

Luis Cordero Vega\*

# Bases de Comprensión para la Jurisprudencia Judicial de Responsabilidad Extracontractual de la Administración

## I. La Indispensable Cuestión Metodológica

La responsabilidad extracontractual de la Administración del Estado en el derecho nacional ha estado sujeta a un conjunto de vaivenes difíciles de catalogar, y muchas veces de comprender, cuestión particularmente relevante desde el punto de vista del debate público bajo la Constitución de 1980.

En este sentido resulta indispensable dejar establecidos los criterios metodológicos de un trabajo con jurisprudencia en la medida que son básicos para comprender un debate jurídico<sup>1</sup>. Como afirma ATRIA; para enfrentarse a un problema constitucional es necesario referirse a tres ámbitos, que generan diversos métodos: el dogmático, el político y el análisis de la práctica constitucional<sup>2</sup>. Nosotros nos referiremos a este último, pues es difícil sostener que el contenido efectivo de una disposición constitucional es inmutable, a despecho del modo en que es entendida y aplicada. En los hechos, entre los llamados 'operadores del derecho' hay ciertas prácticas o convenciones que demuestran cómo éstos entienden lo que la Constitución dispone<sup>3</sup>.

Los casos de responsabilidad del Estado son problemas de controversia sistemática, con toda seguridad por enfrentar situaciones fácticas complejas que condicionan el desarrollo del razonamiento jurídico. Es imposible apartar los casos de responsabilidad de una controversia cotidiana entre el ejercicio de las actividades de la Administración pública, y los derechos que ejercen los ciudadanos, y que con regularidad afectan diariamente a las personas, en la medida que suponen roces constantes entre la legitimidad de la potestad estatal y la legitimidad de los derechos individuales o colec-

\*Profesor Instructor de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

1 Velasco Caballero, F., *Administraciones públicas y derecho a la tutela judicial efectiva*, Edit. Bosh, 2003, p. 27.  
 2 Avria, F., *Los peligros de la Constitución. La idea de igualdad en la jurisdicción en la legislación nacional*, en Cuadernos de análisis jurídico N° 36, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, 1997, p. 21 – 22.  
 3 Idem.

tivos<sup>4</sup>. En otros términos, los casos de responsabilidad implican encontrar en situaciones concretas buenas razones para determinar cuándo las indemnizaciones son procedentes o improcedentes.

Hemos tratado de encontrar explicaciones racionales de todo el complejo entramado de casos, imprecisiones normativas y visiones conceptuales, que se encuentran en materia de responsabilidad del Estado<sup>5</sup>. Sin embargo, resulta necesario afirmar que buena parte de este debate estuvo marcado por dogmas iusfilosóficos, pretendidamente universales. Pero lo cierto es que el debate de la teoría jurídica en materia de responsabilidad se enfrenta inevitablemente a una realidad jurídica acotada que presenta un alto grado de complejidad, pues como se verá y hemos demostrado la suma de opciones jurisprudenciales por las cuales ha avanzado este debate se debe a las diferentes formas adoptadas frente al sistema de derechos, particularmente los patrimoniales, que obedecen a concepciones histórico-jurídicas precisas<sup>6</sup>.

La obsesión del Derecho Administrativo en general es buscar una *ratio* verdadera y trascendente en materia de responsabilidad. Dichas fórmulas regularmente son dogmáticas (en tanto no justificadas) de que el proceso de creación del derecho es lógico; y que al jurista le corresponde hallar la razón lógica de la que brota un conjunto de enunciados jurídicos. Los casos de responsabilidad del Estado demuestran regularmente todo lo contrario, en la medida que no da cuenta en la resolución de la ejecución de un esquema ideal persistente. Los diversos enunciados jurídicos que concurren en esta realidad jurídica son expresión de opciones políticas diversas, de contextos temporales cambiantes y diversos, y de coyunturas problemáticas azarosas.

Lo complejo y heterogéneo de este material jurídico abomina de la búsqueda de una verdad única, simplemente porque esa verdad, en nuestra opinión, no existe. Pero la renuncia a la búsqueda de esa verdad nada dice en contra de la elaboración de un sistema, entendido éste como una forma, entre las realidades posibles, de racionalización y

4 Como señala *Barranco Avilés*, la finalidad política de los derechos consiste, pues, en servir de fundamento de legitimidad a un Estado que pasa a ser Estado de Derecho. Los derechos necesitan al poder para hacerse eficaces, pero además, a partir de determinado momento histórico, el poder necesita a los derechos para asegurarse obediencia; se dice entonces que los derechos se convierten en criterio de legitimidad del poder político. Las teorías de la legitimidad sólo tienen sentido, pues, si se concibe el Estado como un mal necesario o como un bien relativo. Esta legitimidad se vincula a su vez con la eficacia y la justicia de los derechos desde el momento en que la legitimidad se manifiesta como obediencia voluntaria a las normas que produce. De esta manera, cabe distinguir dos motivos que llevan a acatar las órdenes emitidas por la autoridad constitutiva: por un lado, la posibilidad de que la autoridad recurra al ejercicio de la fuerza; por otro, el reconocimiento de la autoridad como autoridad legítima. Así, la legitimidad se traduce en un consenso entre los sometidos al poder sobre la existencia de razones para prestarle obediencia. Lo anterior se traduce hoy en la existencia de dos visiones: el neocontractualismo de Rawls y la legitimidad crítica de Habermas. Implican dos formas de dignidad y del modelo de organización política que en Rawls se mantendrá en el liberalismo político y que con Habermas se convertirá en republicana, pero en la que ambos, el sistema de derechos es la cuestión básica de legitimidad estatal. En *La teoría de los derechos fundamentales*, Edit. Dykinson, Madrid, 2000, p. 78 - 81.

5 Vid. *Cordero Vega, L., La responsabilidad de la Administración del Estado. Bases para una sistematización*. Edit. Lexis Nexis, 2003.

6 Idem.

explicación de la realidad. De este modo el objeto de este trabajo es pretender exponer únicamente el derecho que es, en opinión de nuestros tribunales superiores, y no lo que podría ser, lo que no excluye la opinión crítica que podemos señalar en cada momento.

## II. Por qué Hablar de Responsabilidad del Estado Cada Cierta Tiempo

Es recurrente en la doctrina del Derecho Administrativo chileno y comparado, que cada cierto tiempo enfatice los estudios sobre la responsabilidad extracontractual de la Administración del Estado. Esta cuestión puede tener diversas razones: una de ellas puede ser que de tanto en tanto los sistemas jurídicos reformulan las interrogantes sobre el rol del Estado, y como lógica consecuencia el de la Administración y los efectos que ella genera. Otra puede ser que la propia institución de la responsabilidad ha ido mutando sus contenidos o a lo menos variando las condiciones en las cuales ella se da, dependiendo del desarrollo de la vida en sociedad<sup>7</sup>. De modo que crecimiento y retraimiento del Estado, así como los nuevos desafíos que nos genera la vida cotidiana, incentivan la inquietud para las investigaciones jurídicas que vuelven a replantear o revisar las controversias en esta materia.

Pero además de estas hipótesis iniciales, es cierto también como lo señala *Peña*<sup>8</sup> que hay pocas cosas más misteriosas, pero al mismo tiempo más decisivas para la cultura humana que la idea de responsabilidad, la idea de que acontecen cosas en el mundo que dependen, en algún momento, de la decisión de alguien. Sin embargo, la exigencia de responsabilidad frente a hechos lesivos es uno de los instrumentos clásicos del derecho para conseguir sus fines<sup>9</sup>.

7 Como indica *Alonso García* la teorización acerca de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública en general y del Estado comienza a gestarse con la intensificación de técnicas administrativas de conformación social y de ordenación e intervención pública en la economía. A partir de la acuñación del concepto de *Daseinsvorsorge* o de la procura existencial, enfatizado por Fosthoff, se produjo la asunción de un modelo de Estado y de Administración pública de carácter intervencionista en todos los aspectos del desenvolvimiento de la vida social. La intermediación de la acción privada en aras de la consecución de intereses de carácter general propició una asunción por la misma de espacios hasta entonces cubiertos por la iniciativa privada, provocando el sacrificio de los bienes integrados en esta categoría. Esta circunstancia llevó, durante el Estado de bienestar, a un necesario replanteamiento de la virtualidad de las instituciones previstas en los órdenes jurídicos para atender el restablecimiento de las situaciones patrimoniales de esta manera alteradas y asegurar la necesaria estabilización de los detrimentos económicos, lo que exigió una reelaboración de las indemnizaciones debidas por parte de la Administración. En *La responsabilidad del Estado legislador*, Edit. Marcial Pons, 1999, p. 13 - 14.

