorios del proceso"[494]. En este sentido, también son pruebas de carácter indirecto: la confesión, la prueba de testigos y, en ocasiones, los instrumentos. Así las cosas cuando otros medios probatorios no han reunido todos los requisitos que franquea la ley o resultan insuficientes para formar la convicción del juez, puede este último utilizarlos como bases de presunciones judiciales.

Tradicionalmente se ha conceptualizado a las presunciones como "razonamientos del legislador o del juez en los que se parte de un hecho conocido para determinar la existencia de un hecho ignorado"[495]. La acreditación de este hecho se deberá gracias a la prueba de otro y su vinculación, lo que para algunos es manifestación clara de una operación mental basada en las "máximas de la experiencia", cuestión que revela su esencia, pues más que ser un simple medio de prueba en la práctica opera como una forma de razonar del juez. Este alcance es el más generalizado dentro de la literatura jurídica y propende un concepto homogéneo aplicable a todo tipo de presunción. Sin embargo, debemos advertir que respecto al vocablo existen ambigüedades debido a sus distintos usos (como sinónimo de actividad, resultado, medio probatorio, indicios o bases) lo que ha provocado importantes confusiones en el ámbito jurídico.

En las presunciones es posible distinguir los siguientes elementos: En primer lugar identificamos el "hecho conocido" (base o premisa) el cual constituye el punto de partida para el Legislador o el juez. En segundo lugar encontramos el "elemento lógico o actividad racional", que no es más que el enlace que permite conectar el hecho conocido con el presumido. Finalmente tenemos el "hecho presumido" (desconocido o presunto) que representa aquel hecho difícil de probar, pero que como resultado de la interacción de los otros elementos pasar a ser determinado constituyéndose como el punto final de la presunción.

Nuestro ordenamiento jurídico contiene normas que contemplan y regulan esta institución. En primer lugar, el Código Civil en su Título Preliminar, dentro del párrafo "definición de varias palabras de uso

---

494 Maturana Miquel, Cristián. (2003). "Los medios de prueba". (Material para el curso de derecho procesal). Universidad de Chile. Departamento de derecho Procesal. Pág. 144.

495 Gama Leyva, Raymundo. (2013). "Concepciones y tipología de las presunciones en el derecho continental". En Revista de Estudios de la Justicia N°19, Centro de Estudios de la Justicia, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Pág. 69.

frecuente en las leyes" y específicamente en el artículo 47, señala: "Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas". De esta forma el Legislador reconoce y esboza los alcances lingüísticos de este medio probatorio. En efecto como ya hemos visto, toda presunción opera a partir de un hecho base que no es sino una circunstancia respecto de la cual el juez tiene certeza u conocimiento, ya sea porque corresponde a un hecho notorio que no requiere prueba, ha sido aceptado por las partes o ha quedado acreditado dentro del proceso mediante otros medios; sobre este hecho el juez realiza una operación racional (segundo elemento) que le permite deducir otro nuevo elemento con el que se relacionan de alguna manera u otra. Éstas pueden estar preestablecidas en la ley o quedar a la libre apreciación del juez, conforme veremos a continuación.

3.1.2. Tipos de presunciones

El estudio usual de la tipología clasifica las presunciones obedeciendo al criterio del "enlace" (cuestión que para alguno constituye el elemento más relevante), es decir, en función del sujeto quien establece el vínculo entre la premisa y el hecho desconocido. Esta doctrina que aboga por una concepción unitaria de las presunciones ha sido duramente criticada por otro sector[496], sin embargo para efectos prácticos y de enseñanza del derecho será utilizada en este trabajo.

Artículo 1712 del Código Civil:

"Las presunciones son legales o judiciales.

Las legales se reglan por el artículo 47.

Las que deduce el juez deberán ser graves, precisas y concordantes."

Como ya hemos mencionado, según el artículo 1712 del Código de Bello, podemos clasificar a las presunciones en legales y judiciales, en

[496] Otro sector de la doctrina considera que una equiparación conceptual resulta inadecuada y es resultado de errores conceptuales que contemplan como iguales fenómenos situaciones que en la realidad son completamente distintas. En este sentido, Gama Leyva está de acuerdo con una concepción "pluralista" de las presunciones, puesto que la tradicional clasificación no permite, entre otras cosas, dar cuenta del carácter normativo de las presunciones legales. Este autor estima que éstas últimas no se limitan a formular una inferencia, sino que se establecen como una verdadera norma jurídica que dispensa la necesidad de acreditar un hecho y va a trasladar a la contraparte la carga probatoria. En definitiva, según el referido "el análisis del concepto de presunción se resuelve en el examen en concreto de los distintos tipos de presunción, así como en el análisis de la sus características y de su funcionamiento". Gama Leyva, Raymundo. (2013). Op. Cit. Págs. 73-76.

atención a quien las establece. De esta forma cuando el sujeto que realiza esta vinculación es el Legislador estaremos ante una presunción legal, en cambio cuando el encargado de aquello sea el propio juez identificaremos una presunción judicial, quién mediante un razonamiento lógico de los hechos que constan o han sido probados a lo largo del proceso, las construye bajo su propia apreciación.

a) Presunciones legales

Las presunciones legales o *praesumptiones iuris* están definidas en el artículo 47 del Código Civil; "Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal". En palabras del profesor Rodríguez Papic en este tipo "la ley no deja al juez la valoración de las mismas, sino que ella establece su eficacia y valor. Para ello la ley fija el hecho diverso del hecho por probar y determina que, dado ese hecho, debe entenderse por verificado el hecho por probar y, por tanto, las consecuencias que de él se derivan"[497]. En conclusión, en esta clase es el Legislador quien realiza de manera anticipada el razonamiento y establece la presunción, la que opera siempre y cuando quede acreditado en el proceso el suceso base o conocido en que se fundan.

Las presunciones legales admiten, a su vez, una subclasificación que atiende a según se pueda o no rendir prueba en contrario. De esta forma citamos nuevamente el artículo 47 del Código Civil incisos 3° y 4°: "Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley; a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias. Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisible la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias". De esta forma se distinguen las presunciones de derecho y las simplemente legales.

Las presunciones de derecho (absolutas o *praesumptiones iuris et de iure*) son aquellas establecidas en la ley, pero que en su contra no admiten prueba en contrario, esto significa que las partes no pueden ofrecer prueba alguna para destruir el hecho presumido una vez que éste se encuentre acreditado. Desde luego, si será necesaria la probanza del hecho conocido o premisa a partir del cual se establece el hecho presunto.

Parte de la doctrina estima que las presunciones de derecho son verdaderas normas o mandatos del Legislador de carácter sustantivo, pero

[497] Rodríguez Papic, Ignacio. (2005). Op. Cit. Pág. 250.

que han sido redactadas de un modo presuntivo. Para Gama Leyva éstas "no establecen una presunción, sino que instauran una consecuencia jurídica determinada sobre la base de un razonamiento presuntivo que se supone ha sido formulado por el legislador"[498], de esta forma, la presunción constituye la *ratio* que explica la motivación de la norma. Hecha esta aclaración doctrinaria, podemos mencionar algunos ejemplos: el artículo 76 del Código Civil presume de derecho la época de la concepción y el artículo 706 inciso 4° del mismo cuerpo legal, establece que un error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario.

Por otro lado tenemos las presunciones simplemente legales (relativas o *praesumptiones iuris tantum*) que son aquellas en la que sí cabe rendir prueba para destruir el hecho presumido. En estricto rigor, más que medios probatorios constituyen casos legales de inversión de la carga de la prueba y son establecidas a favor de quienes la invocan. Sin embargo es propio recordar aquí, que quien se pretende beneficiar de ellas debe probar de manera directa los antecedentes que originan la presunción (hecho base) y será carga de la contraparte probar que los hechos que la hacen operante no son tales o, desde luego, desvirtuar el mismo hecho presumido. Es por esta razón que algunos autores estiman que más que una inversión en las cargas esto conlleva más bien a un "facilitamiento de la prueba"[499].

Entre algunos ejemplos de esta clasificación encontramos: el artículo 700 inciso 2° del Código Civil que señala "El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifica serlo". En materia de derecho de familia se prescribe la presunción *pater ist es*, artículo 184 del mismo cuerpo normativo, respecto de la cual el marido podrá desvirtuar judicialmente, dentro de los plazos que franquea la ley y demostrando que ignoraba el estado de preñez de la madre al tiempo de casarse.

b) Presunciones judiciales

Las presunciones pueden ser también judiciales (también denominadas "simples" o *praesumptiones hominis*) e implican un rol activo del juez quien deduce hechos desconocidos o no acreditados en el proceso a partir de ciertos antecedentes que sí constan en el mismo y que han sido debidamente probados. Para esta tarea el juez es (en principio) libre para usar aquellos hechos conocidos, que serán, entre otros, los probados en el juicio, aquellos reconocidos por las partes, los notorios o en definitiva los que lleguen a conocimiento del juez como resultado del proceso; es

[498] Gama Leyva, Raymundo. (2013). Op. Cit. Pág. 79.
[499] Rodríguez Papic, Ignacio. (2005). Op. Cit. Pág. 251.

por esta razón que se estima por algunos que cobra gran importancia el concepto de las "máximas de la experiencia"[500].

En el derecho nacional este tipo de presunciones están consagradas en el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil como uno más de los medios probatorios admitidos en el juicio civil. En conformidad con el artículo 1712 del Código de Bello, deben revestir el carácter de graves, precisas y concordantes, constituyendo en tal sentido una limitante en cuanto a su valor probatorio. Sin embargo, la afirmación anterior debe ser matizada con lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 426 del CPC, el cual contempla la posibilidad de que una sola presunción haga plena fe respecto de un hecho, cuando a juicio del tribunal tenga caracteres de gravedad y precisión para formar su convencimiento. De esta forma se entiende que el comentado artículo modifica la normativa civil, arrojando que los requisitos para que procedan este tipo de presunciones sean sólo dos: gravedad y precisión[501]; se excluye por tanto el requisito de la concordancia, ya que ello involucraría la existencia de dos o más presunciones y como hemos dicho bastaría una sola para constituir plena prueba.

El requisito de gravedad se refiere a que la presunción sea ostensible, lo que no significa que exista entre el hecho conocido y el presunto un nexo causal indiscutible que genere plena convicción (o absoluta certeza) en la persona del juez, sino que más bien apunta al grado de aceptabilidad. En este sentido Gama Leyva señala: "que la presunción sea grave quiere decir que la conclusión extraída de la inferencia presuntiva sea la más probable en comparación con las hipótesis restantes".[502] En tanto, el requisito de la precisión se refiere a que ésta no debe ser vaga o ambigua de tal manera de conducir a conclusiones diversas.[503]

Finalmente diremos que el ámbito de aplicación de las presunciones judiciales es bastante amplio. Si bien encontramos algunas expresas limitaciones (como por ejemplo en materia civil la compraventa de bienes raíces no puede probarse por medio de presunciones judiciales fundadas en declaraciones de testigos o cuando la ley señala un especifico medio de prueba), no existe inconvenientes para que sean utilizadas en nuestro campo de estudio. Así las cosas, la dificultosa prueba de la Falta de Servicio puede ser en parte mitigada por la procedencia de presunciones tanto legales como judiciales. A continuación y al respecto, revisaremos algunos de los casos ejemplares en nuestra jurisprudencia.

---

[500] Gama Leyva, Raymundo. (2013). Op. Cit. Págs. 82-84.
[501] Maturana Miquel, Cristián. (2003). "Los medios…". Cit. Págs. 147-148.
[502] Gama Leyva, Raymundo. (2013). Op. Cit. Pág. 87.
[503] Maturana Miquel, Cristián. (2003). "Los medios…". Cit. Pág. 148.

3.1.3. Casos de presunciones de Falta de Servicio en Chile

Antes de entrar en este tema, es propio hacer presente que existen múltiples razones por las que se establecen legalmente las presunciones o hacen aconsejable su empleo y construcción por los jueces en un determinado caso, entre ellas destacan: la corrección del evidente desequilibrio entre las partes, cuando la prueba resulta muy compleja o lisa y llanamente imposible de incorporar para alguno de los litigantes; cuando la presunción se condice con hechos que normalmente suceden o que se identifican con lo que probablemente sucedería, para resguardar ciertos derechos o valores, entre otros[504].

En el derecho nacional la responsabilidad de la Administración también puede ser construida en base a las presunciones, de hecho, en algunos casos la experiencia ordinaria y la prudencia nos señalan que una determinada acción dañosa es consecuencia probable de una mala calidad en el servicio de un órgano público[505]. Lo lógica que ha seguido la práctica jurisprudencial es la misma que opera respecto de la presunción de culpa por el hecho propio, cuyas hipótesis están contenidas en el artículo 2329 del Código Civil.

El artículo 2329 del Código Civil dispone: "Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta". A continuación señala tres casos respecto de las cuales "especialmente" se está en la obligación de reparar ese daño. En primer lugar se contempla la imprudencia en el disparo de un arma de fuego, luego se señala la remoción de losas de caminos o cañerías sin las precauciones necesarias para evitar que las personas que por allí transitan caigan; finalmente, también el caso respecto al obligado de la construcción o reparación de un puente, que lo tenga en estado de causar daño a quien por allí pase.

La interpretación de este artículo no es pacífica en la doctrina nacional, para algunos no es sino la confirmación de la regla contenida en el artículo 2314 del Código de Bello, sin embargo para otros (principalmente Alessandri), constituye una regla autónoma, con un sentido distinto pretendería ampliar la esfera de responsabilidad respecto de aquellos hechos que por sí mismos revisten un carácter de obviedad, disponiendo en definitiva una presunción de culpa por el hecho propio. En este orden de ideas y mediante una revisión sistemática de los casos contemplados en el artículo en cuestión, se ha colegido que "los hechos dañosos demuestran por su sólo acontecimiento que lo más probable

[504] Gama Leyva, Raymundo. (2013). Op. Cit. Pág. 81.
[505] Barros Bourie, Enrique Gustavo. (2006). Op. Cit. Pág. 532.

es que haya habido culpa; los hechos por sí solos son demostrativos de culpa"[506].

A mayor abundamiento, estimamos que la norma en comento no pretende ser taxativa, sino que meramente ejemplificadora. Así las cosas, cualquier otro hecho que evidencie culpabilidad podría beneficiarse con la aplicación de esta presunción, lo que incluye determinadas actuaciones de órganos de la Administración del Estado. Al respecto, no debemos olvidar que a la fecha de dictación del Código Civil no se tenía en cuenta la gran variedad de situaciones dañosas que podrían ocurrir producto de las actividades y tecnologías presentes en la actualidad.

Dentro de los casos más recurrentes en nuestra jurisprudencia nacional encontramos aquellos que dicen relación con una falta en la conservación de una obra pública, mal estado de las vías o falta de señalización que genera daños en los particulares. Cobra gran relevancia aquí lo prescrito en el artículo 174 de la Ley de Tránsito (Ley N°18.290): "La Municipalidad respectiva o el Fisco, en su caso, serán responsables civilmente de los daños que se causaren con ocasión de un accidente que sea consecuencia del mal estado de las vías públicas o de su falta o inadecuada señalización. En este último caso, la demanda civil deberá interponerse ante el Juez de Letras en lo civil correspondiente y se tramitará de acuerdo a las normas del juicio sumario".

Para un sector de la doctrina y jurisprudencia nacionales, este artículo revela una verdadera responsabilidad objetiva para el Estado, pues bastaría a la víctima probar la concurrencia del daño y su relación causal para hacer procedente la responsabilidad del órgano. Como se observará, el tratamiento jurisprudencial en esta materia ha sido bastante confuso, ya que por un lado los tribunales de justicia han señalado la procedencia responsabilidad objetiva de la Administración cuando se configura en los hechos un resultado dañoso por mal estado de las vías o falta de señalización; pero por otro lado, también han aplicado en sus decisiones la presunción por el hecho propio contenida en la regla del 2329 del Código Civil.

Estimamos que la doble argumentación a la que nos hemos referido en el párrafo anterior no ayuda mucho en el desarrollo de esta materia, es más, resulta evidente que ambos preceptos explicados de tal manera son inconciliables. Al abogar por una interpretación objetiva de responsabilidad se prescinde totalmente de la noción de culpa, y es de toda

[506] Schiele, Carolina y Tocornal, Josefina. (2010). "Artículo 2329 del Código Civil. La interpretación de presunción por hechos propios existe en la jurisprudencia". En Revista Chilena de Derecho, vol. 37, N°1. Pág. 124.

obviedad entonces que no podríamos aplicar las presunciones de culpa por hecho propio en el mismo caso. Debemos entonces encontrar una apreciación que tienda a la conciliación de las normas.

Al respecto Pedro Pierry ha dicho que, como ya sabemos, el régimen general de responsabilidad de la Administración del Estado en nuestro país es del tipo subjetivo, esto es, debe probarse la culpa del servicio (y la procedencia de los otros supuestos) para que se constituya la obligación de resarcir. A pesar de la existencia de normas sectoriales que expresamente consagran una responsabilidad objetiva, no sucede así con el artículo 174 de la Ley de Tránsito. A juicio del autor, este artículo debe guardar una necesaria armonía con el precepto 152 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades. De esta forma el autor señala: "estimamos que debe concluirse que la responsabilidad se verá comprometida cuando el mal estado sea imputable a una falta de servicio de los entes públicos"[507]. Además Pierry considera que el objetivo del artículo de la ley de Tránsito es ampliar y desarrollar el ámbito de aplicación de la Falta de Servicio a las vías privadas, las dadas en concesión, sobre todo en sectores urbanos respecto a calles y calzadas.

El mismo autor ahonda un poco más en la temática, para ello se basa en la jurisprudencia y doctrinas francesas las cuales han desarrollado de mejor manera los problemas entorno a los accidentes causados por el mal estado de las vías públicas. El artículo consagrado en la Ley de Tránsito establecería, como sucede en el derecho comparado, una presunción de funcionamiento defectuoso del servicio; así las cosas "la presunción en contra de la Administración, favorece notablemente al usuario, quien sólo deberá probar la relación de causalidad entre el mal estado de la vía y el daño producido, pero no deja a la Administración sin posibilidad de defensa, ya que ésta podrá, a su vez, probar que no ha cometido ninguna falta."[508].

