

N° 212  
Volumen II  
Año LXX  
Julio-Diciembre 2002  
Fundada en 1933  
ISSN 0303-9986



# REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE  
CONCEPCION<sup>MR</sup>

Facultad de  
Ciencias Jurídicas  
y Sociales

## RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL ESTADO EN SU ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

FABIAN HUEPE ARTIGAS  
Universidad de Concepción

### PROBLEMATICA ACTUAL

Uno de los temas de mayor trascendencia en el área del Derecho Administrativo lo constituye sin duda alguna la teoría de la responsabilidad del Estado, la que ha experimentado una importante evolución que se remonta, en primer término, a la existencia de un Estado irresponsable, para llegar a una etapa en que claramente responde de sus actos. Por mi parte, me limitaré a la responsabilidad extracontractual o no contractual del Estado en su actividad administrativa.

Hoy la unanimidad de la doctrina nacional está de acuerdo en afirmar que la responsabilidad del Estado en su actividad administrativa es una realidad tanto en Derecho Comparado como en Chile. Sin embargo, llama la atención el hecho de no existir en nuestro país una doctrina clara respecto al régimen de responsabilidad que lo rige, es decir, si la responsabilidad del Estado es objetiva o subjetiva. Está fuera de dudas que el Estado es responsable si ha ocasionado un daño a los administrados, pero no se está claro si para que se haga efectiva dicha responsabilidad se requiere que el Estado haya actuado con culpa o dolo (me refiero a falta o culpa del servicio) o bien basta la mera relación de causalidad. Para demostrar lo anterior y sólo a manera de ejemplo, podemos citar a los profesores Eduardo Soto Kloss<sup>1</sup>, Hugo Caldera Delgado<sup>2</sup>, Rolando y Gustavo

<sup>1</sup> Soto Kloss, Eduardo, Derecho Administrativo. Bases fundamentales, tomo II "El Principio de Juridicidad", págs. 309-310. Editorial Jurídica de Chile, 1996.

<sup>2</sup> Caldera Delgado, Hugo, Sistema de responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución Política de Chile, págs. 205-207. Editorial Jurídica de Chile, 1982.

Fiamma Olivares<sup>3</sup>, quienes, entre otros, sostienen que en Chile impera un régimen de responsabilidad objetiva (que en términos muy simples, es aquel que requiere para operar la existencia de un daño y relación de causalidad, siendo la culpa y el dolo irrelevantes para configurar este tipo de responsabilidad), mientras que la doctrina del Consejo de Defensa del Estado, liderada por el profesor Pedro Pierry Arrau, por el contrario, afirma la existencia de una responsabilidad subjetiva basada en la "falta de servicio" (artículo 42 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado)<sup>4</sup>, responsabilidad que, si bien es cierto, no requiere acreditar necesariamente la existencia de dolo o culpa del funcionario o agente público para configurar la falta de servicio, no por ello estamos en presencia de una responsabilidad objetiva, ya que debe probarse la falta de servicio, que en definitiva no es otra cosa que acreditar "la culpa del servicio", como sostiene el profesor Pierry, lo que entonces implica calificar la responsabilidad del Estado como una responsabilidad subjetiva<sup>5</sup> (en otras palabras, se acoge la doctrina de la culpa anónima).

Esta posición también es apoyada por el profesor Jaime Rojas Varas<sup>6</sup> y Raúl Letelier Wartenberg<sup>7</sup>, mientras que en el mismo sentido el profesor Osvaldo Oelckers Camus, refiriéndose también a la falta de servicio, afirmaba la existencia de una responsabilidad que "se objetiviza", lo que no significa que esta responsabilidad sea objetiva, pues en estos casos "necesariamente debe probarse la circunstancia que se alega derivada del funcionamiento anormal del organismo público"<sup>8</sup>.

Todo lo anteriormente expuesto reviste real gravedad debido a que las diferencias doctrinales antes anotadas se "reflejan" en la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia quienes, si bien, en la mayoría de las sentencias reconocen una responsabilidad objetiva del Estado, en otras han considerado (aunque muy

<sup>3</sup> Fiamma, Gustavo, "La acción constitucional de responsabilidad y la responsabilidad por falta de servicio". *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 16, N° 2, 1989, pp. 434-435.

<sup>4</sup> Téngase presente que ése es el número de artículo vigente a la fecha de exposición del tema en las Jornadas de Derecho Público.

<sup>5</sup> Pierry Arrau, Pedro, "La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio". *Revista de Derecho*, Consejo de Defensa del Estado. Año 1, julio 2000, N° 1, p. 19.

<sup>6</sup> Rojas Varas, Jaime, "La responsabilidad extracontractual del Estado administrador", *Revista Chilena de Derecho...*, cit., N° Especial, 1998, pp. 357-359.

<sup>7</sup> Letelier Wartenberg, Raúl, "La fuerza mayor en la responsabilidad extracontractual de la administración del Estado", pp. 26 y 197-199. Editorial Cono Sur, Santiago 2001.

<sup>8</sup> Oelckers Camus, Osvaldo, "La responsabilidad extracontractual del Estado administrador en las leyes orgánicas constitucionales de administración del Estado y municipalidades", p. 349. *Revista Chilena de Derecho...*, cit., N° Especial, 1998.

minoritariamente) la existencia de una responsabilidad subjetiva fundada en la falta de servicio (la postura de considerar una responsabilidad del Estado fundada exclusivamente en el Código Civil no la mencionaremos porque ya está superada).

A vía de ejemplo se puede mencionar el conocido fallo de la Corte Suprema del 24 de marzo de 1981 "María Tirado con Municipalidad de la Reina" que, de alguna manera, ha sido considerado como uno de los precursores de la doctrina de la responsabilidad objetiva<sup>9</sup> –opinión no por todos compartida por supuesto– y que comenzó a ser reiterado por los tribunales hasta hoy, tal como ya lo hiciera, entre otros, en nuestra región, el fallo del Segundo Juzgado de Letras de Talcahuano del 16 de octubre 1998 en la causa "Aja García con Municipalidad de Talcahuano" que reconoce una "responsabilidad pública y objetiva del Estado y la Municipalidad"<sup>10</sup> (juicio sustanciado por el profesor Alvaro Troncoso Larronde). Sin embargo, también existen fallos recientes que consagran una responsabilidad subjetiva fundada en la falta de servicio como el dictado por la Corte de Apelaciones de Chillán el 5 de noviembre de 1998 que resolvió que "la falta de servicio no puede asimilarse a la responsabilidad objetiva, toda vez que es preciso, según el razonamiento que sigue, que en el proceso se acredite en forma fehaciente la falta de servicio por parte, en este caso, del Fisco de Chile"<sup>11</sup>. Ahora, ¿esta dualidad de posiciones es grave? Sí, lo es, porque en algunos tribunales la víctima afectada será indemnizada mientras que en otros no, lo que en último término generará inseguridad jurídica e injusticia.

