

Nº 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

---

## LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO ADMINISTRADOR CHILENO: UNA VISION ACTUAL

CLAUDIO FERNANDEZ PONCE  
Universidad del Mar

### 1. INTRODUCCION AL TEMA

Si tuviéramos que elegir, dentro de la ciencia del derecho administrativo, alguna institución cuyo estudio formara parte principal de esta rama, la Responsabilidad Extracontractual del Estado Administrador, para muchos, estaría incluida dentro de su elección. La estructura de este instituto, sumado a la riqueza doctrinaria que se puede desprender de él, constituyen sus elementos más interesantes. Pero lo que sin duda hace atractiva a esta institución son las teorías que explican su procedencia. Ya sea mirado desde una perspectiva subjetiva u objetiva, los autores administrativistas han pretendido otorgar a la REDEA<sup>1</sup>, una configuración propiamente publicista.

La importancia de la adopción de uno u otro criterio no sólo alcanza a su aspecto más sustantivo, sino también se revela en los elementos adjetivos de esta institución, y específicamente en lo relativo a la prueba. En efecto el sistema que rige a la REDEA en uno u otro caso tiene especial relevancia a la hora de probar, en tribunales, la veracidad de los dichos y hechos que fundamentan tal responsabilidad. Decir que la responsabilidad es subjetiva, implica probar el elemento psicológico que ha inspirado al agente a obrar en un determinado sentido, ya sea el dolo o la culpa. Por su parte, si es que establecemos que la responsabilidad es

<sup>1</sup> Léase Responsabilidad Extracontractual del Estado Administrador.

objetiva, para lograr la reparación de los perjuicios mediante una sentencia condenatoria primeramente debemos probar la existencia del hecho que causó el daño y la relación de causalidad entre tales circunstancias.

Como vemos, a la hora de la prueba no es una situación menor señalar qué tipo de responsabilidad es la que rige al Estado y sobre todo mirado desde el punto de vista de la víctima. Sin embargo, la multiplicidad de áreas en donde la Administración se extiende, la diaria posibilidad que existe de que los agentes del Estado cometan error o lesionen con su actuación los derechos de las personas y por supuesto las carencias económicas que muchas veces sufre el patrimonio estatal, hacen aconsejable la configuración de una interpretación de la normativa que sea acorde con tal realidad por que, si bien es de toda justicia reparar los perjuicios causados a los particulares por actuaciones dañosas que el Estado y su Administración realicen, la exageración de un sistema que hiciera indemnizable perjuicios en forma excesiva y de los cuales incluso puede no ser responsable directamente la Administración, a su vez podría traer como consecuencia la quiebra de los servicios públicos ante un número considerable de demandas indemnizatorias. Sin embargo, debemos tener presente que en nuestro ordenamiento jurídico existe un principio básico que consiste en que "el daño producido debe ser reparado en forma íntegra y total". El resarcimiento comprende, por tanto, la reparación completa de la lesión sufrida por la víctima y el Estado, como sujeto de derecho sometido al principio de juridicidad, por supuesto no escapa a este principio. Este axioma constituye uno de los principales cimientos de lo que conocemos como Estado de Derecho<sup>2</sup>. No obstante lo anterior, será importante determinar qué perjuicios, de aquellos que han sido efectivamente producidos (y por supuesto probados) son atribuibles a la actuación estatal y cuales no. Es en este punto donde podremos encontrar la necesaria limitación en favor del Estado y que de alguno u otro modo, las distintas tendencias doctrinarias han tratado de establecer en esta materia.

De lo expuesto surge la necesidad de determinar con claridad, pero también con flexibilidad, el sistema que hará responsable a la Administración, ya que no ponderar adecuadamente los intereses que se encuentran en juego tales como el

<sup>2</sup> Soto Kloss, Eduardo, *Derecho Administrativo. El principio de juridicidad*, tomo II, Editorial Jurídica, 1996, Santiago, Chile, p. 299. Al respecto nos señala el profesor Soto Kloss que todo daño, cualquiera sea el órgano del Estado que lo haya producido, ocasionado o provocado debe ser reparado, ya que, tal como lo establece la Constitución Política dentro de las bases fundamentales del orden constitucional: "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 su dominio".

respeto efectivo a los derechos de los ciudadanos pero también el equilibrio en los intereses patrimoniales del Estado, podría traer aparejada, a nuestro juicio, dos consecuencias: de un lado, si bien el efectivo restablecimiento del principio de igualdad violentado a través del perjuicio causado, pero del otro lado, la imposibilidad de brindar una prestación adecuada a la población ante una posible carencia de los recursos económicos, población que finalmente se verá afectada por el otorgamiento de un servicio deficiente o simplemente la no entrega del servicio.

En este punto es pertinente traer a colación lo señalado en España por el magistrado Jesús Ernesto Peces Morate, a propósito del conocimiento de un caso relacionado con el contagio de hepatitis C como consecuencia de una transfusión sanguínea que el paciente de un servicio público español recibió durante la operación a la que fue sometido, producto de un accidente del trabajo ocurrido en 1975. Si bien la sentencia final acogió la demanda en contra de la administración, el magistrado sostuvo, en un voto particular, que "las administraciones públicas no están obligadas a indemnizar aquellos daños que el perjudicado viene obligado a soportar". En el caso en cuestión se alegó por la Administración que el diagnóstico de la hepatitis C no apareció sino hasta 1988, por lo cual fue imposible científicamente preverlo en 1975. Finalmente sostiene el magistrado que "es evidente que los daños derivados de una legítima actuación administrativa, que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, son un riesgo, que el perjudicado debe soportar, pues lo contrario sería convertir a las administraciones públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos sociales"<sup>3</sup>. Lo importante será entonces dilucidar la correcta naturaleza de la institución de la REDEA a la luz de los principios orientadores de la misma que, por cierto, están muy lejos de aquellos que rigen al contrato de seguro.

En este trabajo analizaremos lo que dicen las actuales teorías sobre la REDEA, para terminar señalando una visión propia de los elementos que ha nuestro juicio deberían tenerse en cuenta por los tribunales a la hora de fallar una demanda indemnizatoria en contra del Estado.

<sup>3</sup> Desdentado Daroca, Eva, "Reflexiones sobre el artículo 141.1 de la Ley 30/1992 a la luz del análisis económico del derecho", *Revista Española de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas Ediciones, número 108, octubre-diciembre 2000, Madrid, España, p. 545.

## 2. VISION SUBJETIVA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

### 2.1. Origen de esta tendencia

El nacimiento de la responsabilidad subjetiva lo encontramos a propósito de la primacía que en las distintas doctrinas científicas comenzó a otorgarse a la voluntad humana, en la cual, por cierto, el derecho no estuvo ausente. Este proceso, desarrollado aproximadamente tres siglos atrás, se caracterizó por el hecho de centrar en el individuo toda manifestación cultural. En el fondo se llegaba a sostener que desde la persona misma emanaban todos los poderes y atribuciones necesarios para lograr el objetivo final del hombre, que ya los griegos lograron descubrir en la época de la antigüedad: cual es la felicidad.