Ya conocemos –a través del análisis de la jurisprudencia a lo largo de este trabajo– que pesa sobre la Administración el deber de mantener en buen estado y funcionamiento las vías públicas, como también su debida señalización. De este modo, los defectos (que deberán ser graves a parecer del autor) harán presumir por tanto su mala mantención, lo que constituye posteriormente la Falta de Servicio. En este orden de ideas, el autor concluye que es la manera correcta de interpretar nuestra norma-

[507] Pierry Arrau, Pedro. (1984). "Responsabilidad de los entes públicos por el mal estado de las vías públicas". Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N°8. Pág. 154.

[508] Ibídem. Pág. 156.

tiva vigente, demostrándose que no es conveniente patrocinar una postura objetivista ya que puede acarrear consecuencias no deseadas para los intereses públicos; por ello, una presunción de falta se condice mejor con un equilibrio entre los intereses públicos y los privados.[509]

La práctica jurisprudencial no ha adoptado plenamente esta teoría, lo que sumado a la interpretación (para nosotros errónea) de la procedencia de una responsabilidad objetiva, delata en el caso a caso una aplicación meramente supletoria del artículo 2329, pues se ha estimado como análoga y también como una emanación directa de las normas generales sobre responsabilidad de la Administración del Estado. A continuación revisaremos algunos casos.

En primer lugar analizaremos el caso "Ajá García, Domingo y otros con Municipalidad de Talcahuano"[510]. Cabe agregar previamente que esta sentencia es parte del razonamiento de los tribunales de la época anterior al denominado "Factor Marín", esto es, que aún contempla un sistema de responsabilidad estricta para los casos de responsabilidad de la Administración; sin embargo su relevancia, características y posterior análisis de los jueces, nos entrega un claro ejemplo en que se presume la culpabilidad del órgano.

Dicho lo anterior, la caída de un mástil que causa la muerte de una persona, puede originar la responsabilidad del municipio toda vez que su instalación, seguridad y mantención es tarea del propio órgano. De esta forma la Falta de Servicio aparece acreditada, toda vez que producida la caída de este objeto, no es negada por la demandada en su contestación sino que por el contrario aduce la culpabilidad en terceros, personas que después se sabría, no contaban con las herramientas idóneas para retirar los pernos que sujetaban el mástil. Al respecto el tribunal señala: "…aceptando hipotéticamente la tesis de que los estudiantes retiraron el perno del mástil, también dejaría a la demandada en la situación de imputársele la falta de servicio, pues no es posible aceptar que se haya cumplido cabalmente la obligación de cuidado y mantención del

---

[509] Ibídem. Pág. 159.

[510] **Ajá García, Domingo y otros con Municipalidad de Talcahuano. Apelación. C.A de Concepción. Rol 1520-1998. 31-3-1999.** Con fecha 28 de mayo de 1996, el niño Marco Antonio Ajá Cabezas se encontraba sentado en un muro de piedra ubicado en la plaza de la ciudad. Frente a él se encontraba una especie de monolito que soportaba un mástil de bandera; de improviso, el mástil cayó justo sobre el cráneo del menor causando su muerte dos días más tarde. La familia accionó en contra de la Municipalidad y el tribunal de primer grado acogió íntegramente la pretensión pecuniaria, sin embargo la sentencia es apelada, instancia en la cual la Corte de Concepción reduce prudencialmente los montos a una suma de 60 millones de pesos.

mástil si bastaba que cualquier menor de los que concurrían al Parque de las Araucarias hubiera podido retirar fácilmente el perno…".

Es así como el considerando decimoséptimo del tribunal a quo concluye: "…había un grave riesgo en la caída del mismo al mantenerlo en esas condiciones, lo cual se desprende del porte, material y peso de dicho elemento…". Así las cosas, los hechos hablan por sí mismos y las características del caso permitirían al juez la utilización de presunciones para tener por probada la culpa del servicio. La carga probatoria trasladada a manos de la Municipalidad, no fue utilizada para demostrar un correcto o suficiente funcionamiento.

En la causa caratulada "Palma González, Sergio con Municipalidad de Concepción"[511] el tribunal de primer grado señala, en el considerando undécimo, que el hecho de haber ocurrido un accidente en la acera que demostraba un mal estado para su tránsito y que además no presentaba resguardo alguno, "es una circunstancia que por su naturaleza ínsita es susceptible de atribuirse a lo menos a culpa del agente, porque con un razonamiento medio no puede sino concluirse que el mismo estaba en situación de provocar caídas de los peatones y, por ende, denota sin duda culpabilidad del autor, o lo que es lo mismo, se trata de un hecho de aquellos que provienen ordinariamente de negligencia". De esta forma, el juez de la causa dice que es plenamente aplicable la presunción de culpabilidad presente en el artículo 2329 del Código Civil, estimando que aquel no excluye otras situaciones a las enumeradas en el propio precepto; de esta forma concluye: "luego y dándose en la especie la presunción en comento, **cabe presumir la culpa del municipio demandado o de sus agentes** (el énfasis es nuestro) y la relación causal existente entre aquella y el daño provocado al actor, presunción que la demandada no ha contradicho probando, como procesalmente correspondía, alguna causal de irresponsabilidad."

Cabe hacer presente que la causa anterior fue confirmada tanto por la Corte de Apelaciones de Concepción como por la Corte Suprema, sin

[511] **Palma González, Sergio con Municipalidad de Concepción. Primer Juzgado Civil de Concepción, Rol 4.193-2000. 3.4.2001. Confirmada por la Corte de Apelaciones de Concepción (Apelación) Rol 1.399-2001. 25.1.2002 y la Corte Suprema (Casación en el Fondo) Rol 1104-2002. 7.5.2002**. En los hechos don Sergio Palma interpone demanda de indemnización de perjuicios en contra de la Municipalidad de Concepción, puesto que el demandante, de 67 años de edad, habría sufrido daños en un tendón de Aquiles y el músculo gemelo producto de un tropiezo accidental con las baldosas que sobresalían en una de las calles de la ciudad. Lo anterior fue producto del crecimiento de las raíces de un árbol, indicando al respecto que tal desperfecto no habría estado señalizado. El actor solicita en el libelo la suma reparatoria de 40 millones de pesos, sin embargo, el tribunal a quo hace lugar a la demanda por la cantidad de 10 millones.

embargo tuvieron como principal fundamento las normas sobre la responsabilidad Municipal y el artículo 174 de la Ley de Tránsito, respecto de las cuales interpretan la existencia de una responsabilidad objetiva por parte del órgano, cuestión que demuestra la existencia de una confusión (anteriormente descrita) de los tribunales superiores de justicia en relación a esta materia.

En "Cárdenas Oporto, David con Municipalidad de Río Bueno"[512], la Corte de Apelaciones acude a una presunción judicial para acreditar la culpabilidad del municipio, sumado al hecho de que el órgano no aportó en la causa ningún antecedente probatorio para acreditar que los ventanales, que cayeron produciendo daño en el actor, habían sido objeto de revisión o mantención. En definitiva no constaba en el proceso que los vidrios podrían resistir la fuerte intensidad de los vientos, condición climática común del sur de nuestro país; de esta forma la Corte en el considerando séptimo señala: "… se debe concluir que el desprendimiento de uno de los vidrios del ventanal del frontis del edificio se debió a la falta de cuidado o culpa de la demandada, al no mantenerlos en buen estado de conservación y que un fenómeno externo posibilitó su caída al vacío con el resultado ya mencionado precedentemente. Así las cosas ha de concluirse que existe relación de causalidad entre el daño y la culpa que se atribuye a la Municipalidad demandada".

Recientemente la Corte de Apelaciones de Antofagasta en el fallo "Godoy Helo, Fernanda y otro con Municipalidad de Antofagasta"[513],

---

[512] **Cárdenas Oporto, David con Municipalidad de Río Bueno. Apelación. C.A de Valdivia. Rol 457-2007. 13.9.2007.** En los hechos, don David Cárdenas deduce demanda de indemnización de perjuicios en contra del Municipio, puesto que éste sufrió una herida en uno de sus pies producto de la caída de un vidrio del cine municipal. Aquel edificio había sido remodelado recientemente con dineros fiscales, sin embargo sus ventanales no lograron resistir los temporales que son habituales en aquella región del país. La demanda fue rechazada en primera instancia, pero la Corte de Valdivia conociendo de la apelación, revocó la sentencia de primer grado declarando que se debe al actor la suma de tres millones de pesos por concepto de daño moral.

[513] **Godoy Helo, Fernanda y otro con Municipalidad de Antofagasta. Apelación. C.A de Antofagasta. Rol 242-2014. 22-07-2014. Confirmada por la CS (Casación en el Fondo) Rol 23.581-2014. 17.11.2014.** En los hechos, el niño Simón Contreras Godoy sufrió una caída en un alcantarillado mientras transitaba por un sector del balneario municipal, acto seguido su tío desciende a las aguas servidas para rescatarlo cuestión que derivó en que ambos sufrieran lesiones corporales. La alcantarilla presentaba una cubierta hecha de un trozo de madera, lo que a juicio de los actores no era idónea para evitar una caída. Se deduce demanda de indemnización en contra del municipio de Antofagasta, más el tribunal de primera instancia rechaza la pretensión. En sede de apelación, la Corte de Antofagasta revoca la sentencia de primer grado, estableciendo como suma reparatoria un millón y medio para cada uno de los demandantes.

señaló que respecto a la caída en una alcantarilla ubicada en el balneario municipal, se evidencia un hecho público y notorio en relación a que el órgano administrativo es responsable de la actividad que allí se realiza, sobre todo lo relacionado con la seguridad básica y mínima que debe tener un recinto destinado a la afluencia de público, en especial cuando constituye el principal centro de esparcimiento de la ciudad (considerando tercero). De esta forma es concluyente el tenor del considerando quinto de la sentencia de apelación, ya que la Corte indica: "… es ineludible concluir entonces que la presunción de culpabilidad construida a partir del artículo 2329 del Código Civil, aplicable en la especie por analogía, también afecta al concepto de falta de servicio… encontrándose asentado que el niño cayó en esta alcantarilla de propiedad municipal y no existiendo prueba alguna que permita siquiera entender que la demandada actuó con mediana diligencia, debe necesariamente entenderse que el hecho generador del daño ocurrió como consecuencia de un actuar negligente de la ilustre Municipalidad de Antofagasta, quien no mantuvo la alcantarilla en estado de evitar peligros para las personas que por allí transitan."

La presunción de culpabilidad establecida en este caso, se obtiene por la aplicación por analogía del artículo 2329 N°2 del Código Civil, en este sentido, la demandante argumentó que la cámara se encontraba cubierta por una simple tapa de madera, lo que no proporcionaba la seguridad suficiente para evitar la caída de cualquier persona a las aguas servidas. De esta forma, al invertirse *onus probandi* el municipio no logró demostrar una actividad diligente, pues como hemos visto, en ella recae la responsabilidad de mantener estos bienes en estado no causar daño a los transeúntes.

Otro ámbito relevante en que se han desarrollado hipótesis de presunciones de culpabilidad es en materia de responsabilidad médica, de hecho, para algunos autores su inclusión es más que necesaria para permitir exonerar a la víctima de la necesidad de prueba, debiendo aceptarse en forma muy amplia dentro de los casos que involucren actividad hospitalaria, y más restringida respecto de aquellas constitutivas de actos médicos[514]. Veamos algunos ejemplos.

En "Rosales Yáñez, Miguel con Servicio de Salud Metropolitano Oriente"[515]la Corte Suprema acoge la pretensión del demandante quién,

[514] Pierry Arrau. Pedro. (2002) "La falta de servicio en la actividad médica." En Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado. N°8. Pág. 2

[515] **Rosales Yáñez, Miguel con Servicio de Salud Metropolitano Oriente. Casación en el Fondo. CS. Rol 9140-2009. 31.7.2012.** En los hechos, don Miguel Rosales dedu-

mediante la interposición de su recurso, manifestó que el tribunal de alzada había vulnerado el artículo 1698 del Código Civil, alterando con ello el onus probandi a favor del Servicio de Salud, toda vez que a éste no le correspondía probar que los paños o compresas encontrados dentro de su cuerpo provenían del Hospital El Salvador y de esta manera tampoco era su obligación el demostrar que tales apósitos habían causado la infección padecida. De esta forma, en el razonamiento del Tribunal Supremo en el considerando tercero de la sentencia de reemplazo indica: "Que tales hechos acreditados constituyen indicios suficientes que permiten presumir la falta de servicio alegada así como la relación de causalidad existente entre ésta y el daño sufrido por el actor. En efecto, correspondía al Servicio de Salud demandado acreditar que los elementos o cuerpos extraños encontrados… no fueron introducidos en su organismo en la cirugía que le precedió… de igual forma, no existe ningún otro antecedente que explique la razón de la infección que le ocasionó al actor los padecimientos cuya indemnización demanda que no sea la presencia de tales elementos o cuerpos extraños en su organismo".

Finalmente en la causa caratulada "Valverde Cifuentes, Amelia y otros con Servicio de Salud Bío-Bío"[516], la Corte de Concepción estimó que un mal diagnóstico médico sumado al hecho de que la paciente no contó con una hospitalización rápida y adecuada para su estado de salud, permiten la construcción de presunciones judiciales para probar

jo demanda de indemnización de perjuicios por Falta de Servicio, fundada en la circunstancia de que luego de ser intervenido quirúrgicamente en el Hospital del Salvador, el personal de aquel recinto dejó olvidado en su organismo un paño o compresas, cuestión que provocó una infección que comprometió parte de su colon, órgano que debió ser extirpado posteriormente. La sentencia de primera instancia acogió parte de su pretensión en lo relativo al daño moral, más la Corte de alzada conociendo de la apelación revocó esta decisión rechazando la demanda. Finalmente la Corte Suprema, en vista del recurso de casación interpuesto, lo acoge y dicta sentencia de reemplazo confirmando la resolución apelada, que corresponde a una indemnización por daño moral de cinco millones de pesos.

[516] **Valverde Cifuentes, Amelia y otros con Servicio de Salud Bío-Bío. Apelación. C.A de Concepción. Rol 469-2012. 29.6.2012.** En los hechos doña Julia del Carmen Valverde, falleció producto de un mal diagnóstico médico lo cual arrojó que el tratamiento (lavado intestinal) de la supuesta enfermedad indicada por el médico (constipación crónica) provocase en ella una neumonía severa. Los médicos del Hospital de Los Ángeles no tuvieron en cuenta que la paciente, pocos días atrás, había sido diagnosticada con Disnea y Polipnea, enfermedades de tipo respiratorio que complicaban aún más el cuadro; se agrega también el hecho que la víctima no fue hospitalizada inmediatamente, sino que fue dejada en una silla de ruedas en el pasillo del establecimiento durante la noche. La Corte de Apelaciones revocó la sentencia de fondo que denegaba la pretensión e indemnizó a cada demandante con una suma de quince millones a título de daño moral.

la procedencia de la Falta de Servicio del Hospital. En este sentido el considerando decimoséptimo nos indica: "… puede colegirse que en la especie concurren una serie de hechos y circunstancias que permiten al tribunal extraer presunciones, que por reunir los requisitos del artículo 1712 inciso 3° del Código Civil, se deben estimar suficientes para constituir plena prueba…". Respecto a la Falta de Servicio en particular, el citado considerando agrega: "… el error de diagnóstico en que incurrió el médico de turno… obedeció a una falta de diligencia de su parte, o dicho de otra manera, a una impericia en el análisis de la sintomatología que presentaba la paciente, que trajo como necesaria consecuencia un erróneo tratamiento médico posterior, lo que se agudizó por el hecho de haber sido hospitalizada durante la noche y parte de la mañana en una silla y en el pasillo del centro asistencial, por falta de camas en ésta…". De esta forma, la Falta de Servicio se constituye en este caso concreto como un funcionamiento imperfecto por parte del Hospital.

En resumen y respecto de todo lo anteriormente expuesto, concluimos que es muy aconsejable la incorporación de presunciones para la resolución de casos en que se persigue la responsabilidad del Estado-Administración, más aún cuando la Falta de Servicio es evidentemente grave. Las posibilidades son variadas; desde el trabajo legislativo a fin de crear una norma específica que enumere, a modo ejemplar, qué conductas del órgano revelan un carácter culposo, evitando así la discusión que ha generado la aplicación supletoria y real sentido del artículo 2329 del Código Civil; hasta la construcción de presunciones por el propio juez de la causa. Ésta última resulta conveniente, puesto que reunidos los requisitos de gravedad y precisión exigidos, constituyen plena prueba para demostrar la procedencia de alguno de los elementos constitutivos de la responsabilidad; además cuentan con la ventaja de conformar una facultad privativa de los jueces del fondo, quedando por esta razón, al margen del control de casación.

3.2. La carga dinámica de la prueba

Como hemos visto, el intento de regular de forma genérica y en una sola disposición lo que respecta a la carga probatoria, resulta dificultoso de aplicar en la práctica. La variedad de relaciones jurídicas existentes, así como también la diversidad de conflictos que se suscitan, hacen necesario flexibilizar la norma en beneficio de otorgar el debido resguardo de las partes en el proceso, así como también posibilitará la obtención de una sentencia más justa. La lectura del artículo 1698 del Código Civil trasmite una idea casi draconiana a aquella persona que deba litigar en juicio contra un oponente mucho más grande que él, y que además,

cuente en ocasiones con prerrogativas que inclinan aún más la balanza hacia un lado, provocando una lamentable abstención en comenzar tal travesía.

La institución de la carga dinámica de la prueba, ha demostrado ser una herramienta eficaz en el derecho comparado y esperamos se alce también como una verdadera solución en nuestro ordenamiento jurídico al problema que ya conocemos. El proyecto de Nuevo Código Procesal Civil en materia de régimen probatorio ha optado por un sistema de libertad probatoria, esto significa que no existe una enumeración taxativa de los medios que pueden hacer valer las partes en el proceso. De esta forma, termina el gran problema que se suscita actualmente respecto a la incorporación de los modernos medios de prueba.