## CUAL ES LA RAZON DE ESTA DUALIDAD DE POSTURAS

La razón se encuentra en la falta de claridad de las normas claves que rigen el sistema de responsabilidad del Estado en Chile. En efecto, las normas que han generado este "grave cortocircuito" son tres: el artículo 38 inc. 2º de la CPR, el artículo 4º y el artículo 42 de la LOCBGAE. Veamos:

Artículo 38 inc. 2º. "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".

<sup>9</sup> Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 78, 2ª parte, sec. 5ª, pp. 35-44. 1981.

<sup>10</sup> Fallo comentado por el profesor Soto Kloss en la revista *Ius Publicum*, Universidad Santo Tomás, N° 4, año 2000, pp. 159-169. La cita corresponde al considerando decimoquinto de la sentencia. p. 164.

<sup>11</sup> Fallo citado por Jaime Rojas en "Bases de la responsabilidad...", *Revista Chilena de Derecho...*, cit. p. 359.

Artículo 4° (Título I. "Normas Generales") "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 (Título II, "Normas Especiales") "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".

Ha sido fundamentalmente sobre la base de estas tres disposiciones que se ha construido toda la teoría de la responsabilidad del Estado en su actividad administrativa, aunque no son las únicas. También están los artículos 6° y 7° de la CPR que en sus incisos finales hacen mención expresa a la responsabilidad de los órganos del Estado. A estas normas las denominamos normas expresas o específicas de responsabilidad, porque también existen normas que, sin ser expresas, fundamentan la responsabilidad del Estado pero cuyo análisis no corresponde hacer por ahora.

## POSICIONES EN TORNO AL TEMA

Pero volvamos a nuestras tres normas. Si se observa su tenor literal, constataremos que en ninguna de ellas se hace mención a elementos subjetivos de dolo o culpa. No dice que el Estado es responsable por los daños culpablemente ocasionados, ni nada similar. Es entonces cuando surgen las interpretaciones en torno al régimen de responsabilidad. Veamos muy resumidamente las dos posiciones doctrinarias:

### En Chile impera un régimen de responsabilidad subjetiva

Esta es la posición sustentada por el Consejo de Defensa del Estado a través del profesor Pedro Pierry, abogado consejero de dicha institución, quien ha publicado varios artículos sobre este punto<sup>12</sup>. Pierry sostiene que la legislación chilena incorporó, a través del artículo 44 (hoy 42) de la LOCBGAE, el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado elaborado por el Derecho Administrativo francés, principalmente a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado.

<sup>12</sup> Ya desde 1975, en la Revista de Ciencias Jurídicas de Valparaíso, Pierry defiende esta posición siendo apoyado por otros profesores a través del tiempo. Así es el caso del profesor Jaime Rojas Varas ("Bases de la responsabilidad extracontractual del Estado administrador", Revista Chilena de Derecho, N° especial, pp. 353-360, 1998).

Pierry sostiene que, principalmente, en los artículos 38 inc. 2° de la CPR y en los artículos 4° y 42 de la LOCBGAE debe establecerse la regulación de la responsabilidad del Estado en Chile, solucionándose las aparentes contradicciones y omisiones para establecer un sistema coherente y adecuado. Las contradicciones y omisiones que observa y que a nosotros nos interesa son las siguientes: 1) confundir la responsabilidad por falta de servicio con la responsabilidad objetiva (artículo 42 de la LOCBGAE); 2) la confusión de entenderse el artículo 38 de la CPR como una norma positiva de responsabilidad cuando en realidad se trata de una norma de competencia. Veamos estos dos puntos:

1) Al decir que la responsabilidad por falta de servicio no es una responsabilidad objetiva, Pierry afirma que ella no corresponde, al menos a lo que en Derecho Civil se conoce como tal, y esto es, aquella en que basta para comprometerla el que exista tan sólo un vínculo de causalidad entre el hecho y el daño, es decir, basta la sola relación de causalidad y nada más. En cambio, en la responsabilidad por falta de servicio, categóricamente no basta con la relación de causalidad sino que es necesario que exista la "falta de servicio"<sup>13, 14</sup>.

Luego, sostiene que el concepto adecuado es considerar la responsabilidad por falta de servicio como dentro de la responsabilidad subjetiva, citando a los hermanos Mazeud y Tunc, quienes señalan que la falta de servicio es considerada como "la culpa del servicio". De ahí que la responsabilidad continúa siendo subjetiva, basada en la culpa. La exigencia establecida por la ley, que implica probar el mal funcionamiento del servicio o el no funcionamiento del mismo, descarta la idea de responsabilidad objetiva<sup>15, 16</sup>.

<sup>13</sup> Pierry Arrau, Pedro, "La responsabilidad extracontractual...", cit., p. 19.

<sup>14</sup> Pierry sostiene que, en el fallo "Tirado con Municipalidad de la Reina" la Corte Suprema al calificar de objetiva la responsabilidad, lo hacía únicamente para distinguirla de la responsabilidad civil, porque en la responsabilidad municipal no se requiere de prueba de dolo o culpa del funcionario ("individualizado como tal", en particular. Nota nuestra) y sería únicamente una cuestión terminológica en qué objetiva sería para los tribunales cuando no deba existir culpa o dolo de un individuo en particular. En otras palabras, según deducimos de Pierry, la Corte podría estimar que la responsabilidad objetiva sería aquella que no requiere, para configurarse, la culpa o dolo de un funcionario en particular, aunque sí podría configurarse una "culpa de la Administración", una culpa orgánica o una "culpa del servicio" (no del funcionario) como él diría. Asimismo, este autor cita a Soto Kloss, quien respecto a este fallo señala que se está en presencia de una responsabilidad objetiva, pero haciendo una precisión acerca de expresión formal utilizada en el fallo, pues en materia de responsabilidad del Estado Administrador, la responsabilidad objetiva "adquiere una tonalidad propia no enteramente idéntica a la mera causalidad material" (Pierry Arrau, Pedro, "La responsabilidad extracontractual...", cit., p. 20. Pierry extrae la cita de Soto Kloss, Eduardo, "Derecho Administrativo...", cit., p. 341).

<sup>15</sup> Pierry Arrau, Pedro, "La responsabilidad extracontractual...", cit., p. 19.