De lo anterior, comienza a surgir la tendencia de reconocer al individuo una serie de derechos subjetivos como atribución o poder para exigir determinada conducta de otro individuo. Esta tendencia motivó a ver al derecho como un sistema normativo de conductas, en que aquel que infringía el derecho subjetivo de otra persona producía también el incumplimiento de una norma de conducta que le exigía tal comportamiento, pudiendo, en última instancia, imputarse, atribuirse a dicho individuo el incumplimiento, en definitiva, de la norma jurídica<sup>4</sup>. Creado este orden de imputación entonces, se comenzó a identificar las responsabilidades de los individuos con los conceptos propiamente subjetivos de dolo y culpa, alejándose de esta manera de los conceptos de justicia que el derecho romano logró construir y a los que tan magníficamente ha hecho mención Eduardo Soto Kloss en su obra *Derecho Administrativo*. El principio de juridicidad.

Es así como nace la teoría voluntarista en el terreno del derecho, extendiéndose incluso a nivel de creación de la norma jurídica. Tanto es así, que de esta teoría nace un medio de interpretación jurídico de la norma que busca la intención misma del legislador para lograr esclarecer el correcto sentido y alcance de la "ley". En un movimiento de esta naturaleza la atribución de la responsabilidad quedó ligada a los conceptos internos, subjetivos y voluntaristas del dolo y la culpa, necesarios para atribuir cualquier tipo de responsabilidad en el hombre. Surge así la responsabilidad subjetiva en el seno mismo del derecho privado y

<sup>4</sup> Al respecto, el profesor Eduardo Soto sostiene lo siguiente: "Con la primacía que se da al hombre, no a la razón sino a la voluntad, aparece el derecho, no como primariamente el objeto de la justicia, *objectum iustitiae*, sino como facultad o poder del sujeto sobre las cosas, pero también sobre otros hombres". Soto Kloss, Eduardo, *Derecho Administrativo*. El principio de juridicidad, tomo II, Editorial Jurídica, 1996, Santiago, Chile. pp. 253 y 254.

que ante la falta de una visión propiamente pública del tema, y dado por cierto su escaso desarrollo, esta tendencia traspasó hasta llegar a convertirse en el referente de la responsabilidad del ente estatal.

## 2.2. Bases doctrinarias

En la introducción del presente trabajo hicimos una pequeña mención a este tema, señalando que al hablar de responsabilidad subjetiva evocábamos los conceptos de dolo o culpa tan propios de la motivación interna de un agente. El hablar de subjetivismo no significa otra cosa que analizar el móvil psicológico que determina a una persona actuar en uno u otro sentido. Corresponderá al sentenciador, en última instancia, descubrir, a partir de los hechos concretos y de las pruebas que le presenten las partes, cuáles han sido los móviles psicológicos que inspiraron a una persona a actuar en dicho sentido.

Es por esa situación que la teoría subjetivista de la responsabilidad, que parte de la base del voluntarismo, ha nacido en el seno de la doctrina propiamente civil, ya que, como sabemos, el derecho privado, del que por supuesto el derecho civil es su rama más importante y característica, regula las relaciones que se dan entre particulares, enfrentados uno al otro, como en una suerte de relación propiamente humana. En esta relación, en donde el sujeto es lo que importa, y frente al incumplimiento de una de las partes respecto de la prestación a la cual se encontraba obligado, los juristas comenzaron a escudriñar, no sólo en los hechos que ocasionaron tal incumplimiento, sino en los motivos internos de la persona. Se trató, por tanto, de inquirir si el sujeto había actuado ya sea con la intención de causar el incumplimiento de la prestación a la que estaba obligado o si por el contrario dicha prestación fue incumplida por una mera negligencia, imprudencia o impericia. De este modo, si la situación nos configuraba el primero de los casos, el elemento que habría determinado al agente sería el dolo; por el contrario, si es que el incumplimiento es causado por la negligencia o la impericia del agente, el elemento que habría motivado su actuar sería la culpa.

La importancia de la distinción abarca una serie de ámbitos, que van desde la prueba de dicho elemento, la posibilidad de efectuar algún tipo de gradación de la culpa, e incluso en lo que es la indemnización misma que se pueda obtener ya que si es posible probar dolo, los daños que podrán indemnizarse, si resultan también probados, serán de un monto mayor a los que surjan como consecuencia de la prueba únicamente de la culpa.

Lo anterior ha estado referido a la teoría subjetiva en sede contractual,

pero los civilistas también extrapolaron sus principios al ámbito extracontractual, es decir, los casos en que se genera responsabilidad para un agente, sin que exista un vínculo contractual a dicho respecto, sino como un deber de reparar los daños y perjuicios derivados de los hechos propios, de los hechos de las personas que se encuentran a nuestro cargo e incluso de lo que algunos juristas han llamado el hecho de las cosas. Es aquí donde las reglas del derecho civil comienzan a aplicarse al ámbito de la Administración, al no existir una normativa propiamente pública que regule el problema de la responsabilidad estatal<sup>5</sup>.

Sin embargo surge un problema con la aplicación de este tipo de responsabilidad a la Administración y consiste en el hecho de lograr determinar la culpa o dolo con el que pudo haber actuado el funcionario que en definitiva causó el daño. Ello constituía una prueba muy difícil de configurar a la hora de tratar de atribuir la responsabilidad de la Administración frente a un hecho que provocaba daño, lo que en definitiva muchas veces hacía imposible lograr la reparación de los perjuicios ya que no se podía probar todos los elementos de un sistema subjetivista de responsabilidad: el hecho, el daño, la relación de causalidad y la culpa o el dolo del agente.

En nuestro país se aplicaron las normas del título XXXV, del Libro IV, del Código Civil, denominado "de los delitos y los cuasidelitos", que constituyen las bases de la responsabilidad extracontractual en sede civil, para atribuirle, finalmente, a la Administración, entendiendo en un momento que la responsabilidad recaía únicamente en el agente público, lo cual generó una tendencia abstencionista entre los funcionarios de la Administración, quienes no desarrollaban ningún tipo de actividad sin que estuviera respaldada jurídicamente o bien limitaban sus funciones a las mínimas posibles, lo que sin duda alteraba la misión de bien común que le asiste al Estado.

