

ALGUNOS ASPECTOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO POR FALTA DE SERVICIO

PEDRO PIERRY ARRAU

Profesor de Derecho Administrativo
Facultad de Derecho - Universidad Católica de Valparaíso

I. INTRODUCCIÓN

Cuando la Comisión encargada de la redacción del proyecto sobre organización básica de la Administración Pública propuso la incorporación de la disposición que posteriormente pasaría a constituir el artículo 44 de la Ley N^o 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, no pretendió introducir en Chile un injerto extranjerizante, sino que incorporar al derecho público chileno el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado elaborado por el derecho administrativo francés, principalmente a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado, que, en opinión de la mayoría de los autores, constituye la mejor solución lograda por el derecho, para asegurar un debido equilibrio entre los derechos de los particulares y los intereses públicos. La solución francesa, adoptada por varios otros países del sistema de derecho continental, es considerablemente mejor que el sistema anglosajón¹ y para qué decir, del sistema que hasta la fecha se venía utilizando en Chile, adaptando el artículo 2320 del Código Civil y, hasta una fecha reciente a la promulgación de la Ley de Bases, utilizando la añeja distinción entre actos de autoridad y actos de gestión.

Se propuso en ese entonces, y así quedó finalmente, resumir todo el sistema francés de la responsabilidad extracontractual del Estado, en las dos frases que constituyen el artículo 44: "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

¹Sobre la materia, *La responsabilidad extracontractual del Estado*, Pedro Pierry, Anuario de Derecho Administrativo N^o 1. 1975-1976. Ediciones Revista de Derecho Público. Universidad de Chile.

incurrido en falta personal”. La redacción de la norma menciona por primera vez en el derecho chileno, los conceptos de falta de servicio y falta personal, sobre los que gira el sistema de la responsabilidad extracontractual del Estado. En forma explícita, ya que anteriormente, si bien la institución estaba, no se mencionaba expresamente. En efecto, el artículo 62 del Decreto Ley N° 1.289 de 1975, Ley de Municipalidades, señalaba que “La responsabilidad extracontractual procederá, principalmente, para indemnizar los perjuicios que sufran uno o más usuarios de los servicios municipales, cuando éstos no funcionen debiendo hacerlo, o lo hagan en forma deficiente”, lo que equivalía a lo mismo, a pesar de la situación producida con la falta de adecuación del concepto de falta personal, ya que el artículo 61 inciso cuarto obligaba a los funcionarios a indemnizar “los perjuicios que ocasionaren con sus actuaciones dolosas o culpables”, como fue señalado en su oportunidad².

La Comisión propuso, y así se aceptó, que en el título primero sobre normas generales, existiera un artículo que estableciera, de un modo general, la existencia del principio de la responsabilidad del Estado, artículo que de ningún modo debía entenderse contradictorio del mencionado anteriormente, sino que sentaría el principio que posteriormente se concretaba estableciéndose las condiciones de la misma. Cabe señalar que esto, que ha dado lugar a mucha confusión en su aplicación, en realidad fue una concepción, en el seno de la Comisión, a posiciones divergentes acerca de cómo entender el sistema de responsabilidad que se proponía para Chile. Para algunos la existencia de esta disposición permitiría en un futuro que la jurisprudencia avanzara aceptando, por ejemplo, la teoría de la responsabilidad por riesgo, también creación del Consejo de Estado francés y donde no existe falta imputable a la Administración ni al funcionario.

La ley de Bases Generales de la Administración del Estado promulgada el 5 de diciembre de 1986 tuvo varias diferencias con el proyecto elaborado originalmente y que casi sin modificaciones remitió al Presidente de la República la Comisión de Estudio de Leyes Orgánicas Constitucionales con fecha 6 de diciembre de 1983. La más importante de ellas fue la de excluir de la aplicación del título II sobre normas especiales, donde quedó ubicado como artículo 44, el sistema introducido de responsabilidad extracontractual,

²Al respecto ver nuestro artículo *De la responsabilidad extracontractual de las Municipalidades*. Revista de Ciencias Sociales Universidad de Chile. Valparaíso N° 12, año 1978, y Anuario de Derecho Administrativo N° 2, 1977-1978. Ediciones Revista de Derecho Público. Universidad de Chile. Santiago.

a la Contraloría General de la República, al Banco Central, a las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad, a las Municipalidades, al Consejo Nacional de Televisión y a las empresas públicas creadas por ley. Todo ello en el inciso segundo de su artículo 18. Cabe señalar que la Ley de Municipalidades número 18.695, que sustituyó al Decreto Ley N° 1.269, estableció en idénticos términos que el artículo 44, la responsabilidad de las Municipalidades, por lo que la excepción no alcanza a las Municipalidades en esta materia.

El artículo 18 de la Ley de Bases introduce un grave problema para el tratamiento de la responsabilidad extracontractual del Estado. No afecta mayormente a otros aspectos, ya que el título II de cuya aplicación excluye a determinadas instituciones, se refiere principalmente a aspectos de organización y las diversas leyes orgánicas de los servicios excluidos contemplan normas sobre la materia. No ocurre así con la responsabilidad, salvo de las municipalidades, como ya hemos señalado. Con respecto a las instituciones mencionadas en el artículo 18, rige únicamente el artículo 4º, que como ya indicamos, se estableció como un principio general.

Como elemento suplementario de confusión, puede señalarse la redacción poco clara del inciso segundo del artículo 38 de la Constitución Política, que originalmente tenía por objeto establecer lo que podríamos denominar la acción contencioso-administrativa; pero que después de la modificación introducida por la Ley de Reforma Constitucional número 18.825 de 1989, que suprimió la referencia a estos tribunales, dejando el resto de la frase intacta, pareciera estar refiriéndose al tema de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Es principalmente con los tres artículos mencionados anteriormente que debe establecerse la regulación de la responsabilidad extracontractual en Chile, solucionándose las aparentes contradicciones y omisiones, y estableciendo un sistema coherente y adecuado.

II. FALTA DE SERVICIO Y RESPONSABILIDAD OBJETIVA

Dos aspectos vinculados con la responsabilidad objetiva en materia de la responsabilidad extracontractual del Estado es necesario abordar. El primero se refiere a si la institución de la falta de servicio corresponde o no a lo que se denomina responsabilidad objetiva. El segundo, al que nos referiremos en otro punto, es el de la responsabilidad aplicable fuera del artículo 44 de la Ley de Bases.