También se contempla de forma general, un sistema de valoración conforme a la sana crítica, cuestión que viene a adecuar nuestro procedimiento a parámetros internacionales. Es así como en este nuevo escenario se hace presente una institución, si bien excepcional, que tendrá como principal objetivo otorgar al juez la posibilidad de distribuir la carga probatoria de acuerdo a la disponibilidad y facilidad que posean en particular las partes[517].

Para algunos ya se encuentra presente, aunque de forma tímida, en materia laboral y de familia[518], disciplinas en que ha sido relevante la defensa del más débil en el proceso en virtud de una tutela judicial efectiva. Sin embargo, es en el proyecto de nuevo código procesal civil donde fi-

---

[517] Pomés Pirotte, Juan Pablo. (2012). "La prueba en términos generales en el nuevo proyecto de Código Procesal Civil". En Revista de Derecho Procesal N°22, "Proyecto de Código Procesal Civil". Departamento de Derecho Procesal, Universidad de Chile. Págs. 295-297.

[518] Si bien es cierto, el Legislador no ocupa en ningún lugar el concepto "carga dinámica de la prueba", es posible derivar esta institución del algunas normas: **Artículo 52 de la Ley 19.968**: "Si la parte, debidamente citada, no comparece a la audiencia de juicio, o compareciendo se negase a declarar o diese respuestas evasivas, el juez podrá considerar reconocidos como ciertos los hechos contenidos en las afirmaciones de la parte que solicitó la declaración. En la citación se apercibirá al interesado acerca de los efectos que producirá su incomparecencia, su negativa a declarar o si diere respuestas evasivas"; **Artículo 5° de la Ley 14.908**: "El juez, al proveer la demanda, ordenará que el demandado acompañe, en la audiencia preparatoria, las liquidaciones de sueldo, copia de la declaración de impuesto a la renta del año precedente y de las boletas de honorarios emitidas durante el año en curso y demás antecedentes que sirvan para determinar su patrimonio y capacidad económica"; **Artículo 453 n°5 del Código del Trabajo**: "Cuando, sin causa justificada, se omita la presentación de aquellos que legalmente deban obrar en poder de una de las partes, podrán estimarse probadas las alegaciones hechas por la parte contraria en relación con la prueba decretada".

nalmente existe una consagración expresa de esta herramienta jurídica, de este modo el artículo 294 inciso 2° del proyecto dispone:

Artículo 294 inciso 2° del Proyecto de Nuevo Código Procesal Civil:

"El tribunal podrá distribuir la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes en el litigio lo que comunicará a ellas, con la debida antelación, para que asuman las consecuencias que les pueda generar la ausencia o insuficiencia de material probatorio que hayan debido aportar o no rendir la prueba correspondiente de que dispongan en su poder".

Para González Coulon, "la carga dinámica de la prueba es una institución que viene a destrabar ciertas desigualdades y conflictos actualmente presentes en el proceso civil, pero que al mismo tiempo implica no sólo un involucramiento mayor por parte del juez sino también una actitud proactiva de las partes en el proceso"[519]. Considera además que la institución en comento es una aplicación directa de los principio de buena fe y de colaboración de las partes al proceso. Su fundamento más próximo es la desigualdad que existe entre las partes, la búsqueda de la verdad material y también la aplicación del principio de economía procesal, obteniendo un menor desgaste de la actividad jurisdiccional lo que genera, a su vez, la agilización del proceso[520].

En un acercamiento al concepto, se ha entendido a esta herramienta jurídica como "la imposición de la carga de aportación a la parte que según las circunstancias del caso y la relación o situación jurídica base del conflicto, se encuentre en condiciones técnicas, profesionales o fácticas para suministrarlas, con prescindencia de la calidad de actor o demandado en el proceso"[521]. La idea de cooperación de las partes se ha establecido por sobre la noción del interés privado del proceso, lo que se busca en definitiva es evitar que alguno de los actores soporte sobre sus hombros la excesiva carga que implica probar determinados hechos, sobre todo cuando no cuenta con los medios o carece del acceso a la información suficiente para ello.

Una parte de la doctrina ha considerado que reviste un peligro a la seguridad jurídica en el proceso, otros lo conciben como una herramienta totalitaria que vulnera las garantías y libertad de las personas. En de-

[519] González Coulon, María De Los Ángeles. (2012). "La carga dinámica de la prueba". En Revista de Derecho Procesal N°22, "Proyecto de Código Procesal Civil". Departamento de Derecho Procesal, Universidad de Chile. Pág. 365.

[520] Ibídem Pág. 364.

[521] Ibídem Pág. 371.

finitiva, esto se debe a una profunda desconfianza en los jueces, quienes olvidan que el proceso es un instrumento de Derecho Público cuya dirección y conducción pertenece precisamente a aquella magistratura[522]. Sin embargo, se estima necesaria una expresa consagración legal de la institución y respecto de ella pueden formularse requisitos básicos para considerar su procedencia. La propuesta de González Coulon manifiesta el establecimiento de una norma cuya aplicación tienda a la generalidad de los casos (de manera amplia y no taxativa), pero siempre cuidando el hecho de que constituye un precepto especial y excepcional respecto a la carga de la prueba. Por lo tanto, será el tribunal en el caso concreto quien determinará si se justifica o no la aplicación de la herramienta y a qué parte beneficiará[523]. Esta idea es compartida por la comisión redactora del proyecto, tal y como se observa en los términos de la disposición previamente transcrita.

Motivo de lo anteriormente expuesto, es que se han propuesto doctrinariamente requisitos indispensables para la procedencia de la carga dinámica de la prueba. En primer lugar, se hace necesaria la carencia de prueba o la insuficiencia de ésta respecto a los hechos a probar, de esta forma se ha afirmado: "la ausencia de controversia sobre los hechos, sea porque la cuestión propuesta es meramente de derecho o sea porque los hechos aducidos por el actor son aceptados, lisa y llanamente, por el demandado, dispensa de todo afán probatorio"[524]. En segundo término, debe existir una disparidad en la relación jurídica de las partes. Como ya hemos visto reiteradas veces, la Administración del Estado detenta una posición privilegiada ante el particular, no sólo por el hecho de poseer prerrogativas, sino también porque dispone de los conocimientos técnicos en la materia e incluso muchas veces, la prueba que necesita la contraparte está en sus manos o puede ser fácilmente generada por el órgano. Por último y como tercer requisito, será menester que el juez de la causa advierta con la debida anticipación a las partes las consecuencias de no aportar con la prueba que se ha requerido[525]. Con esto último, se elimina la inseguridad jurídica que algunos critican respecto de la institución.

---

[522] Tavolari Oliveros, Raúl. (2012). "¿Confianza o desconfianza en los jueces?: Un alegato a favor de conferir mayores oportunidades a la justicia, a propósito de la polémica por las cargas probatorias dinámicas o principio de facilidad de la prueba". En Revista de Derecho Procesal N°22, "Proyecto de Código Procesal Civil". Departamento de Derecho Procesal, Universidad de Chile. Pág. 360.

[523] González Coulon, María De Los Ángeles. (2012). Op. Cit.Pág. 372.

[524] Tavolari Oliveros, Raúl. (2012) Op. Cit. Pág. 357.

[525] González Coulon, María De Los Ángeles. (2012). Op. Cit. Págs. 379-382.

Estimamos que ésta puede constituir una adecuada solución al problema probatorio de la Falta de Servicio en determinados casos en que se manifieste la responsabilidad del Estado Administrador (como por ejemplo en los relacionados con responsabilidad médica en la que media una grave culpa). Sin lugar a dudas es una institución que debe estar presente en nuestro ordenamiento jurídico, idealmente en el tan ansiado procedimiento especial de lo contencioso administrativo y si esto no es posible, al menos en el nuevo proceso civil. Finalmente a pesar de la controversia que se suscita para algunos entre seguridad jurídica y justicia, cabe sino exponer acá las palabras del profesor Raúl Tavolari: "la crítica del 'Documento' (proyecto de reforma) no parece ser coherente con la evolución del pensamiento jurídico en el mundo occidental actual ni resulta posible admitirla en un país cuya Constitución proclama, desde la partida, que el Estado está al servicio de la persona humana y que su finalidad es promover el bien común"[526]

3.3. La iniciativa probatoria del juez

La iniciativa probatoria del juez se ha transformado en una materia bastante discutida en derecho, pues se ha sostenido tradicionalmente, que son únicamente las partes quienes deben presentar las pruebas en el proceso, actuando el juez solamente como un tercero encargado de recibirla y ponderarla. Sin embargo, en el último tiempo se aprecia un cambio en este paradigma permitiendo a los magistrados ordenar o decretar diligencias probatorias, cuestión que se puede apreciar claramente en nuestro país mediante los procesos reformados.[527] En el proyecto de Código Procesal Civil también encontramos una norma que contempla esta institución:

[526] Tavolari Oliveros, Raúl. (2012) Op. Cit. Pág 361.

[527] En Derecho de Familia, el artículo 29 inciso 3° de la ley 19.968 señala: "El juez, de oficio, podrá asimismo ordenar que se acompañen todos aquellos medios de prueba de que tome conocimiento o que, a su juicio, resulte necesario producir en atención al conflicto familiar de que se trate". En materia laboral encontramos el artículo 429 inciso 1° del Código del Trabajo: "El tribunal, una vez reclamada su intervención en forma legal, actuará de oficio. Decretará las pruebas que estime necesarias, aun cuando no las hayan ofrecido las partes y rechazará mediante resolución fundada aquellas que considere inconducentes. De esta resolución se podrá deducir recurso de reposición en la misma audiencia. Adoptará, asimismo, las medidas tendientes a evitar la paralización del proceso y su prolongación indebida y, en consecuencia, no será aplicable el abandono del procedimiento".

Artículo 288 inciso 2° del Proyecto de Nuevo Código Procesal Civil

"Hasta antes del término de la audiencia preliminar, el tribunal, de oficio, podrá ordenar las diligencias probatorias que estime necesarias para el esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes. En ejercicio de este derecho, las partes podrán solicitar, en el mismo acto, una contraprueba a la solicitada por el tribunal, conforme a lo previsto en el artículo 290."

Andrés Fuchs señala que otorgar poderes probatorios al juez obedece a una decisión que se relaciona directamente con los fines del proceso y con la ideología que se tenga sobre el procedimiento. A su juicio, el proceso tiene como fin la búsqueda de la verdad de los hechos, la cual se conseguirá de forma eficaz cuando se conceden a los jueces las facultades necesarias para lograr su función, siendo la institución en estudio una de ellas. En contra de esta teoría se ha señalado por algunos autores, que el proceso tiene como finalidad primordial la resolución de conflictos; de esta forma, los principios fundamentales dirán relación con la libertad y la igualdad formal entre las partes, por tanto, debe resguardarse que los litigantes posean las mismas armas procesales. Según esta última doctrina (revisionista), el juez debe identificarse como un tercero imparcial y por ningún motivo concentrará tales prerrogativas[528].

Siguiendo con las ideas de este autor, en relación a la disposición del Proyecto éste destaca la existencia de un claro propósito por parte del Legislador hacia el fortalecimiento del rol del juez, ya que se estima necesaria la presencia de un juzgador activo y con facultades para poder prevenir, corregir y sancionar las acciones u omisiones que signifiquen actuaciones contrarias a la buena fe.[529] Identifica que hay una clara resistencia por parte de la doctrina revisionista, pues consideran que con este nuevo rol se vulnerarían los principios dispositivos y la garantía fundamental del debido proceso. El primero, porque el juez sólo debe fallar conforme lo que se haya alegado y probado por las partes, cuestión que corresponde exclusivamente a éstas; y el segundo, porque se vería afectada la imparcialidad, puesto que al disponer de estos poderes terminará (aun involuntariamente) favoreciendo a alguna de las partes[530]. Al respecto el citado señala: "creer que porque un juez solicite la rendición de un determinado medio de prueba, se va a convertir en un juez parcial

[528] Fuchs Nissim, Andrés. (2012). "Iniciativa probatoria del juez: una decisión ideológica". En Revista de Derecho Procesal N°22, "Proyecto de Código Procesal Civil". Departamento de Derecho Procesal, Universidad de Chile. Págs. 321-329.

[529] Ibídem Pág. 335.

[530] Ibídem Págs. 338-349

y dependiente, es no tener confianza en los jueces"[531]; es más, muy factiblemente ocurra que una vez rendida la prueba que ha ordenado se termine por convencer del hecho contrario.

Sobre el punto de la imparcialidad y la posible vulneración a principios protegidos por el ordenamiento nacional, es que precisamente se ha considerado la inclusión de un artículo[532] que consagre el derecho para las partes de contradecir esta prueba, lo que sin lugar a dudas constituye un importante y justo límite a esta nueva facultad.

Respecto a esta iniciativa, consideramos de vital importancia su pronta consagración en el proceso civil, pues seguramente se constituirá como una práctica solución al grave problema que genera la prueba de la Falta de Servicio. En esta sede, el juez podrá ordenar a la Administración traer a la vista documentación que para el afectado sería casi imposible de conseguir o también disponer de aquella prueba que ha sido deliberadamente prescindida por las partes, puesto que estimaban no sería de beneficio respecto a sus pretensiones. Creemos que cuando el artículo 4° del Proyecto manifiesta; "el tribunal velará por la igualdad de oportunidades de las partes en el proceso", apunta precisamente al imperativo de que deben corregirse las asimetrías previas existentes entre los actores, las que como ya hemos visto, son evidentes en este tipo de conflictos.

Sin embargo de lo anteriormente dicho, para una parte de la doctrina "la misión del juez de mantener la igualdad no pretende exigirle que utilice su iniciativa probatoria para lograr equilibrios procesales cuando los sujetos se encuentren en una posición asimétrica, habiendo uno débil y uno fuerte".[533] El profesor Iván Hunter indica que no se puede justificar esta prerrogativa con el fin de lograr un "equilibrio sustantivo", porque con ello se compromete gravemente la imparcialidad del juez; a mayor abundamiento, es tarea del derecho material el promover normas que aseguren la protección de la parte en desventaja.[534] Con esto no se refiere a que la actividad probatoria del juez *per se* sea contraria a las

---

[531] Ibídem Pág. 349.

[532] El **artículo 290 del Proyecto de Nuevo Código Procesal Civil** dispone: "Contraprueba. Excepcionalmente, si con ocasión de la rendición de una prueba determinante se suscitare alguna cuestión relacionada con su autenticidad, veracidad, integridad o validez, que no hubiere sido posible prever con anterioridad, el tribunal podrá autorizar la presentación de nuevas pruebas destinadas a esclarecer esos puntos, aunque ellas no hubieren sido ofrecidas oportunamente y siempre que no hubiere sido posible prever su necesidad".

[533] Hunter Ampuero, Iván. (2011). "La iniciativa probatoria del juez y la igualdad de armas en el Proyecto de Código Procesal Civil". En Revista Ius et Praxis, año 17, N°2, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Talca. Pág. 54.

[534] Ibídem Pág. 60.

normas que consagran la imparcialidad e igualdad procesal, sino que se debe tener cuidado con el pretendido fundamento, a lo que se agrega la necesidad de señalar también claramente sus límites. En cuanto a las diferencias económicas y técnicas que puede presentar una de las partes en el proceso, la solución más idónea estima el autor, apunta a optar por mecanismos de defensa jurídica gratuita, exención de costas procesales o como ya se ha propuesto en un anterior apartado, la inversión de la carga probatoria[535].

No compartimos la opinión del autor respecto a que la igualdad de las partes no es un valor a conseguir mediante la iniciativa probatoria del juez, ya que la diferencia de posiciones entre los actores del contencioso reparatorio es una realidad previa a la litis y que se mantiene lamentablemente en el proceso. Si no existen normas de carácter sustancial que protejan al más desvalido, debemos recurrir por tanto a las herramientas que el ordenamiento jurídico ha franqueado en todos sus niveles o categorías y no con ello necesariamente se cometerán arbitrariedades. En los tiempos que corren, no podemos permitirnos seguir manteniendo viejas instituciones, ni tampoco concebir a un juez sentado en su despacho atado de manos e indiferente respecto a los problemas que son traídos a su conocimiento. Estimamos que mediante la introducción de límites a esta facultad, como la posibilidad de contradecir la prueba dispuesta por el propio juez (para así respetar el derecho a defensa) o indicando la oportunidad procesal que la magistratura tendrá para ello, se presenta ante nosotros un buen remedio para mejorar las posibilidades de la víctima de obtener una satisfactoria reparación en los casos de responsabilidad por actos de la Administración.

4. El sistema español de responsabilidad, ¿el modelo a seguir?

Parte de la doctrina local y especialmente los más tradicionales docentes del Derecho Administrativo chileno, consideran el modelo español de responsabilidad estatal como el más perfecto a nivel global. Este sistema, estimado por muchos como el más garantista respecto de los derechos de las personas, consagra un régimen objetivo donde sólo será necesario para la víctima la prueba del daño, la relación de causalidad entre éste y la acción vulneratoria. Sin embargo y con el paso del tiempo, han surgido duras críticas internas respecto a la conveniencia de mantener un modelo como éste, críticas que de alguna forma revelan el sentir de una

[535] Ibídem Págs. 62 a 65.

parte no menor de los juristas ibéricos, los cuales declaran que el modelo no se corresponde con lo que en un principio pretendía ser.

Antes de realizar cualquier tipo de análisis respecto a la conveniencia de adoptar un sistema como el que se presenta, es preciso revisar de forma al menos superficial los aspectos más generales de este derecho y, en tal sentido, comprender un poco más las instituciones que lo conforman. De esa manera, estaremos en mejores condiciones de observar si un modelo como el español puede ser adaptado a las necesidades de la realidad nacional.

4.1. Aspectos generales del sistema español

Unos de los primeros cuerpos normativos, tipo preconstitucional, que hace referencia al estatuto actual de responsabilidad en este país, es la Ley de Expropiación Forzosa (1954), cuyo artículo 121.1 señala: "Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo". En el mismo sentido se expresó la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (LRJAE) de 1957 y que hoy se encuentra derogada. Para varios autores, estas normas reflejan el establecimiento de una responsabilidad objetiva donde se ha prescindido de los elementos de ilicitud o culpa como fundamento.