### 2.3. Tendencia actual de la responsabilidad subjetiva en Chile

Con el paso del tiempo esta teoría de la responsabilidad subjetiva evolucionó hasta alcanzar una visión propiamente publicista en la actualidad. En efecto, los que hoy sostienen que la responsabilidad del Estado es subjetiva, se basan en las nuevas construcciones teóricas que han permitido diseñar un sistema

<sup>5</sup> Debemos recordar que en la actualidad existen normas constitucionales y legales que nos permiten construir un sistema de responsabilidad propiamente público en Chile, lo cual ha posibilitado a nuestros jueces alejarse tanto de la concepción como de la normativa propiamente civil de la responsabilidad, entre ellas los artículos 6 y 7, 1° incisos 4°, 5° y 4° todos de la Constitución Política, los artículos 4 y 42 de la Ley 18.575 y el artículo 141 de la Ley 18.695.

de responsabilidad estatal propiamente público. En Francia, donde fue diseñado el sistema de la falta de servicio, algunos autores como Mazeaud y Tunc llegaron a sostener que en este caso estamos frente a lo que denominaron como "la culpa del servicio", apartándose de este modo de aquellos juristas que vieron en la falta de servicio la consagración de un sistema objetivo de responsabilidad<sup>6</sup>. Se dirá, por tanto, que la responsabilidad continúa siendo subjetiva, esto es, basada en la culpa, pero ya no en una culpa atribuible a una persona o a un funcionario, sino en una culpa atribuible a una Administración, es decir, al ente público.

En nuestro país, entre otros autores, el profesor Pedro Pierry Arrau sostiene que el sistema que rige la responsabilidad es de carácter subjetivo, entendiendo a este respecto que cuando se exige la prueba de la falta de servicio, en el fondo lo que se tiene que probar es que el servicio obró con culpa. No se trata de una responsabilidad propiamente objetiva que tiene lugar ante la prueba del riesgo objetivo que se ha creado, y particularmente del hecho que lo ha generado, sino que tiene lugar cuando se ha logrado probar la falta de servicio, esto es, un mal funcionamiento, o un funcionamiento tardío o imperfecto, hipótesis todas que darían lugar a constituir la culpa del servicio. Su fundamento se basa tanto en la opinión de los juristas franceses ya señalados como en el análisis efectuado a las actas de las distintas comisiones de estudios que tuvieron por misión redactar tanto el artículo 38 de la Constitución, como la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado y específicamente en lo concerniente a los artículos 4 y el actual artículo 42 de dicha ley<sup>7</sup>, y tomando como base la historia fidedigna y la intención del legislador de la época, señala que el sistema pensado se alejaba de uno propiamente objetivo.

Al respecto nos recuerda las palabras señaladas en una de las actas de estudio que sostenían lo siguiente: "...Se trata, entonces, de un mecanismo bastante avanzado

<sup>6</sup> Pierry Arrau, Pedro, "La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio", Revista de Derecho, año 1, N° 1 (julio 2000), pp. 18-19.

<sup>7</sup> El profesor Pedro Pierry, haciendo un análisis de las actas de la comisión de estudios encargada de redactar la nueva Constitución Política de 1980 levantadas en la sesión 410 celebrada el 30 de agosto de 1978, concluye su tesis en el sentido de que la norma establecida en el inciso segundo del artículo 38 de la Constitución no consagra la responsabilidad objetiva de la Administración, sino que establece una regla de competencia. Al respecto transcribimos en este trabajo la opinión de uno de los miembros de la respectiva comisión de estudios: "El señor Ortúzar (presidente) concuerda con el señor Bertelsen, ya que, a su juicio, no es posible entregar el conocimiento de esta materia a los tribunales ordinarios sin especificar qué se entiende por contencioso-administrativo y qué competencia comprende. Recuerda que el ex presidente de la Corte Suprema don José María Eyzaguirre sostuvo en una oportunidad que con ello podría pretenderse juzgar la validez de los actos de gobierno y uno de los de la Administración". Pierry Arrau, Pedro, "La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio", Revista de Derecho, año 1, N° 1 (julio 2000), p. 26.

de responsabilidad, sin llegar a una que sea objetiva o total...” y concluye su tesis señalando que nada hay más claro en cuanto a la intención de los gobernantes<sup>8</sup>.

Tomando como base la conclusión alcanzada por la comisión de estudios de la Constitución de 1980 en cuanto a la redacción del artículo 38, especialmente en cuanto a su inciso segundo, el profesor Pierry logra concluir a su vez que la norma citada no consagra en Chile el sistema de la responsabilidad objetiva tal como pretende cierta parte de la doctrina nacional<sup>9</sup>, sino que conforme a los dichos de la respectiva comisión, se puede llegar a la conclusión de que tal artículo establece una regla de competencia que entrega a “los tribunales contencioso-administrativo” y luego de la reforma constitucional de 1989 que modificó la expresión contencioso-administrativo, por “los tribunales que determine la ley”, el conocimiento precisamente de los asuntos contencioso-administrativos<sup>10</sup>.

Para este jurista, la REDEA no tiene un carácter constitucional, sino que su fundamento se encontraría en nuestra ley de bases generales de la Administración del Estado, específicamente en sus artículos 4 y 42. Para este autor, la institución en estudio vendría a tener un rango de regulación legal y no constitucional ni jurisprudencial<sup>11</sup>.

En definitiva, para el profesor Pedro Pierry nuestra legislación exigiría, para dar lugar a una eventual acción de responsabilidad extracontractual de la Administración, la prueba de la actuación antijurídica de los órganos públicos; conforme a este sentido, se habría incorporado el artículo 4 de la Ley de Bases, el cual consagraría el principio general en materia de responsabilidad del Estado, en el que, de todos modos, se exigiría la prueba de la actuación antijurídica (en los términos de la “culpa del servicio” antes vista) de los servicios de la Administración estatal, según lo expresado en la página nueve del informe en que se remitió el proyecto de la ley de bases al Presidente de la República<sup>12</sup>.

Finalmente, y para dar armonía a su tesis, el profesor Pierry sostiene, en relación a las instituciones del Estado mencionadas en el actual artículo 21 de la

<sup>8</sup> Pierry Arrau, Pedro, “La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio”, *Revista de Derecho*, año 1 N° 1 (julio 2000), p. 22.

<sup>9</sup> Soto Kloss, Eduardo, *Derecho Administrativo. El principio de juridicidad*, Tomo II, Editorial Jurídica, 1996, Santiago, Chile, p. 309// Silva Cimma, Enrique, *Derecho Administrativo. El Control Público*, Editorial Jurídica, Santiago, Chile, p. 216.

<sup>10</sup> Pierry Arrau, Pedro, “La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio”, *Revista de Derecho*, año 1, N° 1 (julio 2000), p. 27.

<sup>11</sup> Citado del trabajo sobre REDEA denominado “Disputa sobre los elementos de la responsabilidad de los órganos de la Administración del Estado” del profesor Carlos Carmona Santander, año 2000-2001, apuntes de clases.

<sup>12</sup> Pierry Arrau, Pedro, “La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio”, *Revista de Derecho*, año 1, N° 1 (julio 2000), p. 27.