<sup>16</sup> Llama la atención la posición adoptada por Hans Mundaca Assmussen respecto a la responsabilidad por falta de servicio (Responsabilidad del Estado por falta de servicio. Editorial Libromar Ltda.,

Además, cita el informe de la cuarta comisión legislativa a la Junta de Gobierno, sobre el proyecto de la LOCBGAE que al referirse a la falta de servicio se señala que se trata de un elemento objetivo (no una responsabilidad objetiva), al descartar la culpa o dolo de los funcionarios<sup>17</sup> y se trata de un concepto que tiene su origen en el derecho francés y es la concreción de una serie de elementos que tienen un largo desarrollo en el Derecho Administrativo<sup>18</sup>.

Finalmente, Pierry sostiene que el veto presidencial supresivo de los artículos 4° y 44 (actual 42) que habían sido modificados en el proyecto de Ley de Probidad Administrativa en 1999, siendo éstos muy parecidos, en su redacción, al artículo 38 inciso 2° de la CPR, y que pudieran hacer pensar que se consagraba un régimen de responsabilidad objetiva, es una clara interpretación legislativa del verdadero sentido de los artículos 38, 4ª y 44, como disposiciones que no establecen una responsabilidad objetiva, máxime si el veto fue aprobado por ambas cámaras del Congreso por unanimidad.

2) Pierry plantea que si el artículo 38 de la CPR estableciera la responsabilidad objetiva del Estado, entonces ya algunos podrían estar viendo en el artículo 42 de la LOCBGAE una contradicción, y por lo tanto, una inconstitucionalidad con el citado artículo 38 inc. 2° de la CPR<sup>19</sup>. Sin embargo, advierte que la LOCBGAE es Orgánica Constitucional y su constitucionalidad ya fue aprobada en virtud de lo dispuesto en el artículo 82 N° 1 de la CPR, por lo que no puede ser objeto de recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, según el artículo 83 inc. final.

Por ello, para Pierry, este artículo 38 inc. 2° no es un precepto sustantivo de responsabilidad del Estado sino que es una "norma de competencia" para determinar el tribunal que debe conocer del contencioso-administrativo y no de

---

Valparaíso 2001). Este autor señala que "la falta de servicio es responsabilidad objetiva, en cuanto no se requiere culpa o dolo del funcionario..." (p. 76 de su obra). Posteriormente reitera esta idea expresando que "es objetiva en cuanto no concurre el dolo ni culpa, pero sí la falta de servicio, como culpa del servicio, elemento que habrá que probarse..." (p. 78). En conclusión, adopta la misma posición que la de Pierry, pero con la diferencia de calificar a la responsabilidad por falta de servicio como responsabilidad objetiva. En este aspecto, creemos que es más acertada la posición de Pierry quien, derechamente, la califica como responsabilidad subjetiva porque de todas formas se exige la culpa del servicio. ¿Cómo podría tildarse de "objetiva" a la "culpa" del servicio?

<sup>17</sup> Es decir, se trataría de un elemento objetivo, y no de una responsabilidad objetiva, porque se descarta la "culpa del funcionario" pero no la "culpa de la Administración", como dirían los defensores de esta tesis.

<sup>18</sup> Pierry Arrau, Pedro, "La responsabilidad extracontractual...", cit., p. 21.

<sup>19</sup> Posición que adopta el profesor Gustavo Fiamma, como se verá en su oportunidad.

una acción de responsabilidad. Según él, así se desprendería claramente de las Actas de Sesiones de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sesión 410<sup>20</sup>. Y, si con todo, se llegara a sostener que se trata de una acción de responsabilidad, no aparece en absoluto claro que se trata de una responsabilidad objetiva, sino que precisamente todo lo contrario, ya que como lo señaló el presidente de la Comisión, señor Ortúzar, "se refiere al perjuicio que puede causar un acto arbitrario o ilegítimo de la Administración y del que podrán conocer los tribunales ordinarios"<sup>21</sup>. De ello infiere Pierry que la responsabilidad del Estado es subjetiva porque "siempre se consideró que la responsabilidad del Estado únicamente podría verse comprometida en caso de una actuación antijurídica.

Ahora bien, si el artículo 38 inc. 2° de la CPR no establece la responsabilidad objetiva, como lo preconiza Pierry, ¿qué significado tiene el artículo 4° de la LOCBGAE?

Pierry, para responder a esta interrogante, recurre a la historia de la ley, en especial, al informe con el que la Comisión remitió el proyecto al Presidente de la República, informe que, en su página nueve, expresa respecto al artículo 4° que cabe aplicar aquí la regla general sobre indemnización por los daños que cause la Administración debiendo determinarse, en cada caso, por los tribunales competentes, si ella actuó con dolo o culpa"<sup>22</sup>.

No establece, en consecuencia, aclara Pierry, la responsabilidad objetiva de la Administración, sino que "reproduce el principio de responsabilidad del Estado" entendido dentro de una noción que presupone el actuar ilícito o antijurídico y exigiendo por lo tanto "culpa o dolo"<sup>23</sup>, lo que, referido a las instituciones de Derecho Público que estaba consagrando, se refiere a la "culpa o dolo" del Servicio, o sea, a la falta de servicio"<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> Pierry señala que el artículo 38 inc. 2° en su redacción original aparece claramente como el reemplazo que la CPR hizo del artículo 87 de la Constitución de 1925 ubicado en el capítulo del Poder Judicial (pág. 27 de su publicación). También señala que el artículo 38 tenía por objeto restablecer la acción contencioso-administrativa; pero después de la modificación introducida por la Ley de Reforma Constitucional N° 18.825 de 1989 que suprimió en la frase "podrá reclamar ante los tribunales contencioso-administrativos que determine la ley" la expresión "contencioso-administrativos" quedando el resto del artículo intacto, se llevó a confundir la norma de competencia con una norma de acción de responsabilidad.

<sup>21</sup> Pierry Arrau, Pedro, "La responsabilidad extracontractual..." cit., p. 26.

<sup>22</sup> Citado por Pierry Arrau, Pedro, "La responsabilidad extracontractual..." cit., p. 27.

<sup>23</sup> Creemos que el actuar ilícito no conlleva necesariamente la culpa o dolo del autor de la ilicitud. Esto sí es válido para el Derecho Civil en que el actuar ilícito (delito o cuasidelito civil) tiene su fundamento no en la ilicitud propiamente tal sino que en el actuar doloso o culpable del autor. En cambio, para el Derecho Público la ilicitud se configura por actuar al margen de la Constitución, es decir, al infringir el principio de juridicidad (artículos 6° y 7° de la CPR) independiente de la existencia de culpa o dolo de su autor, el cual puede constituir un elemento de la ilicitud, pero no su fundamento.