Posteriormente será la Constitución Española del año 1978, la que recogerá dentro de su articulado los principios básicos[536] en materia de responsabilidad; de esta forma el artículo 106.2 dispone: "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". Se suma a esta norma, la reserva estatal de la competencia para regular el sistema de responsabilidad de todas las administraciones públicas, contenida en

[536] El **artículo 9.3 de la Constitución Española**, a su vez, establece el principio general de responsabilidad de los poderes públicos: "La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos".

el artículo 149.1.18ª de la Constitución: "El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (18ª) Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas".

Tal mandato constitucional, sería plasmado en la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (o LRJPAC, que derogó la antes mencionada LRJAE). Los artículos 139 y siguientes de esta ley, contenidos en el Título X "De la responsabilidad de las Administraciones Públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio", desarrollan el precepto constitucional y estructuran aquel sistema de responsabilidad administrativa extracontractual[537].

El artículo 139.1 de la LRJPAC, como principio en materia de responsabilidad dispone: "Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos".

El artículo 141.1 de la misma ley, establece la regla general en cuanto a la procedencia de la indemnización: "Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos."

Vistos los pilares normativos en que se sustenta el sistema de responsabilidad, a continuación revisaremos las características generales de modelo vigente en España, para este cometido seguiremos lo expuesto por Santamaría Pastor en una de sus importantes obras.[538]

---

[537] Gomero Casado, Eduardo y Fernández Ramos, Severiano. (2007). "Manual Básico de Derecho Administrativo". Edit. Tecnos, Madrid. 4° Ed. Pág. 502.

[538] Santamaría Pastor, Juan Alfonso. (1999) "Principios de Derecho Administrativo". Edit. Ceura, T.II, Madrid. Págs. 472 y ss.

Según dicho autor, en primer lugar esta responsabilidad posee un carácter "total", es decir, cubre los daños producidos provenientes no solamente de la Administración sino que de todos los poderes públicos. En segundo término se trata de una responsabilidad "directa", esto significa que la reclamación debe formularse necesariamente a la misma Administración y no respecto a la persona de sus funcionarios, sin perjuicio de la facultad que tenga ésta de repetir en contra de sus agentes cuando mediare dolo, culpa o negligencia grave[539]. Finalmente, se trata de una responsabilidad "objetiva", por cuanto prescinde del dolo o la culpa de la actividad dañosa y es indiferente que aquellos actos provenientes del órgano público sean considerados legales o ilegales; así lo demuestra la frase "siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos" establecida en el artículo 139.1 de la LRJPAC.

Gomero Casado y Fernández Ramos también, dentro de las particularidades del sistema, han caracterizado a esta responsabilidad como "específica" por cuanto se configura con criterios propios y distintos del Derecho Civil, "unitaria" porque se aplica a todas las Administraciones públicas bajo cualquier forma de personificación (con la salvedad de las formas privadas) y "directa", porque aunque el daño sea ocasionado concretamente por alguno de sus funcionarios, la responsabilidad se reclama ante el propio órgano[540].

Antes de continuar, es preciso que nos detengamos brevemente en uno de los aspectos más comentados por la doctrina, apreciado por algunos y discutido por otros, nos referimos al carácter "objetivo" de la responsabilidad española.

En tal sentido De Ahumada Ramos ha pronunciado que "la inclusión de los daños causados por un funcionamiento normal de los servicios públicos dentro del régimen de responsabilidad de la Administración, significó la desaparición de la culpa como fundamento de la responsabilidad y, en consecuencia, un apartamiento total del régimen general de

[539] En relación a lo mencionado, el **artículo 145.1 de la LRJPAC**: "Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el capítulo I de este Título, los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio." También el **artículo 145.2** de la misma ley: "La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca".

[540] Gomero Casado, Eduardo y Fernández Ramos, Severiano. (2007). Op. Cit. Pág. 503.

responsabilidad vigente en el Derecho privado"[541]. Así las cosas, el régimen español no habría tenido (ni siquiera en su origen) la intención de sancionar una conducta de la Administración, sino más bien establecer un mecanismo de protección integral y eficaz de la esfera jurídica de los ciudadanos, el cual es su fundamento. En este contexto cobrará importancia el concepto de "lesión indemnizable".

La noción de "lesión indemnizable", es a juicio del referido autor, un concepto que requiere de una precisión técnico-jurídica, esto debido a la fuerte crítica que ha recibido por adolecer de una supuesta indefinición que permitiría la tan repudiada extensión desmesurada de la indemnización. La doctrina mayoritaria ha entendido este concepto como el daño antijurídico que el sujeto no tiene el deber jurídico de soportar porque no existe una ley que justificadamente así lo prevea[542]. Lo anterior ha dado pie a interpretar (de forma literal respecto a la normativa antes vista y exigiendo sólo una causalidad material) este sistema como un verdadero "seguro social"; en virtud del cual todos los perjuicios ocasionados por los actos de la Administración deberían ser indemnizados, con la salvedad de mediar fuerza mayor y respecto de los daños que el particular deba asumir de acuerdo con la ley.

Sin embargo para De Ahumada, "el sistema de responsabilidad patrimonial regulado en la LEF, en la LRJAE y en la LRJ-PAC no es un sistema de cobertura de riesgos, ni tampoco un sistema de responsabilidad por simples daños que el particular no tenga el deber jurídico de soportar, ni un sistema fundado en la solidaridad social. Es un sistema de responsabilidad por la lesión de derechos o bienes jurídicamente protegidos, basado en estrictos postulados de justicia conmutativa".[543]

A pesar del esfuerzo que este jurista ha desempeñado para intentar delimitar y salvar las erradas concepciones que parte de la jurisprudencia y la doctrina de aquel país han realizado, en pos de garantizar la indemnidad de los administrados; una parte no despreciable de autores locales han pretendido reformar completamente el actual modelo, esto por variadas razones que revelarían su no sustentabilidad. Lo anterior será desarrollado en los párrafos finales, con miras a responder la pregunta planteada en el título de esta sección.

---

[541] De Ahumada Ramos, Francisco Javier. (2004) "La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. Elementos estructurales: lesión de derechos y nexo causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos". Edit. Aranzadi. Navarra, España. 2° ed. Pág. 56.

[542] Ibídem. Pág. 60.

[543] Ibídem. Pág. 100. Sostener lo que ha dicho la doctrina mayoritaria, es en parecer de este autor, desnaturalizar el instituto resarcitorio. Significa alterar en ocasiones los principios de justicia e igualdad.

4.2. Normalidad, Anormalidad y Falta de Servicio

Hemos mencionado que, según la ley española, la indemnización por los daños derivados de la Administración procede indistintamente por su funcionamiento normal como anormal. Esto ha motivado la creencia de que el Estado debe responder por todo tipo de actuaciones generadoras de una lesión, no existiendo por tanto, trascendencia alguna respecto al origen de la actividad dañosa puesto que los criterios mencionados serían omnicomprensivos. Con la intención de limitar los excesos producidos mediante la forma de entender esta institución, parte de la doctrina estima necesario entregar un significado más preciso y restringido, pues se evidencia que no todo daño debe ser indemnizado por resultar física y económicamente imposible.

En primer lugar, la actividad dañosa puede derivar de un "funcionamiento normal" de la Administración. Ésta puede ser interpretada como una responsabilidad por la actuación lícita del órgano público, es decir, que no escapa al marco de la irregularidad o ilegalidad. Tradicionalmente se ha entendido como aquellos daños que provienen de la mera existencia del órgano público o de su actividad que es considerada naturalmente riesgosa, exceptuándose los provenientes de la fuerza mayor.

En cambio y de acuerdo a la opinión de Pantaleón Prieto, la presente noción debe conectarse de forma estricta con el principio de la igualdad ante las cargas públicas y restringirse a lo que él denomina "daños cuasi expropiatorios o de sacrificio"[544], ejemplo de ello son los daños derivados de la ejecución o reforma de vías públicas. Dicho autor excluye de este ámbito los "daños producto de accidentes", los cuales sólo podrían ser resarcidos cuando una ley expresamente obligue a ello o deriven de un funcionamiento anormal del servicio.

En segundo término, la actividad lesiva también puede provenir de un "funcionamiento anormal" del órgano público. Según Santamaría Pastor, "la expresión funcionamiento anormal hace alusión a la circunstancia de que la Administración, al realizar un evento dañoso ha actuado de forma objetivamente inadecuada"[545]. Así las cosas, la culpa, el dolo o la ilegalidad del acto, no son conceptos que influyen necesariamente en la delimitación de esta institución. De acuerdo con lo antes dicho, la responsabilidad se origina cuando la Administración ha actuado de una manera "técnicamente incorrecta", esto es: "con infracción de los estándares medios admisibles de rendimiento y calidad de los servicios"[546]. En

[544] Pantaleón Prieto, Fernando. (2000). Op. Cit. Pág. 88
[545] Santamaría Pastor, Juan Alfonso. (1999). Op. Cit. Pág. 482.
[546] Ídem.

el derecho español se exige, por tanto, que los órganos públicos funcionen de acuerdo a un parámetro de calidad, los cuales ante la carencia de su fijación normativa, han sido establecidos de manera empírica y casuística por la jurisprudencia.

De acuerdo a estas normas de diligencia o "estándares normativos", Mir Puigpelat ha formulado que existen básicamente dos grandes opciones: la primera dice relación con elaborar un catálogo exhaustivo y pormenorizado de normas específicas, en cambio la segunda opción se limita a la enunciación de una cláusula general. Según el referido autor, la primera resulta mucho más deseable por cuanto es necesario que el Legislador y la Administración fijen los estándares que revelen cuál es el normal funcionamiento de los órganos públicos cuya vulneración, en consecuencia, constituya un caso de "anormalidad". De este modo "dichos estándares; además, redundarían en beneficio de la seguridad jurídica; y la mayor seguridad jurídica interesa a todos"[547]; por un lado para los ciudadanos quienes ahora estarán en condiciones de saber qué daños son merecedores de una suma reparatoria y, por otro, la propia Administración en cuanto a la calidad y eficacia de su actuación, de este modo sabrá qué hacer para no incurrir en responsabilidad.

Respecto a la segunda opción presentada, estima el jurista que ésta tiene una connotación más negativa, ya que resulta peligroso dejar en manos del juez la determinación de cómo debe actuar el servicio público porque otorga un poder interpretativo muy amplio. Sin embargo resulta difícil, por una parte, regular todos los posibles comportamientos de la Administración y, por otro lado, aunque pudiera ello realizarse, quedarían estos estándares rápidamente obsoletos por el paso del tiempo y el desarrollo de las nuevas tecnologías. De esta forma se concluye que ninguna de las alternativas, en su forma pura, son lo suficientemente satisfactorias por lo que convendría combinarlas.[548]

Aprovecharemos este espacio para precisar que el criterio de la "Anormalidad" ha sido en ocasiones confundido en nuestro país con la Falta de Servicio, debido a algunos autores que presentan una fuerte influencia del derecho español; sin embargo es conveniente señalar que estas dos nociones poseen notorias diferencias. Más allá de nacer al alero de dos sistemas completamente distintos, como recordaremos, en el medio local la Falta de Servicio ha sido entendida como un defecto (falla) en el funcionamien-

---

[547] Mir Puigpelat, Oriol. (2004). "El sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración: una visión crítica". En Marín González, Juan Carlos. (Coord.) "La responsabilidad patrimonial del Estado". Edit. Porrúa, México. Pág. 36.

[548] Ibídem. Págs. 37-39.

to del órgano público que, contando con los medios necesarios, no lo ha hecho, lo ha hecho de forma tardía o imperfectamente. En cambio en la anormalidad no se aprecia una falla del servicio, sino más bien un incumplimiento de los estándares medios exigibles en términos de rendimiento y calidad de un órgano público. De esta manera, no se observa un defecto propiamente tal, sino que la contradicción con un parámetro, es decir, el servicio no opera como los individuos exigen y esperan, constituyendo en tal sentido una especie de frustración de expectativas.

Por otra parte, el profesor Raúl Letelier ha desarrollado una interesante exposición respecto a la presencia de la institución Falta de Servicio en el Derecho español. Este autor señala que el juicio de eficacia o diligencia administrativa no está radicado en un elemento individual (criterio de imputación) como ocurre en nuestro país, sino que este juicio es absorbido en otros elementos o instituciones[549]. En este orden de ideas, los caracteres de la institución objeto de nuestro estudio se pueden apreciar en el necesario análisis que hace el juez de la causa respecto de la relación causal, en la antijuricidad del daño y en el elemento de la fuerza mayor, siendo totalmente normal que así suceda debido a la dificultad de excluir la reprochabilidad del juicio de responsabilidad. Sin embargo, más notoria sería su existencia en la eximente de responsabilidad establecida por el artículo 141 de la LRJPAC, "no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos y circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos". El sentido de la norma revela la necesidad que el proceso indemnizatorio establezca si la Administración era capaz de prever o evitar la producción del daño según el estado de conocimiento y la técnica; respecto a lo anterior, el autor citado cree que estamos ante la enunciación expresa de un caso de Falta de Servicio[550].

Concluye Letelier que el sistema de Falta de Servicio "absorbida" se revela incluso en el artículo 9.3 de la Constitución Española, cuando ésta establece el principio general de garantía constitucional de la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, "el Estado es entonces responsable cuando su acción resulta arbitraria, esto es, carente de razón alguna. No es por ende una responsabilidad incluso de un acto razonado, medido, eficaz, estudiado, es una responsabilidad por un acto arbitrario, negligente, ineficaz".[551]

---

[549] Letelier Wartenberg, Raúl. (2001). "La falta de servicio en España". Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado. Año 1, N°3. Pág. 66.

[550] Ibídem Pág. 75.

[551] Ibídem Pág. 78.

Revisadas algunas de las características más relevantes del sistema de español, en los párrafos que siguen dedicaremos algunas líneas para mostrar las críticas que se han desarrollado en torno a este modelo de responsabilidad, el cual ha perdido, al menos para una parte no menor de la doctrina de aquel país, la consideración del modelo más perfecto a nivel comparado.

4.3. Críticas al sistema de responsabilidad español

Hay quienes sostienen que el sistema actual de responsabilidad en España es insatisfactorio y debe ser objeto de una pronta reforma legal. En este sentido, Mir Puigpelat señala que son tres, al menos, los defectos que el régimen presenta, "su excesiva amplitud, su excesiva indeterminación y su excesiva uniformidad".[552]

Respecto al primero de ellos, "su excesiva amplitud", cuando la norma describe que todos los daños que deriven del funcionamiento normal y anormal de la Administración deben ser reparados, el Legislador está sometiendo al órgano público a un régimen objetivo de responsabilidad; debiendo ésta última indemnizar los perjuicios aunque no hayan sido producidos de forma dolosa o imprudente. Lo anterior, según Oriol Mir, es totalmente insostenible. Los fundamentos que se utilizan para justificar la permanencia de un modelo como el descrito pueden ser criticados y fácilmente rebatidos. En este sentido, la creación de un riesgo se ha constituido como uno de grandes pilares para explicar la procedencia indemnizatoria, tomándose casi como una máxima que la actividad administrativa es intrínsecamente peligrosa; esto efectivamente puede suceder en algunos ámbitos que desempeña el servicio, como el uso de armas de fuego o el desarrollo de funciones nucleares, sin embargo la regla general es la inversa[553]. A mayor abundamiento, el artículo 106.2 de la Constitución Española no impone, como muchos piensan, un modelo de responsabilidad objetiva global de la Administración, sino que se remite al Legislador para que éste opte por un determinado sistema, por lo que el cambio hacia un régimen más limitado que el actual es totalmente posible.

En la misma línea de lo anteriormente expuesto, un sistema como el vigente desincentiva la importante función de control de la Administración, ya que cuando la responsabilidad es objetiva le es indiferente al servicio determinar cuál fue el funcionamiento o la conducta que produjo el daño, en cambio, la situación es distinta en un sistema que se basa principalmente en el desempeño desplegado por el órgano[554].

---

[552] Mir Puigpelat, Oriol. (2004). "El sistema español…" Op. Cit. Pág. 4.
[553] Ibídem Pág. 6.
[554] Ibídem Pág. 8.

En cuanto a la "excesiva indeterminación del sistema", el juez cumple un papel muy relevante al momento de conocer una de estas causas y tendrá a su haber un amplio margen interpretativo. Lo anterior no es baladí, debido a que ello puede vulnerar el principio democrático, amenazar la necesaria seguridad jurídica y desde luego poner en peligro el principio de igualdad, toda vez que habrá ciudadanos beneficiados por la interpretación efectuada por el tribunal que da un alcance amplio a la responsabilidad del servicio público, en cambio, otros experimentarán las consecuencias de una exégesis más restrictiva[555]. Entre nosotros, aunque guardando las debidas proporciones, esta crítica también está presente en el ordenamiento jurídico nacional respecto a la indeterminación legal de la Falta de Servicio, no obstante, este punto ya fue desarrollado al principio del presente capítulo.

Por último, "la excesiva uniformidad del sistema" resulta inconveniente dada la gran disparidad de las actividades que ejecuta la Administración, de esta forma, el complejo órgano público requiere también de un complejo sistema, el cual recoja y responda en torno a las especialidades de los distintos ámbitos que desempeña el servicio.[556]

Desde un análisis económico del derecho, Desdentado Daroca estima que no existe razón alguna para aplicar un régimen de responsabilidad objetiva a la totalidad de las actividades, más aún cuando la mayor parte de las veces esto no implicará la reducción de los costos asociados, ni tampoco se disminuirá el despliegue de la necesaria actividad administrativa. Consecuencia directa de lo anterior, lo que se consigue con la mantención de un régimen de tal envergadura es única y exclusivamente el incremento de las reclamaciones por parte de los ciudadanos y, con ello, de los costes indemnizatorios encareciendo, en definitiva, las funciones del aparato estatal[557]. En corolario de la realidad descrita, se alzan las palabras de Mir Puigpelat, que representan uno de los argumentos mencionados en los inicios de este trabajo y a los cuales también parte de la doctrina chilena ha adscrito para emplazar la falta de idoneidad de un sistema objetivo; en este sentido: "[a]signar muchos recursos públicos a la responsabilidad patrimonial de la Administración –como sucede si se opta por una responsabilidad de tipo objetivo, tan cara– significa asignar mucho dinero a la perpetuación de las posiciones económicas individuales, impedir que dicho recursos sean utilizados para corregir las des-

[555] Ibídem Pág. 19.