En este sentido afirma *Hernández Corchete*, que el mayor intervencionismo de la Administración inherente al Estado social de derecho, determina que la inevitable secuela incidental de daños (y la) constante creación de riesgos haya aumentado. Si el papel que desempeña el instituto que aquí tratamos es evitar la injusticia de que esos daños y riesgos reviertan el azar sobre un patrimonio en particular comprendemos fácilmente el porqué de el gran auge de la responsabilidad de la Administración. En *De la responsabilidad de las administraciones públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio*, en *La Reforma del Procedimiento administrativo, comentarios a la ley 4/1999*, Dir. José Luis Piñar Mañas, Edit. Dikynson, 1999, p. 333.

8 *Peña González, C.*, *La idea de responsabilidad*, en *Responsabilidad*, Apuntes de Derecho VII, Santiago de Chile, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, 2001, p. 5.

9 Cfr. *Squella Narducci, A.*, *Introducción al Derecho*, Edit. Jurídica de Chile, 2000, pp. 84 - 90.

Esto significa considerar a una medida como lesiva cuando de uno u otro modo se distribuyen o redistribuyen hechos o circunstancias que consideramos socialmente como males. Por ello, como plantea *Molina Fernández*<sup>10</sup>, el problema de justificar las normas que imponen responsabilidad jurídica no es diferente, aunque sí más agudo, que el de cualquier norma que restrinja o anule derechos. La responsabilidad jurídica supone que alguien va a sufrir una privación o restricción de derechos o zonas protegidas por el ordenamiento jurídico, como consecuencia de un hecho lesivo previo que trata de repararse o de un hecho que se intenta prevenir. Como cualquier otra medida que entrañe privación de derechos, requiere justificación en dos sentidos: desde la perspectiva de la utilidad práctica debe explicarse cómo es que un ordenamiento jurídico que tiene por finalidad la preservación de bienes jurídicos, puede imponer consecuencias que consistan materialmente en lesionarlos; y desde la óptica de la distribución debe explicarse por qué el efecto beneficioso final que espera obtenerse con la imposición de consecuencias se hace precisamente a costa del responsable jurídico, y no de otros. Precizando un poco más ROCA sostendrá que en el fondo estamos en presencia de una regla fundamental de la sociedad moderna: la responsabilidad tiene siempre una finalidad resarcitoria, de acuerdo con la cual, los daños que un individuo sufre deben ser compensados; a partir de aquí, habrá de determinar si todos los daños están en la categoría anterior o sólo están los segundos; operan entonces diversos criterios de selección, según sea la política jurídica que se utilice<sup>11</sup>.

Esta interrogante es la que ha tratado de resolver el Derecho administrativo en la aún joven evolución de la responsabilidad extracontractual de la Administración del Estado. En efecto, desde sus primeras consideraciones en el siglo XIX, junto al arrêt Blanco, en Francia, hasta las contemporáneas en la responsabilidad objetiva por riesgo de la Administración y sus órganos, las dudas y preguntas sobre el fundamento y la extensión han sido la controversia a dilucidar. En esta evolución doctrinaria, dogmática y jurisprudencial, se ha planteado desde sus inicios el debate en torno a qué normas y principios debe sujetarse esta responsabilidad. Inicialmente, se sostuvo que la responsabilidad de la Administración del Estado debía sujetarse a las normas del Derecho privado. Ese fue el debate del siglo XIX. Sin embargo, al calor de ese debate la jurisprudencia estuvo de acuerdo en indicar que la Administración se encuentra regida por el Derecho público y, en consecuencia, no le son aplicables las normas del Código Civil, agregando que esta última responsabilidad descansa sobre los supuestos de la culpabilidad del sujeto dañador, es decir, el dolo o la culpa. El siglo XX consolidará esa posición y profundizará los criterios de la responsabilidad de la Administración señalando que ella es una responsabilidad objetiva basada ya no en la conducta del sujeto dañador sino en la lesión de la víctima, extendiendo el régimen de responsabilidad no

10 *Molina Fernández, F., Presupuestos de la Responsabilidad Jurídica*, en Responsabilidad en el Derecho (Coord. Fernando Pantaleón), en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid N° 4, 2000, p. 71.

11 *Roca E., Derecho de daños*, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, p. 27.

sólo a los actos ilícitos, sino también a los lícitos cuando de ello proviene una lesión antijurídica para el ciudadano.

Este debate es una cuestión relativamente uniforme no sólo en el derecho chileno, sino que en el sistema comparado, lo que ha implicado cada cierto tiempo la necesidad de definir o reconceptualizar los límites y extensiones de la responsabilidad extracontractual del Estado.

### III. Los Orígenes de la Discusión: La Disputa Doctrinaria

Nuestra realidad doctrinaria y jurisprudencial nos indica que no existen criterios ni supuestos en común que permitan considerar que en materia de responsabilidad extracontractual de la Administración exista un criterio uniformemente aceptado, que permitiera extrapolar dichas conclusiones a los nuevos modelos de responsabilidad que podían ser aplicables al Estado, encontrando sí una poderosa influencia de la doctrina y sistema español, como acreditaremos. En efecto, el solo contenido y redacción del artículo 38, inciso 2º, de la CPR, así como los artículos 4 y 44 (actual artículo 42) de la LOCBGAE, han dado origen a posiciones diversas y usualmente inconciliables en una sola fórmula que nos permita apreciar el problema.

En nuestra opinión buena parte del desarrollo doctrinal sobre la responsabilidad extracontractual del Estado Administración ha sido desarrollado en Chile desde los años 70. La razón que quizás sustenta esta situación, es el hecho que hasta esa época, el debate jurídico administrativo estuvo centrado, particularmente, en la evolución de la jurisprudencia judicial, que al amparo de la Constitución de 1925 se extendía, además, al conflicto sobre la competencia contenciosa administrativa<sup>12</sup>. Esto significó que en el origen la discusión se centrara en el porqué el Estado debe ser responsable y no en la forma o modo en que éste debía serlo, cuestión que se ve reproducida particularmente en la jurisprudencia judicial posterior a la revolución de 1891, destacándose el hecho que ésta, desde el Código Civil, elaboró criterios de Derecho público que parece interesante rescatar. Sin embargo, desde el año 1938 la jurisprudencia ingresó en un atávico proceso de distinción entre actos de gestión y actos de autoridad, que exigió a la doctrina de inicios de los años 70 justificar la responsabilidad extracontractual del Estado administrador<sup>13</sup>.

12 Vid. Pierry Arrau, *La responsabilidad extracontractual del Estado*, en Anuario de Derecho Administrativo, T. I, Edit. Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, 1975/1976, p. 497. Sobre las bases del dilema de la competencia de los tribunales en asuntos contenciosos administrativos desde la Constitución de 1925, resulta necesario ver a Pantoja Bauzá, R., *Estudio preliminar: La jurisdicción contencioso-administrativa. Decisiones legislativas al año 2001*, en La jurisdicción contencioso-administrativa, Documentos, Edit. Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2001.

13 Pantoja Bauzá, R., *Bases Generales de la Administración del Estado*, Edit. Jurídica Ediar - Conosur Ltda., Santiago de Chile, 1986, p. 40 - 43; Pierry Arrau, P., *Ob. cit.*, p. 471 - 502; Caldera Delgado, H., *Sistema de la responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución Política de 1980*, Edit. Jurídica de Chile, 1982, p. 156 - 157.

Estos hechos, es fundamental considerarlos para comprender el contexto de la discusión. En nuestra opinión la doctrina dominante, de la responsabilidad objetiva absoluta, desde los años 70 centró sus argumentos en las justificaciones de la responsabilidad extracontractual del Estado, primariamente en una conceptualización ideal del derecho y los derechos, para luego respaldándose en la dictación de la Constitución de 1980, particularmente en el inciso 2º del artículo 38, influenciándose implícitamente, a lo menos una parte de ella, en el Derecho español, sostuvo que la Constitución reconocía un sistema de responsabilidad objetiva, sin considerar el debate y análisis que la doctrina del derecho civil había realizado sobre el Derecho de daños.