La falta de servicio no es una responsabilidad objetiva, punto

éste que no parece haber sido entendido por la jurisprudencia y al que los autores partidarios de la responsabilidad objetiva en general no han tratado con la rigurosidad necesaria cohonestando el error jurisprudencial.

Al decir que la falta de servicio no es una responsabilidad objetiva, afirmamos 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 el vínculo o relación de causalidad entre el hecho y el daño. En el derecho civil, el elemento culpa o dolo es esencial en la responsabilidad subjetiva y es por ello que el concepto de responsabilidad objetiva está dado principalmente por la ausencia del requisito de haber obrado con culpa o dolo. Sin embargo, la objetivización de la responsabilidad se produce no por la falta de necesidad de culpa o dolo, sino que, positivamente por ser suficiente para comprometerla, la relación de causalidad. Ahora bien, en la falta de servicio, categóricamente no basta con la relación de causalidad, ya que es necesario la “falta de servicio”.

Cuando hace más de una década presentamos el tema en las XV Jornadas de Derecho Público, comentando la sentencia “Tirado con Municipalidad de La Reina”, sostuvimos que pareciera ser que la Corte Suprema al calificar de objetiva la responsabilidad de la Municipalidad lo hacía únicamente para distinguirla de la civil en cuanto a que no se requiere la prueba de culpa o dolo del funcionario y que por lo tanto sería únicamente una cuestión terminológica en que objetiva sería para los Tribunales cuando no debe existir culpa o dolo de un individuo en particular³.

Este razonamiento, que nosotros no compartimos, sin embargo, parece haber complicado las cosas en el terreno formal, ya que ahora se pretende simplemente que la falta de servicio pueda existir, separada de toda noción de falta, lo que evidentemente no es así.

El concepto adecuado es considerar la responsabilidad por falta de servicio, como dentro de la responsabilidad subjetiva. Como señalan Mazeaud y Tunc, la falta de servicio es considerada como “la culpa del Servicio”, de allí que la responsabilidad continúa siendo subjetiva, basada en la culpa. La exigencia establecida por la ley, que implica probar el mal

³Pedro Pierry Arrau, *Responsabilidad de los entes públicos por el mal estado de las vías públicas*. Actas de las XV Jornadas de Derecho Público. Universidad de Valparaíso. Ed. Edeval Valparaíso, 1985, y Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso. N° VIII. 1984.

funcionamiento del servicio o el no funcionamiento del mismo, descarta la idea de responsabilidad objetiva.

Debemos consignar que tanto autores como jurisprudencia han incluido a la falta de servicio dentro de la responsabilidad objetiva. Así, Rolando Pantoja⁴ señala refiriéndose a los artículos 4º y 44 de la ley de Bases que “la solución de derecho que dan al tema de la responsabilidad extracontractual del Estado se basa en una teoría pública objetiva que se configura por el daño causado por los órganos administrativos con su actuar lícito o ilícito”; no obstante que a continuación indica la necesidad que con respecto a las instituciones del título II haya que “configurarse por el demandante la falta de servicio”.

También Eduardo Soto, comentando el fallo “Tirado con Municipalidad de La Reina”⁵, reitera que se está en presencia de una responsabilidad objetiva, haciendo una prevención acerca de la “expresión formal” usada 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 material⁶.

La jurisprudencia, aunque incipiente, por su parte, además de “Tirado con Municipalidad de La Reina”, también, aparentemente, como se verá más adelante, ha calificado a la falta de servicio como responsabilidad objetiva⁷.

⁴Rolando Pantoja Bauzá, *Bases generales de la Administración del Estado*. Ed. Cono Sur Ltda. 1987, 45.

⁵Eduardo Soto Kloss, *Responsabilidad Administrativa Municipal*. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo LXXVIII. Enero-abril 1981, pág. 39.

⁶El profesor Hugo Caldera Delgado, en su *Sistema de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en la Constitución Política de 1980*, Editorial Jurídica de Chile, 1982, 44 y 45, señala que el artículo 38 de la Constitución Política establece la responsabilidad objetiva del Estado, al indicar que “todo daño causado a un administrado o persona por la acción u omisión de la Administración del Estado, por sus organismos o por las municipalidades es indemnizable”, extrayendo como consecuencia de su letra el que en presencia del perjuicio y constatada su relación directa de causalidad con aquél, para los efectos de la obligación a indemnizar el perjuicio, tampoco se atiende a si el daño es producto de una actuación irregular, esto es, constitutiva de falta de servicio, o por una actuación ilícita que provoque daños a los particulares”. Para el autor, por lo tanto, la falta de servicio no lo sería.

⁷En el Informe de la Cuarta Comisión Legislativa a la Junta de Gobierno sobre el Proyecto de la Ley de Bases de la Administración del Estado, al referirse a la falta de

El legislador al momento de establecer la responsabilidad extracontractual del Estado tuvo diversas opciones. Pudo, como lo hizo, establecer la responsabilidad por falta de servicio, o culpa del servicio como señalan Mazeaud y Tunc, en la forma más perfeccionada que ofrece el derecho francés. Pudo haber optado por un sistema como el de Estados Unidos o Inglaterra, en que se requiere culpa del funcionario. Pudo también haber optado por el sistema de la responsabilidad objetiva contemplado en el derecho español⁸. No lo hizo así, dado el tenor literal del artículo 44 de la Ley de Bases, como tampoco lo había hecho anteriormente en el artículo 62 del Decreto Ley N° 1.289, Ley de Municipalidades. La intención del legislador y la letra de la ley deben respetarse, y siempre deberá existir una falta de servicio para comprometer la responsabilidad de la Administración.

El legislador tuvo particularmente en cuenta la necesidad de probar la culpa del servicio al establecer el sistema de la responsabilidad extracontractual, contrariamente a como se ha señalado en el sentido que al ser la Ley de Bases posterior al fallo “Tirado con Municipalidad de La Reina”, al dictarse y estudiarse, se entendía que la responsabilidad por falta de servicio importaba la consagración de una responsabilidad objetiva⁹. Ello no es así, ya que la historia de la ley, contenida en el informe que la Comisión de Estudios de las Leyes Orgánicas Constitucionales de fecha 6 de diciembre de 1983, dirigido al Presidente de la República, menciona expresamente la necesidad de acreditar culpa o dolo de la Administración y, concretamente en lo que se refiere al actual artículo 44, expresa que se regula la responsabilidad “...cau-

servicio se señala que se trata de un elemento objetivo, al descartar la culpa o dolo de los funcionarios. Al respecto indica en la página 79 del Informe, página 390 del boletín 601-06 de 27 de julio de 1986: “En consecuencia, se consagra en este artículo un criterio nuevo de responsabilidad que no es el tradicional de la responsabilidad subjetiva basada en el dolo o la culpa de un determinado funcionario, sino que atiende a un elemento objetivo que es la falta de servicio público. De manera que acreditando el afectado que un servicio público no ha funcionado, debiendo hacerlo, o que ha funcionado de modo tardío o deficiente, y probar que a raíz de lo anterior se le ha causado un daño, está en situación de exigir indemnización de parte del Estado. Se trata de un concepto que tiene su origen en el derecho francés, y es la concreción de una serie de elementos que tienen un largo desarrollo en el Derecho Administrativo”.