Ley de Bases 18.575, a las que no les sería aplicable el título II de dicha ley y por consiguiente tampoco el sistema de responsabilidad por falta de servicio contemplado en el artículo 42, que a ellas de todos modos se puede aplicar este sistema de responsabilidad, pero no a partir del artículo 42, sino a partir del artículo 2.314 del Código Civil, el cual establece el principio general en materia de responsabilidad extracontractual de todas las personas, incluyendo a las jurídicas como el Estado, en cuanto ellas son capaces de delito o cuasidelito civil. De este modo, entendiendo que las personas jurídicas son capaces de incurrir en hechos cometidos con "culpa" en términos civiles, aun cuando carezcan de voluntad propia y entendiendo además que el Estado es una persona jurídica de derecho público, le serían plenamente aplicables los sistemas que en base al dolo o culpa hacen responsable a este ente, como lo sería, por cierto, la falta de servicio<sup>13</sup>.

Si bien los argumentos del profesor Pierry son indiscutibles en cuanto a la intención del constituyente, no es menos cierto que éste, como único sistema de interpretación de normas, se encuentra en la actualidad superado, ya que los jueces no sólo deben regirse por lo señalado por el creador de la disposición, sino también por el espíritu de la norma, el que emana de ella misma. Además, la norma constitucional debe insertarse armónicamente dentro del sistema que la propia Constitución establece. Finalmente, entendemos que las normas jurídicas van sufriendo un proceso paulatino de inserción y adecuación a la realidad de la vida social actual, lo que viene a ser expresión de una suerte de vida propia de la norma jurídica, más allá de lo que en un principio hayan señalado sus autores. Sin duda la REDEA es un principio de nuestro Estado de Derecho que constituye una garantía de respeto a los derechos individuales, por tanto su valor jurídico-axiomático trasciende incluso a lo que los creadores de las normas que lo consagran en Chile originalmente tuvieron en vista respecto de esta institución.

### 3. TEORIA DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL ESTADO ADMINISTRADOR

#### 3.1. Origen de esta teoría vinculada a la responsabilidad estatal

Surge en Europa, siendo Alemania y Francia los países precursores de esta doctrina. En Francia esta teoría evolucionó, a propósito del desarrollo experi-

<sup>13</sup> Pierry Arrau, Pedro, "La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio", Revista de Derecho, año I, N° 1 (julio 2000), p. 33.

mentado por la teoría de la falta de servicio, que como hemos visto anteriormente, es producto de una constante y progresiva jurisprudencia del Consejo de Estado. Es a partir del arrêt Blanco, del Tribunal de Conflictos, donde queda establecido que las normas que rigen la responsabilidad del Estado son distintas de aquellas que regulan las relaciones entre los particulares; luego en ese mismo fallo se teoriza respecto de las situaciones que harían nacer la responsabilidad para la Administración estatal, dando lugar de este modo a las distintas hipótesis que configuraban falta de servicio, a saber, ausencia de funcionamiento o funcionamiento tardío o bien imperfecto.

Debemos recordar que hasta ese momento se acostumbraba a fundamentar la responsabilidad en los principios propios del derecho civil, lo que implica atribuir dolo o culpa al agente para tenerlo por responsable ante el derecho. Pero los autores vieron en esta nueva fórmula de la falta de servicio un alejamiento de los criterios clásicos del derecho civil, dando paso a una nueva visión de la responsabilidad. Se sostenía por estos nuevos autores que sólo bastaba para configurar la falta de servicio el daño causado, la relación de causalidad y por supuesto en qué consistía la falta. De esta manera, al no exigir acreditar la culpa o el dolo, se pensaba que estábamos ante un tipo de responsabilidad distinta a la subjetiva, que la exigía, dando paso de este modo a una visión propiamente objetiva de la responsabilidad, que posteriormente daría lugar a una verdadera socialización de los riesgos que el propio sistema administrativo es capaz de generar.

Sin embargo, en la actualidad la teoría objetiva de la responsabilidad, que hasta algún tiempo atrás se entendió que encarnaba de la mejor manera posible el ideal de justicia social en relación con los riesgos derivados de las actividades administrativas que provocan daño a los particulares, es hoy por hoy arduamente criticado y las críticas provienen precisamente del país que posee el sistema objetivo de REDEA más progresivo del mundo, España. A propósito de esta institución en la madre patria, el profesor de derecho civil Fernando Pantaleón Prieto ha sostenido que, entendido el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración de manera absolutamente objetiva, tal como la mayor parte de la doctrina administrativista en ese país lo sostiene, resulta "...un mecanismo de redistribución 'perversa' de renta: puesto que indemnizar es restituir al rico su riqueza y al pobre su pobreza"<sup>14</sup>. Por su parte, don Fernando Garrido Falla,

<sup>14</sup> Pantaleón Prieto, Fernando. "Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. *Revista de Derecho*, año 1, número 2, diciembre 2000, p. 93.

sumándose a esta opinión, ha incluido en su obra *Los límites de la responsabilidad patrimonial*: una propuesta de reforma legislativa lo sostenido por el profesor español Parada Vásquez que, incluyéndose a la actual concepción restrictiva de la responsabilidad patrimonial de la administración en España, ha expresado respecto de este punto que “en una sociedad que tiene por base el beneficio individual y que, por consiguiente, dista de alcanzar el ideal igualitario, la antedicha socialización de los riesgos podría llevar a resultados excesivos a través de una hipertrofia del sistema de responsabilidad civil, cargando las espaldas de la sociedad en su conjunto con pesados gastos que, en justicia, tampoco ella debe soportar”<sup>15</sup>.

No obstante lo anterior, y volviendo sobre el punto de la falta de servicio, los juristas españoles señalan al respecto que un sistema de falta de servicio, en que la ilicitud continúa siendo el eje decisivo para atribuir responsabilidad, no nos permite considerar que sea un sistema propiamente objetivo. Es así como Eduardo García de Enterría sostiene, a propósito del sistema objetivo que según su opinión rige en España, que la administración responde “por toda lesión que los particulares sufran siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y entendida esta expresión como comprensiva de todo el hacer y actuar de la administración como acto de gestión pública”<sup>16</sup>, de esta manera el sistema español se configura como puramente objetivo, sin necesidad de agregar otros elementos distintos a los que conocemos como hecho que ha producido daño y por supuesto la correspondiente relación de causalidad.

### 3.2. Bases doctrinarias y legales en nuestro derecho

En Chile no existe una opinión unánime acerca del tipo de REDEA, no obstante lo anterior, la tendencia que ha predominado, sobre todo en la década pasada en nuestros tribunales, es la que considera al sistema de responsabilidad estatal chileno como objetivo, aun cuando más recientemente nuestra jurisprudencia ha morigerado tal tendencia. En nuestro país uno de los juristas que más defiende esta tesis, entre otros<sup>17</sup>, es Eduardo Soto Kloss, quien sostiene

<sup>15</sup> Garrido Falla, Fernando. “Los límites de la responsabilidad patrimonial; una propuesta de reforma legislativa”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas Ediciones, número 94, abril-junio, 1997. Madrid, España, p. 185.

