

¿RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTOS LÍCITOS?

Alvaro Quintanilla Pérez*

I. INTRODUCCIÓN

Problemas de responsabilidad civil asociados a actividades públicas, impensables hace unas décadas en Chile, no sólo son hoy verosímiles, acusan un inquietante y progresivo aumento.

Explican y favorecen esta situación nociones jurídicas en boga, como el personalismo ético, protección de los derechos de la persona, ampliación del ámbito de la responsabilidad. También factores muy locales, como la chilénísima tendencia al aprovechamiento máximo de las ventajas que se pueden obtener a costa del patrimonio público, etc.

Queda fuera de toda discusión la responsabilidad del Estado y de los entes públicos. Su afirmación y consagración positiva explícita es un acierto y un progreso en nuestra cultura jurídica.

Lo inaudito, lo grave, es la naturaleza que se le atribuye y la extensión desmesurada que, a mi juicio, pretende darse a la responsabilidad estatal.

* ALVARO QUINTANILLA PÉREZ es Abogado Consejero del Consejo de Defensa del Estado. Profesor Titular de Derecho Civil en la Universidad de Valparaíso. Ex Profesor de Derecho Civil en la Universidad Adolfo Ibáñez y en la Universidad Diego Portales. Ex Abogado Integrante en la Corte de Apelaciones de Valparaíso.

Esa responsabilización indiscriminada del Estado y de los entes públicos descentralizados podría ser inminente en la medida que logre consolidarse una singular doctrina que, usando como bastión algunos preceptos constitucionales y, en especial, el actual Art. 38, inciso 2º, de la Constitución Política del Estado, logre convencer que la responsabilidad extracontractual del Estado es especialísima, de derecho público, objetiva y sustraída al derecho común de la responsabilidad. De ello derivarían gravísimas consecuencias.

Desde el punto de vista del interés general del Estado –que debe entenderse interés general de la sociedad chilena– constituye un tema de urgente definición lo relativo a la naturaleza y extensión de la responsabilidad extracontractual del Estado.

II. CUESTIONES INVOLUCRADAS

La dictación de la Constitución Política de 1980 y de la Ley de Bases de la Administración del Estado en 1986 ha dado actualidad, en la doctrina y en los estrados judiciales, al tema de la naturaleza de la responsabilidad extracontractual del Estado a partir de esos textos normativos.

La cuestión se ha reducido a dos aspectos fundamentales:

- a) Si la responsabilidad que tales textos establecen es objetiva o subjetiva, esto es, si requiere del elemento reprochabilidad por culpa o dolo.
- b) Si esta responsabilidad es especial –de derecho público– y, por ello, está sustraída a las reglas de responsabilidad extracontractual del derecho común, Título XXXV del Libro IV del Código Civil. Dicho de otro modo, si la indemnización por daño estatal es de naturaleza constitucional y no civil, siendo suficiente la normativa constitucional para su operatividad y aplicación directa por el juez.

Sin embargo, además de estos aspectos, resulta crucial para el análisis la consideración de un tercer aspecto: el de la antijuridicidad como requisito o elemento necesario para la responsabilidad extracontractual y su autonomía respecto de los otros elementos.

El interés del asunto es no sólo teórico, sino también práctico.

La doctrina que afirma la naturaleza objetiva y especial de la responsabilidad estatal, entre otras consecuencias, pretende:

01. Que no es necesario el requisito subjetivo de la imputabilidad, por lo que no es indispensable prueba de culpa o dolo.
02. Que, por tanto, basta la casualidad material entre el hecho del agente público y el daño causado. La sola lesión al derecho es factor suficiente de atribución de la responsabilidad.
03. Que, siendo neutra o ajena a todo juicio de reproche o imputabilidad, el Estado podría ser pasible, incluso, de resarcir daños por actos lícitos.
04. Que, estando sustraída al derecho común, no cabría aplicar reglas propias de éste, como la excepción de exoneración especial del Art. 2320, inciso final; la atenuación o mitigación de la indemnización por la exposición al daño (Art. 2330, Código Civil), las limitaciones a los rubros de evaluación judicial en ciertos casos, etc.
05. Que, especialmente, en base a esta excepcionalidad y a la autosuficiencia de las normas en que se fundaría, así como los fines que persigue, sería ella imprescriptible, especialmente cuando se vinculara a actos inconstitucionales o ilegales de la Administración actos cuya nulidad sería también imprescriptible. No serían a su respecto aplicables los Arts. 2332, 2497, 2514 y 2515 ni las reglas del Título XLII del Libro IV del Código Civil.
06. Que es dudoso que exista derecho de reembolso en favor del Estado contra el funcionario personalmente culpable, por no establecerlo la normativa constitucional.