⁸Eduardo García de Enterría, *La responsabilidad del Estado por comportamiento ilegal de sus órganos en derecho español*. Perspectivas del Derecho Público en la Segunda Mitad del Siglo XX. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1969, 879.

⁹Pantoja *cit.*, 45.

sada por la falta del servicio público entendida ésta en los términos que se entiende por la doctrina administrativa”. Ése es, entonces, el derecho positivo chileno.

Si se insiste en sostener que por no haber necesidad de probar culpa o dolo del funcionario, no estamos en presencia de responsabilidad subjetiva y si a ello se le denomina responsabilidad objetiva, que quede en todo caso muy claro que la falta de servicio no se funda “exclusivamente en el hecho que ha provocado el riesgo, o sea, causalidad material”, como se ha señalado, sino que es necesario acreditar el mal funcionamiento del servicio, “esto es, cuando la Administración no cumple con su deber de prestar servicio en la forma exigida por el legislador no obstante disponer de los recursos para ello y no concurrir ninguna causal eximente”, como se lee en la pág. 10 del informe mencionado anteriormente.

El informe sobre esta materia aclara en forma definitiva la historia de la ley. En su página 45 al comentar el artículo 50 del proyecto, hoy artículo 44, expresa que la Comisión reitera que la idea es reconocer la existencia de responsabilidad cuando la Administración no cumple con su deber de prestar un servicio en la forma exigida por el legislador... “Se trata, entonces, de un mecanismo bastante avanzado de responsabilidad, sin llegar a una que sea objetiva o total”. Nada más claro en cuanto a la intención de los redactores de la ley.

III. ARTÍCULOS 38 DE LA CONSTITUCIÓN Y 4º DE LA LEY DE BASES

Ya hemos señalado que el artículo 18 de la Ley de Bases introdujo una grave perturbación en la inteligencia de los artículos 4º y 44 al excluir a las instituciones que allí señala de la aplicación del título II. Dejando de lado a las Municipalidades según lo expresado al comienzo de este trabajo y también a las empresas del Estado, en atención a que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 19 inciso segundo de la Constitución Política, la cuestión parece resuelta con respecto a ellas en el sentido que su responsabilidad extracontractual se regula por el Código Civil, la situación se refiere fundamentalmente, por la envergadura de su actividad administrativa, particularmente de carácter material, a las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad, las que serían reguladas únicamente por el artículo 38 de la Constitución Política y por el artículo 4º de la Ley de Bases.

La responsabilidad extracontractual de las Fuerzas Armadas,

de Orden y Seguridad se ha visto comprometida principalmente con ocasión de procesos penales en que funcionarios han cometido delitos y en que el Fisco ha debido responder como tercero civilmente responsable de los actos delictuales de sus funcionarios. Ha sido por lo tanto el juez en lo criminal, en un proceso penal, el que ha debido interpretar, al resolver sobre la acción civil, las normas sobre responsabilidad extracontractual del Estado y, como ya se ha dicho, sin poder aplicar el artículo 44 de la Ley de Bases.

En fallo de 31 de marzo de 1994 dictado por el Ministro en Visita en el juicio seguido contra César Miranda Gálvez, Guillermo González Betancourt y otros, por el homicidio de los profesores Nattino, Parada y Guerrero, se condenó al Fisco, por hechos ocurridos con anterioridad a la dictación de la Ley de Bases, fundándose la sentencia en los artículos 5º, 6º, 7º y 38 de la Constitución Política. Como comentario al margen señalemos que la sentencia estableció la falta de servicio del órgano estatal, mencionándola por su nombre en los considerandos 230 y 231, eliminándose el primero de ellos por el fallo de segunda instancia, lo que técnicamente correspondía, ya que se trataba indudablemente de una falta personal de la que responde la Administración y no de una falta de servicio¹⁰. Lo que interesa aquí, sin embargo, es la interpretación dada al artículo 38 de la Constitución Política, y que señala que se trata de una acción de carácter constitucional, donde “basta un perjuicio en los derechos, causado por el Estado o sus organismos, para que se pueda activar la actividad jurisdiccional y obtener la reparación de los daños causados”, sin que sea necesario acudir a la Ley de Bases de Administración.

En fallo reciente de fecha 28 de marzo de 1995 en causa seguida por cuasidelito de lesiones en la persona de don Lionel Béraud P., se condena al Fisco de Chile sosteniendo la sentencia de primera instancia, confirmada, que los artículos 38 de la Constitución y 4º de la Ley de Bases, establecen que para que nazca la obligación de indemnizar se requiere daño producido por la Administración y que los órganos hayan actuado en el ejercicio de sus funciones (Considerando 71), enfatizando en los considerandos siguientes que existe un mandato objetivo que grava al Estado por la sola circunstancia que el daño haya sido producido con motivo de la actuación de un órgano; que la única condicionante legal es que el daño se haya producido

¹⁰Ver nuestro *Responsabilidad extracontractual del Estado por los delitos cometidos por sus funcionarios*. Actas de las XIII Jornadas de Derecho Público, 1982, Universidad de Concepción, y en Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso N° VII, 1983.

en el ejercicio de las funciones; que se trata de una responsabilidad legal y, por último, que se trata de una responsabilidad objetiva “consagrada por razones de equidad” cuando concurren los presupuestos del artículo 4º de la Ley de Bases.

El fallo de segunda instancia agrega como fundamentos los artículos 4º, 5º y 6º de la Constitución, citando profusamente al profesor Hugo Caldera¹¹ en su obra del año 1982, incorporando a los argumentos allí señalados el artículo 4º de la Ley de Bases y concluyendo con la cita de H. Caldera que: “Para que la responsabilidad tenga lugar y para que nazca el derecho de la víctima a ser indemnizado es suficiente que la actuación del agente público esté relacionada con el servicio u órgano público y que haya un vínculo directo de causalidad entre la acción u omisión y el daño producido”. (Considerando 37).