<sup>24</sup> Pierry Arrau, Pedro, "La responsabilidad extracontractual..." cit., p. 27.

Es ésta la postura, muy resumida, desde luego, que establece la responsabilidad subjetiva del Estado. Veamos ahora la postura contraria:

### En Chile impera un régimen de responsabilidad objetiva

Esta posición es sustentada por Eduardo Soto Kloss, Gustavo Fiamma, Rolando Pantoja, Hugo Caldera, entre otros administrativistas.

Estos autores fundamentan su postura sobre la base de una interpretación armónica y sistemática de las normas genéricas de la Constitución de 1980 y las normas expresas de ella.

En cuanto a las normas genéricas, sostienen que la CPR no puede consagrar sino una responsabilidad objetiva del Estado, porque –y siguiendo fundamentalmente al profesor Eduardo Soto Kloss, el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común con pleno respeto y garantía a los derechos que la Constitución establece (Art. 1° inc. 4°); el Estado reconoce como límite el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y es deber del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por la Constitución (art. 5 inc. 2°); porque nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio sino de la manera que la propia Constitución determina y previa indemnización (artículo 19 N° 24). Y además, porque el daño producido en un tercero/vícti implica una desigualdad ante las cargas públicas (artículo 19 N° 20), que genera una discriminación arbitraria que está prohibida a la autoridad estatal hacer (artículo 19 N° 2)<sup>25</sup> CPR.

Soto Kloss también fundamenta su opinión en orden a que la responsabilidad del Estado es objetiva porque “se trata de una responsabilidad de una persona jurídica estatal, no de una persona natural; de allí que no sea aplicable a ella toda la estructura subjetiva con que se ha organizado tanto la responsabilidad civil, penal o disciplinaria, sobre la base de culpa o dolo y, por lo tanto, no puede serle aplicada la regulación normativa civilista o penal o disciplinaria; éstos resultan enteramente incompatibles con la esencia misma de la responsabilidad del Estado”, de manera que “es una responsabilidad objetiva, fundada sobre la base de la causalidad material, vale decir, atendida la relación causal entre un daño antijurídico (que la víctima no estaba jurídicamente obligada a soportar) producido por un órgano del Estado en el ejercicio de sus funciones...”<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Soto Kloss, Eduardo, *Derecho Administrativo...*, cit., pp. 308-309.

<sup>26</sup> Soto Kloss, Eduardo, *Derecho Administrativo...*, cit., pp. 309-310.

En general, los autores también interpretan las normas expresas de la Constitución (artículos 6°, 7° y 38 inc. 2°) en cuanto aquéllas, en ningún caso, mencionan los elementos subjetivos de dolo o culpa para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Así, en el caso del artículo 38 de la CPR, tampoco se exige la concurrencia del dolo o culpa para hacer responsable a la Administración por la lesión que cause en los derechos de los administrados.

Por otra parte, a diferencia de lo sostenido por Pierry en cuanto que el artículo 38 inc. 2° de la CPR es una norma de competencia (procesal) y no una acción de responsabilidad, el profesor Pantoja ya señalaba en 1987 que el artículo 38 inc. 2° no estaba orientado ni tenía en mente, al establecer su preceptiva, regular la Administración Pública, ni el orden jurisdiccional.

Para Gustavo Fiamma esta norma también es positiva, además de orgánica procesal. Señala que contempla no sólo la acción procesal o "justicia administrativa", sino también un contenido sustantivo de evidente carácter reparatorio puesto que se refiere a la responsabilidad de la Administración y a la responsabilidad de sus funcionarios, existiendo la primera sin perjuicio de la segunda. Señala además que esta conclusión se encuentra confirmada con la historia fidedigna del artículo 38 inc. 2° contenida en las Actas de Sesiones de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, concluyendo en definitiva que en el artículo 38 inc. 2° se encuentra consagrada la acción reparatoria, a diferencia del artículo 7° inciso final que contempla la acción anulatoria, en armonía con el artículo 19 N° 3 que consagra el abstracto derecho a la acción<sup>27</sup>. En conclusión, para estos autores, el artículo 38 inc. 2° de la CPR es una norma sustantiva, no de competencia, y es una norma que establece la responsabilidad objetiva del Estado.

En consecuencia, si la Constitución ha consagrado un régimen de responsabilidad objetiva del Estado, parece obvio que las normas de jerarquía inferior deben ajustarse a ella en virtud del principio de Primacía Constitucional, establecido en el artículo 6° de la CPR. Bajo esta premisa, los artículos 4° y 42 de la LOCBGAE no pueden interpretarse más que en este sentido armónico.

El artículo 4° ha sido creado por mandato constitucional (artículo 38 de la CPR), y el profesor Pantoja, analizando el artículo 42 de la LOCBGAE que hace referencia a los conceptos de falta personal y falta de servicio, se pregunta si su cambio de redacción con el artículo 4° implica un cambio en la solución de

<sup>27</sup> Mayor detalle sobre este razonamiento en Fiamma Olivares, Gustavo, "La acción constitucional...", cit., pp. 429-434.

fondo al problema de la responsabilidad del Estado o si el cambio gramatical que denotan estas normas implica, más bien matices diferentes para una misma solución jurídica. Al respecto plantea la segunda postura, ya que no sería dable de suponer, por una parte, que el legislador ha incorporado una regla de responsabilidad objetiva en una disposición y un precepto diferente en el artículo 44, debiendo existir entre las normas de una ley la debida correspondencia y armonía.

Sin embargo, para Gustavo Fiamma la situación del artículo 42 es distinta. Señala que "la falta de concordancia entre el sistema previsto por el artículo 38 de la Constitución con el sistema establecido por los artículos 4 y 42 de la LOCBGAE es de tal entidad que es imposible la interpretación conciliatoria; dichos sistemas son esencialmente contradictorios, al extremo de ser excluyentes entre sí..."<sup>28</sup>.

Hemos terminado de hacer un muy breve resumen acerca de las posturas existentes en Chile en torno a la responsabilidad del Estado. Ahora expondremos la nuestra.

## NUESTRA POSTURA ACERCA DEL REGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Nosotros adherimos a la posición de considerar que en Chile se consagra un régimen de responsabilidad objetiva del Estado por cuanto garantiza en forma más eficaz los derechos de los administrados y es más acorde a un Estado de Derecho, en que ninguna autoridad, por muy poderosa que sea, puede avasallar el principio de juridicidad, principio tan trascendente como los de la servicialidad del Estado, del bien común y protección a los derechos fundamentales de todas las personas, principios que, en definitiva, constituyen el norte que siempre se debe tener a la vista al momento de analizar el problema de la responsabilidad del Estado, de manera que toda interpretación constitucional y legal debe propender al máximo de garantías respecto a los derechos esenciales de los administrados.