Este desarrollo de la jurisprudencia judicial llevó a considerar que existían ciertos espacios de irresponsabilidad estatal que eran inadmisibles. Lo anterior es necesario contextualizarlo, además con lo acontecido con el artículo 87 de la Constitución de 1925<sup>14</sup>. En efecto, esta norma dio origen a un tremendo debate sobre la competencia de los tribunales ordinarios en materias contenciosas administrativas, ante la ausencia de los tribunales que conocieran de esta materia<sup>15</sup>. Esto llevó, tal como lo ha estudiado la doctrina hasta ahora, desde la negación de la competencia de los tribunales ordinarios para conocer de la impugnabilidad en contra de los actos administrativos, hasta el reconocimiento de la plenitud de esa competencia<sup>16</sup>. En efecto, tal como lo sostiene IBÁÑEZ SANTA MARÍA, la ausencia de Tribunales Administrativos, contemplados en la Constitución de 1925, para resolver las reclamaciones que se interpusieron contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas y administrativas, contribuyó a tornar más drásticas y eficaces la paralegislación y las sanciones de la Administración Pública, pues ellas carecieron de un ámbito legal preciso que debió haberles fijado el Congreso y la jurisprudencia que habría emanado del Poder Judicial. La falta de dichas sanciones sin regulación en un contexto de amplitud creciente para su aplicación discrecional y arbitraria<sup>17</sup>.

14 El artículo 87 establecía que:

“Habrá Tribunales Administrativos, formados con miembros permanentes, para resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas y cuyo conocimiento no esté entregado a otros tribunales por la Constitución o las leyes. Su organización y atribuciones son materias de ley”.

15 Cfr. Soto Kloss, E., *La protección de los derechos de las personas, logros y penurias*, en IP N° 10, 2003, Universidad Santo Tomás, Santiago de Chile, p. 73 - 75.

16 Vid. Silva Cimma, E., *Derecho Administrativo*, T. II., Edit. Universitaria, 1959, p. 384 - 386; Hion Vargas, E., Mery Bravo, S., Sarje Paredes, A., *Lo contencioso-administrativo*, Seminario de Derecho Público N° 1 Facultad de Derecho Universidad de Chile, Edit. Jurídica de Chile, 1959, p. 201 - 235; Rodríguez Elizondo, J. A., *Protección Jurisdiccional de los Administrados*, Seminario de Derecho Público, N° 7, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Edit. Jurídica de Chile, 1961, p. 141 - 147; *Primera Comisión Legislativa*, Junta de Gobierno de la República de Chile, *Los Tribunales Contencioso-Administrativos. Antecedentes para su estudio. Doctrina, Jurisprudencia*, Proyectos. (Coord. R. Pantoja Bauzá), Edit. Armada de Chile, 1982; Pantoja Bauzá, R., *Los tribunales contenciosos administrativos*, en GJ N° 82, p. 3; Soto Kloss, E., *La competencia contencioso-administrativa de los Tribunales Ordinarios de Justicia*, RCHDUC, V. I (1974), p. 349 - 359.

17 Ibáñez Santa María, A., *Herido en el Ala. Estado, Oligarquías y Subdesarrollo. Chile 1924 - 1960*, Edit. Biblioteca Americana, Santiago de Chile, 2003, p. 159 y 160.

Esta discusión, entonces, es contemporánea a la de los límites, extensiones y alcances de la responsabilidad extracontractual del Estado<sup>18</sup>. Por ello la doctrina, durante los años 70, se esforzará por revertir estos espacios de a-juridicidad y lo hará mediante la necesidad de construir una teoría constitucional de la responsabilidad y un sistema argumentativo que dejará al margen toda discusión sobre la irresponsabilidad estatal. Esto explica por qué buena parte de la doctrina de la responsabilidad estatal se encontró vinculada a las inmunidades de la Administración, en sus orígenes. Esta se ha extendido durante largos años, y ha dejado de lado la discusión jurídica sobre sistema de responsabilidad o títulos de imputabilidad. De este modo el control de la Administración y en particular su responsabilidad fue vista, intuitivamente por la doctrina, como un mecanismo de justicia distributiva y correctiva.

Sin embargo, desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1980, con los esfuerzos de la doctrina más absoluta, los tribunales han seguido teniendo criterios muy dispares, que nos aconsejan sostener que aún no existe entre nosotros una teoría de la responsabilidad estatal plenamente aceptada.

En efecto, la doctrina estructuró sus argumentos sobre la base de tres criterios diversos, que dan origen, en nuestra opinión, a tres visiones aparentemente diferentes:

- 1) La doctrina de la responsabilidad objetiva absoluta, que afirma que la Administración debe responder por toda lesión que ocasione en un derecho, independiente de la naturaleza del acto generador del daño<sup>19</sup>, fundándose en la

- 18 Pierry expresamente señala sobre esta controversia que "por amplio que sea el campo de la aplicación de la responsabilidad del Estado por su actividad administrativa en Chile, existirá siempre un importantísimo sector del Estado que permanecerá irresponsable como consecuencia de la autolimitación impuesta por los tribunales ordinarios para conocer de la ilegalidad de los actos administrativos. Si se excluye la posibilidad que los tribunales conozcan de la ilegalidad de los actos administrativos, ello significará simplemente que los daños que ocasionen a los particulares quedarán sin reparación... queda por lo tanto, reducida la responsabilidad estatal a la actividad material de la Administración en los casos en que haya existido dolo o culpa de un agente público", en *La responsabilidad...* Anuario, ob. cit., p. 472.
- 19 Soto Klasi, E., *La responsabilidad del Estado administrador, un principio general de derecho público chileno*, en RDJ, T. 73, primera parte, sección derecho, p. 35; *La responsabilidad pública (un retorno a la idea clásica de restitución)*, RDP N° 27, 1980, p. 133. Este artículo fue publicado con el mismo nombre en UNSTA, Tucumán, Argentina, 1982, p. 41 y siguientes y en *Actualidad y perspectiva del derecho público a fines del Siglo XX* en Libro de Homenaje al profesor Fernando Garrido Falla, V. II. Edit. Civitas, 1992, p. 1265; *Bases para una teoría general de la responsabilidad del Estado en el derecho chileno*, en RDJ T. 81 N° 3, 1984, p. 87, también en CJ N° 56, 1985, p. 2; *Responsabilidad del Estado por la actividad jurisdiccional. Notas para un enfoque unitario de la responsabilidad del Estado*, RCHDUC 10 N° 1, 1983, p. 45; *Responsabilidad e ineficacia de los servicios públicos*, GJ N° 55, 1985, p. 2. Una buena recopilación de estos trabajos se encuentran en su libro *Derecho Administrativo, Bases Fundamentales, Principio de la Jurisdicción*, T.II., Edit. Jurídica de Chile, 1996, 244 y sgts; *Martínez Estay J. I., La responsabilidad patrimonial del Estado por infracción al principio de igualdad y al derecho de propiedad*, en *Derecho de Daños, VVAA*, Edit. Lexis Nexis Chile, 2002, p. 185; *Caldera Delgado, H., Sistema de la responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución Política de 1980*, Edit. Jurídica de Chile, 1982, p. 50. En el mismo sentido en *La responsabilidad extracontractual por el hecho de las leyes en la Constitución política de 1980: espejismo o realidad?*, RDJ T. 79 N° 1, 1982, p. 10; *Fiamma Olivares, G., La acción constitucional de responsabilidad y la responsabilidad por falta de servicio*, RCHDUC 16, N° 2, 1989, p. 429; *Oelckers Camus, O., Fundamentos indemnizatorios en razón del acto administrativo lícito que cause daño en el patrimonio del administrado*, en RDP N° 37/38, 1985, p. 367 - 368. En el mismo sentido se ha pronunciado en: *La responsabilidad extracontractual del Estado administrador en las leyes orgánicas constitucionales de Administración del Estado y de Municipalidades*, en RCHDUC 16 N° 2, 1989, p. 441; *Actos administrativos ilícitos y responsabilidad extracontractual del Estado administrador*, en RDUVCV N° 14, 1991 - 1992, p. 407; *La responsabilidad civil extracontractual del Estado administrador en la Constitución política de 1980 y su imputabilidad por falta de servicio*, en RCHDUC N° especial, 1998, p. 345.

idea de que “*nadie puede ser privado de lo suyo*” y en el contenido y redacción del inciso 2º del artículo 38, en particular de la denominación “*lesión*”.