La posición de Hugo Caldera, en su obra, editada con anterioridad a la Ley de Bases, sirvió también de fundamento al fallo de 23 de diciembre de 1993 de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, publicado en Gaceta Jurídica de diciembre de 1993 N° 162, para condenar al S.A.G., por daños causados en su actividad legítima al prohibir el uso de un predio para evitar la propagación de fiebre aftosa. El fallo, citando a H. Caldera en relación con el artículo 38 de la Constitución Política, señala: “en presencia del perjuicio y constatada su relación directa de causalidad con aquél, para los efectos de la obligación de indemnizar el perjuicio, tampoco se atiende a si el daño es producto de una actuación u omisión irregular, esto es, constitutiva de falta de servicio o por una actuación lícita que provoque daños a los particulares”.

Inexplicablemente el fallo no se refiere para nada al artículo 44 de la Ley de Bases, aplicable evidentemente al S.A.G., lo que hace aún más paradójica la cita de un autor que escribió antes de la disposición legal que regula el punto.

La jurisprudencia citada, en los dos últimos casos, que permanece a nivel de la Corte de Apelaciones de Santiago, parece concluir que el artículo 38 de la Constitución establecería una responsabilidad directa y objetiva (fallo S.A.G. y Béraud) y que el artículo 4º de la Ley de Bases también lo establecería (fallo Béraud) coincidiendo de esta forma con los autores que en general le han dado al tema de la responsabilidad el tratamiento de una responsabilidad objetiva.

¹¹Caldera *cit.*

Verdadero sentido de los Artículos

A nadie podrá escapar que si se mantiene la interpretación que se ha señalado, a lo menos del Art. 38 de la Constitución Política, ello significa simplemente que el art. 44 de la Ley de Bases sería inconstitucional, al restringir su aplicación estableciendo un requisito suplementario para comprometer la responsabilidad del Estado. Esta eventual contradicción de una distinta interpretación la había señalado R. Pantoja¹², pero precisamente para justificar que el artículo 44 establecía también una responsabilidad objetiva, aunque acepta que “haya de configurarse por el demandante la falta de servicio que le sirve de causa de pedir”.

Por su parte, Gustavo Fiamma Olivares, en artículo titulado “La acción constitucional de responsabilidad y responsabilidad por falta de servicio¹³”, señalando que el artículo 38 de la Constitución establece en

¹²Pantoja *cit.*

¹³Gustavo Fiamma Olivares. Revista Chilena de Derecho. Vol. 16 N° 2. Julio-agosto 1989.

Fiamma basa su posición en el carácter que según él tendría el artículo 38 de la Constitución Política, que sería el de establecer una acción constitucional específica de responsabilidad; reafirmando su conclusión en la historia fidedigna del artículo, contenida en las Actas de Sesiones de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sesión 410. Transcribimos a continuación toda la parte de la sesión que se ocupa del asunto, concluyendo que a nuestro juicio no queda en absoluto claro, pudiendo sostenerse válidamente, como hacemos, que se trata de establecer la competencia para conocer de la actividad administrativa y no de una acción de responsabilidad. En todo caso y si se llegara a aceptar esto último, no aparece en absoluto que se trata de una responsabilidad objetiva, sino que precisamente todo lo contrario, ya que como señala el Presidente de la Comisión: “...se refiere al perjuicio que puede causar un acto arbitrario o ilegítimo de la Administración y del que podrán conocer los tribunales ordinarios”, lo que a nuestro juicio basta para refutar la posición de los autores que afirman en la disposición constitucional la responsabilidad objetiva de la Administración.

Sesión 410 celebrada el 30 de agosto de 1978: “El señor Carmona hace presente que no existe norma especial alguna sobre los tribunales administrativos”.

El señor Ortúzar (Presidente) manifiesta que no habría problema para incluir un precepto en tal sentido si se alcanza a despachar la ley de lo contencioso-administrativo antes que se promulgue la Carta Fundamental, porque de otro modo los tribunales ordinarios pasarían a conocer sobre la materia.

El señor Bertelsen propone que la disposición constitucional permanente disponga que “la facultad de juzgar las causas civiles, criminales y contencioso-adminis-

términos categóricos la responsabilidad objetiva de la Administración... “procede cada vez que ésta causa un daño, incluso cuando haya actuado dentro de la más estricta legalidad”, afirma que la falta de concordancia de la disposición constitucional con el artículo 44 de la Ley de Bases “es de tal entidad que es imposible la interpretación conciliatoria; dichos sistemas son esencialmente contradictorios, al extremo de ser excluyentes entre sí”, concluyendo que “el sistema constitucional ha sido desvirtuado por el legislador”.

La explicación dada al comienzo de este trabajo sobre el Art. 4º ha de tomarse en consideración para entender su relación con el artículo 44. Se trata de un principio general, pero de acuerdo con la idea básica del legislador en el sentido que la responsabilidad se compromete únicamente tratándose de actuación antijurídica de la Administración.

Es necesario resaltar en los términos más categóricos cuál fue la intención de los redactores de la norma, para poder darle un sentido armónico, y para ello nada más ilustrativo que recurrir a la única fuente de la historia de la ley, que es el informe por el que la Comisión remitió el proyecto al Presidente de la República, mencionado anteriormente. En dicho informe página nueve se expresa: “El artículo 3º (actual artículo 4º) del anteproyecto reproduce el principio de responsabilidad del Estado por los daños que los

trativas pertenece a los tribunales que señala la ley”, ya que es la única oportunidad para establecer el principio en el texto, y que luego se decida si un artículo transitorio, en caso de que no se haya dictado la ley en el momento de la promulgación, contendrá alguna referencia al respecto.

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 no de los de la Administración.

El señor Carmona destaca que el artículo 48 propuesto expresa que “Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración Pública del Estado podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera afectar al funcionario que hubiese causado el daño”.

El señor Ortúzar (Presidente) declara que esta situación reviste menos gravedad, porque se refiere al perjuicio que puede causar un acto arbitrario o ilegítimo de la Administración y del que podrían conocer los tribunales ordinarios. Agrega que resultaría peligroso, sin embargo, darles competencia amplia sobre el particular sin que se haya dictado la ley correspondiente”.

órganos de la Administración produzcan en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que hubiere causado el daño. En consecuencia, 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*".