Por otra parte, compartimos los argumentos planteados por la doctrina mayoritaria, favorable a la responsabilidad objetiva del Estado. Sin embargo, es nuestra intención agregar otras razones para dejar, en nuestro concepto, más en claro todavía el porqué la institución de la responsabilidad objetiva es y debe ser la acogida en nuestro ordenamiento jurídico.

En consecuencia, pensamos que existen otros argumentos que reafirman

<sup>28</sup> Fiamma Olivares, Gustavo, "La acción constitucional...", cit., p. 438.

la posición mayoritaria, y como ya señaláramos, la falta de claridad de las normas nos lleva a buscar argumentos interpretativos y ellos son: 1) Aplicación de la hermenéutica constitucional, 2) una interpretación etimológica del concepto de responsabilidad, 3) una interpretación constitucional de los artículos 4º y 42 de la LOCBGAE, 4) una interpretación sistemática de las demás normas legales que regulan la responsabilidad y 5) una interpretación jurisprudencial. Veamos:

## ARGUMENTOS QUE AFIRMAN NUESTRA POSTURA

### 1) Aplicación de la hermenéutica constitucional

La hermenéutica constitucional consiste en la ciencia o arte de la interpretación de la Constitución, es decir, el análisis de los principios que deben aplicarse para interpretar, en este caso, la Carta Fundamental.

En la actualidad, son muchos los autores que afirman que la hermenéutica constitucional es distinta o autónoma respecto de las normas de interpretación que en Chile se consagran en los artículos 19 a 24 del Código Civil. Según este pensamiento, es clara la insuficiencia de la interpretación clásica, acogida en el seno del Derecho Privado, para las normas constitucionales.

En efecto, ha sido frecuente que se apliquen a las normas constitucionales los métodos clásicos de interpretación, tales como la interpretación exegética, histórica, lógica y sistemática. Sin embargo, el profesor Mario Verdugo ha señalado que, en las últimas décadas, se ha manifestado entre los autores del Derecho Constitucional una reacción en contra de esta postura metodológica, porque la norma constitucional se diferencia de la común por "ser superior, por su contenido, por su rigidez y por su origen", afirmando que "el carácter de fundamental y supremo que reviste el Derecho de la Constitución se traduce técnicamente en normas de gran estabilidad a la vez que de flexibilidad, redactadas en un estilo diferente al de las leyes ordinarias, como se trata de preceptos destinados a regir durante largo tiempo, de reforma difícil, y cuya generalidad les permite comprender situaciones muchas veces no contempladas por el constituyente"<sup>29</sup>.

También es interesante la opinión del profesor Manuel Carrasco Durán, del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla (España), quien sostiene que los métodos de la teoría clásica de la interpretación

<sup>29</sup> Verdugo Marinkovic, Mario, "La interpretación constitucional", *Gaceta Jurídica* N° 185, noviembre 1995, p. 8.

“presuponen la existencia de unas normas precisas a partir de las cuales pueda derivarse la solución a cada problema jurídico. Se parte, pues, de la premisa de que la solución se encuentra ya implícita en la propia ley. No obstante, la ilusión de la utilidad exclusiva de tales métodos puede mantenerse sólo si se toman como objeto normas típicas de Derecho Privado en los que a la descripción precisa de una conducta se anuda una consecuencia jurídica... sin embargo, los preceptos constitucionales tienen una imprecisión que les impide, de partida, operar como parámetro para extraer una solución jurídica automática. En los preceptos constitucionales no es posible descubrir referencias a conductas concretas o a consecuencias determinadas. Por el contrario, la mayoría de tales preceptos se integran por referirse a valores, principios, derechos, bienes e instituciones de formulación muy genérica...”<sup>30</sup>.

En otras palabras, “las reglas clásicas de interpretación suponen una búsqueda de la voluntad escondida en la norma, ya sea la voluntad subjetiva del legislador, ya sea la voluntad objetiva de la norma”. Sin embargo, las normas constitucionales contienen “conceptos de características muy generales y de ámbito muy amplio”<sup>31</sup>, de manera que los métodos clásicos son insuficientes.

Ahora, ¿por qué interesa saber que la interpretación clásica de la ley es insuficiente para interpretar la norma constitucional?

Por una razón fundamental. Si se observan las discusiones doctrinarias en torno a determinar cuál es el régimen de responsabilidad del Estado en Chile, puede constatarse que se otorga una excesiva importancia a la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional. Así, Pedro Pierry sustenta su tesis de responsabilidad subjetiva en gran parte acudiendo a las actas constitucionales en busca de “la voluntad escondida de la norma”, en este caso, la voluntad del constituyente, es decir, tratando de dilucidar qué quiso decir el constituyente al establecer el artículo 38 inc. 2° de la CPR<sup>32</sup>. Dicho de otra forma, no se puede ni se debe llegar a una conclusión categórica en la determinación del régimen de responsabilidad sobre la base de desentrañar una pretendida voluntad, subjetiva en este caso, del artículo 38 inc. 2° de la CPR

<sup>30</sup> Carrasco Durán, Manuel, “La interpretación de la Constitución...,” *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*, año 4, 1997, p. 117.

<sup>31</sup> Carrasco Durán, Manuel, “La interpretación de...,” *cit.*, p. 121.

<sup>32</sup> Es decir, Pierry, sobre la base de la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional, llega a la conclusión de que el constituyente no tuvo la intención de consagrar un régimen de responsabilidad objetiva (voluntad subjetiva de la norma). Nótese, sin embargo, que Fiamma, aplicando idéntico razonamiento, llega a la conclusión contraria, como ya lo expusimos en su oportunidad.

como tampoco basarse simplemente en una voluntad objetiva de la misma. Estos tópicos deben ser analizados junto a otros elementos, de manera que se logre una "interpretación teleológica, armónica, flexible y dinámica de la norma fundamental"<sup>33</sup>, o una interpretación "sistemática, armónica, equilibrada y útil de la Constitución"<sup>34</sup>.