[556] Ibídem Pág. 32.

[557] Desdentado Daroca, Eva. (2000). "Reflexiones sobre el artículo 141.1 de la Ley 39/1992 a la luz del análisis económico del derecho". En Revista Española de Derecho Administrativo, N°108. Pág. 552.

igualdades sociales y dar efectividad a los principios de solidaridad y de redistribución de la renta. Mucho más solidario y progresista sería, por tanto, sustituir el vigente sistema de responsabilidad objetiva de la Administración española por un régimen de responsabilidad más barato"[558].

Inclusive férreos partidarios del sistema descrito reconocen que, en alguna medida, es el propio Legislador (aunque quizás no a propósito) quien ha dado muestras hacia un cambio. Tradicionalmente la fuerza mayor se constituye como una causal de exoneración de responsabilidad que beneficia a la Administración, pero no lo es en el Derecho español, el caso fortuito. Diferenciar ambas instituciones no es tarea fácil. Algunos sostienen que el criterio al cual debemos atender es la "exterioridad". Así las cosas, la fuerza mayor es un acontecimiento irresistible y por completo extraño a la actividad o funcionamiento administrativo, en cambio, el caso fortuito puede constituir hechos imprevisibles o inevitables pero éstos no son ajenos al servicio. Resulta clave tener en cuenta lo anteriormente señalado, ya que como veremos, ha existido una discusión acerca de la reforma que introdujo la Ley 4/1999 a la Ley 30/1992 (LRJPAC), en especial respecto del artículo 141.1. Como recordaremos, parte de dicho precepto actualmente dispone: "No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos".

Según la exposición de los motivos del Legislador, esta norma solamente explica un caso de fuerza mayor, sin embargo, una interpretación más conforme a la diferenciación antes expuesta es que correspondería a un ejemplo de caso fortuito (porque faltaría el elemento "exterioridad"), por tanto y bajo las hipótesis referidas por la norma, estamos ante una nueva causal de exoneración de responsabilidad para la Administración. Así lo ha entendido Jordano Fraga, quien a pesar de estar a favor del sistema objetivo, señala: "es dudoso que el legislador se haya limitado a identificar un supuesto de fuerza mayor. Creemos que ha ido más allá de lo constitucionalmente permitido estableciendo una cláusula exclusora de pretendidos supuestos matizados de fuerza mayor en realidad bajo la cobertura de los artículos 9 y 106.2 CE"[559]. Para este autor, el fundamento de la reforma obedecería a la pretendida idea de superar el

---

[558] Mir Puigpelat, Oriol. (2004). "El sistema español…" Op. Cit. Págs. 9-10.

[559] Jordano Fraga, Jesús. (1999). "La reforma del artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o el inicio de la demolición del sistema de responsabilidad objetiva de las administraciones públicas". En Revista de Administración Pública, N°149, mayo-agosto. Pág. 333.

sistema de responsabilidad vigente por considerarse intolerable, dando inicio con ello a su demolición[560].

A mayor abundamiento, dos grandes juristas españoles han manifestado la necesidad de una revisión de dicho sistema. En primer término se encuentra Eduardo García de Enterría, quien precisa que el régimen español tal y como se está aplicando, no resulta objetivamente sostenible por lo que urge una rectificación. Señala que la idea nunca fue establecer respecto a este modelo, una responsabilidad objetiva y absoluta que encierre supuestos ilimitados de indemnización[561], no ayudando tampoco la formulación legal de los conceptos que ha demostrado en la práctica dar cabida a resultados excesivos.

En segundo término también encontramos a Santamaría Pastor, quien ha declarado que un régimen de responsabilidad objetiva pura, es sostenible sólo en la medida en que el número y volumen de las reclamaciones sea muy limitado[562], a su parecer, "nuestro Estado no ofreció resistencia a la implantación de un sistema que arrancaba del principio exactamente opuesto, el de que hay que indemnizar prácticamente por todo, por cualquier funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y admitió este cambio de inspiración populista por el procedimiento, igualmente irracional, de condicionar el surgimiento del deber indemnizatorio al cumplimiento de una serie de condiciones absolutamente versátiles cuya exigencia se supone que reduciría la carga de indemnizar a unos niveles tolerables"[563]. Este autor pretende excluir del sistema reparatorio español, el criterio de la normalidad jurídica, limitando así la responsabilidad a las hipótesis de funcionamiento anormal del órgano público –idea que desarrollaremos en las siguientes líneas y que es compartida por parte de la doctrina– puesto que el sentido común indicaría que la vida en sociedad nos impone cargas inconvenientes e ineludibles, que cuando no exceden ciertos límites, deben ser soportadas por todos sin la procedencia de indemnización.

---

560 Ibídem Págs. 335-336. El autor considera más adecuado limitar el monto indemnizatorio, puesto que la reforma contradice los presupuestos constitucionales acerca de la responsabilidad en el país ibérico, los cuales establecen a la fuerza mayor como una expresa salida del deber resarcitorio.

561 García de Enterría, Eduardo. (2003). Prólogo. En Mir Puigpelat, Oriol. "La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema". Edit. Civitas, Madrid. Pág. 20.

562 Santamaría Pastor, Juan Alfonso (2004). Prólogo. En De Ahumada Ramos, Francisco Javier. (2004) "La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. Elementos estructurales: lesión de derechos y nexo causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos". Edit. Aranzadi. Navarra, España. 2° ed. Pág. 27.

563 Ibídem Pág. 29.

Las voces que claman una urgente reforma, pretenden limitar la responsabilidad objetiva del Estado a supuestos específicos y excepcionales, instituyendo el funcionamiento anormal de la Administración como la regla general; en este orden de ideas el jurista español Oriol Mir señala: "la Administración sólo debería quedar obligada a indemnizar los daños derivados del mal funcionamiento de sus servicios, de actuaciones contrarias al estándar de diligencia exigible en cada momento. La reforma debería comenzar, por tanto, suprimiendo la genérica referencia al 'funcionamiento normal'"[564]. A juicio de los autores, esta es la salida idónea para superar los problemas que genera la manutención del sistema que actualmente los rige, los cuales y en términos muy generales, han sido ya enunciados en esta sección. En virtud de esta posición, los tribunales de justicia del país español no tendrían que seguir forzando los elementos y requisitos establecidos por la normativa vigente (en pos de mantener el sistema jurídico dentro de términos económicamente razonables), terminando de esta forma con la inserción de elementos extraños a las resoluciones de los casos.

Finalmente ya estamos en condiciones de esbozar una respuesta a la pregunta que dio origen a este capítulo y que, estableciéndose como una sugerencia (o exigencia) por parte de algunos connotados juristas nacionales, motivó el desarrollo e investigación en torno al modelo español a fin de recabar mayores antecedentes y con ello otorgar conclusiones fundadas.

A pesar que la Falta de Servicio en la realidad local, no es una institución jurídica ajena a las críticas, consideramos que el camino a tomar no dice relación con un cambio radical en el modelo y menos aún con "copiar" el estatuto objetivo que detenta la nación ibérica por más perfecto que en sus comienzos proclamaba ser. Ha quedado en evidencia que en este ordenamiento comparado también existen –nos atrevemos a decir que incluso más– reproches a las instituciones que conforman el régimen de responsabilidad. Críticas que si bien comenzaron en el ámbito propio de los profesores del derecho civil, prontamente fueron seguidas por los administrativistas del país; y luego, también positivadas en las decisiones judiciales que intentaron moderar los radicales presupuestos de responsabilidad.

En definitiva, consideramos que el sistema español no es el modelo a seguir. Esta respuesta tan categórica tampoco puede significar la plena conformación con las instituciones que comprende nuestro ordenamiento en relación al estatuto de responsabilidad. A lo largo de este

[564] Mir Puigpelat, Oriol. (2004). "El sistema español…" Op. Cit. Pág. 34.

capítulo hemos dado cuenta lo perfectible que resulta la Falta de Servicio y, desde luego, el sistema en que ella está inserta. Los cambios van desde una delimitación normativa del concepto hasta la introducción de reglas procesales que morigeren el peso probatorio respecto a la víctima del daño, facilitando así la presentación de sus pretensiones y la tarea del juez en torno al efectivo acontecimiento de los hechos. La solución no está en la adopción de un modelo que proclama ser más garantista por el sólo hecho de prescindir de uno de los elementos de la responsabilidad, pero que ha demostrado ser económicamente inviable, incluso, en una nación perteneciente al primer mundo. No podemos pretender emular el régimen de un país, en que parte importante de sus juristas avanzan hacia la contraria dirección de subjetivar el estatuto de responsabilidad, instalando como eje central una institución más bien semejante a nuestra Falta de Servicio.

CONCLUSIONES

A lo largo de este estudio hemos revisado los principales aspectos de la responsabilidad del Estado por actos de la Administración, dedicando largas páginas al desarrollo del presupuesto de la "Falta de Servicio" y observando cómo ha sido su recepción y tratamiento en nuestro ordenamiento jurídico; especialmente por parte de la jurisprudencia. El lector habrá apreciado que este sistema de responsabilidad, así como también uno de sus elementos esenciales, constituyen materias que no están ajenas a las críticas o controversias en el ámbito jurídico nacional. La idoneidad de esta institucionalidad ha sido puesta en duda por parte importante de la doctrina local; sobre todo por los profesores de Derecho Administrativo; quienes en su mayoría suelen considerar la utilización del concepto, su forzamiento y extensión a materias propias del Derecho Público pero con marcada base en la normativa civil, una aberración jurídica.

Es un tema bastante controvertido en su esencia, ya que muchas de sus aristas pueden reñir con el principio de la seguridad jurídica, derecho consagrado como un valor fundamental en nuestra Constitución Política y, por cierto, dice relación con el rol de los jueces en el conocimiento de los casos en los cuales el Estado se vislumbra como el principal demandado; consecuencia de las acciones intentadas por los particulares que se han visto menoscabados en alguno de sus intereses o bienes jurídicos. En la práctica, la suerte de la pretensión principal dependerá de un ejercicio efectivo del proceso como herramienta solucionadora de conflictos y de un acceso con ribetes reales de justicia.

La Falta de Servicio, como único criterio de imputación de responsabilidad por actos de la Administración del Estado según el actual estado de la jurisprudencia nacional, fue la principal hipótesis que ha guiado el desarrollo de esta memoria de prueba. Consideramos que esta premisa es comprobada mediante el análisis de distintas sentencias emanadas de

nuestros tribunales de justicia, así como también respecto del desarrollo doctrinario que esta evolución jurisprudencial ha provocado en los autores nacionales. Para llegar a esta conclusión general, hemos debido recorrer un extenso camino en el cual indagamos por varios ámbitos y materias del derecho relacionadas a su vez con nuestro tema principal; deducciones particulares que estimamos pertinente resumir.

1° Si bien los órganos de la Administración del Estado detentan fuertes prerrogativas y privilegios de poder, éstos deben ser entendidos sólo en consideración a las funciones que la propia Constitución ha encomendado para la satisfacción de los intereses comunes. Los dos grandes límites o contrapesos a estas facultades serán el principio de Legalidad que inspira todo el ordenamiento público y el moderno principio de la "Servicialidad", el cual demuestra que el Estado existe para la persona y no para fines propios.

2° Aunque durante un período de nuestra historia, el Estado no fue responsable por los daños que sus actos producían a los ciudadanos, en la actualidad existen normas constitucionales y también de rango legal que expresamente prevén y regulan esta situación. Luego de una intensa discusión a nivel doctrinario y jurisprudencial acerca del sistema de responsabilidad específico que regula los problemas suscitados entre un órgano del Estado y las personas, llegamos a la conclusión que el régimen general se construye a través de distintas normas de nuestro ordenamiento jurídico y que dice relación con un sistema de tipo subjetivo cuyo principal criterio de atribución es la Falta de Servicio. Con lo anterior, no podemos descartar la procedencia de regímenes objetivos de responsabilidad, los que sí van a coexistir, sólo cuando el Legislador los haya expresamente previsto para determinadas situaciones.

3° Ante la carencia de un sistema integral que regule con detalle los casos de responsabilidad que nos atañen, debido en parte a una dilatada inactividad del Legislador; no vemos inconveniente en aplicar de forma subsidiaria las normas del Título XXXV del Libro IV del Código de Civil, siempre y cuando sus institutos pasen por un proceso de adecuación o reformulación. Por lo mismo, el rol que desempeñe el juez será fundamental, pues le corresponderá adaptar o subsumir para el caso concreto, las normas privadas a los principios informadores del Derecho público. De esta forma, el juez debe tener el conocimiento y la idoneidad para realizar esta operación, es decir, un amplio conocimiento de ambas ramas del derecho.

4° La responsabilidad del Estado por actos de la Administración, que conforma el marco general de nuestro estudio, corresponde a un sis-

tema de responsabilidad: extracontractual, directo, por daño, regido tanto por normas de Derecho Público como de Derecho Civil, de tipo subjetivo porque requiere la procedencia y prueba de un criterio o factor de atribución.

5° Estudiar la Falta de Servicio como criterio de atribución involucró también una revisión de otros elementos de la responsabilidad estatal en este ámbito; asimismo, es menester recordar que la Falta de Servicio es uno más de los presupuestos necesarios para hacer procedente la obligación resarcitoria en favor de la víctima. En este sentido, hemos recurrido a abundante jurisprudencia que nos permitió entender de forma más didáctica y práctica cómo opera la configuración de tales presupuestos en el proceso, observando cada una de las aristas y requisitos que el juez va a considerar para determinar, en el caso concreto, la procedencia o no de la reparación del daño causado. Dentro de este análisis práctico, también detallamos algunos aspectos de la acción de indemnización de perjuicios y de las reglas pertinentes al ámbito público.

6° Además de indagar en la historia y recepción de esta institución, presentar las distintas nociones sobre su verdadero significado, señalar las clasificaciones elaboradas por el derecho comparado, hasta analizar las características que, principalmente a través de la jurisprudencia, se han desarrollado en torno a este factor con el fin de demarcar o delimitar su procedencia; hemos dado cuenta también de las virtudes y falencias que la Falta de Servicio presenta dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Aunque el Legislador haya establecido garantías específicas para el administrado, como cuando el órgano público responde directamente aun mediando culpa personal del funcionario si éste ha actuado dentro o con ocasión de las funciones del órgano; varios son los temas que quedan pendientes.

7° La actual jurisprudencia nacional ha descartado la procedencia de la responsabilidad por los actos lícitos de la Administración y, con ello, eliminó de sus decisiones la referencia al criterio del Sacrificio Especial. Dentro de la esfera de las actuaciones regulares o lícitas, los sentenciadores de nuestro máximo Tribunal, han manifestado expresamente que el único criterio de atribución que resuelve, en definitiva, estos casos, es la Falta de Servicio, la cual tiene aplicación general. Con ello se descartó el Riesgo Creado como fundamento de responsabilidad, cuestión que en parte también es consecuencia de la reconstrucción normativa de la institución, objeto de nuestro estudio, a través de las normas civiles para hacerla aplicable a instituciones que originalmente estaban excluidas como las Fuerzas Armadas y de

Orden y Seguridad Pública; ello a fin de uniformar nuestro sistema de responsabilidad.

8. El último capítulo de esta memoria estuvo dedicado a presentar las principales críticas y proyecciones en torno a la Falta de Servicio. De esta manera, estudiamos los reparos de la doctrina en torno al concepto y aplicación general que ha dado la última jurisprudencia a esta institución. Con la consciencia de que existen algunas falencias tanto sustanciales como procesales; desarrollamos en esta parte de la obra algunas propuestas tanto legislativas como doctrinarias para mejorar nuestro sistema de responsabilidad. Entre ellas se mencionaron: propender hacia una definición legal del concepto "Falta de Servicio", establecer instituciones dentro del proceso que nos ayuden a resolver el problema de la carga probatoria e incluso, examinar la posibilidad de implementar, mediante regulación legal, un sistema totalmente distinto al que actualmente nos rige.

Otro de los temas importantes pero que no hemos desarrollado en este trabajo, pues estimamos que excede las líneas principales de nuestro análisis, corresponde al procedimiento idóneo para conocer de las acciones en las cuales se involucran intereses de las personas que han visto vulnerados sus bienes jurídicos por alguna actividad de la Administración. Somos conscientes que esta problemática deber ser tratada a la brevedad, es por ello que manifestamos en pocas palabras nuestra posición para que al menos sea conocida por el lector y complemente así el presente estudio. Creemos que las características mínimas que debe reunir la judicatura encargada de resolver este tipo de casos deben ser: el establecimiento de órganos dentro del Poder Judicial con competencia especializada para conocer de esta materia, integrados por jueces con una formación específica en la Academia Judicial; la implementación de un procedimiento totalmente nuevo y *ad hoc* que entre sus principios rectores se encuentren (al menos) la inmediación, oralidad y concentración. De la misma manera, la construcción de esta institucionalidad debe considerar los fundamentos del Derecho Administrativo y con esto corregir en el proceso la evidente desigualdad que existe entre las partes.