Para los redactores de la Ley de Bases, entonces, el artículo 4º tampoco establece la responsabilidad objetiva de la Administración, sino que "reproduce el principio de responsabilidad del Estado" entendido para sus autores dentro de una noción que presupone el actuar ilícito o antijurídico y exigiendo por lo tanto "culpa o dolo", 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.

Ahora bien; es necesario precisar, para aquellos que puedan desde ya estar viendo una contradicción y por lo tanto inconstitucionalidad con el artículo 38 de la Constitución Política, que la Ley de Bases es Orgánica Constitucional y que por lo tanto su constitucionalidad ya fue aprobada, de acuerdo al artículo 82 Nº 1 de la Constitución, y no puede ser objeto de recurso de inaplicabilidad según el artículo 83 inciso final.

Sin embargo, no hay ninguna contradicción, ya que el artículo 38 de la Constitución tampoco establece la responsabilidad objetiva. En efecto, dicho artículo tiene como propósito establecer la competencia de los tribunales para conocer de la actividad administrativa; pero no para consagrar la responsabilidad extracontractual del Estado, y mucho menos un determinado tipo de la misma. El artículo 38 inciso segundo, en su redacción original, aparece claramente como el reemplazo que la Constitución Política de 1980 hizo del artículo 87 de la Constitución de 1925, ubicado en el capítulo del Poder Judicial. Su diferencia fue analizada en ponencia que presentamos en las Undécimas Jornadas de Derecho Público, donde expusimos cuál era, a nuestro juicio, su sentido y alcance¹⁴.

La Constitución Política de 1980, teniendo varias opciones entre las cuales elegir en cuanto a los requisitos del actor para interponer la

¹⁴Véase nuestro, *Lo Contencioso-Administrativo en la Constitución Política de 1980. Competencia del Poder Judicial hasta la dictación de la ley*. Undécimas Jornadas de Derecho Público. Noviembre 1980. Publicación del Departamento de Derecho Público. Facultad de Derecho. Universidad de Chile, Santiago, y en *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso*. Nº V. 1981.

acción contencioso-administrativa, optó por la solución de exigir al reclamante —para utilizar el término del propio artículo 38— que invoque un derecho subjetivo violado por la Administración, acercando de este modo el recurso de nulidad al contencioso-administrativo subjetivo. En otros términos, la expresión “persona que sea lesionada en sus derechos” está referida al requisito para poder recurrir ante los tribunales y no tiene el sentido de aceptar un sistema de responsabilidad extracontractual del Estado.

IV. APLICACIÓN DE LA INSTITUCIÓN DE LA FALTA DE SERVICIO DE INSTITUCIONES CONTEMPLADAS EN EL ARTÍCULO 18

Como ya se señaló, a las Municipalidades, de acuerdo a su propia ley se les aplica una disposición idéntica al artículo 44. Por otra parte, las empresas del Estado se regulan por el Código Civil. Es necesario establecer el régimen al que se encuentran sometidas las Fuerzas Armadas, y de Orden y Seguridad, Consejo Nacional de Televisión y Contraloría General de la República, partiendo de la base que a ellas se les aplica el artículo 4º y, por supuesto, el artículo 38 de la Constitución.

Ya hemos señalado cuál es la interpretación correcta de las disposiciones mencionadas y, por lo tanto, es de acuerdo a esas disposiciones que debe construirse el sistema aplicable a estas instituciones. Sin embargo y en forma previa, mencionaremos diversas otras alternativas, que descartamos, pero que debemos reconocer que con algún fundamento podrían ser utilizadas. Estas alternativas son:

1. Aplicación directa del sistema establecido en el artículo 44 de la Ley de Bases, sosteniendo que se trata del sistema general para toda la Administración del Estado, a partir del artículo 4º de la misma ley, y que, salvo el Consejo Nacional de Televisión, el demandado será siempre el Fisco de Chile, no pudiendo existir diversos sistemas para comprometer su responsabilidad. Aun cuando la aplicación del artículo 18, para excluir el sistema del artículo 44 sea absolutamente ilógico, es insostenible pretender desconocer el texto de la ley.
2. Aplicación del artículo 2320 del Código Civil, exigiendo la prueba de culpa o dolo del funcionario responsable, y su individualización. Se sostendría que es el sistema general de responsabilidad en el derecho chileno, anterior a la Ley de Bases y que constituye la regla general a la que el artículo 44 no aplicable hace excepción. Guardaría además relación y no habría contradicción con lo dispuesto en el artículo 4º. Esta postura tiene el inconveniente de

significar un abierto retroceso de la institución y volver a tener que desenterrar la distinción entre actos de autoridad y actos de gestión, o distorsionar la disposición como se hizo al final de su evolución para aplicarlo en todos los casos.

3. Aplicación directa del artículo 38 de la Constitución y 4º de la Ley de Bases, en la forma que lo hizo la jurisprudencia citada anteriormente en este artículo, o bien, para no ser tan extremo, siguiendo la línea de razonamiento basado en la noción de “sacrificio especial” unida a la de “lesión de los derechos” desarrollada por el profesor O. Oelckers¹⁵. Ya hemos descartado esta solución que además implicaría necesariamente afectar y derogar tácitamente el artículo 44.

4. La aplicación estricta y completa del artículo 4º en su tenor literal aceptando que se trata de una responsabilidad objetiva, pero exigiendo que se trate de órganos del Estado en el ejercicio de sus funciones, lo que no ocurriría cuando el funcionario actúa fuera del ámbito de su competencia, ya que sólo podría comprometer al Estado, cuando se actúa dentro de ellas. En este sentido la solución se acercaría al derecho de USA, en la Federal Tors Claims Act¹⁶. Al problema señalado en el punto anterior, se agrega que el sistema norteamericano es muy imperfecto, ya que excluye la responsabilidad en todos aquellos casos en que el funcionario comete actos ilícitos premunido de su investidura.

5. En nuestra opinión se debe lograr la aplicación en definitiva de un solo sistema de responsabilidad para toda la Administración del Estado, pero sin desconocer que el artículo 44 no se puede aplicar a las instituciones excluidas. Ello puede hacerse aplicando la institución de la falta de servicio, pero no a partir del artículo 44, o del artículo 38 de la Constitución como lo hizo el Juez de primera instancia en el caso de homicidio de los profesores Nattino, Parada y Guerrero en el considerando 230 de la sentencia, posteriormente eliminado por el fallo de alzada; sino que a partir del artículo 2314 del Código Civil, al que habría que volver como el derecho común en materia de responsabilidad extracontractual.