En conclusión, la historia fidedigna del establecimiento de la norma, en la materia que nos interesa, no puede ser categórica para afirmar que la responsabilidad del Estado es objetiva o subjetiva<sup>35</sup>. Es más, creemos que el constituyente, por regla general, no entra a establecer en forma detallada la regulación de una determinada institución, sino que encarga al legislador su detalle. Así, por ejemplo, la Constitución en los artículos 6° y 7° establece el principio de Juridicidad, cuya infracción señala las responsabilidades y sanciones que determine la ley sin pronunciarse en forma expresa acerca del tipo de responsabilidad o sanción a aplicar. No dice "aquí debe aplicarse la responsabilidad subjetiva y la nulidad será imprescriptible o prescriptible". Del mismo modo, en el artículo 38 de la CPR el constituyente no reguló las bases generales de la administración del Estado sino que dejó entregado al legislador regular la organización básica de la administración pública y también estableció, en su inciso 2°, el principio de responsabilidad del Estado, cuya regulación debía establecerse en una ley, así como también el tribunal que debía conocer de dicha responsabilidad<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> Verdugo Marinkovic, Mario, "La interpretación constitucional", cit., p. 12.

<sup>34</sup> Sagüés, Néstor Pedro, "La interpretación de la Constitución", Revista de Derecho, Universidad Central, año 5, N° 1, 1999, p. 103.

<sup>35</sup> Y nótese que Pierry, una vez emprendido su análisis en la historia del artículo 38 inc. 2° de la CPR, analiza a continuación la historia de los artículos 4° y 42 de la LOCBGAE para justificar la responsabilidad subjetiva del Estado (Pierry sostiene que el veto supresivo de los artículos 4° y 44 (hoy 42) modificados en el proyecto de Ley de Probidad Administrativa en 1999, que se parecían en su redacción al artículo 38 inciso 2° de la CPR, y que pudieran hacer pensar que se consagraba un régimen de responsabilidad objetiva, es una clara interpretación legislativa del verdadero sentido de los artículos 38, 4° y 44, como establecedores de una responsabilidad subjetiva, máxime si el veto fue aprobado por ambas cámaras del Congreso por unanimidad). Sin embargo este análisis histórico no puede llevar a concluir de manera contundente un régimen de responsabilidad, porque si bien, en este caso, a diferencia del artículo 38 inc. 2°, se está interpretando una norma legal, no es menos cierto que se trata una ley orgánica Constitucional, que por mandato del artículo 6° de la CPR debe estar conforme a ella y si la Constitución consagra la responsabilidad objetiva del Estado, que es la posición que sustentamos, mal podría establecer la ley, inferior a ella, un régimen contrario. Por supuesto que además es inadmisibles la sola interpretación "legislativa" de una norma "constitucional" como lo es el artículo 38 inciso 2° de la CPR.

<sup>36</sup> Con respecto al tribunal competente, conocida es la discusión sostenida por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, en cuanto a si debieran o no establecerse los tribunales contencioso-administrativos, tema que actualmente sigue en propuesta. Ahora, tratándose de los artículos 6° y 7° de la CPR, que remitían las responsabilidades a la ley, hay que destacar hasta el 5 de diciembre de 1986, no

Pero en ningún caso, el constituyente se pronunció expresamente acerca del régimen de responsabilidad que consagraba el precepto constitucional, el cual, creemos, es un régimen de responsabilidad objetiva, llegando a esta conclusión no porque el constituyente histórico o la voluntad objetiva de la norma así la establezcan, sino que por otras razones.

En efecto, la hermenéutica constitucional enseña que la interpretación de la Constitución no puede quedarse "anclada" en la pura búsqueda de la voluntad de la norma o del constituyente. Debe ser dinámica, ser capaz de desprenderse de aquella voluntad. En este sentido, es interesante el método hermenéutico-concretizador de Konrad Hesse, quien parte ante todo de la necesidad de prescindir del dogma de la voluntad. Es tarea inútil tratar de buscar cuál sea la voluntad (objetiva) de la norma o la voluntad (subjetiva) de quien la dicta, allí donde precisamente, dicha voluntad no existe. De esta forma, la interpretación constitucional adquiere entidad "en todos los casos en que ha de darse respuesta a una cuestión constitucional que la Constitución no permite resolver de forma concluyente". El cometido de la interpretación es, así, el de "hallar el resultado constitucionalmente correcto a través de un procedimiento racional y controlable, creando de este modo certeza y previsibilidad jurídica y no, acaso, la decisión por la decisión"<sup>37</sup>.

Siendo así las cosas, para interpretar los artículos de la Constitución, especialmente los artículos 6°, 7° y 38, es necesario acudir a otros elementos. En este punto cabe destacar los siguientes aspectos:

1. En palabras del profesor Ismael Bustos, la Constitución no es otra cosa que la expresión jurídica de un conjunto de valores políticos que incluye, básicamente, los principios y fines de un sistema político"<sup>38, 39</sup>.

---

existían los artículos 4° y 44 de la LOCBGAE y por supuesto, el artículo 38 inc. 2° tampoco tenía una concreción legal de carácter general, lo que llevó a entender erróneamente en un momento, el aplicar normas de responsabilidad establecidas en el Código Civil. Sin embargo, el profesor Eduardo Soto Kloss ya había comprendido el problema de no existir disposiciones legislativas y por ello concluyó que las normas constitucionales tenían operatividad propia (Soto Kloss, Eduardo, "Bases para una teoría...", *Gaceta Jurídica* N° 56, año 1985, pp. 2-11).

<sup>37</sup> Citado por Verdugo Marinkovic, Mario, "La interpretación constitucional", cit., pp. 9-10.

<sup>38</sup> Bustos, Ismael, "La Constitución, su interpretación y la justicia constitucional (un análisis estructural)", *Revista de Derecho*, Universidad Central, año 4, N° 2, 1990, p. 64.

<sup>39</sup> Hay que destacar que don Ismael Bustos concluye que la Constitución no es neutral; tiene valores y una ideología y por ello no caben interpretaciones literales como si la comprensión de la Constitución fuera neutral, es decir, que la ideología fuera a su respecto perfectamente inocua, ineficaz, inefectiva. Un trabajo en el mismo sentido puede verse en la *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 1°, año 1986, pp. 157-168.

2. Bajo esta premisa, es necesario destacar los principios –expresión de los valores ya referidos– que constituyen, según el profesor José Luis Cea, “disposiciones jurídicas básicas y de gran generalidad que se irradian sobre todas las normas, imprimiéndoles sentido y sirviendo de criterio correcto para su exacta comprensión”, de manera que “respetar íntegramente los principios constitucionales es, en consecuencia, la clave para conservar la Constitución”<sup>40</sup>.

Para este autor, si los principios no son reconocidos, el ordenamiento completo queda falseado en su sentido y ninguna de las disposiciones de él podría dejar de ser afectada. Por ello los principios son fuente directa de Derecho Positivo en todas las jerarquías del sistema jurídico<sup>41</sup>, y subraya “sirven de clave interpretativa de las normas constitucionales”<sup>42</sup>.