<sup>16</sup> García Enterría, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Editorial Civitas, 4ª edición actualizada, Madrid, España, p. 371.

<sup>17</sup> Caldera Delgado, Hugo, *Sistema de la responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución Política de 1980*, 1ª Edición, Editorial Jurídica, Santiago, Chile, 1982.

respecto de las características de la responsabilidad del Estado administrador, que “al ser una responsabilidad de una persona jurídica y, por ende de imposible estructuración técnica sobre la base de culpa o dolo, resulta ser una responsabilidad objetiva, fundada sobre la base de la causalidad material...”<sup>18</sup>. Señala finalmente que el daño antijurídico que un órgano del Estado produzca en el ejercicio de sus funciones, hace nacer la obligación para éste de responder ante tal daño, por supuesto por medio de la indemnización.

La fundamentación jurídica de esta tesis en nuestra legislación la podemos encontrar en el inciso segundo del artículo 38 de la Constitución Política, que sostiene: “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”. Haciendo propios, entonces, los argumentos del español García Enterría, podríamos llegar a establecer que en Chile el sistema que rige la responsabilidad del Estado es de carácter objetivo, ya que la Administración estatal está obligada a responder ante cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por sus actuaciones, lo que determinaría en nuestro país la configuración de un sistema objetivo de responsabilidad, sin importar la eventual culpa del órgano.

Lo anterior, sumado a los teóricos y alguna jurisprudencia que sostienen que el sistema de falta de servicio consagrado en la Ley de Bases de la Administración del Estado y la Ley orgánica de Municipalidades, constituye responsabilidad objetiva, inclinan la balanza hacia la tesis objetiva<sup>19</sup>.

Siguiendo con la tesis de Eduardo Soto Kloss, la norma fundamental en materia de responsabilidad extracontractual de la Administración vendría a ser la establecida en el inciso segundo del artículo 38, disposición que al poseer rango constitucional determinaría que el resto del sistema deba necesariamente alinearse conforme al principio contenido en la citada regla. Lo anterior viene a ser consecuencia de la aplicación del principio de supremacía constitucional consagrado en el artículo 6 de la Constitución, especialmente en sus incisos primero

<sup>18</sup> Soto Kloss, Eduardo, *Derecho Administrativo. El principio de juridicidad*, Tomo II, Editorial Jurídica, 1996, Santiago, Chile. pp. 309-310.

<sup>19</sup> Silva Cimma, Enrique, *Derecho Administrativo. El control público*, Editorial Jurídica, Santiago, Chile, p. 216. Al respecto el citado profesor sostiene que las nuevas normas jurídicas que consagran en Chile la responsabilidad extracontractual del Estado Administrador “acreditan que nuestro ordenamiento jurídico al regular la materia en examen ha consagrado un tipo de responsabilidad objetiva, coincidiendo con ello con las teorías contemporáneas de derecho público que fundamentan la procedencia de la responsabilidad civil extracontractual del Estado en las tesis de riesgo o daño y falta de servicio”.

y segundo. Ello implica entender que en nuestro ordenamiento la REDEA posee existencia y validez en la medida que armonice con el principio señalado en la disposición constitucional.

Sin embargo, como ya hemos visto, hay quienes dan al inciso segundo del artículo 38 una interpretación distinta, que en nada se aproxima a la consagración del sistema objetivo de responsabilidad estatal. En efecto, el profesor Pedro Pierry sostiene que la norma citada tiene como propósito establecer la competencia de los tribunales para conocer de la actividad administrativa, pero en ningún caso consagra la REDEA y mucho menos determina el tipo de la misma. Apoya su tesis en las actas de las sesiones de estudio del precepto constitucional por parte de la respectiva comisión. Sostener lo contrario, esto es, que la tal norma del artículo 38 inciso segundo consagra la responsabilidad objetiva de la Administración, implicaría concluir que la norma del artículo 42 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado es inconstitucional ya que ella incluye un elemento anexo para tener por configurada tal responsabilidad, en este caso la falta de servicio. Si es la responsabilidad objetiva la que, de conformidad a la Constitución rige en Chile, no podrían incluirse otros elementos que alteren tal carácter. Finalmente, en este punto Pedro Pierry recuerda que la ley de bases posee el carácter de orgánica constitucional, y se encuentra sometida a un control de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional de acuerdo al artículo 82 N° 1 de la Constitución, por tanto, de acuerdo con el inciso final del artículo 83 no procede declarar inaplicable dicho precepto por parte de la Corte Suprema por medio de un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad<sup>20</sup>.

En cuanto a la antijuridicidad del daño provocado a los particulares y que sería exigida para dar lugar al deber de indemnizar a la víctima, Eduardo Soto sostiene que el daño efectivamente deberá repararse en la medida que sea antijurídico. Pero en este caso el elemento de la antijuridicidad no tendremos que buscarlo en la intencionalidad de los funcionarios públicos o en una eventual culpa del servicio, sino en el daño mismo, ya que la víctima no se encontraba en la obligación jurídica de soportar tal carga y porque, en definitiva, el daño viene a ser significativo de una igualdad que se rompe<sup>21</sup>. Por tanto esta tesis traslada el

<sup>20</sup> Pierry Arrau, Pedro, "La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio", Revista de Derecho, año I, N° 1 (julio 2000), pp. 24 a 28.

<sup>21</sup> Soto Kloss, Eduardo, Derecho Administrativo. El principio de juridicidad, Tomo II, Editorial Jurídica, 1996, Santiago, Chile, p. 299.

elemento de la antijuridicidad desde el dato subjetivo de la culpa, hasta el elemento objetivo del daño o perjuicio efectivo sufrido por la víctima.

Finalmente, y volviendo sobre el punto de fundamentación de la teoría de la responsabilidad de la Administración, Eduardo Soto Kloss ha sostenido –tal como la tendencia moderna actualmente lo hace– que las normas constitucionales “tienen operatividad propia y pueden y deben ser aplicadas directamente por el juez al decidir una acción interpuesta en contra del Estado o alguno de sus órganos”<sup>22</sup>. En suma, conforme a esta tesis, la institución en estudio posee rango constitucional, conforme al principio consagrado en el inciso segundo del artículo 38 de nuestra Constitución, en lo que a la Administración se refiere y sin perjuicio de lo indicado en las demás normas del ordenamiento jurídico todas las que, en definitiva, deberán ser reconducidas a la disposición constitucional señalada, que posee una jerarquía superior.