¹⁵Oswaldo Oelckers Camus, *Fundamentos indemnizatorios en razón del acto administrativo lícito que cause daño en el patrimonio del administrado*. Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso. N° XI, 1987.

¹⁶Ver nuestro, *La responsabilidad extracontractual del Estado*, citado.

La siguiente es nuestra posición, la que fue desarrollada en el artículo publicado hace ya veinte años¹⁷.

En nuestro derecho las personas jurídicas, y el Estado es una persona jurídica, son capaces de delito o cuasidelito civil, y en virtud de ese principio están obligadas a indemnizar por los daños que causen con dolo o culpa las personas naturales que ofrecen en su nombre o representación, como señala Arturo Alessandri¹⁸, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 39 del Código de Procedimiento Penal. La responsabilidad de las personas jurídicas es por su hecho personal, cometido por quienes han obrado en su nombre "... la persona jurídica será personal y directamente responsable del daño que así se cause. El delito o cuasidelito del órgano es el delito o cuasidelito de la persona jurídica". Para considerar a la persona jurídica como responsable por el hecho propio se requiere, sin embargo: a) que las acciones u omisiones sean cometidas por su órgano, esto es por las personas naturales o consejos en quienes resida la voluntad de la persona jurídica; b) que las acciones y omisiones en que incurran sus órganos puedan considerarse dentro del ejercicio de sus funciones; en caso contrario, las personas naturales que los componen no actúan por las personas jurídicas sino que por su propia cuenta y serán las únicas responsables¹⁹, y c) que las personas naturales que actuaron en nombre de la persona jurídica lo hayan hecho con culpa o dolo.

A primera vista la aplicación al Estado, de la responsabilidad por el hecho propio, no difiere fundamentalmente de la responsabilidad por el hecho ajeno, en cuanto a sus efectos; a excepción de la aplicación del artículo 2329 del Código Civil que constituye, para Arturo Alessandri, una presunción de culpa. Sería siempre necesario probar culpa o dolo del funcionario y, además, sólo procedería en los casos en que la persona del agente público tuviera la representación del Estado, en que expresara por su intermedio, la voluntad de éste. Como esto último sólo puede estimarse que ocurre en los actos de autoridad, sólo podría operar entonces en caso de decisiones administrativas ilegales.

Creemos, sin embargo, que se puede ir más lejos y aceptar la

¹⁷Id. nota anterior.

¹⁸Arturo Alessandri Rodríguez, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. N° 103, pág. 148. Imprenta Universitaria, Santiago de Chile. 1943.

¹⁹Alessandri Rodríguez, *cit.* N° 106, 153, y René Abeliuk M., *Las obligaciones y sus principales fuentes en el Derecho Civil Chileno*, 190. Editores López-Viancos. Santiago de Chile. 1971.

aplicación en Chile a partir del artículo 2314 del Código Civil, de la noción de falta de servicio. No debemos olvidar que el Estado, después de todo, no es una persona jurídica de derecho privado, y a él, como a los otros entes públicos administrativos, pueden serle aplicados de manera diversa las normas del título XXXV del Código Civil, sin que esto implique, desde luego, una errada interpretación de las mismas. Precisamente el desarrollo del derecho administrativo, allí donde ha ocurrido, ha sido a partir de la distinta interpretación de las normas de derecho común para el Estado y para las relaciones entre particulares; permitiendo en esta forma la conciliación de la actuación estatal, dotada de imperio público, como guardiana del interés colectivo, con la protección de los derechos de los ciudadanos.

Las personas jurídicas son capaces de culpa aunque carezcan de voluntad propia. La culpa civil, como señalan los hermanos Mazeaud y André Tunc²⁰, “no requiere la voluntad, ni siquiera el discernimiento, no es necesariamente una culpa moral; es suficiente con comportarse de manera distinta a la que habría observado en parecidas circunstancias, un individuo cuidadoso”. De acuerdo con este razonamiento y ampliándolo, podría no exigirse para la responsabilidad de la persona jurídica Estado, la culpa o dolo de sus órganos o representantes; bastaría con que el comportamiento del servicio público fuera distinto al que debiera considerarse su comportamiento normal; o sea, bastaría con probar una falta de servicio.

Por otra parte, la culpa de funcionarios anónimos puede presumirse, como ha hecho en ocasiones la jurisprudencia²¹. En estos casos la culpa del órgano, que se presume de los hechos mismos, constituye la culpa del Estado. Puede presumirse siempre culpa de alguien, anónimamente, cada vez que haya falta de servicio.

No todo funcionario actúa en representación del Estado expresando su voluntad; o sea, no todos los funcionarios equivalen a los órganos de las personas jurídicas privadas, que son los que comprometen su responsabilidad por el hecho propio. Esto constituiría un obstáculo para la solución que planteamos; sin embargo, sobre este punto estimamos que es posible

²⁰Henri y León Mazeaud y André Tunc, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Tomo segundo. Volumen II N° 1984, 625. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1963.

²¹“Aída Arcaya con Municipalidad de Valparaíso”.

²²René Chapus, *Responsabilité Publique et Responsabilité Privée*. N° 205, 222. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. París. 1957.

aplicar lo sostenido por René Chapus en su tratado sobre la responsabilidad pública y la responsabilidad privada²² frente a la clasificación de los funcionarios administrativos: “Esta clasificación no tiene incidencia en el plano de la responsabilidad. Las jurisdicciones no han hecho nunca ninguna distinción y siempre han considerado al personal de los servicios públicos como una masa homogénea de agentes públicos”. Así también lo sostiene Carré de Malberg y Gastón Jéze, citados por René Chapus.

Conclusión

La aplicación al Estado de la noción de falta de servicio puede hacerse a partir de los artículos 2314 y 2329 del Código Civil, permitiendo uniformar el sistema de responsabilidad extracontractual para todos los entes de la Administración del Estado.

V. EXTENSIÓN DE LA NOCIÓN DE FALTA DE SERVICIO EN RELACIÓN CON LA ACTIVIDAD JURÍDICA

El proyecto original, enviado al Presidente de la República tiene algunas diferencias con el artículo 44 definitivo. Estas diferencias pueden tener importancia en tres aspectos: confusión en la relación entre falta de servicio y falta personal, en particular en cuanto a la repetición contra el funcionario; posible exclusión de otro tipo de responsabilidad y, acerca de la falta de servicio en la actividad jurídica, que es lo que trataremos a continuación. A lo primero nos referimos ya en las XXV Jornadas de Derecho Público²³.