- 2) La doctrina de la responsabilidad subjetiva, que afirma que la Administración sólo puede ser responsable por “*falta de servicio*”, que no es otra cosa que la culpa del servicio, compatible con el contenido normativo del Código Civil<sup>20</sup>.
- 3) La doctrina de la responsabilidad objetiva relativa, que ve en el artículo 38, inciso 2º, de la Constitución una “*garantía patrimonial*” de los ciudadanos, y en la falta de servicio un sistema de responsabilidad objetiva<sup>21</sup>.

Estas visiones implican un impacto vital en nuestra jurisprudencia. Durante aproximadamente más de 20 años la teoría de la responsabilidad objetiva absoluta primó en el derecho nacional, lo que significó una preeminencia clara de la teoría de la *lesión*, como supuesto de responsabilidad objetiva, constitucional e imprescriptible, sobre las visiones de *falta de servicio*. Sin embargo, estas formas fueron dejadas de lado al inicio del nuevo siglo, según veremos.

#### IV. El Fundamento de la Responsabilidad de la Administración del Estado en la Jurisprudencia

##### 1. El Supuesto Empírico. Criterios Prevalentes, pero Diversos

No resulta fácil catalogar la jurisprudencia al amparo de nuestro vigente texto constitucional. Y no es fácil, pues pese los esfuerzos de la doctrina, aún las más dispares, los tribunales tienden a resolver cuestiones en responsabilidad estatal con criterios bastantes diversos. Diversidad que se extiende a la propia Corte Suprema, quien ni siquiera ha tenido un criterio uniforme o respetuoso de su propio antecedente. La juris-

- 20 Pierry Arrau, P., *La responsabilidad extracontractual del Estado*, Anuario de Derecho administrativo, T. I., 1975/1976, Ediciones Revista de Derecho Público, p. 471-502, este trabajo ha sido publicado en innumerables ocasiones con otros nombres y con algunas actualizaciones. *Algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio*, RDJ T. 92 N° 2, 1995, p. 17. También en RDP N° 59, 1996, p. 287 y RDCDE N° 1, 2000, p. 11-40; Quintanilla Pérez, A., quien también es actualmente consejero del Consejo de Defensa del Estado, en *Responsabilidad por actos lícitos?* En RDCDE N° 1, pp. 41-66. En el mismo sentido se encuentra el también abogado del Consejo de Defensa del Estado Letelier Wartenberg, en *Un estudio de efectos en las características de la responsabilidad extracontractual del Estado*, en RDCDE N° 6, pp. 149-187; Riosco Enríquez, E., *El derecho civil y la Constitución ante la jurisprudencia*, Edit. Jurídica de Chile, 1996, p. 157; Barros Bourie, E., *Apuntes sobre responsabilidad extracontractual*, en Diplomado Escuela de Graduados, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2001, p. 194;
- 21 Hernández Emparanza, D., *La responsabilidad del Estado por su actividad municipal*, RDP N° 24, 1978, p. 148-149; Pantoja Buzadá, R., *La ley orgánica* (...) ob. cit., p. 42; Silva Cimma, E., *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El control Público*, Edit. Jurídica de Chile, 1994, p. 216-217; López Santamaría, J., *Responsabilidad por falta de servicio. Casística reciente*, en Cuadernos Jurídicos N° 10, Facultad de derecho Universidad Adolfo Ibáñez, 1998, p. 35; García Mendoza, H., *La responsabilidad extracontractual del Estado, Indemnización por error judicial*, Edit. Jurídica Conosur Ltda., 1997, p. 217.



prudencia ha confundido cuestiones de responsabilidad, pero también materias que se encuentran en la teoría del sacrificio de derechos o cuasixpropiatorias<sup>22</sup>.

La jurisprudencia judicial puede ser clasificada entre aquellas que resuelven bajo criterios de derecho público; otras que resulten exclusivamente bajo normas del Código Civil y las últimas con criterios mixtos de integración. Como hemos demostrado en otra parte, esta distinción metodológica sirve para concluir que existen tendencias prevalentes, mas no es posible afirmar la existencia de únicos conceptos<sup>23</sup>.

En efecto, bajo las sentencias con criterios de derechos público reunimos un conjunto de fallos que, dictados bajo la Constitución de 1980, han entendido que la responsabilidad extracontractual de la Administración se rige por normas de derecho público, utilizando la Constitución o bien dando cuenta de la inaplicabilidad del Código Civil, sentencias estas que se extienden de inicios de los años 80 hasta nuestros días. Sin embargo, pese a que si bien toda esta jurisprudencia tiene como criterio común el reconocimiento de la responsabilidad estatal en normas de derecho público, entre

22 Para la doctrina alemana, sin perjuicio de su larga evolución, los casos de sacrificios especiales causados a los patrimonios de los ciudadanos, como consecuencia de acciones lícitas, generan en verdad acciones indemnizatorias a consecuencia de que estos actos son calificados como cuasixpropiatorios o también denominadas "intervención administrativa de efectos expropiatorios". *Ossenbühl, F., La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en la República Federal de Alemania*, en *Propiedad, Expropiación y Responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*. (Coord. Javier Barnés), Edit. Tecnos, 1996, p. 942.

En el mismo sentido se encuentra la jurisprudencia norteamericana. En efecto, la Corte Suprema en los casos *Dolan vs. la Ciudad de Tigard* (1994) y *Lucas vs. Consejo Costero de Carolina del Sur* (1992) ha resuelto con criterios semejantes. El caso Dolan involucró a la propietaria de un negocio de piezas de fontanería en Oregón, a quien las autoridades de la ciudad habían negado el permiso para ampliar el negocio, a menos que ella renunciase a aproximadamente una décima parte de sus tierras para emplearlas como paso de peatones y de bicicletas. La demanda de Lucas involucraba dos terrenos de playa, que el dueño no podía aprovechar debido al estatuto de protección de playas: dejaba su propiedad, comprada al precio de casi un millón de dólares, prácticamente sin valor alguno. En ambos casos la Suprema Corte decidió a favor de los demandantes. En el caso Dolan, estableció que la ciudad debía haber comprado la tierra en lugar de utilizarla como si fuera una prenda. En la demanda de Lucas, el Consejo Costero llegó a pagar al dueño 1.5 millones por su propiedad. Esto implicó que para la jurisprudencia norteamericana se debe compensar cuando las regulaciones del Gobierno impiden al propietario conservar o mejorar la propiedad. PIPPES, R., *Propiedad y libertad, dos conceptos inseparables a lo largo de la historia*, Edit. Fondo de Cultura Económica, Colección Noema, 2002, p. 322 y 323.

En la actualidad la Corte de Apelaciones de Santiago ha reconocido esta forma de enfrentar los casos de responsabilidad. En la sentencia denominada "Sociedad Agrícola Loico con Fisco" (21.11.2003), frente a un caso de declaración de monumento natural de Araucaria, sostiene que estamos en presencia de un caso de *igualdad ante las cargas públicas*, en virtud del cual el daño que se ocasiona es anormal y especial, pero esta circunstancia la hace distinta de la responsabilidad. En efecto, afirma que "(...) a diferencia de lo que sucede en el ámbito de la responsabilidad ordinaria o por falta de servicio, la variable en análisis se sujeta a parámetros distintos, con el fin de restablecer el equilibrio patrimonial experimentado por el sujeto pasivo, en beneficio del interés general. En efecto, el constituyente garantiza que nadie puede ser privado de su propiedad, del bien sobre que ella recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, (sino mediando expropiación y previo pago de indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado (inciso 3 del artículo 19 de la Constitución Política), cuando y como ocurre en la especie, la Administración del Estado pone en aplicación un tratado internacional, como lo es la Convención sobre Protección de la Flora, Fauna y Bellezas Escénicas de América, incorporada al derecho interno como norma vinculante de rango legal, no hace sino poner en ejecución una norma de este carácter, a consecuencia de la cual se han generado daños de naturaleza asimilable a los causados con motivo de una expropiación, por lo cual la doctrina suele denominarlos cuasixpropiatorios (...). (Considerando 15º). Actualmente esta sentencia se encuentra con recurso de casación pendiente en la Excm. Corte Suprema.