En conclusión, son los principios los que deben ser considerados para una cabal interpretación de las normas constitucionales referentes a la responsabilidad del Estado, especialmente para los artículos 6°, 7° y 38 inc. 2° de la CPR.

Ahora bien, ¿existen principios suficientemente contundentes o categóricos para argumentar que los artículos 6°, 7° y 38 inc. 2° de la CPR consagran un régimen de responsabilidad objetiva del Estado?

Creemos firmemente que sí. Existen principios muy claros, que justifican, sea de manera expresa o implícita, pero siempre clara, que la Constitución consagra una responsabilidad objetiva de la Administración. Ellos son: 1) El principio de servicialidad del Estado (artículo 1° inc. 4); 2) El principio de respeto a los derechos fundamentales o principio pro administrado (art. 5°); 3) El principio de respeto al derecho de propiedad (art. 19 N° 24); 4) El principio de igualdad ante las cargas públicas (art. 19 N° 20); y el principio de juridicidad (arts. 6° y 7°).

2) Una interpretación etimológica del concepto de responsabilidad establecido en los artículos 6°, 7° y 38 inc. 2° de la CPR

Siguiendo con la idea de la hermenéutica constitucional, que busca desprenderse de los métodos clásicos de interpretación en cuanto ellos son insuficientes, es conveniente analizar el concepto mismo de responsabilidad.

Al efectuar un estudio sobre el concepto etimológico de “responsabilidad”,

<sup>40</sup> Cea Egaña, José Luis, “Hermenéutica constitucional, soberanía legal y discrecionalidad administrativa”, *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 11, N° 2, enero-abril 1984, p. 7.

<sup>41</sup> Cea Egaña, José Luis, “Hermenéutica constitucional, soberanía...”, cit., p. 7.

<sup>42</sup> Cea Egaña, José Luis, “Hermenéutica constitucional, soberanía...”, cit., pp. 8-9.

en caso alguno se considera como integrantes de dicho concepto, a los elementos subjetivos de culpa o dolo, ya que en último término responsabilidad significa "responder o contestar" (lo dice, por ejemplo, Couture en su diccionario jurídico)<sup>43</sup> de manera tal, que el concepto de responsabilidad "a secas" corresponde a lo que hoy se entiende por responsabilidad objetiva. Además ya está demostrado que en los primeros tiempos la institución de responsabilidad aplicable era justamente la responsabilidad objetiva (aunque en una forma más primitiva y severa, como en el caso de la Ley del Talión, pero suavizada posteriormente por la institución de la composición, que tan sólo se atemperó con la aparición de la Ley Aquilia y que tampoco era de aplicación general. Pero, en definitiva, se puede concluir que la responsabilidad objetiva (género) constituyó la regla general, de la cual la responsabilidad subjetiva (especie) fue la regla particular y no al revés como sucede hoy<sup>44</sup>.

Luego, el concepto de responsabilidad se fue subjetivizando por la influencia de las concepciones religioso-morales y, fundamentalmente, para los efectos del Derecho Privado. Posteriormente, esta idea desnaturalizada de responsabilidad comienza a trasladarse y "contaminar", con algún éxito, el ámbito del Derecho Público, el cual, como ya sabemos, se rige por sus propias reglas y principios.

Por lo tanto, cuando se habla de responsabilidad en el campo del Derecho Privado, al menos en Chile, se entiende que se hace mención a la responsabilidad subjetiva, a menos que "expresamente" se establezca el régimen contrario (ya sea en términos explícitos o se deduzca de manera indiscutible de su propia lectura). En cambio, cuando se habla de responsabilidad en el ámbito del Derecho Público, en tal caso se mantiene el concepto original y etimológico de responsabilidad, de manera que se entiende que se hace mención a la responsabilidad objetiva, a menos que "expresamente" se establezca el régimen contrario.

Ahora bien, bajo todas estas premisas se puede concluir que los artículos 6°, 7° y 38 inc. 2° de la CPR cuando se refieren al concepto de "responsabilidad", en ningún caso están aludiendo a la responsabilidad subjetiva, porque ella se

<sup>43</sup> Couture, Eduardo J., Vocabulario jurídico, p. 524. Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina 1991. En último análisis, este vocablo procede de un latín arcaico "spendo", término religioso que significaba "hacer una libación..." En latín sólo encontramos documentado el derivado causativo "spondeo-ere", también término religioso, que significa "hacer un voto". El compuesto "respondeo-dere" designa la actitud, la respuesta de la deidad ante un voto. Este verbo pasó después al lenguaje corriente y al jurídico con el significado genérico de "responder, contestar". De su participio pretérito sustantivo "responsum-i", "respuesta, satisfacción a la pregunta", se formó en Francia el derivado culto "responsable", literalmente, "que puede dar satisfacción", de donde también el castellano "responsable" y "responsabilidad" (Couture).

<sup>44</sup> Todo este tema se trata en la memoria de prueba del expositor, capítulo I.

entiende tácitamente establecida sólo en el caso de tratarse de normas del Derecho Privado. Por lo tanto, la responsabilidad del Estado es en esencia, una responsabilidad objetiva y no la habría sólo si el constituyente en forma "expresa" hubiere establecido el régimen contrario<sup>45</sup>.

### 3) Interpretación constitucional de los artículos 4° y 42 de la LOCBGAE

Siendo así las cosas, qué duda cabe acerca de las normas legales de rango inferior a la Constitución, que, conforme al principio de supremacía Constitucional, deben estar acordes a ella (artículo 6°). En consecuencia, dichas normas no pueden ser sino la concreción legal del principio de responsabilidad objetiva del Estado. De esta forma creemos que los artículos 4° y 42 de la LOCBGAE consagran la responsabilidad objetiva del Estado porque:

1. Se trata de preceptos que no forman parte de una ley cualquiera, sino que de una ley orgánica constitucional que responde, en consecuencia, a un mandato establecido por el propio constituyente (artículo 38 inciso 1° de la CPR) para regular, nada menos, que la organización básica de la Administración Pública. Los artículos 4° y 42°, en consecuencia, tienen, desde este punto de vista, un rango superior a la ley común, pero inferior a la Constitución, con la cual deben guardar la debida correspondencia y armonía;

2. Se trata de preceptos que forman parte de una ley que regula materias regidas por el Derecho Público, el que contiene principios que difieren sustancialmente de los establecidos en el Derecho Privado, no bastando la sola interpretación clásica establecida en el Código Civil;

3. Se trata de preceptos que vienen a concretar, en el campo legal, el principio constitucional de responsabilidad del Estado. Estas normas (arts. 4° y 42 LOCBGAE) se encuentran tan estrechamente vinculadas a las normas constitucionales que consagran la responsabilidad, que la interpretación constitucional de aquéllas, necesariamente deben armonizar y coincidir con la interpretación de las normas legales.