El proyecto original señalaba: “El Estado y las personas jurídicas que integran la Administración serán siempre responsables civilmente por la falta de servicio cometida en su actividad jurídica”. La disposición aprobada, en cambio, eliminó el tipo de actividad y únicamente se refiere a la falta de servicio a secas; por lo que es necesario examinar si la actividad jurídica de la Administración puede o no constituir falta de servicio y en qué casos.

En un ensayo de clasificación racional de la falta de servicio, Michel Paillet en su obra *La faute du service public en droit administratif français*²⁴,

²³Véase nuestro *Repetición del Estado contra el funcionario*. Actas de las XXV Jornadas de Derecho Público. Universidad de Valparaíso. 1994. Ed. Edeval. Valparaíso. 1995. Tomo III.

²⁴Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. París. 1980.

distingue, según la naturaleza de la actuación de la Administración, entre la falta acto jurídico ilegal y la falta actuación material de la Administración, estableciendo que el criterio de distinción es simple; basta con distinguir si el demandante para probar la falta de servicio, debe demostrar la ilegalidad del acto, concentrándose la labor del juez en el problema de la legalidad o, cuando ello no es posible o necesario, tratándose de un asunto donde es en relación a la rectitud de las operaciones materiales llevadas a cabo por la Administración, que se descubre la falta de servicio.

Sin embargo, y a pesar que la falta puede tener su origen en un acto ilegal, no toda la ilegalidad constituye falta de servicio. En efecto, si bien en el origen existen posiciones como la de Duguit, “el exceso de poder basta para fundar la responsabilidad del Estado”, o Depeyroux, “la ilegalidad una vez reconocida conlleva en principio como corolario el reconocimiento de una falta”. O más recientemente Waline, “toda decisión ilegal constituye ipso facto una falta susceptible de engendrar una responsabilidad”²⁵, actualmente algunos proponen que lo que constituye sin lugar a dudas falta de servicio, es la ilegalidad susceptible de llevar a la anulación del acto, lo que limita la tesis original; y otros, que es necesario formular otras distinciones. Así, Laubadère²⁶ sostiene que la jurisprudencia ha dissociado las dos nociones y que una medida ilegal, susceptible de anulación no da siempre derecho a reparación, citando jurisprudencia en relación con ilegalidades de forma, o de fondo cuando la misma medida hubiera podido ser tomada empleando un procedimiento regular, o, en caso de error, de apreciación.

René Chapus²⁷ plantea la cuestión de una manera ligeramente diversa. La noción de falta e ilegalidad son independientes. Ello es así en caso de actividad material. Por ejemplo, un error de diagnóstico médico o del cirujano constituye falta pero no ilegalidad. Pero, en cambio, tratándose de un acto administrativo de donde procede el daño, las nociones de falta e ilegalidad están vinculadas en un doble sentido. Si el acto es legal, no puede existir falta y, por otro, si el acto es ilegal, existe siempre falta, cualquiera sea el tipo de ilegalidad, criticando alguna jurisprudencia como aquella sobre el “error de apreciación”. Pero, agrega, si bien ilegalidad es igual falta, ello no

²⁵Paillet, *cit.*

²⁶André de Laubadère, *Traité de Droit Administratif*. Tomo I, 12 ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. París, 1992, pág. 842, N° 1279.

²⁷*Droit Administratif Général*. Tomo I (5ª ed.) Montchrétien., París, 1990, N° 1253, 878 ss.

significa que compromete la responsabilidad, dando ejemplos de actos anulados pero que hubieran podido ser dictados por otros motivos, o diverso procedimiento. Más aún, agrega que la ilegalidad puede no tener consecuencias cuando se exija para la responsabilidad una “falta grave”. Estimamos, sin embargo, que la posición de R. Chapus si bien ingeniosa, significa que en esos casos de “falta igual ilegalidad” puede haber falta en el sentido estricto del término, pero no en el sentido jurídico de “falta de servicio”.

Como puede apreciarse, éste es un aspecto más de la complejidad de la noción de falta de servicio, cuya configuración, como señaló el informe de la Cuarta Comisión Legislativa, quedó entregada a la jurisprudencia y no a una definición legislativa que expresamente se omitió²⁸.

VI. AMPLIACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO A OTRO TIPO DE RESPONSABILIDAD

Aquellos que somos partidarios de la institución de la falta de servicio como el sistema general de responsabilidad extracontractual para Chile, no descartamos el desarrollo de otro tipo de responsabilidad. Siguiendo el derecho francés y en particular la evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado, no podemos descartar el que pueda introducirse la idea de la responsabilidad por riesgo y, eventualmente, la responsabilidad sin falta fuera del riesgo, en ciertos casos. Precisamente es por ello que el proyecto primitivo de lo que es hoy el artículo 44 señalaba que “El Estado y... serán siempre responsables civilmente por la falta de servicio”. La idea era que pudiera establecerse otro tipo de responsabilidad por la vía legal o jurisprudencial, a partir del artículo 4º, y con carácter excepcional. No debemos olvidar que hasta ese entonces el derecho chileno se limitaba a aplicar al Estado el artículo 2320 del Código Civil, o sea, un estadio muy primitivo de desarrollo, por lo que se estimó, quizás ingenuamente, que después de una fructífera jurisprudencia en materia de falta de servicio podrían ir apareciendo casos de responsabilidad por riesgo.

Nuestra posición, sin embargo, permanece vinculada al derecho francés, recogido por la Ley de Bases, que limita estos casos a situaciones

²⁸Informe de la Cuarta Comisión Legislativa a la Junta de Gobierno, 79. Informe Proyecto de Ley. Boletín 601-06 de julio de 1986, 390.

excepcionales, sin que ello signifique en absoluto aceptar la idea de una responsabilidad objetiva general. La cuestión radica ahora, sin embargo, en cómo permitir la aparición de estos casos, en circunstancia que el artículo 44 parece constituir el único sistema de responsabilidad al haber suprimido el vocablo “siempre” que contenía el proyecto primitivo, y sin caer, por otra parte, en la admisión de una responsabilidad objetiva general, como hacen los partidarios de ese sistema. Nótese la diferencia con la Ley de Municipalidades que en su artículo 83, actual 123, establece: “la que procederá principalmente por falta de servicio”.