III. MARCO JURÍDICO POSITIVO

Durante largo tiempo no hubo en el derecho chileno normas que consagrasen de modo explícito el deber indemnizatorio extracontractual del Estado por actos de la Administración. Ello sólo aconteció en normas especiales como la Ley de Municipalidades (Decreto Ley 1.289 de 1976).

Esta carencia hizo que hasta se dudara de la responsabilidad extracontractual del Estado. Como en la mejor de las monarquías absolutas, se pensaba que los decretos del príncipe no podían ser juzgados, sino solamente aceptados. Después, tímidamente se la reconoció en base a las normas generales, ya por hecho propio (Art. 2314 y 2329 del Código Civil) o ya como tercero civilmente responsable por el hecho de los funcionarios o agentes del Estado (Art. 2320, Código Civil). A partir del fallo de la Corte

Suprema en juicio “Granja con Fisco”, se solía aceptar la responsabilidad del Estado siempre que no se tratase de actos de autoridad, sino de gestión, distinción que la jurisprudencia comienza a abandonar desde 1965 (sentencia en causa “Becker con Fisco”).

Frente a esta situación la Constitución Política de 1980 consagró expresamente el principio de la responsabilidad civil del Estado en sus conocidos Arts. 6 y 7. Estas enfáticas normas ponían término a un período de virtual irresponsabilidad del Estado por actos de autoridad.

Conforme al primero, los órganos del Estado, cualesquiera sean sus funciones o actividades, responden o son responsables *por acciones que infringen la Constitución o las normas dictadas en conformidad a ella*.

Conforme al Art. 7, *la infracción de este precepto* origina no sólo la nulidad del acto, sino, además, las responsabilidades subsecuentes.

Como se advierte, estas normas son claras y terminantes para afirmar la responsabilidad del Estado por la actuación *ilícita* de sus órganos, específicamente por acciones *infractoras* de normas constitucionales o legales.

Aunque estimamos que son estos Arts. 6 y 7, C.P.E. los esencialmente pertinentes a la responsabilidad del Estado en la Constitución, se esgrime, para alimentar la nueva doctrina, el Art. 38, inciso 2° de la actual Carta Política que será objeto de análisis posterior.

Complementan la normativa fundamental sobre responsabilidad del Estado, los Arts. 4° de la Ley General de Bases de la Administración del Estado (que reitera el principio constitucional de responsabilidad administrativa, civil o patrimonial, penal y política de los órganos de la Administración del Estado) y el fundamental Art. 44 de esa Ley Orgánica Constitucional que, desarrollando ese principio constitucional y recogiendo la más moderna y aceptada doctrina, precisa que la responsabilidad del Estado tiene lugar por falta de servicio y por falta personal del funcionario, en este caso con derecho a repetir contra él.

IV. PLANTEAMIENTOS BÁSICOS DE LA DOCTRINA FUNDADA EN EL ARTÍCULO 38, INCISO 2°, C.P.E.

El Art. 38 de la Constitución es el bastión argumental de la doctrina que criticamos.

El texto del Art. 38, inciso 2° es: “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”.

La afirmación fundamental de la tesis es que este precepto tendría un contenido material, sustantivo sobre responsabilidad del Estado conforme al cual para responsabilizarlo basta la situación objetiva de lesión a los derechos de una persona.

La norma no exigiría, según esta tesis, ilicitud de parte de la Administración. Sería suficiente antijurídico el daño a la persona. De este modo, se desplaza la ilicitud de la conducta del agente a la posición injusta de la víctima.

Tampoco el precepto constitucional exigiría la reprochabilidad, la culpa o falta por parte del órgano público o de sus agentes. Por ello constituiría un caso de responsabilidad objetiva, pues para su procedencia bastaría la relación de causalidad material.

Se trataría de una responsabilidad especial, de derecho público.

Su regulación sería autosuficiente y se encontraría en el citado precepto de la Constitución Política.

No se aplicarían a ella el derecho común del Título XXXV del Libro IV del Código Civil ni las reglas de prescripción del Título XLII del Libro IV de ese Código.

Su fundamento se hallaría en el respeto integral a las garantías individuales, en especial:

- a) El derecho de propiedad sobre todo tipo de cosas incorpóreas (privación o limitación a facultades esenciales sólo es posible mediante ley expropiatoria).
- b) La igual repartición de las cargas públicas. La carga que no es igualitaria no se estaría obligado a soportarla y cualquiera discriminación sería arbitraria.