Como podemos observar, al menos a nivel doctrinario no existe una posición uniforme respecto del tipo de responsabilidad que afecta al Estado Administrador chileno, lo cual también se refleja en nuestra jurisprudencia, pero sin duda, el considerar como objetiva la REDEA en nuestro derecho significó un avance notable tanto en lo que al desarrollo de esta institución se refiere, como a la posibilidad de entender que las normas constitucionales poseen operatividad propia y que se imponen al resto del ordenamiento jurídico por encontrarse en el escalón más alto en la jerarquía de las normas, lo que en definitiva se convierte en una garantía en cuanto al efectivo respeto de los derechos individuales de los ciudadanos. No obstante lo anterior, creemos que resulta necesaria una revisión del sistema, en vista de la protección del patrimonio estatal, ya que poseer el sistema de responsabilidad de la Administración más caro, no necesariamente significa que sea el mejor<sup>23</sup>.

#### 4. TENDENCIA INTERMEDIA

En nuestro país una tesis, que nos atrevemos a calificar de intermedia, es la sostenida por el profesor Osvaldo Oelckers Camus. El citado jurista señala,

<sup>22</sup> Soto Kloss, Eduardo, *Derecho Administrativo. El principio de juridicidad*, Tomo II, Editorial Jurídica, 1996, Santiago, Chile, p. 305.

<sup>23</sup> Recordamos en este punto la crítica efectuada por el profesor español Fernando Pantaleón Prieto al sistema objetivo de responsabilidad patrimonial de la Administración en España, sosteniendo que este país “no puede permitirse ‘gozar’ del sistema de responsabilidad de la Administración más ‘avanzado’ o sea, el más caro del mundo”. Pantaleón Prieto, Fernando. “Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas”. *Revista de Derecho*, año 1, número 2, diciembre 2000, p. 88.

respecto del inciso segundo del artículo 38 de la Constitución, que dicha norma consagraría tanto una regla de competencia, cuanto el principio de responsabilidad del Estado en lo que a actividad administrativa se refiere<sup>24</sup>. Sostiene que el eje fundamental del principio de responsabilidad en este ámbito está dado por el elemento "lesión a los derechos", lo que implicaría extender esta institución a las actuaciones lícitas de la Administración estatal<sup>25</sup>.

Por su parte, en lo que a normas legales se refiere, el profesor Oelckers sostiene que el artículo 4 de la Ley 18.575 viene a consagrar la responsabilidad directa de la Administración, ya sea por acciones u omisiones o por actos lícitos o ilícitos que hayan provocado "lesión" a los derechos de los ciudadanos. Por su parte, el actual artículo 42 de dicha ley vendría a establecer un reconocimiento parcial del sistema de responsabilidad por falta de servicio, debido a la exclusión efectuada por el inciso segundo del artículo 21 de esa misma ley<sup>26</sup>.

En lo referente al tema que nos hemos propuesto exponer en este trabajo, en cuanto a si la REDEA es subjetiva, o si por el contrario puede ser calificada de objetiva, el profesor Oelckers claramente sostiene que ella es de carácter subjetiva, ya que a su juicio "...debe siempre probarse en estos casos la culpa del servicio, o sea, la falta de servicio..."<sup>27</sup>. Sin embargo, esta opinión considerada aisladamente haría subsistir la problemática de entender que de un lado el artículo 38 inciso segundo consagra en Chile la responsabilidad objetiva y del otro, las normas de la Ley de Bases, especialmente el artículo 42, consagraría la responsabilidad subjetiva de la Administración. La explicación está dada en el hecho que a través de estas normas la REDEA, que sigue siendo subjetiva, habría sufrido una "objetivación" por la vía del sistema de responsabilidad por falta de servicio. Respecto de esto, el citado jurista sostiene "...al consagrarse la responsabilidad por falta de servicio, desaparece el elemento tradicional de dolo o culpa del funcionario para los efectos de determinar la responsabilidad de la Administración

<sup>24</sup> Oelckers Camus, Osvaldo, "La responsabilidad civil extracontractual del Estado Administrador en la Constitución Política de 1980 y su imputabilidad por falta de servicio", Revista Chilena de Derecho, número especial, 1998, p. 345.

<sup>25</sup> Oelckers Camus, Osvaldo, "La responsabilidad civil extracontractual del Estado Administrador en la Constitución Política de 1980 y su imputabilidad por falta de servicio", Revista Chilena de Derecho, número especial, 1998, p. 346.

<sup>26</sup> Oelckers Camus, Osvaldo, "La responsabilidad civil extracontractual del Estado Administrador en la Constitución Política de 1980 y su imputabilidad por falta de servicio", Revista Chilena de Derecho, número especial, 1998, p. 347.

<sup>27</sup> Oelckers Camus, Osvaldo, "La responsabilidad civil extracontractual del Estado Administrador en la Constitución Política de 1980 y su imputabilidad por falta de servicio", Revista Chilena de Derecho, número especial, 1998, p. 351.

—y continúa— la responsabilidad ahora se objetiviza y se transforma en responsabilidad directa de la Administración cuando ella no actúa en la forma que prescribe la ley<sup>28</sup>.

Esta objetivación, que conforme a lo señalado no significa el establecimiento de la responsabilidad objetiva ya que de todos modos se deberá probar el elemento de la falta de servicio, viene a producirse a través de la aplicación de diversos criterios o estándares jurídicos que darían contenido a este elemento de la falta de servicio, en cada caso concreto, labor que en definitiva debe ser asumida por los tribunales. Lo anterior determinaría que el sistema de falta de servicio es de carácter variable, y podrá aplicarse de diversa forma dependiendo del caso, conforme a los criterios que el propio jurista propone, tales como el de la naturaleza misma de la actividad que se despliega, o la dificultad de su realización, o bien la previsibilidad del daño<sup>29</sup>.

Finalmente, en lo que respecta a los órganos de la Administración estatal a los que no se aplica el sistema de la falta de servicio, Osvaldo Oelckers sostiene que al no establecerse en el artículo 4 de la Ley de Bases el tipo de responsabilidad de los órganos de la Administración y al no considerar que el inciso segundo del artículo 38 de la Constitución establezca la responsabilidad objetiva para la Administración, sino más bien el principio de responsabilidad extracontractual de la misma que permite su "objetivación" vía falta de servicio, en estos casos será la jurisprudencia la encargada de determinar en cada situación concreta la solución más justa, teniendo en consideración especialmente el respeto al principio de igualdad ante las cargas públicas consagrado en el artículo 19 número 20 de la Constitución de 1980<sup>30</sup>.

## 5. NUESTRA OPINION

Durante el estudio de las distintas tesis que sustentan el tipo de responsabilidad del Estado, indicamos que en la actualidad la tendencia mayoritaria

<sup>28</sup> Oelckers Camus, Osvaldo, "La responsabilidad civil extracontractual del Estado Administrador en la Constitución Política de 1980 y su imputabilidad por falta de servicio", *Revista Chilena de Derecho*, número especial, 1998, p. 349.

<sup>29</sup> Oelckers Camus, Osvaldo, "La responsabilidad civil extracontractual del Estado Administrador en la Constitución Política de 1980 y su imputabilidad por falta de servicio", *Revista Chilena de Derecho*, número especial, 1998, p. 351.