Aunque parezca obvio, la primera solución es por vía legislativa. La ley puede establecer casos de responsabilidad objetiva, como lo hizo en general para los accidentes de tránsito en el artículo 174 de la Ley N° 18.290, que afecta al Estado. Esta solución nunca debe descartarse, particularmente en nuestro país, que no se caracteriza por una jurisprudencia creadora en materia de derecho administrativo.

La jurisprudencia puede también desarrollar la responsabilidad por riesgo a través de la interpretación del artículo 19 número 24 de la Constitución; pero, a diferencia de lo que proponen los profesores Oelckers y Pantoja, que se acerca al derecho español, donde la responsabilidad objetiva es la regla general y la responsabilidad extracontractual del Estado se ha construido precisamente a partir de la ley de expropiación²⁹, limitándola y dándole un carácter francamente excepcional, donde por una parte el rompimiento de la igualdad ante las cargas públicas quede fuera de toda duda y, además, donde la actuación de la Administración sea legal y ajena a toda falta. Conceptos como los de “lesión”, “sacrificio especial”, deberían especificarse teniendo presente que el Estado sólo puede comprometer su responsabilidad por falta de servicio y que en estos casos hay una expropiación legal, que debe ser tratada como tal.

Sin embargo, y a pesar de lo anterior y porque estimamos que las situaciones que pueden cubrir son tan excepcionales, creemos que la vía para ampliar el campo de la responsabilidad es a través de la noción de presunción de falta.

La utilización de la institución de la presunción de falta, ya sea como obra de la jurisprudencia, o por ley, debiera tener una enorme gravitación en el campo de la responsabilidad extracontractual del Estado. No es el caso entrar aquí al análisis en profundidad del tema. Nos referiremos única-

²⁹Ver García de Enterría, artículo citado, y Oelckers artículo citado.

mente a la posibilidad de englobar las múltiples situaciones de la responsabilidad por riesgo dentro de la noción de presunción de falta. En una importante obra titulada *La presumption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité* de François Llorens-Frayes³⁰, se dedica una sección al estudio de la relación entre la presunción de falta y la responsabilidad sin falta. Después de señalar que la presunción opera únicamente dentro de la noción de responsabilidad por falta, expresa las dificultades de la distinción, siendo en último término una cuestión de necesidad de prueba. Si la Administración puede en definitiva exonerarse a través de la prueba, es un sistema por falta; si no puede, es sin falta. Expone tres concepciones. Una que califica de mediana; otra que denomina extensiva de la responsabilidad sin falta y, por último, otra que denomina extensiva de la responsabilidad por falta. Esta última, basada en la concepción del profesor Amselek, expuesta en su trabajo "La responsabilité sans faute des personnes publiques d'après la jurisprudence administrative"³¹. La tesis del profesor, muy celebrada por el autor que lo cita, consiste en extender la responsabilidad por falta a la mayoría de los casos de responsabilidad por riesgo, excluyendo casi únicamente a los casos de responsabilidad objetiva contemplados en la ley. Sostiene que en los casos de riesgo, como la Administración puede exonerarse probando fuerza mayor, nos encontramos en un sistema de responsabilidad por falta, jugando plenamente la noción de presunción por falta.

Resulta imposible exponer dentro de los límites de este trabajo, la idea del profesor Amselek. Limitémonos a señalar que Françoise Llorens-Frayse la adopta plenamente, señalando como consecuencia primera que, en los casos límites, el criterio de distinción entre la responsabilidad con o sin falta reside en el efecto exoneratorio de la fuerza mayor, siendo los casos donde se admite, casos de presunción de falta. Segundo, y más importante, obliga a considerar como presunción de falta todos los casos en que la fuerza mayor, fuera de la culpa de la víctima, constituye la única causa de exoneración³².

Como ejemplo en Chile de una presunción de falta por vía legislativa, se puede considerar el artículo 177 de la Ley N° 18.290 denominada Ley de Tránsito, que establece la responsabilidad del ente público por los daños causados con ocasión de un accidente consecuencia del mal estado de

³⁰Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. París. 1985.

³¹Melanges Eisenmann. Ed. Cujas. 1975, 233.

³²Llorens-Frayse, *cit.*, 177 y 178.

las vías públicas o de su señalización, como lo propusimos en nuestra ponencia en las XV Jornadas de Derecho Público³³.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

Deseamos terminar nuestra intervención señalando que a pesar de reconocer que muchos autores sostienen que la responsabilidad por falta se encuentra sobrepasada constituyendo un estadio primitivo en la evolución jurídica, pareciendo mejor adaptada al mundo moderno, la responsabilidad por falta, ya sea basándose en el principio de igualdad ante las cargas públicas, o por una “responsabilidad de equidad” y una “socialización de los riesgos”, la falta de servicio, a nuestro juicio, constituye el sustento esencial de la responsabilidad del Estado y de la legalidad de la actuación de la Administración. Como señala Michel Paillet³⁴, extender la responsabilidad sin falta hace retroceder el principio de la legalidad, ya que la responsabilidad comprometida es una triste compensación a la burla de la legalidad que no se ha querido sancionar. Cita el caso de su aplicación a los actos de gobierno, donde no hay control de la legalidad y donde la responsabilidad sin falta ha sustituido a ese control. Cita también a Braibant, respetado miembro del Consejo de Estado, quien señala que la responsabilidad sin falta es un medio muy cómodo para el juez de paliar las insuficiencias de la acción administrativa sin criticarla o censurarla; pudiendo ser, en el límite, la manera elegante de camuflar una voluntad de dejar las manos libres a la Administración. En definitiva sería un retroceso en la evolución jurídica y no una evolución.

El autor continúa, citando a Hauriou, en comentario de 1905 y Richer, “sería temerario concluir que ésta constituye un progreso sobre aquélla”, porque, “nada obliga a admitir que la transformación de la Administración en una aseguradora universal es un ideal absoluto”, “la falta de servicio público continúa siendo un instrumento precioso al servicio de la responsabilidad administrativa”. La pluralidad de funciones que ella asegura permite un equilibrio sutil: la víctima no es olvidada, pero el autor del daño se encuentra estrechamente controlado; o sea, sancionado. “Todo lo anterior –termina el autor– a condición que el juez defina en forma rigurosa y precisa las obliga-

³³ *Responsabilidad de los entes públicos por el mal estado de las vías públicas*, artículo citado.

³⁴ Obra citada, 395.

ciones administrativas que sanciona a través de la responsabilidad por falta de servicio". En otros términos, que se cumpla con el propósito que tuvieron los profesores de derecho administrativo que propusieron el año 1983 este sistema de responsabilidad para el Estado de Chile.