El tratamiento de la información vertida en este trabajo ha procurado ser cauta y objetiva, pero sin las intenciones de realizar sólo un estudio descriptivo de la institución –constatando un hecho actual reflejado en el criterio seguido por la jurisprudencia nacional mediante el cual se comprueba nuestra premisa–, hemos reiterado que la Falta de Servicio es un elemento inserto dentro de un sistema totalmente perfectible. Es posible que un futuro no muy lejano se desarrollen instituciones susti-

tutas a la analizada en esta memoria; como la introducción de la extranjera noción "anormalidad jurídica", la regulación de un sistema legal de responsabilidad basado totalmente en normas de Derecho Público o inclusive, la vuelta a un régimen general de responsabilidad objetiva. Sin embargo, las decisiones que se tomen en torno a ello deben obedecer a un correcto tratamiento, a la depurada investigación y especialmente a una profunda preocupación por el tema. La reacción normativa y jurisprudencial del aparato estatal debe responder a necesidades reales del país, la cuales se relacionen con el desarrollo social, cultural y económico del mismo; cuestiones que son primordiales y hay tener en cuenta antes de implementar cualquier nueva idea que parezca novedosa.

Dentro de los objetivos pretendidos en esta memoria de prueba, se encuentra retomar la discusión sobre esta importante materia del derecho nacional. Es legítimo soñar con que este esfuerzo se materialice en discusión parlamentaria, instancia donde esperamos que, con gran interés de los más entendidos, surjan nuevas ideas, se debata en torno a las controversias presentadas y finalmente se legisle sobre los puntos que a pesar del profundo estudio nos resultan oscuros.

Finalmente, coincidimos con el sentir de algunos juristas, los cuales mencionan como principales problemáticas relacionadas a esta institución, el poco interés que presentan no sólo los estudiantes de derecho, sino también abogados y otros operadores jurídicos; así mismo, la evidente carencia en la formación académica al existir pocas asignaturas de profundización. Problemas que ciertamente aumentan cuando la normativa es insuficiente o inespecífica y demanda un esfuerzo interpretativo mayor que no todos están dispuestos a realizar. Esperamos que este trabajo sirva como una guía para indagar en otros asuntos que se condicen estrechamente con los derechos de las personas o que incluso, para que el mismo lector pueda descubrir otros aspectos controvertidos del sistema que ha pasado inadvertidos en esta obra y, desde luego, pueda escribir sobre ellos.

BIBLIOGRAFÍA

I. Referencia Documental

1. Aguado Cudola, Vicenc y Nettel Barrera, Alina del Carmen. (2009). "La responsabilidad patrimonial por inactividad de la Administración". En Quintana López, Tomás (Direc.). "La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública". Edit. Tirant Lo Blanch. Valencia, España. pp. 281-347.
2. Aldunate Lizana, Eduardo. (2000). "Consecuencias Constitucionales de la doctrina sobre responsabilidad objetiva del Estado". En Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado. Año I, no. 2 (dic. 2000). Versión electrónica, consultada con fecha 28.10.2014. Http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/d11f7654-546b-423c-82331a3066667115/4.pdf? p. 8.
3. Alessandri Rodríguez, Arturo. (2005). "De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil Chileno". Santiago, Chile. Jurídica de Chile, 559 p.
4. Alvear Téllez, Julio. (2011). "Responsabilidad extracontractual/responsabilidad constitucional del Estado: El nudo gordiano de dos doctrinas en pugna". En Revista Actualidad Jurídica. Universidad del Desarrollo, N° 23. pp. 69-108.
5. Aylwin Azócar, Arturo. (1990). "Efectos de la Reforma del Art. 38, inciso 2°, de la Constitución Política sobre régimen de lo Contencioso Administrativo". En "La reforma constitucional de 1989. Estudio crítico". Cuadernos de Análisis Jurídico, N° 13, serie seminarios. Universidad Diego Portales. pp. 45-50.
6. Baraona González, Jorge. (2003). "La responsabilidad de las municipalidades a la luz de la última jurisprudencia". En Baraona, J. (edit.) La responsabilidad de las entidades corporativas. Cuadernos de Extensión Jurídica N° 7, Universidad de los Andes. Santiago, Chile. pp. 47-108.

7. Barros Bourie, Enrique Gustavo. (2006). "Tratado de responsabilidad extracontractual" Santiago de Chile, Jurídica de Chile. 1230 p.
8. Beladiez Rojo, Margarita. (1997). "Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos: con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo". Edit. Tecnos. Madrid, España. 273 p.
9. Bermúdez Soto, Jorge. (2011). "Derecho administrativo general". Abeledo Perrot Legal Publishing Chile. 2° Edición. Santiago, Chile. 603 p.
10. Bordalí Salamanca, Andrés. (2007). "Principios de una nueva justicia administrativa en Chile", en: Ferrada, Juan Carlos (Coordinador), "La Justicia Administrativa". Lexis Nexis. pp. 341-381.
11. Caldera Delgado, Hugo. (1982) "Sistema de la responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución Política de 1980". Santiago, Chile Editorial Jurídica de Chile. 541 p.
12. Cárdenas Villarreal, Hugo. (2008). "La acción de reembolso del Fisco. A propósito del caso Beraud". En Revista de Derecho Administrativo Económico N° 2. Centro de Derecho Administrativo Económico, Pontificia Universidad Católica de Chile. pp. 121-130.
13. Cárdenas Villarreal, Hugo. (2010). "La acción de repetición del Fisco en contra del personal médico-sanitario". En Estudios de Derecho Civil V (VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Concepción, 2009). Ed. Legal Publishing. Santiago, Chile. pp. 527-541
14. Cea Egaña, José Luis. (1988). "Delimitación y privación del dominio en la Constitución de 1980". En XVIII Jornadas Chilenas de Derecho Público, Universidad de Concepción. pp. 55-68.
15. Colombo Campbell, Juan Francisco. (2007). "El debido proceso constitucional". Editorial Porrúa, México. 139 p.
16. Cordero Quinzacara, Eduardo. (2007). "La legitimación activa en el proceso contencioso-administrativo". En Ferrada, Juan Carlos (Coordinador), "La Justicia Administrativa". Lexis Nexis. pp. 383-416.
17. Cordero Vega, Luis Alberto. (2003). "La responsabilidad de la administración del Estado: bases para una sistematización". Lexis Nexis. Santiago, Chile. 202 p.
18. Cordero Vega, Luis Alberto. (2004). "Bases de Comprensión para la Jurisprudencia Judicial de Responsabilidad Extracontractual de la Administración". En Revista de Derecho Público N° 66, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, Chile. p. 371-390.
19. Corral Talciani, Hernán. (2002). "Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual". Santiago, Chile. Jurídica de Chile. 423 p.
20. Corral Talciani, Hernán. (2003). "La responsabilidad de los órganos del Estado: ¿régimen constitucional o régimen civil?", en Baraona, J. (edit.), La responsabilidad de las entidades corporativas, Cuadernos de Exten-

sión Jurídica 7, Universidad de los Andes, Santiago. Versión electrónica https://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/resp-del-estado.pdf. Consultado con fecha 07 de diciembre de 2014. 30 p.

21. Corral Talciani. Hernán. (1990). "El concepto jurídico de persona. Una propuesta de reconstrucción unitaria". En Revista chilena de derecho, Vol. 17, N° 2. P.301-321
22. Daniel Argandoña, Manuel. (1976). "Sobre lo contencioso administrativo". En "Lo Contencioso Administrativo". Colección Jurídica, Serie Monografías. Ediciones Universitarias de Valparaíso. Universidad Católica de Valparaíso. pp. 59-68.
23. De Ahumada Ramos, Francisco Javier. (2004) "La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. Elementos estructurales: lesión de derechos y nexo causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos". Edit. Aranzadi. Navarra, España. 2° ed. 587 p.
24. Desdentado Daroca, Eva. (2000). "Reflexiones sobre el artículo 141.1 de la Ley 39/1992 a la luz del análisis económico del derecho". En Revista Española de Derecho Administrativo, N° 108. pp. 533-563.
25. Díaz Tolosa, Regina. (2007). "Responsabilidad objetiva en el ordenamiento jurídico chileno". En Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 14, N° 1. pp. 79-112.
26. Diez Picazo, Luis. (1999). "Derecho de daños". Edit. Civitas. Madrid, España. 367 p.
27. Diez Schwerter, José Luis. (1997) "El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina". Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 291 p.
28. Domínguez Hidalgo, Carmen. (2000). "El daño moral". Editorial Jurídica de Chile. Tomo I. Santiago, Chile. 485 p.
29. Duque Hoyos, Ricardo. (1984). "La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública". Bogotá, Colombia, Editorial Temis. 168 p.
30. Enteiche Rosales, Nicolás. (2011). "El fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado Administrador en Chile: revisión de la evolución jurisprudencial (1999-2010)". En Revista de Actualidad Jurídica N° 23. Universidad del Desarrollo. pp. 109-135.
31. Espinoza Riera, Sergio. (2011). "Tribunales y procedimientos especiales en lo contencioso administrativo". En Revista Ars Boni et Aequi. v.7 n.1. Facultad de Derecho y Comunicación Social de la Universidad Bernardo O´Higgins. pp. 83-110.
32. Fernández Richard, José. (2005). "Responsabilidad de los municipios, por la falta de servicio en relación a mal estado de calzadas y veredas, cuya reparación y mantención corresponden a los servicios de vivienda y urbanismo-Serviu". En Gaceta Jurídica N° 303. pp. 21-24.
33. Ferrada Bórquez, Juan Carlos. (2004). "La responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado en Chile: una breve revisión del estado

actual", en Marín González, Juan Carlos (Coord.), La responsabilidad Patrimonial del Estado, Editorial Porrúa, México DF. pp. 107-135.

34. Ferrada Bórquez, Juan Carlos. (2007). "Las potestades y privilegios de la Administración Pública en el régimen Administrativo Chileno". En Revista de Derecho, Vol. XX N° 2 Diciembre 2007. pp. 69-94
35. Fiamma Olivares, Gustavo. (1989). "La acción constitucional de responsabilidad y la responsabilidad por falta de servicio". En Revista Chilena de Derecho Vol. 16 N° 2.
36. Fuchs Nissim, Andrés. (2012). "Iniciativa probatoria del juez: una decisión ideológica". En Revista de Derecho Procesal N° 22, "Proyecto de Código Procesal Civil". Departamento de Derecho Procesal, Universidad de Chile. pp. 317-354.
37. Gama Leyva, Raymundo. (2013). "Concepciones y tipología de las presunciones en el derecho continental". En Revista de Estudios de la Justicia N° 19, Centro de Estudios de la Justicia, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. pp. 65-89.
38. García De Enterría, Eduardo. (2003). Prólogo. En Mir Puigpelat, Oriol. "La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema". Edit. Civitas, Madrid. pp. 19-26.
39. García De Enterría, Eduardo; Y Fernández, Tomás-Ramón. (2002). "Curso de Derecho Administrativo II". 8ª ed., Madrid: Civitas.
40. Gomero Casado, Eduardo Y Fernández Ramos, Severiano. (2007). "Manual Básico de Derecho Administrativo". Edit. Tecnos. Madrid, España. 4° Edición.
41. González Coulon, María De Los Ángeles. (2012). "La carga dinámica de la prueba". En Revista de Derecho Procesal N° 22, "Proyecto de Código Procesal Civil". Departamento de Derecho Procesal, Universidad de Chile. pp. 363-396.
42. González Pérez, Jesús. (1999). "Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas". Edit. Civitas. Madrid, España.
43. Hernández Emparanza, Domingo. (1978). "La responsabilidad del Estado por la actividad municipal". En Revista de Derecho Público N° 24. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. pp. 145-152.
44. Huepe Artigas, Fabián Andrés. (2004). "Responsabilidad del estado, falta de servicio y responsabilidad objetiva en su actividad administrativa". Instituto Chileno de Derecho Administrativo, Premio Nacional Santiago Prado. Santiago, Chile. 184 p.
45. Huepe Artigas, Fabián Andrés. (2012). "¿Es procedente fundar la responsabilidad del Estado en el artículo 2314 del Código Civil respecto de las instituciones excluidas de la falta de servicio? Análisis crítico". En Ius Publicum N° 28. Escuela de Derecho, Universidad Santo Tomás. pp. 121-149.

46. Hunter Ampuero, Iván. (2011). "La iniciativa probatoria del juez y la igualdad de armas en el Proyecto de Código Procesal Civil". En Revista Ius et Praxis, año 17, N° 2, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Talca. pp. 53-76.
47. Hunter Ampuero, Iván. (2013). "De nuevo sobre la prueba del daño moral (Corte de Apelaciones de Valdivia)". En Revista de Derecho, vol.26, n.2, Valdivia, Chile. pp. 265-269.
48. Jordano Fraga, Jesús. (1999). "La reforma del artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o el inicio de la demolición del sistema de responsabilidad objetiva de las administraciones públicas". En Revista de Administración Pública, N° 149, mayo-agosto. pp. 321-336.
49. Laguna De Paz, José. (2001). "Responsabilidad de la Administración por daños causados por el sujeto autorizado". Revista de Administración Pública N° 155. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España. pp. 27-57.
50. Letelier Wartenberg, Raúl. (2001). "La falta de servicio en España". Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado. Año 1, N° 3. pp. 63-79.
51. Letelier Wartenberg, Raúl. (2001). "La fuerza mayor en la responsabilidad extracontractual de la Administración del Estado". Editorial Jurídica Conosur. Santiago, Chile. 221 p.
52. Letelier Wartenberg, Raúl. (2002). "Un estudio de efectos en las características de la responsabilidad extracontractual del Estado". En revista de derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, XXIII. pp. 343-375.
53. Letelier Wartenberg, Raúl. (2011). "Responsabilidad del Estado y Fuerzas Armadas". En De Cive, blog http://decive.blogspot.com/2011/01/responsabilidad-del-estado-y-fuerzas.html. Visto con fecha 27.3.2015.
54. López Santa María, Jorge. (1998). "Responsabilidad por falta de servicio. Casuística chilena reciente" En Cuadernos jurídicos, Facultad de Derecho Universidad Adolfo Ibáñez. Viña del Mar, Chile. N° 10. 39 p.
55. Mackenney Urzúa, Carlos. (2009). "Responsabilidad Extracontractual del Estado". En Latorre Florido, Cecilia (Presentadora) y Vera Álvarez, Nicolás (Compilador). "La responsabilidad extracontractual del Estado". Editorial Metropolitana. Santiago, Chile. pp. 105-127.
56. Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois. (2000). "Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa". Versión castellana por Leonardo Torres, Humberto Mora Osejo. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, Colombia. 662 p.
57. Marín Vallejo, Urbano. (2011). "Aspectos de la falta de servicio como fuente de la responsabilidad estatal" en Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado N° 25. pp. 21-34.
58. Martínez Estay, José Ignacio. (2002). "La responsabilidad patrimonial del Estado por infracción al principio de igualdad y al derecho de propiedad

en el Derecho Público Chileno". En el libro Derecho de Daños. Santiago, Chile, Lexis Nexis. pp. 171-201

59. Maturana Miquel, Cristián. (2003). "Los medios de prueba". (Material para el curso de derecho procesal). Universidad de Chile. Departamento de derecho Procesal. 165 p.
60. Maturana Miquel, Cristián. (2009). "Aspectos generales de la prueba". (Material para el curso de derecho procesal). Universidad de Chile. Departamento de derecho Procesal. 239 p.
61. Maturana Miquel, Cristián. (2010). "Incidentes y juicios especiales". (Material para el curso de derecho procesal). Universidad de Chile. Departamento de derecho Procesal. 268 p.
62. Mir Puigpelat, Oriol. (2002). "La responsabilidad patrimonial de la administración: hacia un nuevo sistema". Editorial Civitas. Madrid, España. 376 p.
63. Mir Puigpelat, Oriol. (2004). "El sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración: una visión crítica". En Marín González, Juan Carlos. (Coord.) "La responsabilidad patrimonial del Estado". Edit. Porrúa, México. pp. 1-51.
64. Moraga Klenner, Claudio. (2001). "Principios esenciales de rango constitucional que deben observar los órganos del estado." Apuntes de la catedra de derecho administrativo. Santiago de Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho (inédito). 11 pág.
65. Mundaca Assmussen, Hans. (2004). "Algunas notas introductorias en torno a la cuestión de la responsabilidad estatal administrativa y su función en el Estado Constitucional de Derecho". En Revista Jurídica Regional y Subregional Andina, Corpus Iuris Regionis N° 4. Universidad Arturo Prat. Iquique, Chile. pp. 87-99.
66. Oelckers Camus, Osvaldo. (1976) "El Recurso de Nulidad". En "Lo Contencioso Administrativo". Colección Jurídica, Serie Monografías. Ediciones Universitarias de Valparaíso. Universidad Católica de Valparaíso. pp. 11-23.
67. Oelckers Camus, Osvaldo. (1985). "Fundamentos indemnizatorios en razón del acto administrativo lícito que cause daño en el patrimonio del administrado". En Revista de Derecho Público N° 37-38. Facultad de Derecho Universidad de Chile. pp. 365-375.
68. Oelckers Camus, Osvaldo. (1998). "La responsabilidad civil extracontractual del Estado Administrador en la Constitución Política de 1980 y su imputabilidad por falta de servicio". Revista Chilena de Derecho, Número Especial. pp. 345-352.
69. Paillet, Michel. (2001). "La responsabilidad administrativa". Jesús María Carrillo Ballesteros (traduc.) Universidad Externado de Colombia. Bogotá Colombia. 345 p.
70. Pantaleón Prieto, Fernando. (2000). "Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las administracio-

nes públicas". En Revista de Derecho CDE, Año 1, N° 2, Dic. 2000. pp. 75-95.