23 Vid. *Cordero Vega, L.* ob. cit., pp 43-52.

ellas existen una serie de matices y diferencias sobre la conceptualización de la responsabilidad estatal, que en otro apartado analizaremos.

Bajo las sentencias que han resuelto casos de responsabilidad de conformidad exclusiva al Código Civil, los mismos tribunales vienen sosteniendo en otras decisiones, coetáneas en el tiempo, la aplicabilidad directa del Código Civil, excluyendo cualquiera indicación o fundamentación en normas de derecho público, pese a la evolución de la doctrina y la jurisprudencia.

A su vez existe un tercer grupo de sentencias, coetáneas también en el tiempo con las anteriores, que integran directamente las normas del Código Civil, en lo relativo a la fundamentación de la responsabilidad, con las razones de derecho público que inspiran la responsabilidad extracontractual del Estado. Cabe señalar, en todo caso, que aun las sentencias que se fundan exclusivamente en normas de derecho público, aplican a lo menos las normas de reparación del Código Civil.

Difícil resulta sostener que la jurisprudencia ha tenido un criterio uniforme en materia de responsabilidad extracontractual del Estado; es más, coetáneamente en el tiempo los mismos tribunales resuelven asuntos de responsabilidad con fundamentos a ratos diametralmente opuestos. En efecto, si bien mayoritariamente la jurisprudencia ha entendido el fundamento de la responsabilidad en el Derecho público, el sistema aplicable, los criterios de imputabilidad, la carga de la prueba y la lógica de justicia o asegurativa de la responsabilidad son muy diversas. Por eso nosotros creemos que la jurisprudencia judicial vacila permanentemente, frente a una doctrina con posiciones debidamente limitadas en sus conceptos<sup>24</sup>.

## ***2. La Primera Etapa de la Corte Suprema. Responsabilidad Objetiva, Constitucional e Imprescriptible (1980–2001)***

Durante 20 años la jurisprudencia mantuvo un criterio mayoritario en torno a considerar la responsabilidad de la Administración como una de carácter objetivo, constitucional e imprescriptible, y cuyo principal argumento fueron aquellos que desarrolló la teoría de la responsabilidad objetiva absoluta, en el sentido que “*nadie puede ser privado de lo suyo*”, y enseguida, al disponer que el concepto “*lesión*” garantiza la indemnidad del patrimonio, frente a cualquier comportamiento estatal que genere ese daño antijurídico.

### ***a. Fundamento constitucional: nadie puede ser privado de lo suyo.***

En efecto, desde el comúnmente citado caso GALLETUÉ, el año 1984, la Corte Suprema sostuvo que existen “*numerosas disposiciones constitucionales que imponen la responsabilidad del Estado cuando se desconozcan por las autoridades o la Administración o incluso por el propio legislador las garantías constitucionales y los derechos fundamentales*”

24 Ibidem.

*que ella asegura, entre los que se encuentra el derecho de propiedad en sus diversas especies. (...) la prohibición –por parte de un Decreto Supremo que prohibía la explotación de la “araucaria”–, aunque loable y oportuna porque esos bellos, nobles e históricos árboles estaban en vías de extinción, y aunque basada en la ley, redundaba en graves daños para los propietarios (...), no siendo equitativo que los soporten en tan gran medida sin que sean indemnizados por el Estado, autor de la decisión, conforme a los principios de la equidad y justicia. La razón de equidad enunciada se refuerza grandemente si se atiende a que la propia Constitución Política, junto con reconocer determinados derechos fundamentales, entre los que se halla el derecho de dominio, los resguarda estableciendo la responsabilidad del Estado si ellos se vulneran por acto de la autoridad, de la Administración o por los legisladores, aludiendo en algunos preceptos concretamente a la obligación del Estado de pagar los perjuicios; así, el artículo 19 N° 24 (...), el artículo 19 N° 7 letra i) (...), el artículo 19 N° 26 (...), el artículo 41 en su N° 8° (...). Entre otros, los artículos 1°, 5°, 7° y 38 de la Carta Fundamental ponen cortapisas al legislador y a las autoridades respecto de las garantías constitucionales que ella establece en favor de los individuos y si éstas son sobrepasadas, claramente prescribe la responsabilidad del Estado”.*<sup>25-26</sup>

Siguiendo con esta forma de entender la responsabilidad, la Corte Suprema en 1987 insistía en que sólo en virtud de una ley es posible que alguien se vea privado de lo suyo o se le impongan limitaciones y obligaciones a su propiedad que deriven de la función social de ésta, en la ya tradicional sentencia HEXAGON, afirmando que “(...) todo daño inferido por un órgano del Estado, implica al sujeto de derecho que lo sufre o soporta un menoscabo o lesión en lo suyo, un desequilibrio en su situación jurídica y según se ha visto nadie puede en caso alguno ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales de dominio” (...) salvo en los casos que la Constitución indica. “En consecuencia un daño que se produzca por los órganos del Estado y que no esté amparado por las normas constitucionales genera responsabilidad. Una situación similar se concluye analizando el daño que sufre el sujeto de derecho por parte de un órgano del Estado, a través de... la igual repartición de los impuestos y contribuciones, en proporción de los haberes o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas”. Así es como todo daño que produzca un órgano del Estado, implica según se ha dicho un menoscabo o lesión en lo suyo

- 25 “*Galletué con Fisco*”. RDJ, T. LXXXI (1984), N° 3, sección 5. Corte Suprema de Justicia, 07 de agosto de 1984. Responsabilidad por sacrificio o igualdad ante las cargas públicas (equidad). En el mismo sentido “*Rodríguez Guaita con SAG*”, GJ N° 173. Corte de Apelaciones de Santiago, 08 de noviembre de 1994. Responsabilidad por sacrificio o igualdad ante las cargas públicas; “*Quintana con SAG*”, GJ N° 162. Corte Suprema, 27 de diciembre de 1993. Responsabilidad por sacrificio o igualdad ante las cargas públicas y la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el caso *Playas*.
- 26 Sin embargo, la Corte de Apelaciones de Santiago en un caso semejante a *Galletué* sostendrá que “el Decreto Supremo, que declara monumento natural la Araucaria Araucana establece una clara y evidente limitación al derecho de propiedad de que son titulares los dueños de predios forestales al imponérselos la prohibición de cortar, explotar y comercializar la especie vegetal referida, pero ella se encuentra amparada en la Constitución en cuanto se permite en razón de la conservación del patrimonio ambiental”, por lo cual no puede ser reprochado jurídicamente, porque no constituye ni una expropiación y menos una confiscación. “*García Sabugal, Mario con Ministro de Agricultura*”. RDJ, T. LXXXVII (1990), N° 2, sección 5. Corte de Apelaciones de Santiago, 31 de mayo de 1991. Confirmada por la Corte Suprema el 10 de julio de 1990.

para la persona que lo sufre, se ve afectada por una carga que solo ella soporta, generando una desigualdad en la repartición que vulnera la norma constitucional, debiendo ser resarcida por el Estado”.<sup>27</sup>

El año 1996 el Tribunal Constitucional en el caso PLAYAS, que corresponde a la única sentencia en la cual se ha pronunciado sobre esta materia, reprodujo el mismo predicamento, al sostener que “(...) si la Constitución establece que en ciertos estados de excepción las limitaciones al dominio dan derecho a indemnización, con mayor razón deberán indemnizarse las limitaciones que se establezcan en un periodo de normalidad constitucional y que causen daño. Destaca, además, que constatado el daño, de acuerdo al artículo 38 de la Constitución Política, la víctima siempre podrá demandar los perjuicios a la Administración. Además, sobre el particular cabe destacar que el espíritu general de la legislación dictada bajo la vigencia de la Constitución de 1980 ha sido el pago de indemnizaciones ya sea por el Estado o por los particulares si se establecen servidumbres o limitaciones que afectan el uso o goce de la propiedad. De tal manera que si se causan daños éstos deben pagarse”.<sup>28</sup>

De esta manera la Corte Suprema mantuvo sistematicidad en la aplicación de este criterio como fundamento central de la responsabilidad y como consecuencia de un sistema de imputación objetivo. Por ejemplo, en el caso QUINTANA el año 2001, que tiene precedentes en casos similares los años 93<sup>29</sup> y 94<sup>30</sup>, la Corte Suprema sostiene que cuando se ha producido un sacrificio de animales con el objeto de evitar propagar una enfermedad “(...) resulta de un hecho dañoso de un órgano de la Administración del Estado, radica en las normas constitucionales citadas, las cuales han sido entonces dejadas indebidamente sin aplicación, pues se ha permitido que en definitiva la carga pública de alcanzar un objetivo de bien común, cual es impedir la propagación de una enfermedad animal, sea soportada por algunos ciudadanos, alterando con ello el principio de la igualdad en la repartición de dichas cargas establecido en el artículo 19 N° 20 de la Constitución Política del Estado”.<sup>31</sup>

De esta manera la Corte Suprema mantuvo un criterio uniforme en el tiempo, aunque con excepciones, que mayoritariamente consideró que la responsabilidad extracontractual del Estado tenía fundamento constitucional, en particular en la protección o indemnidad del patrimonio, reafirmando la tesis de que el hecho lesivo de la Administrativo constituye una “privación de lo suyo” y que en consecuencia es título suficiente de responsabilidad desde la perspectiva de la víctima.