En consecuencia, una interpretación basada tan sólo en los artículos 19 a

<sup>45</sup> Con lo expuesto no nos estamos contradiciendo respecto a la aplicación de la hermenéutica constitucional. Lo que hemos dicho reiteradamente es que "no se puede ni se debe llegar a una conclusión categórica en la determinación del régimen de responsabilidad sobre la base de desentrañar una pretendida voluntad, subjetiva en este caso, del artículo 38 inc. 2° de la CPR, como tampoco basarse simplemente en una voluntad objetiva de la misma. Estos tópicos deben ser analizados junto a otros elementos...".

24 del Código Civil es claramente insuficiente, y por lo tanto también es posible acudir, en este caso, a una interpretación constitucional. En efecto, "una interpretación y aplicación de cualquier precepto jurídico debe siempre ser efectuada en defensa de la Constitución y nunca de las disposiciones subordinadas a ella"<sup>46</sup> (citado por José Luis Cea Egaña).

#### 4) Interpretación sistemática de las demás normas legales que regulan la responsabilidad de la administración

Si después del análisis precedente concluimos que tanto en la Constitución como en la LOCBGAE se consagra el régimen de responsabilidad objetiva del Estado, parece obvio que toda otra norma legal que regule la responsabilidad de la Administración debe ser interpretada de acuerdo al régimen general de responsabilidad constitucionalmente consagrado. Sobre este punto no nos detendremos.

#### 5) Interpretación jurisprudencial de las normas constitucionales y legales sobre la responsabilidad del Estado

Otro elemento tenido a la vista para reafirmar que en Chile existe un régimen de responsabilidad objetiva del Estado es la interpretación que han efectuado nuestros tribunales de justicia, los cuales, salvo excepciones, han fallado mayoritariamente en el sentido indicado. Tampoco nos detendremos sobre este punto.

#### Fundamento de la responsabilidad objetiva del Estado

Una vez que ya se ha determinado que la responsabilidad del Estado es objetiva, ¿cuál es el fundamento de este régimen? El fundamento último de la responsabilidad del Estado se basa en el daño antijurídico o lesión, en cuanto que el Estado debe reparar el daño causado a una víctima que no estaba obligada jurídicamente a soportarlo y no lo está cuando el daño sufrido por ella ha sido ya a consecuencia de una actuación ilícita o antijurídica del Estado, ya a consecuencia de una actuación lícita o jurídica del Estado, pero que atenta contra un derecho

<sup>46</sup> Linares Quintana, Segundo, "III Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional", citado por Cea Egaña, José Luis, "Hermenéutica constitucional, soberanía..." cit., p. 8.

fundamental establecido a su favor, aun cuando el Estado obre con una causal que legitime su actuar, pero no el daño (un ejemplo claro: el caso de Comunidad Galletué con Fisco)<sup>47</sup>. Esta teoría se deduce principalmente del artículo 38 inc. 2º complementada por los artículos 6º y 7º de la CPR, y los artículos 4º y 42 de la LOCBGAE y demás normas genéricas de la Constitución. Teoría que tampoco podemos entrar a analizar por la premura del tiempo.

## CONCLUSION: INTERPRETACION DEL ARTICULO 42 QUE ES EL MAS CONTROVERTIDO

Para terminar, resta determinar el sentido y alcance del artículo 42 de la LOCBGAE para conciliarlo con la responsabilidad objetiva del Estado, ya que dicho artículo hace mención a conceptos como "falta de servicio" y falta personal.

En primer lugar, no se puede interpretar en concepto de "falta de servicio" como "culpa de servicio", ya que sería inconstitucional. ¿Qué es entonces la "falta de servicio"?

Creemos es una manifestación de la responsabilidad objetiva del Estado en cuanto constituye una actuación del Estado que causa una lesión o daño antijurídico al administrado, y lo es, porque es el resultado de una actividad irregular, ilícita o antijurídica del Estado, pero entiéndase bien, no una ilicitud subjetiva basada en la culpa o dolo sino que una falta objetiva, desprendida de nociones subjetivas. Es una falta objetiva de servicio porque el Estado infringió o se apartó de la Constitución o a las normas dictadas conforme a ella. Es una noción objetiva de la falta de servicio. Y ¿cuándo la Administración se aparta de la juridicidad? Se aparta cuando: 1) ha funcionado deficientemente; 2) no ha funcionado (he aquí una interpretación de los tribunales al señalar que "falta" de servicio equivale a "omisión del servicio", es decir, falta como ausencia, como "faltar"); 3) funcionó, pero tardíamente. Pero no contrastando el funcionamiento del servicio con el "estándar de funcionamiento medio del servicio" sino con el "estándar de exigido por la Constitución y las normas dictadas conforme a ella". Por ello se debe hablar de "ineficiencia o deficiencia" del servicio y no de "negligencia del servicio", porque el primer concepto tiene una naturaleza objetiva, en cambio, el segundo, subjetiva.

<sup>47</sup> Aquí el Estado, fundado en un principio de interés nacional de conservación del patrimonio ambiental, fundado en una convención internacional (ley), declaró a la Araucaria araucana monumento natural y prohibió su corte en el predio Galletué. La Corte Suprema concedió la indemnización a los afectados.

## UNA ULTIMA REFLEXION

Se ha planteado que la responsabilidad objetiva acabará de alguna manera con las arcas fiscales y habrá menos recursos para atender las necesidades del Estado. De nuestro análisis jurisprudencial, sin embargo, no se desprende esa conclusión y si realmente hubiese aquel problema, ello no se debería a la existencia de un determinado régimen de responsabilidad, sino que a las indemnizaciones que fijen los tribunales de justicia. En otros términos, a lo sumo el problema podría tener su origen en la elevada indemnización producto del denominado daño moral, pero no en que la responsabilidad del Estado sea objetiva. Luego, no es justo atacar una posible enfermedad, eliminado aquello que precisamente no es su causa.

Finalmente, es importante destacar que la institución de la responsabilidad objetiva del Estado en Chile es bastante nueva, de manera que es necesario realizar mayor investigación y estudio sobre ella. Evidentemente requiere ir actualizándose y perfeccionándose en el transcurso del tiempo, e ir superando las falencias que de hecho se presentan o se presentarán, pero la idea es siempre seguir avanzando y no retroceder. En otras palabras, es sano hacer críticas a la responsabilidad objetiva, para ir perfeccionándola, pero es pernicioso criticarla para volver atrás y acudir a una responsabilidad subjetiva, como es el caso de la culpa del servicio, teoría que creemos debe ser superada.