71. Pantoja Bauzá, Rolando Enrique. (1998) "La organización administrativa del Estado", Santiago, Chile: Jurídica de Chile, 1998. 477 p.
72. Pantoja Bauzá, Rolando Enrique. (2007) "El derecho administrativo: concepto, características, sistematización, prospección". 2a. ed. Santiago, Chile: Jurídica de Chile. 145 p.
73. Pérez Islas, Alfonso. (2010). "A favor de la transmisibilidad de la acción de daño moral". En Revista Derecho y Humanidades, N° 16, vol. 2. pp. 119-132
74. Pierry Arrau, Pedro. (1976) "El Recurso de Nulidad". En "Lo Contencioso Administrativo". Colección Jurídica, Serie Monografías. Ediciones Universitarias de Valparaíso. Universidad Católica de Valparaíso. pp. 27-36.
75. Pierry Arrau, Pedro. (1978). "De la responsabilidad extracontractual de las municipalidades". En Revista de Ciencias Sociales. Universidad de Chile. Valparaíso. N° 12. pp. 167-184.
76. Pierry Arrau, Pedro. (1983). "Responsabilidad extracontractual del Estado por los delitos cometidos por sus funcionarios". En Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso, N° VII. pp. 283-306.
77. Pierry Arrau, Pedro. (1984). "Responsabilidad de los entes públicos por el mal estado de las vías pública". En Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 8, pp. 143-159.
78. Pierry Arrau, Pedro. (1995) "Algunos Aspectos de la Responsabilidad Extracontractual del Estado por Falta de Servicio". RDJ, Tomo XCII, N° 2 pág 17 y ss. Revista de Derecho Público, N° 59, pág 287 y ss.
79. Pierry Arrau, Pedro. (1995). "Repetición del Estado contra el funcionario". En Revista de Derecho de Universidad Católica de Valparaíso, N° XVI. pp. 349-360.
80. Pierry Arrau, Pedro. (2000). "La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio". En Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado. N° 1. pp. 11-40.
81. Pierry Arrau, Pedro. (2003). "Prescripción de la responsabilidad extracontractual del Estado. Situación actual de la jurisprudencia de la Corte Suprema". En Revista de derecho del Consejo de Defensa del Estado. N° 10. P. 9-22
82. Pierry Arrau, Pedro. (2004). "¿Es objetiva la responsabilidad del Estado? Estado actual de la jurisprudencia" Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, N° 11.
83. Pierry Arrau, Pedro. (2008) "Antecedentes de la Ley de Bases". En Cordero, Eduardo (coordinador). "Estudios sobre la ley orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado. Universidad de Antofagasta. pp. 25-35.

84. Pierry Arrau. Pedro. (2002). "La falta de servicio en la actividad médica." En Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado. N° 8, Diciembre 2002. Consultado en su versión electrónica con fecha 19.02.2015: https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/e3e1de27-e884-4a52-b609 c91cde1319a3/8.pdf?MOD=AJPERES. 3 p.

85. Pitto Dalmazzo, Hernán. (1976). "Organización del Contencioso-Administrativo". En "Lo Contencioso Administrativo". Colección Jurídica, Serie Monografías. Ediciones Universitarias de Valparaíso. Universidad Católica de Valparaíso. pp. 49-58.

86. Pomés Pirotte, Juan Pablo. (2012). "La prueba en términos generales en el nuevo proyecto de Código Procesal Civil". En Revista de Derecho Procesal N° 22, "Proyecto de Código Procesal Civil". Departamento de Derecho Procesal, Universidad de Chile. pp. 295-315.

87. Quintanilla Pérez, Álvaro. (2000). "¿Responsabilidad del Estado por actos lícitos?". En Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado. Año 1, N° 1. pp. 41-66.

88. Quintanilla Pérez, Álvaro. (2004). "Corte Suprema en caso Lolco: no hay responsabilidad Estatal por actos lícitos. El ocaso de la doctrina Galletué". En Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado N° 12. pp. 41-54.

89. Ramos Pazos, René. (2008) "De la responsabilidad extracontractual". Santiago, Chile. Legal Publishing. 4° Edición. 153 p.

90. Rivero, Jean. (1984). "Derecho administrativo". Instituto de Derecho Público. Facultad de Ciencias Políticas y Jurídicas. Universidad Central de Venezuela. Caracas, Venezuela. 590 p.

91. Rodríguez Grez, Pablo. (2011). "Sobre la responsabilidad extracontractual del Estado". En Revista Actualidad Jurídica. Universidad del Desarrollo, N° 23. pp. 9-68

92. Rodriguez Papic, Ignacio. (2005). "Procedimiento civil: juicio ordinario de mayor cuantía". Santiago, Chile. Jurídica de Chile. 314 p.

93. Rodríguez Peña, Pilar. (2013). "Por una objetivación de la lex artis". En Revista de Derecho, Universidad Católica de la Santísima Concepción. N° 28. pp. 11-17.

94. Rojas Varas, Jaime. (1998). "Bases de la Responsabilidad extracontractual del Estado Administrador". En Revista Chilena de Derecho, actas XXIX jornadas chilenas de Derecho Público. Número especial. Santiago, Chile. pp. 353-360.

95. Román Cordero, Cristián. (2004). "La responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado y su necesaria modelación legal en base a la enumeración y delimitación conceptual de sus presupuestos". Revista de Derecho público N° 66, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, Chile. pp. 405-417.

96. Román Cordero, Cristián. (2004). "Los presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado." Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 517 p.
97. Román Cordero, Cristián. (2005). "Inactividad administrativa y responsabilidad del Estado". En Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho Universidad de Chile, N° 67. pp. 402-423.
98. Román Cordero, Cristián. (2009). "Daños sufridos por los usuarios de carreteras concesionadas: ¿Paga Moya?". En "La Responsabilidad Extracontractual del Estado". Editorial Metropolitana, Santiago, Chile. pp. 255-280.
99. Román Cordero, Cristián. (2009). "HIV+: El deber de notificar al portador (y su infracción como hipótesis de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria). En Gaceta Jurídica N° 346 (abril). Santiago, Chile. pp. 14-24.
100. Román Cordero, Cristián. (2009). "La responsabilidad del Estado-Administración: ¿Una 'perinola jurisprudencial'?". En Revista de Derecho Público N° 71. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. pp. 310-317.
101. Román Cordero, Cristián. (2009). "Pasado, presente y futuro de la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado en Chile". En Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo. México DF. N° 6, p. 605 ss. Consultado en su versión electrónica: http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/aida/cont/6/art/art17.pdf. 39 p.
102. Román Cordero, Cristián. (2012). "Responsabilidad patrimonial de la Administración por falta de servicio" (responsabilidad objetivada). En Derecho Público Iberoamericano. Revista del Centro de Justicia Constitucional, vol.1 n.1, pp. 25-54.
103. Ruiz Rosas, Andrea (2002); "Estudio doctrinario de la responsabilidad extracontractual del Estado en general y de la administración en particular". Ediciones Instituto de Derecho Administrativo. Santiago, Chile. 153 p.
104. Sanhueza Acosta, Ricardo Fernando. (2005). "Responsabilidad del Estado Administrador Chileno". Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. 311 p.
105. Santamaría Pastor, Juan Alfonso. (1999) "Principios de Derecho Administrativo". Edit. Ceura, T.II, Madrid.
106. Santamaría Pastor, Juan Alfonso. (2004). Prólogo. En De Ahumada Ramos, Francisco Javier. (2004) "La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. Elementos estructurales: lesión de derechos y nexo causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos". Edit. Aranzadi. Navarra, España. 2° ed. pp. 25-35.
107. Schiele, Carolina Y Tocornal, Josefina. (2010). "Artículo 2329 del Código Civil. La interpretación de presunción por hechos propios existe en la jurisprudencia". En Revista Chilena de Derecho, vol. 37, N° 1 pp. 123-139.

108. Soto Kloss, Eduardo. (2010). "Sobre la pretendida presunción de legalidad de los actos administrativos: otro resabio de monarquías absolutas". En Gaceta jurídica, N° . 366 pp. 7-14

109. Soto Kloss, Eduardo. (1981) "Responsabilidad Administrativa Municipal", en Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales. Tomo LXXVIII Santiago, Chile, Jurídica de Chile.

110. Soto Kloss, Eduardo. (1996). "Derecho administrativo: bases fundamentales". Tomo II, Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 480 p.

111. Soto Kloss, Eduardo. (2004). "La responsabilidad del Estado-Administración y su imprescriptibilidad en el Derecho Público". En revista Ius Publicum, N° 13. P. 127-138.

112. Soto Kloss, Eduardo. (2006) "Falta de servicio ¿Régimen General de la Responsabilidad del Estado/Administración en Chile? (El derecho ¿Arte de Magia?)". En Gaceta Jurídica N° 317.pp. 18-29.

113. Soto Kloss, Eduardo. (2007). "¿Es la responsabilidad del Estado una responsabilidad extracontractual como para aplicarle las normas reguladoras del código civil en la materia?". (Comentario de Jurisprudencia a propósito de Martínez Rodríguez con Fisco/C. Suprema 29.10.2007). En Gaceta Jurídica N° 329. pp. 39-42.

114. Soto Kloss, Eduardo. (2008). "Derecho Administrativo 120 años de Cátedra", Santiago, Chile, Jurídica de Chile. 441 p.

115. Soto Kloss, Eduardo. (2008). "Comentario a Concha Soffia con Concesionaria Rutas del Pacífico S.A". En Gaceta Jurídica N° 333. pp. 20-25.

116. Soto Kloss, Eduardo. (2008). "Responsabilidad del Estado por los daños producidos por la inactividad municipal: falta de servicio/omisión: artículo 142 de la Ley N° 18.965". Comentario en Gaceta Jurídica N° 341. pp. 37-45.

117. Soto Kloss, Eduardo. (2011). "¿La falta de servicio es el régimen francés de la responsabilidad del Estado Administración? (A propósito de Cares Seguel, Fernández Rodríguez y Delorenzo Galilea)". En Gaceta Jurídica N° 377. pp. 39-48.

118. Soto Kloss, Eduardo. (2012). "Falta de servicio es omisión. El ejemplo de la responsabilidad municipal/artículo 142 Ley N° 18.695. (A propósito de Correa Pérez c/Municipalidad de Concepción y de Núñez Espinoza c/ Municipalidad de Lo Espejo, Corte Suprema 2011)". Jurisprudencia comentada en Gaceta Jurídica N° 384. pp. 29-40.

119. Szczaranski Cerda, Clara Leonora. (2003). "Responsabilidad extracontractual del Estado". En Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, N° 8. Versión digital: https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/a443b97e-5366-48f7-bc17-8e723f60e5f5/2.pdf?MOD=AJPERES. 14 p.

120. Tavolari Oliveros, Raúl. (2012). "¿Confianza o desconfianza en los jueces?: Un alegato a favor de conferir mayores oportunidades a la justicia, a propósito de la polémica por las cargas probatorias dinámicas o prin-

cipio de facilidad de la prueba". En Revista de Derecho Procesal N° 22, "Proyecto de Código Procesal Civil". Departamento de Derecho Procesal, Universidad de Chile. pp. 355-361.

121. Ugarte Godoy, José Joaquín. (2001). "Limitaciones al dominio. De las meras restricciones y de cuándo dan lugar a la indemnización". En Revista Chilena de Derecho Vol.28, N° 2. Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. pp. 425-440.
122. Valdivia Olivares, José Miguel. (2004). "La responsabilidad de la Administración del Estado en Francia". En Marín González, Juan Carlos. "La responsabilidad patrimonial del Estado". Editorial Porrúa, México. pp. 53-105.
123. Valdivia Olivares, José Miguel. (2005). "Nuevas fronteras de la falta de servicio". En Gaceta Jurídica N° 301. Santiago, Chile. pp. 7-25.
124. Valdivia Olivares, José Miguel. (2006). "¿Es justo que el Estado indemnice a quienes tienen prohibido explotar sus bosques de araucaria?". En Conferencias Santo Tomás de Aquino. Universidad Santo Tomás. Santiago, Chile. pp. 133-143.
125. Valdivia Olivares, José Miguel. (2009). "Seguel con Fisco de Chile" (comentario). En Revista de Derecho Público N° 71. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. pp. 305-309.
126. Vergara Bezanilla, José Pablo. (2004). "Momento inicial del cómputo de la prescripción extintiva de la responsabilidad extracontractual". En Revista de derecho del Consejo de Defensa del Estado. N° 12. pp. 55-66.
127. Vergara Blanco, Alejandro. (2009). "Derecho administrativo y supuesta supletoriedad general del Código Civil". En Revista de Derecho Administrativo N° 3. pp. 45-68.
128. Vergara Blanco, Alejandro. (2014). "El nuevo paradigma de jurisdicción administrativa pluriforme e hiperespecializada: crónica de una espera, como la de Godot". En Anuario de Derecho Público 2014. Universidad Diego Portales. pp. 269-292.
129. Vial Correa, Gonzalo. (2000). "El Estado Paga". Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado año 1. N° 2.
130. Viñuela Hojas, Mauricio. (2001). "La Responsabilidad por falta de servicio en el contexto del régimen de concesiones viales vigente en Chile". En revista Ius Publicum. N° 7. pp. 35-55.
131. Viñuela Hojas, Mauricio. (2006). "La responsabilidad del Estado Chileno por hechos de la Administración: avances y retrocesos". En Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Sede Coquimbo. Coquimbo, Chile. Año 13, no. 1. p. 171-191. Consultado en versión digital: www.abcia.cl/publicaciones/PDF/articulos/responsabilidad_del_estado.pdf. 15 p. Visto con fecha 07 de Enero de 2015.

II. Referencia Jurisprudencial

1. Abufom Musa, Omar Abraham con Ilustre Municipalidad de Limache. Casación en la Forma y en el Fondo. CS. Rol 3.681-2007, 27.1.2009. Visto en http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/ con fecha 30 de Abril de 2015.
2. Ajá García, Domingo y otros con Municipalidad de Talcahuano. Apelación. C.A de Concepción. Rol 1520-1998. 31-3-1999. RDJ, t. XCVI, sec.5°. (1999). pp. 59-67.
3. Alarcón, Gerardo con Ilustre Municipalidad de Concepción y otros. Casación en la Forma y en el Fondo. CS. Rol 4.687-2012, 29.4.2013. En www.vlex.com, cita online: 471843530.
4. Álvarez Cepeda y Cía. Limitada con Ilustre Municipalidad de Talca. Recurso de Casación en la Forma y en el Fondo. CS. Rol 4.630-2014, 5.6.2014. En www.vlex.com, cita online: 514041438.
5. Álvarez Salazar con Servicio de Salud Atacama. Casación en el Fondo. CS. Rol 852-2011, 19.4.2011. En www.vlex.com, cita online: 275578023.
6. Arévalo Bascuñán, Paula con Fisco de Chile. Casación en el Fondo y en la Forma. CS. Rol 3.876-2001, 27.8.2003. Visto en http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/ con fecha 20 de Abril de 2015.
7. Beltrán Fernández, Yolanda con Fisco de Chile. Apelación. C.A. Santiago. Rol 962-95. 13.1.1997. En GJ N° 199 (1997). pp. 87-88.
8. Brian de Diego, Lucía con Fisco de Chile. Casación en el Fondo (Nulidad de derecho público). CS. 19.4.2000, RDJ, Tomo XCVII (2000) Sec. 5°. pp. 83-92.
9. Bustos Riquelme, María con Fisco de Chile. Casación en el Fondo. CS. Rol 3.354-2003, 26.1.2005. Visto en http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/ con fecha 17 de Abril de 2015.
10. Cademártori, José con Fisco de Chile. Casación en el Fondo (Nulidad de derecho Público) CS. 27.5.1999, RDJ, Tomo XCVI (1999) N° 2. pp. 140-143.
11. Cárdenas Oporto, David con Municipalidad de Río Bueno. Apelación. C.A de Valdivia. Rol 457-2007. 13.9.2007. Vista en http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/ con fecha 13 de Febrero de 2015.
12. Caro Silva, Juan Guillermo con Fisco de Chile. Casación en el Fondo. CS. Rol 4.004-2003, 19.10.2005. En www.vlex.com, cita online: 255205610.
13. Cartoni Viale, Orlando Agustín con Sociedad Concesionaria Rutas del Pacifico y Fisco de Chile. Sentencia de reemplazo (nulidad de oficio). CS. Rol. 5.626-2011, 3.4.2013. Visto en http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/ con fecha 04 de Mayo de 2015.
14. Castro Sánchez, Miguel con Hospital Regional de Antofagasta. Casación en el Fondo. CS. Rol 3.096-2014, 24.6.2014. Visto en http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/ con fecha 03 de Mayo de 2015.