27 “Hexágono con Fisco”, RDJ T. LXXXIV (1987) N° 3, sección 5. Corte Suprema, 28 de julio de 1987. Responsabilidad por comportamiento arbitrario del servicio.

28 STC Rol 245. (1996).

29 Responsabilidad por sacrificio o igualdad ante las cargas públicas: “Quintana con SAG”, GJ N° 162. Corte Suprema, 27 de diciembre de 1993.

30 “Rodríguez Guaita con SAG”, GJ N° 173. Corte de Apelaciones de Santiago, 08 de noviembre de 1994.

31 “Quintana y otros con Fisco”, RDJ XCVIII (2001) N° 1. Corte Suprema, 23 de enero de 2001. Responsabilidad por sacrificio o igualdad ante las cargas públicas.

Este concepto se reforzará con la idea de que el fundamento final de la responsabilidad objetiva, será el concepto “lesión” del inciso 2º del artículo 38.

*b. La objetivación constitucional de la responsabilidad. El artículo 38, inciso 2º.*

De conformidad al criterio recién señalado, la Corte Suprema siguió ampliando los supuestos que fundaban la responsabilidad objetiva del Estado. Para eso utilizó la denominación “lesión”, del artículo 38 y la transformó en un título de imputación objetiva para la Administración, cuestión que mayoritariamente fue seguida por las Cortes de Apelaciones.

En el caso QUINTANA (1993) la Corte Suprema afirmó que del inciso 2º, del artículo 38, se desprende la responsabilidad de la Administración “(...) aunque el daño provenga de una actuación lícita, con tal que exista relación de causalidad entre la actuación administrativa y el resultado producido”<sup>32</sup>.

En el mismo sentido la Corte de Apelaciones de Santiago en el caso RODRÍGUEZ GUAITA afirmó que el caso era “(...) un caso típico de responsabilidad extracontractual del Estado derivada de su actividad administrativa, tal como lo establece el artículo 38 de nuestra Carta Fundamental, el que consagra el principio general de que todo daño ocasionado por la Administración y que provenga de alguna acción u omisión emanada de alguno de sus órganos debe ser indemnizado. Tal como lo dispone la norma constitucional ya referida, ‘cualquiera persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las Municipalidades, podrá reclamar ante los Tribunales que determine la ley, sin perjuicio de las responsabilidades que pudiera afectar al funcionario que hubiere causado el daño’. Insiste la Corte que de esta norma se desprende inequívocamente que ‘(...) el motivo del daño debe provenir de una actuación administrativa, a condición, naturalmente, que entre la causa del perjuicio y éste haya mediado un vínculo o relación de causalidad directo’. Afirma categóricamente que la redacción del artículo 38 nos lleva a concluir que es ‘(...) de toda evidencia que para los efectos de hacer exigible la obligación de indemnizar el perjuicio, la norma no atiende (...) a la circunstancia de que el daño sea producto de una actuación regular como sucedió en la especie, o irregular, esto es, constitutiva de falta de servicio o por una actuación ilícita del agente o funcionario’. De este modo, para la Corte, constatado el daño, su origen y causalidad, la imputación del mismo directamente en el órgano administrativo, siendo indiferente que el perjuicio haya tenido su origen en una actuación regular como sucedió en la especie o en una falta o culpa personal del agente o funcionario público.”<sup>33</sup>

En el caso Quintana (2001) la Corte Suprema reiteró su criterio precisando que “...el inciso 2º del artículo 38 de la Constitución Política, al establecer que ‘Cualquier persona

32 Quintana con SAG, GJ N° 162. Corte Suprema, 27 de diciembre de 1993. Responsabilidad por sacrificio o igualdad ante las cargas públicas.

33 Rodríguez Guaita con SAG, GJ N° 173. Corte de Apelaciones de Santiago, 08 de noviembre de 1994. Responsabilidad por sacrificio o igualdad ante las cargas públicas.

*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...’ obliga al Estado a indemnizar cuando se ha producido una ‘lesión patrimonial’, lo que implica un detrimento antijurídico sufrido en el patrimonio de una persona, ya que proviene de un acto ilícito de su autor, ya porque el que lo sufre no estaba en el deber de soportarlo, aun sin ser ilegal aquel acto”.*<sup>34</sup>

En *Salas Salazar* la Corte de Apelaciones de Santiago siguiendo los criterios precedentes, afirma que esta norma contiene “(...) una obligación reparatoria en favor de cualquier persona que sea lesionada en sus derechos –sin limitación ni restricción alguna–, por algún órgano de la Administración del Estado, responsabilidad indemnizatoria que tiene un carácter objetivo y que no requiere necesariamente, para su procedencia, que el funcionario público o persona natural que hubiere cometido el acto que produjo el daño haya tenido o no alguna clase o grado de culpa o responsabilidad en lo personal, sea esta civil o penal”.<sup>35</sup>

En este sentido la misma la Corte, en el caso *Beraud*, profundiza sobre su lectura del artículo 38, inciso 2º, de la Constitución al señalar que éste “(...) prescinde de toda consideración subjetiva relacionada con la conducta del agente público como requisito esencial que deba ser tenido en cuenta para hacer recaer en el Estado la obligación de indemnizar a la víctima. Para que la responsabilidad tenga lugar y para que nazca el derecho de la víctima a ser indemnizado es suficiente que la actuación del agente público esté relacionada con el servicio u órgano público y que haya un vínculo directo de causalidad entre la acción u omisión y el daño producido”<sup>36-37</sup>

### *c. Imprescriptibilidad (Inaplicabilidad del Código Civil)*

Como consecuencia de estos criterios era inevitable sostener para la jurisprudencia que la acción de responsabilidad era de carácter imprescriptible, cuestión que quedó sellada en adelante por la Corte Suprema a través de la sentencia *Hexagon* al señalar que “(...) forzoso es concluir que las normas legales de responsabilidad extracontractual del Estado, por los perjuicios causados a los particulares provenientes de actuaciones o de omisiones de los órganos de su Administración emanaban y se encontraban establecidas expresamente a la época del presente litigio en las Actas Constitucionales Nº 2 y 3, y, en la

34 “*Quintana y otros con Fisco*”, RDJ XCVIII (2001) Nº 1. Corte Suprema, 23 de enero de 2001. Responsabilidad por sacrificio o igualdad ante las cargas públicas.

35 “*Salas Salazar con Servicio de Salud Metropolitano Norte*”, GJ Nº 242. Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de septiembre de 2000. Responsabilidad por atención hospitalaria.

36 *Beraud con Fisco*, Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de septiembre de 1995, Considerando trigésimo séptimo, Rol Nº 49.556 – 93, Responsabilidad por mala praxis médica.

37 Pese a esta mayoritaria posición jurisprudencial, la propia Corte Suprema ha indicado que “...para que tenga lugar la acción indemnizatoria en materia extracontractual, se requiere un hecho doloso o culposo, perjuicios y un nexo causal entre el actuar indebido y los daños ocurridos, lo que no ocurre en este caso, por cuanto no es posible sostener que la autoridad haya actuado dolosa o culposamente, si se ajustó en su actuar a los textos legales “*Cantero Prado con Fisco*”, RDJ T. XCVI (1999) sección 5, Nº 2. Corte Suprema, 27 de mayo de 1999. También en GJ Nº 226. Responsabilidad por nulidad de derecho público.