<sup>30</sup> Oelckers Camus, Osvaldo, "La responsabilidad civil extracontractual del Estado Administrador en la Constitución Política de 1980 y su imputabilidad por falta de servicio", *Revista Chilena de Derecho*, número especial, 1998, p. 347.

(aunque no definitiva por la tendencia más reciente) considera que dicha responsabilidad es objetiva. Esto mirado desde el punto de vista del particular lesionado tiene una enorme trascendencia, debido a que será mucho más fácil probar los elementos constitutivos de la responsabilidad objetiva, que no se basa en el dolo y la culpa.

Sin embargo, si miramos ahora el problema desde la perspectiva estatal, considerar esta institución como objetiva podría resultar peligroso para la mantención y protección del patrimonio del Estado que en definitiva pertenece a todos los miembros de la comunidad. Al respecto, el profesor español Luis Martín Rebollo, visualizando la problemática antes planteada, ha sostenido que la extensión objetivadora, que resulta sumamente atractiva en muchos casos, puede significar también un elemento indiscriminado de socialización de pérdidas<sup>31</sup>. Es este último elemento el que podría desencadenar un verdadero desequilibrio jurídico entre los organismos estatales y la posición jurídica de la víctima, que por cierto tendrá todo el derecho a lograr el resarcimiento de sus perjuicios. En este ámbito se busca que la Administración responda de los perjuicios que cause con su actuación, pero que dicha responsabilidad no signifique una carga de las pérdidas sufridas para toda la sociedad.

Resulta relevante lo anterior si pensamos en la gran cantidad de órganos administrativos autónomos que actúan en nuestro país, y que desempeñan sus funciones con un patrimonio limitado a lo que la ley le otorga, luego, muchos de estos servicios se verían seriamente afectados si por medio de una demanda indemnizatoria se disminuyera su patrimonio. Serán estos dos aspectos los que nuestra legislación, y sobre todo, nuestros tribunales, deberán conciliar de la manera más justa posible al momento de dictar sentencia.

Resulta indispensable que el Estado responda de los perjuicios causados a los particulares, pero ello no debe significar en ningún caso la negación de los servicios a los demás miembros de la sociedad. Piénsese, por ejemplo, en un consultorio municipal que, entre otros servicios, distribuye leche en forma gratuita a aquellos miembros de la comunidad que se encuentran inscritos en los respectivos

<sup>31</sup> Al respecto, el profesor Luis Martín Rebollo continúa señalando en relación a la tesis objetiva "...que sin duda puede ser plausible, pero significa en último extremo empezar la casa por el tejado, dado que puede ser incluso contradictorio, en según qué casos, introducir elementos socializantes en una sociedad que no lo está. Utilizar la idea de la responsabilidad objetiva tal y como se utiliza en nuestra legislación —la española por cierto—, me pregunto si no se cubren muchas veces intereses especulativos, sin que la introducción de la idea de lesión, me da la impresión, signifique en muchas ocasiones una delimitación que en la práctica solucione las cosas". Luis Martín Rebollo, *La responsabilidad patrimonial de la Administración en la Jurisprudencia*, Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1977, p. 68.

programas municipales. Una demanda indemnizatoria que signifique disminuir el patrimonio de la entidad municipal puede mermar el otorgamiento de estos beneficios afectando, de este modo, a otros ciudadanos que ninguna relación han tenido en la producción del daño, pero que sin embargo se los castiga de modo indirecto por efecto del daño cometido. Se daría en esta situación una paradoja, por que mientras por un lado estamos restableciendo el principio de igualdad violentado al causar daños en el patrimonio de un particular, por otro lado lo estamos volviendo a alterar, al no otorgar las prestaciones, beneficios y los servicios que, en general, fundamentan la razón de existir del Estado.

Lo dicho anteriormente no sólo vale para la actividad de beneficencia que se pueda desarrollar, sino también se puede extender a su rol regulador, fiscalizador, contralor, es decir, a todas las actividades que desarrolla el Estado. Recordemos que el artículo 1º inciso cuarto de la Constitución establece: "El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece". Este deber se configura de manera imperativa... el Estado está al servicio de la persona humana..., su tarea por tanto es velar por que esa misión se cumpla de mejor manera posible. Recordemos que este artículo consagra el principio de subsidiariedad como un imperativo de la acción del Estado. Además esta norma se encuentra incluida dentro del primer capítulo de la Constitución que establece "las bases de la institucionalidad", principio que debe ser proyectado hacia toda nuestra legislación.

Luego, en el inciso final del citado artículo se señala: "Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional". La Constitución lo impone como un deber, que, por cierto, tendrá que cumplir mientras exista como tal Estado. Alcanzar adecuadamente ese deber constituye su misión esencial.

Teniendo en cuenta estos aspectos, la legislación de REDEA debe ser capaz de conciliar tanto el interés de reparación de las lesiones que sufran las personas en sus derechos, el que también se encuentra cautelado en la parte final del inciso cuarto del artículo 1º de la Constitución, con el interés de los particulares, en razón de ser los destinatarios en el cumplimiento del deber estatal y a quienes más interesa que el Estado actúe efectivamente.

Creemos que objetivizar de manera absoluta la responsabilidad del Estado generaría en muchos casos, y por vía consecuencial, un desequilibrio en el principio de igualdad y una mayor carga para el Estado a la hora de cumplir la misión de bien común que le ha sido encomendada por el ordenamiento jurídico. Por su parte, en nuestra legislación se ha consagrado el sistema de la falta de servicio que, aun cuando existen órganos de la Administración del Estado a los que no se aplica dicha normativa, sin duda constituye el mejor sistema a la hora de fijar la responsabilidad estatal. Ello por cuanto al contener un criterio variable respecto de la exigibilidad en la entrega del servicio, tal como lo entiende la jurisprudencia francesa, permite al juez ponderar de manera más justa, los hechos constitutivos de la responsabilidad lo que, por cierto, incidirá a la hora de determinar cuestiones como el tipo de medidas cautelares que se impongan y en el monto de la indemnización debida a la víctima. La falta de servicio, por tanto, al ser un elemento más de prueba para acreditar la responsabilidad estatal, se aleja de la noción propiamente objetiva, que sólo exige para configurar la responsabilidad acreditar el hecho causante del daño y la relación de causalidad.