15. Cea Segura, Axel con Fisco de Chile. Apelación. CA. Santiago. Rol 2.981-2008, 4.10.2009. Visto en http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/ con fecha 30 de Abril de 2015.
16. Collao Arroyo, Carmen Gloria y otra con Fisco de Chile. Apelación. CA. Iquique. Rol 42-2011, 28.10.2011. Visto en http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/ con fecha 30 de Abril de 2015.
17. Comunidad Galletué con Fisco. Casación en el Fondo. CS. Rol 16.743, 7.8.1984. RDJ, T. LXXXI. (1984) 2° parte, sec. 5°. pp. 181-189.
18. Concha Soffia con Concesionaria Rutas del Pacífico S.A. Rol 11.965-2004. C.A. de Santiago. 18.8.2008. GJ. N° 333 (2008). pp. 20-26.
19. Cortés Barraza, Patricia con Fisco de Chile. Recurso de Casación en el Fondo. Rol N° 1558-2002. 07 de Mayo de 2003. En revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado. N° 10. Diciembre año 2003.
20. Cruz Llancamil, Erika Elvira con Consejo de Defensa del Estado. Recurso de Casación en la Forma y Fondo. CS. Rol 3.215-2009, 30.08.2012. Visto en http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/ con fecha 30 de Abril de 2015.
21. Díaz Pérez, Claudio Andrés con Ilustre Municipalidad de Lebu. Casación en el Fondo. CS. Rol 1.746-2012, 5.4.2012. Visto en http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/ con fecha 04 de Mayo de 2015.
22. Domic Bezic, Maja y Otros con Fisco de Chile. Recurso de Casación en el Fondo. Rol 4.753-2001, 15 de Mayo de 2002. En revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado. N° 7, Agosto año 2002.
23. Fernández Rodríguez, Violeta y otros con Fisco de Chile. Casación en el Fondo. CS. Rol 1.760-2009. 24.03.2011. Visto en http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/ con fecha 26 de Marzo de 2015.
24. Figueroa Gallardo, Rosalía con Fisco de Chile. Recurso de Casación en la Forma y en el Fondo. Rol 3.427-2001, 08 de Mayo de 2002. En revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado. N° 7, Agosto año 2002.
25. Fisco de Chile con Elgueta Parodi, Alfredo y otros. Casación en el Fondo. CS. Rol 2.954-2006. 12.6.2007. Visto en http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/ con fecha 20 de Marzo de 2015.
26. Godoy Helo, Fernanda y otro con Municipalidad de Antofagasta. Apelación. C.A de Antofagasta. Rol 242-2014. 22-07-2014. Confirmada por la CS (Casación en el Fondo) Rol 23.581-2014. 17.11.2014. Vista en http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/ con fecha 17 de Febrero de 2015.
27. González Rodríguez, Alejandro con Fisco de Chile. Casación en la Forma de Oficio. CS. Rol 3.844-2010. 28.3.2013. En www.microiuris.cl, cita online: MJCH_MJJ34724
28. Gutiérrez Molina, Hipólito y Gutiérrez Fuentes, José con Fisco de Chile. Casación en el Fondo. CS. Rol 2.986-2009. 16.3.2010. Visto en http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/ con fecha 17 de Marzo de 2015

29. Hidalgo Briceño, Mauricio y otros con Servicio de Salud Valparaíso. Casación en el Fondo. CS. Rol 1.976-2007. 14.10.2008. Vista en http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/ con fecha 26 de Febrero de 2015.
30. Hinojosa Soto, Nancy y otros con Servicio de Salud Concepción. Casación en la Forma y en el Fondo. CS. Rol 7.318-09. 22.5.2012. Visto en http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/ con fecha 13 de Marzo de 2015.
31. Huenchur Bórquez, José con Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena. Casación en la Forma y en el Fondo. CS. Rol 7.326-2009, 14.9.2011. En www.vlex.com, cita online: 333047994.
32. Inmobiliaria Hacienda Lleu Lleu S.A. y otro con Fisco Chile. Casación en la Forma y en el Fondo. CS. Rol 3172-2008. 19.1.2010. En revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado N° 23. pp. 51-90.
33. Inmobiliaria Maullín Limitada con Fisco de Chile. Casación en la Forma y en el Fondo. CS. Rol 552-2008, 5.10.2010. Visto en http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/ con fecha 08 de Abril de 2015.
34. Lapostol, Andrés con Fisco. Casación en el Fondo. CS. 8.1.1930. RDJ, T. XXVII. (1930), 2° parte, sec. 1°, pp. 744-748.
35. Lindup Nigel, Anna con Municipalidad de las Condes. Demanda de indemnización de perjuicios. 15° Juzgado Civil de Santiago. Rol 3.800-1997. 21.8.1998. En Baraona, J. (edit.) La responsabilidad de las entidades corporativas. Cuadernos de Extensión Jurídica N° 7, Universidad de los Andes. Santiago, Chile. (Versión extractada). pp. 88-89.
36. López Araneda, Alejandro con Subcontraloria General de la Republica. Apelación Recurso de Protección. CS. Rol 2.849-2009. 21.7.2009. En www.vlex.com, cita online: 61335091
37. Lozano Reyes, Joaquina Rosa con Ilustre Municipalidad de Concepción. Casación en el Fondo. CS. Rol 2.784-2012, 31.5.2012. http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/ Visto con fecha 05 de Mayo de 2015.
38. María Teresa San Martín y otros. Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad. TC. Rol N° 1430-09. 04 de Agosto de 2009. Vista en http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes con fecha 18 de Diciembre de 2014.
39. Mellao Calfuan, Ricardo y otros con Fisco de Chile. Recurso de Casación en el Fondo. CS. 2.073-2009, 29.09.2011. En www.vlex.com, cita online: 333063702.
40. Menco Menco, Héctor y otros con Fisco de Chile. Apelación. CA. Arica. Rol 4-2010. 27.8.2010. Confirmada por SCS (Casación en el Fondo) Rol 7.114-2010. 8.11.2010. En www.vlex.com, cita online: 226538291.
41. Méndez Muñoz, Eduardo Robinson con Ilustre Municipalidad de Providencia. Casación en el Fondo. CS. Rol 6.322-2010, 10.8.2012. En www.vlex.com, cita online: 436783614.

42. Meza Uribe, José; Meza Uribe, Elizabeth; Meza Uribe, María con Fisco de Chile. Casación en el Fondo. CS. Rol 23.441-2014, 28.4.2015. Visto en http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/ con fecha 07 de Mayo de 2015.
43. Morales con Arredondo y Municipalidad de Viña del Mar. Casación en el Fondo. CS. Rol 1576-1999. 13.09.1999. Vista en http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/ con fecha 09 de Marzo de 2015.
44. Morales Gamboa, Edith del Carmen con Fisco de Chile. Casación en el Fondo. CS. Rol 7.919-2008. 14.1.2011. Visto en http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/ con fecha 18 de Marzo de 2015.
45. Morgado Travezan y otros con Fisco de Chile y Comisión Chilena de Energía Nuclear. Demanda de Indemnización de Perjuicios. 27° Juzg. Civ. de Santiago. Rol C-16539-2011. (En tramitación). Visto en http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/ con fecha 13 de Abril de 2015.
46. Muñoz Espinoza, Carolina con Servicio de Salud Magallanes. Casación en el Fondo. CS. Rol 224-2005. 28.7.2005. Visto en http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/ con fecha 10 de Marzo de 2015.
47. Navarro Carvajal Juan Carlos con Hospital Provincial Illapel. Apelación. C.A. de La Serena. Rol 1.126-2011. 25.11.2011. En www.vlex.com, cita online: 366595398.
48. Noli Anderson, Giordano con Fisco de Chile. Recurso de Apelación. Rol N° 739-2007. C.A. Antofagasta. 28.3.2008. Vista en http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/ con fecha 26 de Diciembre de 2014.
49. Núñez Núñez, Juan con Servicio de Salud del Maule. Apelación. CA. Talca. Rol 85-2009, 28.7.2010. Visto en http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/ con fecha 28 de Abril de 2015.
50. Ojeda Uribe, Teresa del Carmen con Fisco de Chile. Casación en el Fondo. CS. 3.865-2013, 9.12.2013. En www.vlex.com, cita online: 482312542
51. Ortega Fuentes, María Isabel con Fisco de Chile. Casación en el Fondo. Rol N° 2.080-2008. CS. 8.4.2010. GJ. N° 358 (2010). pp. 24-32
52. Ossa Infante, Ramón Ángel con Fisco de Chile. Casación en el Fondo. CS. Rol 24.984-2014. 12.3.2015. En www.vlex.com, cita online: 560956966.
53. Palma González, Sergio con Municipalidad de Concepción. Demanda de indemnización de perjuicios. Primer Juzgado Civil de Concepción, Rol 4.193-2000. 3.4.2001. Confirmada por la C.A de Concepción (Apelación) Rol 1.399-2001. 25.1.2002 y la CS. (Casación en el Fondo) Rol 1104-2002. 7.5.2002. RDJ y G. de los T. N° 2, Junio 2002. pp. 104-113.
54. Palma Guerra, Enzo y otros con Fisco de Chile. Casación en el Fondo. CS. Rol 9.510-2009. 4.6.2012. Visto en http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/ con fecha 18 de Marzo de 2015.
55. Pizani Burdiles, Gladys del Carmen y otra, con Fisco de Chile. Recurso de Casación en el Fondo. Rol N° 1234-2002. 15 de Abril de 2003. En revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado. N° 10. Diciembre año 2003.

56. Ponce Carrasco, Patricia; Fernández Ponce, Marco y Fernández Ponce, Paola con Servicio de Salud Metropolitano Oriente. Casación en el Fondo. CS. Rol 9.145-2009, 15.5.2012. Visto en http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/ con fecha 03 de Mayo de 2015.
57. Price Williams, Samuel John con Municipalidad de Talcahuano. Casación en la Forma y en el Fondo. CS. Rol 5.080-2011, 14.1.2013. Visto en http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/ con fecha 30 de Abril de 2015.
58. Quezada Merino, Mónica María y Catrileo Quezada, Catalina Alejandra con Fisco de Chile. Demanda de Indemnización de Perjuicios. 2° Juzgado Civil de Santiago. Rol C-33197-2011, 15.7.2014. Confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago en Rol 6.427-2014, 20.1.2015. Visto en http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/ con fecha 04 de Mayo de 2015.
59. Quezada Salazar, Marcela y otro con Fisco. Apelación. CA. Santiago. Rol 2.233-2000. 4.3.2005. GJ N° 297 (2005). pp. 75-76.
60. Quintana Olivares, Elia y otros con Servicio Agrícola y Ganadero. Casación en el Fondo. CS. Rol 2.213-2000, 23.1.2001. RDJ y G. de los T. N° 1, Enero 2001. pp. 13-23.
61. Quintana Urrea, Eduardo con Ilustre Municipalidad de Chillan. Casación en el Fondo. CS. Rol 6.754-2006. 18.3.2006. En www.vlex.com, cita online: 332703022.
62. Rojas Gajardo, Víctor con Corporación Nacional del Cobre. Casación en el Fondo. CS. Rol 9.428-2013, 9.12.2013. Visto en http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/ con fecha 02 de Mayo de 2015
63. Rojas Vallejo, Richard y otros con Servicio de Salud Concepción. Apelación. C.A. Concepción. Rol 684-2010. 21-01-2011. Visto en http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/ con fecha 15 de Marzo de 2015.
64. Rosales Yáñez, Miguel con Servicio de Salud Metropolitano Oriente. Casación en el Fondo. CS. Rol 9.140-2009. 31.7.2012. Vista en http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/ con fecha 19 de Febrero de 2015.
65. Salas Farías, Georgina Rubí con Fisco de Chile. Casación en el Fondo. Rol N° 3.078-2008. CS. 5.4.2010. GJ. N° 358 (2010). pp. 50-66
66. Santibáñez Viani, María Paz con Fisco. Casación en la Forma y Apelación. CA. Santiago. Rol 6.999-1999, 16.12.2002. En www.vlex.com, cita online: 516721074
67. Seguel Cares, Pablo con Fisco de Chile. Casación en la Forma y en el Fondo. CS. Rol 371-2008. 30.07.2009. En Revista de Derecho Público, Vol. 71. Facultad de Derecho Universidad de Chile. pp. 297-303.
68. Silva Hernández, Eliana Rosa con Municipalidad de Antofagasta. Casación en el Fondo. CS. Rol 3894-2008. 27.5.2010. En Boletín de Jurisprudencia, Asociación Chilena de Municipalidades (Mayo-Junio 2010) pp. 1-6.

69. Sociedad Agrícola Lolco Limitada con Fisco de Chile. Casación en el Fondo. CS. Rol 381-2004, 30.12.2004. GJ N° 304. (2005). pp. 47-67.
70. Solis Palominos, Corina y otros con Dirección de Vialidad de la Región del Libertador Bernardo O'Higgins, Fisco de Chile. Apelación. CA. Rancagua. Rol 114-2013, 4.9.2013 y también en Casación en la Forma y en el Fondo. CS. Rol 9.580-2013. 7.01.2014. Visto en http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/ con fecha 05 de Mayo de 2015.
71. Soto Morales, Juan Bautista con Fisco de Chile. Apelación. CA. Concepción. Rol 1.613-2011, 15.12.2012. Visto en http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/ con fecha 04 de Mayo de 2015. Decisión confirmada en: Casación en el Fondo. CS. Rol 1.250-2012, 23.1.2013. En www.vlex.com, cita online: 436052878.
72. Tirado Zilleruelo, María Eliana con Municipalidad de la Reina. Casación en el Fondo. CS. 24.3.1981. RDJ. Tomo LXXVIII, II, sec. 5°. pp. 35-44.
73. Tiscornia Bellei, Guido y otro con Fisco de Chile. Apelación. CA. Santiago. Rol 6.471-1997, 3.8.2001.Visto en http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/ con fecha 05 de Mayo de 2015.
74. Torres Beltrán, Edgardo Javier con Servicio de Salud de Concepción. Casación en el Fondo. CS. Rol 6.665-2008. 13.1.2011. Visto en http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/ con fecha 23 de Marzo de 2015.
75. Universidad de Magallanes con Servicio Agrícola y Ganadero. Casación en el Fondo. CS. Rol 8.079-2010, 8.4.2013. En www.vlex.com, cita online: 436758086.
76. Urra Reyes, Margarita con Fisco de Chile. Recurso de Apelación. CA. Valparaíso. Rol 45-2007. 16.10.2007. Visto en http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/ con fecha 29 de Abril de 2015.
77. Urrutia Villa, Mario con Fisco de Chile. Sentencia de reemplazo. CS. Rol 4691-2007, 28.1.2009. Visto en http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/ con fecha 02 de Mayo de 2015.
78. Valpoviña Turismo Limitada con Fisco de Chile. Casación de Oficio. CS. Rol 22.132-2014. 29.12.2014. En www.microiuris.cl, cita online: MJCH_MJJ40352.
79. Valverde Cifuentes, Amelia y otros con Servicio de Salud Bío-Bío. Apelación. C.A de Concepción. Rol 469-2012. 29.6.2012. Vista en http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/ con fecha 19 de Febrero de 2015.
80. Vasseur Aguirre, Juan con Servicio de Salud Viña Del Mar. Casación en el Fondo. CS. Rol 21.448-2014. 23.10.2014. En www.vlex.com, cita online: 540403626.
81. Vega Vega, Luis y otros con Servicio Salud Araucanía. Casación en el Fondo. CS. Rol 3.222-2006. 12.9.2007. En www.vlex.com, cita online: 332859506.

82. Yunge Raddatz y otros con Fisco de Chile. Demanda de indemnización de perjuicios. Primer Juzgado de Letras de Puerto Montt. Rol N° 47.503-1995, 11.5.1999.
83. Yuseff Durán, Juan Antonio; Yuseff Marchant, Vladimir; Yuseff Marchant, Juan Antonio con Fisco de Chile. Casación en la Forma y en el Fondo. CS. Rol 2.296-2013, 19.11.2013. En www.microiuris.cl, cita online: MJJ36490.
84. Zárate Cruzat, Zeus con Empresa de Ferrocarriles del Estado e Ilustre Municipalidad de Chiguayante. Casación en el Fondo. CS. Rol 9.907-2011, 11.6.2013. En www.vlex.com, cita online: 471634290.

III. Referencia legal

a) Normativa Nacional

1. Constitución Política de la República de Chile (2011), Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile
2. Código Civil Chileno (2008). Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile.
3. Chile. Ministerio del Trabajo y Previsión Social; Subsecretaría del Trabajo. Código del Trabajo. Decreto con Fuerza de Ley N° 1 (Fija texto refundido, coordinado y sistematizado). 31 julio 2002.
4. Chile. Ministerio de Justicia. (1944). Código de Justicia Militar. Decreto 2.226. 19 diciembre 1944.
5. Chile. Ministerio de Justicia. (1902). Código de Procedimiento Civil. Ley 1.552. 30 agosto 1902.
6. Chile. Ministerio de Justicia. (1943). Código Orgánico de Tribunales. Ley 7.421. 09 julio 1943.
7. Chile. Ministerio del Interior, Subsecretaria del Interior (1986). Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Ley 18.575. 05 diciembre 1986.
8. Chile. Ministerio del Interior, Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo. Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades. Ley 18.695. DFL 1. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado. 26 julio 2006.
9. Chile. Ministerio de Salud. (2004). Ley de Garantías Explícitas de la Salud. Ley 19.966. 03 septiembre 2004.
10. Chile. Ministerio de Agricultura. (1989). Ley del Servicio Agrícola y Ganadero. Ley 18.755. 07 enero 1989.
11. Chile. Ministerio de Justicia. (1984). Ley de Tránsito. Ley 18.290. 07 febrero 1984.
12. Chile. Ministerio de Minería. (1984). Ley de Seguridad Nuclear. Ley 18.302. 02 mayo 1984.

13. Chile. Ministerio Secretaría General de la Presidencia (2003). Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos. Ley 19.880. 29 mayo 2003.
14. Chile. Ministerio del Interior. (1992). Ley que crea Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, establece Pensión de Reparación y otorga otros Beneficios en favor de personas que señala. Ley 19.123. 08 febrero 1992.
15. Chile. Ministerio de Hacienda. (1952). Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República. Ley 10.336. 29 mayo 1952.
16. Chile. Ministerio de Defensa. (1990). Ley Orgánica Constitucional de Carabineros. Ley 18.961. 07 marzo 1990.
17. Chile. Ministerio de Defensa. (1979). Ley Orgánica de Policial de Investigaciones de Chile. Decreto Ley N° 2.460. 24 enero 1979.
18. Chile. Ministerio de Justicia. (1962). Ley Sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias. Ley 14.908. 05 octubre 1962.
19. Chile. Ministerio de Justicia. (2004). Ley que Crea los Tribunales de Familia. Ley 19.968. 30 agosto 2004.
20. Chile. Ministerio de Obras Públicas. (1998). Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas. Ley 15.840. Texto refundo por el DFL 850 del MOP. 25 febrero 1998
21. Chile. Ministerio de Obras Públicas. Ley de Concesiones de Obras Públicas. DFL N° 164. Texto refundido por Decreto 900. 18 diciembre 1996.

b) Normativa Internacional

1. Suiza. Comité Internacional de la Cruz Roja. (1949). III Convenio de Ginebra Relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra. 12 agosto 1949.
2. Austria. Organización de las Naciones Unidas. (1961). Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas. 18 de abril de 1961.
3. Asamblea General de las Naciones Unidas. (1968). Resolución N° 2.391. Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. 26 noviembre 1968.
4. Austria. Comisión de Derecho internacional de las Naciones Unidas. (1969). Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. 23 mayo 1969.
5. Costa Rica. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos. 22 noviembre 1969.

c) Normativa Extranjera

1. Constitución Española de 1978. 29 diciembre 1978.
2. España. Ley de Expropiación Forzosa. 17 diciembre 1954.
3. España. Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. 26 noviembre 1992.

d) Otras

1. Senado de Chile. Proyecto de Ley que "Incorpora la Definición de Falta de Servicio en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado". Boletín N° 8.213-06, de 21 de Marzo 2012.
2. Historia de la Ley N° 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Documento elaborado por la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.