*actualidad, en la Constitución de 1980 y Ley Orgánica Constitucional N° 18.575 de 1986, en consecuencia no se han podido aplicar las normas del Título XXXV del Código Civil sobre delitos y cuasidelitos, dentro de las cuales se encuentra el artículo 2332 sobre prescripción de las acciones provenientes de ellos. Es por todo lo anterior que este primer grupo de infracciones de ley denunciadas en el recurso debe ser desestimado, pues la sentencia recurrida no ha infringido el artículo 2332 del Código Civil al no darle aplicación*<sup>38</sup>.

De este modo la Corte Suprema mantuvo este criterio de imprescriptibilidad de la acción, que era compatible con la jurisprudencia que la misma Corte contemplaba para las acciones de nulidad de derecho público.

Estos fueron los criterios prevalentes hasta inicios de esta década. En adelante se revisarán los supuestos tradicionales sobre los cuales construyó su teoría de la responsabilidad, y comenzará a utilizar criterios interpretativos diversos, frente al mismo sistema de normas sobre el cual construyó su tradicional tesis.

### **3. La Etapa Reciente. El Factor Marín (2002 – )**

Denominamos el factor Marín al giro jurisprudencial que ha tenido la Corte Suprema en materia de responsabilidad del Estado, desde el ingreso a nuestro máximo tribunal del Ministro Urbano Marín.

Son sentencias de su redacción las que han marcado el giro conceptual en torno a los fundamentos constitucionales de la responsabilidad. Es decir, el paso de un sistema de responsabilidad constitucional, objetiva e imprescriptible a uno de carácter legal, con imputabilidad por falta de servicio y prescriptible. Impacto que también se ha dejado sentir, por la influencia del mismo Ministro en el tradicional tema de la invalidación y la nulidad de derecho público<sup>39</sup>.

El *leading case* en esta materia, es sin duda “*Domic Bezic*”, sentencia que la Corte Suprema pronunció en mayo de 2002. Los hechos consisten en que en octubre de 1973 el Sr. Jorge Jordán Bezic fue muerto en un recinto militar de la ciudad de La Serena, hecho que consta en el Informe Rettig. Tanto el fallo de primera como el de segunda instancia acogieron la demanda y condenaron a pagar las indemnizaciones respectivas, por concepto del daño moral, en el entendido que la responsabilidad del Estado es de carácter constitucional, objetiva y que además es imprescriptible, por la circunstancia adicional que la Convención de Ginebra sobre Tratamiento de Prisioneros de Guerra, declaran estos delitos como imprescriptibles. Interpuesto recurso de casación, la Corte decide cambiar su criterio sistemático.

38 “*Hexagón con Fisco*”, RDJ T. LXXXIV (1987) N° 3, sección 5. Corte Suprema, 28 de julio de 1987. Responsabilidad por comportamiento arbitrario del servicio. En el mismo sentido *Galletué con Fisco y Playas*.

39 La primera sentencia en esta materia fue el caso “*Salinas Lolis, Vjeruska, con Director de Obras de la Municipalidad de Viña del Mar*” (RDJ TOMO XCVI (1999), N° 3 (Septiembre-Diciembre), Sección 54).

*A. La Constitución no Establece un Sistema de Responsabilidad. El Título de Imputación General es la LOCBGAE, en Particular la Falta de Servicio.*

Con esta sentencia la Corte Suprema inaugura una nueva etapa en la materia. En efecto sostiene que resulta "(...) *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 (...)*".<sup>40</sup> De esta manera no considera que el artículo 38, inciso 2º de la Constitución sea el fundamento de la responsabilidad del Estado, y menos una responsabilidad de carácter objetivo, sino tan sólo da la posibilidad ejercer la acción en contra del Estado<sup>41</sup>.

Esta cuestión es aun más categórica, en otra sentencia redactada por el Ministro Marín el mismo mes, denominada "*Figueroa Gallardo*", en mayo de 2002. En esta sentencia la Corte Suprema precisa que la Constitución establece un principio de responsabilidad, pero "(...) *no establece cuál es la naturaleza de ésta, sino se remite a la ley para determinarla, lo que hacen los artículos 4º y 44 de la Ley Orgánica Constitucional N° 18.575, 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, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado y, en especial, respecto de los Ministerios y organismos regidos por el Título II del mismo cuerpo legal, que los órganos de la administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio y que, no obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal (...)*"<sup>42</sup>.

En el mismo sentido la Corte Suprema reproduce este argumento en el caso *Hernández Espinoza*, en abril de 2003, al señalar que "(...) *el artículo 38 de la Carta Fundamental (sólo) confiere, a toda persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, el derecho a reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño; derecho cuyo ejercicio permite a la jurisdicción ordinaria conocer y juzgar las acciones de resarcimiento fundadas en actos irregulares de la Administración. Por lo tanto, si bien los aludidos preceptos constitucionales reconocen el principio de la responsabilidad del Estado, en modo alguno establecen cuál es la naturaleza de esa responsabilidad, remitiendo a la ley su determinación (...)*"<sup>43</sup>.

De esta manera para la Corte Suprema el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado es la LOCBGAE, y el título de imputabilidad específico será la falta de servicio.

40 "*Domic Bezić con Fisco*", Corte Suprema, 15 de mayo de 2002. Rol N° 4753 - 2001. Responsabilidad por violación a los derechos humanos.

41 Este es el criterio que terminó por consagrar en la sentencia "*Robles con Fisco*" en enero de 2003, al sostener la Corte Suprema que "(...) el artículo 38 de la Constitución se limita a distinguir entre la acción dirigida contra el Estado y aquella que busca hacer efectiva la responsabilidad de los funcionarios, pero no tiene los alcances que le da el recurrente. La norma establece el derecho de los particulares para accionar en contra del Estado ante los tribunales ordinarios en caso que sean lesionados sus derechos (...)". Corte Suprema de Justicia, 23 de enero de 2003. Rol N° 3192-2001.

42 "*Figueroa Gallardo con Fisco*", Corte Suprema, 08 de mayo de 2002. Rol N° 3427 - 2001. Responsabilidad por muerte de funcionario en el desempeño de funciones. Falta de imputabilidad por falta de servicio, Considerando 17º.

43 *Hernández Espinoza con Servicio de Salud de Concepción*, Corte Suprema, 30 de abril de 2003, Rol N° 1290 - 02. Responsabilidad por mala praxis médica, considerando 13º.



*b. La responsabilidad del Estado está sujeta a las reglas de prescripción del Código Civil.*

Definido por la Corte Suprema que el sistema de responsabilidad del Estado no es un sistema de carácter objetivo regulado en la Constitución, en “DOMIC BEZIC” la Corte vuelve sobre el argumento adicional: la prescriptibilidad. En efecto, en este caso el Tribunal sostiene que “(...) el hecho que ciertas responsabilidades se sometan al Derecho Público no obsta a que ellas puedan extinguirse por el transcurso del tiempo, en conformidad a disposiciones que se comprenden en el mismo sector del Derecho, porque lo cierto es que la prescripción no es ajena a esas normativas, atendido 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. 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 imprescriptibles, corresponde estarse a las reglas del Derecho Común (...)”<sup>44</sup>.

Este criterio será repetido nuevamente por la Corte Suprema en dos casos posteriores, ambas redactados por el Ministro Marín, relativos a materias vinculadas con “Domic Bezic”.

El primero es “Pizani”, sentencia que pronunció la Corte Suprema en abril de 2003. En ella la Corte de Apelaciones de Concepción resolvió acoger una demanda, por daño moral, a consecuencia del secuestro y desaparición de don Juan Chamorro Arévalo el día 16 de septiembre de 1973 y la negativa posterior del Estado de devolverlo con vida o entregar información sobre su paradero, hecho que consta en el informe Rettig. Como consecuencia del acogimiento de la demanda el CDE interpuso recurso de Casación. En este caso siguiendo con la doctrina establecida en “Domic Bezic” la Corte afirma que “(...) la naturaleza especial de la responsabilidad extracontractual del Estado y el hecho de estar sujeta a reglas y principios pertenecientes al Derecho Público, no impiden que ciertos aspectos de esta responsabilidad, como son los relativos a la indemnización de los daños injustamente irrogados por la actividad estatal queden sometidos a las disposiciones del Derecho Común, a falta de una normativa propia del Derecho Público (...)”<sup>45</sup>, toda vez que en su opinión “(...) como quiera que la prescripción es una institución de orden público cuyo fundamento se vincula con consideraciones de utilidad y seguridad jurídica, entre ellas, la certeza y consistencia de los derechos, no debe extrañar que la imprescriptibilidad de ciertas acciones sea siempre excepcional y requiera de una declaración legal expresa (...) y que, en ausencia de disposiciones específicas de Derecho Público relativas a la materia, deban regir las normas del derecho común (...)”<sup>46</sup>.