En cuanto a la regla del artículo 38 inciso segundo de la Constitución, creemos que de ella se pueden extraer múltiples consecuencias: en primer lugar tal norma consagra una acción de responsabilidad en contra de los órganos de la Administración del Estado, lo que resulta evidente de su sola lectura. En segundo lugar creemos, tal como opina el profesor Pedro Pierry, que esta norma constituye una regla de competencia general relativa al conocimiento de los asuntos contencioso-administrativos por parte de los tribunales de justicia, regla que por ser de nivel constitucional tendrá preeminencia sobre otras normas legales. Finalmente, creemos, tal como opina el profesor Osvaldo Oelckers<sup>32</sup>, que este inciso concretiza el principio de la REDEA, concreción que deberá efectuarse armónicamente con las demás normas que, sobre el particular existen en nuestra legislación<sup>33</sup>, como lo es la falta de servicio interpretado como un sistema objetivador de la responsabilidad, luego, de este modo el juez gozará de un sistema

<sup>32</sup> Véase en este mismo trabajo el punto sobre la tendencia intermedia.

<sup>33</sup> Recordemos que tanto la Ley de Bases de la Administración del Estado 18.575, como la Ley Orgánica de Municipalidades 18.695 que en nuestro país consagran el sistema de la responsabilidad estatal han sido previamente sometidas a un control de constitucionalidad, lo que implica que las normas contenidas en estos cuerpos legales se encuentran en plena armonía con las normas constitucionales, luego, sostener que de un lado se consagra la responsabilidad objetiva (art. 38 inciso segundo de la CPE<sup>o</sup>) y de otro un sistema distinto como la falta de servicio (art. 42 de la Ley 18.575 y el actual artículo 141 de la Ley 18.695) constituiría no sólo la inconstitucionalidad de la falta de servicio como sistema, tal como señala el profesor Pedro Pierry, sino que además constituiría una incongruencia de toda la institución de la REDEA.

que compatibiliza de mejor manera los intereses de la víctima afectada, con el de mantención del patrimonio estatal.

Pensamos además, respecto de la norma del inciso segundo del artículo 38 de la Constitución junto con la disposición del artículo 4 de la Ley de Bases, que en ellas se consagra el principio de responsabilidad patrimonial de la Administración, el que deberá ser interpretado armónicamente con el resto de las normas jurídicas que se dicten al respecto labor que, por cierto, se encuentra entregada a nuestros tribunales superiores de justicia, los que deberán centrar su labor en conciliar los principios de protección a los derechos individuales y el de salvaguarda del patrimonio estatal.

Creemos que sostener la responsabilidad objetiva del Estado como regla general en nuestro país entraña un grave y serio perjuicio a la misión esencial que le asiste al Estado y constituiría una socialización extrema de los perjuicios sufridos por la víctima, ya que el gravamen lo va a soportar en última instancia el patrimonio del Estado que pertenece a toda la nación, produciendo, en consecuencia, un grave detrimento, sin lugar a dudas, en aquellos que más se benefician con las medidas administrativas que este ente pueda adoptar. Por su parte, volver a sostener tesis subjetivas podría implicar un grave retroceso en el desarrollo de esta institución y en el afán de los administrativistas de consolidar un sistema enteramente público de responsabilidad, sin que se tenga que recurrir al auxilio del derecho común (léase Código Civil) para fundamentar instituciones que podrían verse difusas u oscuras en un primer momento, pero que con el devenir del tiempo podrán ser estructuradas en su correcta interpretación. De ahí entonces la necesidad de encontrar interpretaciones que nos permitan equilibrar los diversos intereses que en este caso se encuentran en juego.

Proponemos finalmente, como tesis extraída de nuestro trabajo e investigación, una modificación en la interpretación de nuestro sistema de REDEA, basado en el "ordenamiento jurídico", es decir, no limitado únicamente a lo que señala nuestra Constitución y la ley al respecto, sin perjuicio de que dichas normas deberán ser el referente principal a la hora de resolver cada caso, puesto que ellas representan la consagración (en el caso de la Constitución) y la concreción jurídica (en el caso de las normas legales referidas a la institución en estudio) del principio de REDEA en Chile. Por tanto, el fundamento de esta institución, y debido a su naturaleza de principio fundamental de derecho público, lo encontraremos radicado directamente en el ordenamiento jurídico. Por cierto, al hablar de "ordenamiento jurídico", nuestra intención es involucrar otras fuentes del derecho en el directo desarrollo de esta institución y en este

contexto es, sin duda alguna, la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia de nuestro país la llamada a dar contenido y forma a esta nueva interpretación del sistema chileno de responsabilidad, utilizando al respecto los criterios de variabilidad y estándares jurídicos objetivados que actualmente operan sólo a nivel del sistema de falta de servicio, conforme a la posición doctrinal que en este trabajo hemos calificado de intermedia. Creemos que en el sistema general de REDEA chilena es perfectamente posible aplicar los estándares jurídicos variables, diseñados por la jurisprudencia francesa, otorgando de este modo equilibrio a los intereses jurídicos que en torno a esta institución se encuentran en juego. Conforme a lo antes señalado, el fundamento principal de esta institución va más allá de lo que establece la Constitución y la ley al respecto, y pasa a asentarse directamente en nuestro ordenamiento jurídico, adquiriendo las características del sistema subjetivo tal como lo señala el profesor Osvaldo Oelckers, porque el motivo fundamental que hace responder al órgano es la culpa, pero valorada de manera objetivada. De esta forma elevamos la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia a la categoría de fuente, no meramente destinada a aplicar normas jurídicas, sino que también involucrada directamente en la configuración y determinación correcta de los estándares jurídicos de REDEA, que constituirá, en definitiva, la forma de valorar esta culpa dentro del sistema general de responsabilidad del Estado. Conforme a esta interpretación hacemos operativa la referencia al ordenamiento jurídico efectuada por el artículo 2º de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado Nº 18.875, al señalar: "Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes". Precisamente la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia se encuentra inserta dentro del "ordenamiento jurídico" y como tal está autorizada, conforme a este precepto, a ir determinando la competencia y atribuciones que a éstos les corresponden, incluyendo, por cierto, los ámbitos de infracción a las mismas, lo que implicaría la responsabilidad extracontractual del órgano administrativo en la medida que se produjera un quiebre en el estándar medio exigible al órgano de acuerdo con los criterios de la mayor o menor capacidad financiera del órgano administrativo, la mayor o menor complejidad de sus tareas, la mayor o menor posibilidad de error del servicio, la mayor o menor previsibilidad del daño, entre otros estándares que, en definitiva, será la jurisprudencia la llamada a definir.

En resumen, nuestra tesis propone entender a la institución de la REDEA chilena como un sistema de fundamentación supraconstitucional (basada en el ordenamiento jurídico), pero entendiendo siempre que éste viene a ser un principio que encuentra su principal desarrollo en la Constitución. Respecto de su naturaleza, entendemos que este tipo de responsabilidad es subjetiva, pero fuertemente atenuada por vía jurisprudencial, a través de diversos estándares jurídicos variables, siendo la propia jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia la encargada de confeccionar tales estándares. De lo anterior surge nuestra afirmación en el sentido de sostener que la responsabilidad es de orden supraconstitucional, subjetiva con atenuación jurisprudencial vía estándar jurídico, aplicable al sistema general de REDEA.