44 Considerando 3º. Sentencia de reemplazo. “Domic Bezic con Fisco”, Corte Suprema, 15 de mayo de 2002. Rol N° 4753 – 2001. Responsabilidad por violación a los derechos humanos.

45 Pizani con Fisco. Corte Suprema de Justicia, 15 de abril de 2003. Rol N° 1234–2002. Responsabilidad por Violación a Derechos Humanos. Considerando 1º de la sentencia de reemplazo.

46 Ibídem, Considerando 6º, sentencia de casación.

El segundo caso es “*Cortés Barraza*”, sentencia que pronunció la Corte Suprema el 07 de mayo de 2003. En este caso D. Hipólito Cortés Álvarez fue detenido el 22 de septiembre de 1973 y fusilado el 16 de octubre del mismo año, en el interior del regimiento Arica, siendo encontrado su cuerpo y exhumado en noviembre del año 1998. Este hecho, al igual que los anteriores también consta en el informe Rettig. En este caso, la Corte vuelve a insistir en su tesis de la prescriptibilidad, precisando la naturaleza de los daños. En efecto, sostuvo “(...) *El resarcimiento de los daños efectivos o morales experimentados injustamente por los individuos es, en rigor, un asunto de índole pecuniaria y –conforme a lo razonado– no hay norma positiva alguna que establezca, en esta materia, la imprescriptibilidad genérica de la responsabilidad extracontractual del Fisco o de otra institución estatal (...)*”<sup>47</sup>.

Finalmente en todas estas sentencias (*Domic Bezic, Pizani y Cortés Barraza*) la Corte Suprema establece que no se aplica la imprescriptibilidad de la Convención de Ginebra, toda vez que “(...) *la exoneración allí contenida no es una norma expresa de imprescriptibilidad para acciones de naturaleza patrimonial o pecuniaria, de manera que ... no existe impedimento en nuestro ordenamiento jurídico para que operara la prescripción de las acciones conducentes a hacer efectiva la responsabilidad del Fisco de reparar daños cuya indemnización se intenta, es decir, para perseguir una responsabilidad distinta a la penal cuya exoneración excluye ese precepto de la convención (...)*”<sup>48</sup>.

Este criterio de prescriptibilidad ya había sido aceptado por algunas Cortes de Apelaciones, aunque no de manera uniforme. Por ejemplo, en el caso PATOSI se indica que “(...) *en materia de prescripción, el espíritu general de nuestra legislación, tanto de aquella que conforma el ámbito del Derecho Privado como del Derecho Público, es que las acciones que en ella encuentran su fuente sean prescriptibles (...); constituyendo la imprescriptibilidad una situación de excepción que se presenta únicamente en aquellos casos en que la ley, mediante texto expreso, así lo dispone. (...)*. En este orden de ideas, tratándose de la acción indemnizatoria proveniente de la responsabilidad del Estado, *ella no puede quedar al margen de la aplicación del mencionado principio, máxime cuando se trata de una acción de carácter pecuniario que se incorpora, verificados el factor de atribución y el daño que la generan, al patrimonio privado de quien aparece como su titular. Es por ello que por aplicación del espíritu general de nuestra legislación en materia de prescripción, y ante el silencio de nuestro ordenamiento tratándose de esta institución en el caso sub lite, no cabe sino concluir que la acción indemnizatoria proveniente de la responsabilidad del Estado necesariamente ha de considerarse prescriptible.*”<sup>49</sup>

47 Cortés Barraza con Fisco. Corte Suprema de Justicia, 07 de mayo de 2003. Rol N° 1558 – 2002. Responsabilidad por violación a Derechos Humanos. Considerando 7°.

48 *Ibidem*, Considerando 5°.

49 *“Patosi con Zambrano y Fisco”*, Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de octubre de 2000. Responsabilidad por negligencia médica.

Este criterio ha sido recientemente confirmado en el caso *Boloña* al establecer que la acción de responsabilidad extracontractual del Estado tiene por objeto "...una reparación pecuniaria y al no existir norma alguna que disponga la imprescriptibilidad de la misma, no hay razón legal para dejar de aplicar las normas de prescripción que establece el Código Civil, específicamente la del artículo 2332, que contempla para la prescripción de las acciones emanadas de la responsabilidad extracontractual un plazo de 4 años contados desde la perpetración del acto que la genera"<sup>50</sup>.

## V. A Modo de Conclusiones

A diferencia de lo que sucede con otras materias del Derecho Administrativo, la responsabilidad es un tema intrínsecamente vinculado a las formas y modos en que son resueltos los conflictos que se suscitan en la vida práctica.

Esta cuestión resulta razonable si se considera que la opción que en cada caso resuelva una controversia o se adopte desde el punto de vista dogmático en materia de responsabilidad del Estado, tiene por efecto justificar implícita o explícitamente la forma y modo en que se distribuyen o redistribuyen los daños o hechos lesivos en una sociedad. La responsabilidad no extingue las desgracias cotidianas de la comunidad, pero debe resolver cómo se asignan los riesgos al interior de ella.

De este modo, la responsabilidad reposa sobre la búsqueda de un punto de equilibrio entre los intereses de los administrados (víctimas), que tienden a una reparación, y los de la Administración (responsable), que suponen una indemnización<sup>51</sup>. En efecto, la modulación que podamos hacer de la responsabilidad administrativa, y las variaciones a las cuales da lugar la definición del equilibrio de intereses víctima – Administración, reenvían así a la multiplicidad de funciones que llena el régimen jurídico correspondiente; es decir, los objetivos perseguidos a través del compromiso de esta responsabilidad.

En estas condiciones resulta indispensable considerar el rol de los jueces al momento de definir estos casos. A ellos corresponde, bien o mal, determinar cuándo y por qué razones la Administración es responsable. Esta forma de enfrentarse al problema inevitablemente implica que el juez controle el proceder administrativo, o bien considere que los casos a resolver son más bien un mecanismo de justicia distributiva.

La manera en que la Corte Suprema ha enfrentado los temas de responsabilidad evidentemente resultan cambiantes, entre otras razones por lo imprecisa e indeterminada de nuestra regulación legal, y porque, además, se enfrentan a problemas directamente vinculados a la forma y modo en que el Estado y los ciudadanos deben compartir los infortunios, no sólo los ilícitos, sino que también los lícitos.

50 *"Boloña con Fisco"*, Corte de Apelaciones de Santiago, 15 de mayo de 2003, Rol N° 3455-1998.

51 *Paillet, M., La responsabilidad administrativa*, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 71.

Las dos etapas de la evolución jurisprudencial de la Corte Suprema dan cuenta de esta tendencia. Mientras en la primera etapa su énfasis está en el mecanismo de corrección y distribución de los daños estatales como medio de justicia distributiva, en la segunda, con el factor Marín, la Corte resuelve estos casos considerando que la responsabilidad es una forma concreta de distribuir infortunios, no definida por anticipado por la Constitución, sino de competencia de las políticas públicas del legislador, de quienes es necesario reclamar seguridad jurídica.

Esto explica la controversia e incerteza. El relato judicial supone alguna acción que según una parte del litigio fue cometida por la otra, acción que ha perjudicado al acusador y ha violado una ley que prohíbe actos de esta índole. El relato de la parte contraria intenta rechazar la acusación presentando otra versión de lo sucedido, o bien afirmando que el hecho en cuestión no perjudicó al acusado ni violó la ley. Tales versiones contrapuestas son la controversia cotidiana a resolver en una sentencia judicial<sup>52</sup>, y en ese péndulo se resuelven los casos de daños estatales.

52 Brunner, *La fábrica de historias. Derecho, literatura, vida*, Edit. Fondo Cultura Económica, 2003, p. 59 y 60.