En cuanto a las normas de la Ley de Bases de la Administración del Estado, estima que sólo el Art. 4º sería ortodoxo con el sistema del Art. 38, inciso 2º de la Carta Fundamental.

El Art. 44 de esa ley, al establecer como causal de responsabilidad la falta de servicio y la falta personal, hasta podría ser estimado inconstitucional e inócuo, pues para responsabilizar al Estado bastaría la lesión al derecho de la persona según la norma superior del Art. 38, inciso 2º de la Carta Fundamental.

V. EL CARÁCTER OBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL Y SU FUNDAMENTO EN EL ARTÍCULO 38-2 DE LA CONSTITUCIÓN

Según la tesis expuesta, la responsabilidad estatal tendría un fundamento objetivo que la distanciaría absolutamente de la responsabilidad clásica del derecho común, asociada a la noción de “ilícito imputable” en que la obligación indemnizatoria es consecuencia de un “pecado jurídico”, de una conducta culpable o dolosa.

La responsabilidad del Estado, por ser constitucional y especial, no exigiría ese elemento subjetivo.

La afirmación se escuda fundamentalmente en el Art. 38, inciso 2º de la Constitución Política, conforme al cual –se dice– el deber indemnizatorio se fundaría en un dato puramente objetivo: la lesión al derecho de un particular (“toda persona lesionada en sus derechos por la Administración, organismos, municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad del funcionario que hubiere causado el daño”).

De este modo, la Constitución Política no habría considerado los elementos ilicitud (o mejor, antijuridicidad) y culpa. El factor de atribución de la responsabilidad del Estado sería puramente objetivo, la lesión del derecho del particular.

Hasta se afirma que tan sólo por haber lesión el perjuicio sería antijurídico si el administrado “no está obligado a soportarlo”. La antijuridicidad no estaría referida al órgano o agente del Estado, sino al sujeto dañado. Bastaría que, para él, sea antijurídico en cuanto ese daño no esté legitimado, “obligado a soportarlo” en virtud de una causal de justificación expresa y concreta que equivale a un título que excusa el perjuicio. Puede haber, entonces, perjuicio justo e injusto.

En consecuencia, el fundamento último de la responsabilidad del Estado sería que el administrado no tiene por qué soportar el daño que la Administración causa con su actividad, aunque sea lícita. Basta cualquier actividad u omisión que cause lesión al derecho de un particular para que surja la responsabilidad.

VI. COMENTARIO A LA PRESUNTA NATURALEZA OBJETIVA DE LA RESPONSABILIDAD

01. El Art. 38, inciso 2º, no pretende sino expresar, con énfasis, el derecho de los particulares a reclamar por actos administrativos lesivos a sus derechos. Además, atribuir competencia para ello a los

tribunales ordinarios de justicia. Así lo demuestran los antecedentes de su dictación.

En lo esencial esta norma no tiene un contenido sustantivo sobre responsabilidad y no persigue regular cuestiones indemnizatorias. La referencia a la responsabilidad del funcionario causante del daño es sólo en relación al acto administrativo lesivo.

02. La expresión “lesionada en sus derechos”, o sea “lesión”, no tiene el singular alcance que se pretende. Sólo el sentido obvio y general de “menoscabo”, “daño”. Nada más. La expresión lesión es usada en las leyes como sinónimo de perjuicio. Por ejemplo, en el Código Civil, Art. 548, inciso 2° (lesión o perjuicio que la aplicación de los estatutos resulta a terceros). También para connotar perjuicio por desproporción en un acto conmutativo autorizando a veces la rescisión de tal acto, Art. 1542.
03. Por lo tanto, quien es “lesionado” en sus derechos es “perjudicado” y a su respecto concurre uno de los requisitos —existencia de daño— entre otros necesarios para hacer efectiva la responsabilidad.
04. La responsabilidad objetiva es, al interior de nuestro derecho positivo y en nuestra tradición jurídica, un régimen claramente excepcional y de derecho estricto. Exige una formal y explícita consagración.
05. Generalizadamente se estima que no hay responsabilidad objetiva sino en virtud de texto legal expreso. En nuestro derecho son reconocidos como casos de responsabilidad objetiva los consagrados en la Ley General de Servicios Eléctricos (D.F.L. N° 4, de 1979 modificado por la Ley 18.091 y D.F.L. N° 1 de 1982); varios casos del derecho de minería (Ley N° 18.248, Código de Minería y Ley 18.907, Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras); Ley de Tránsito 18.290, Art. 174, inciso 2°; Ley 18.490 sobre Seguros Obligatorios de Accidentes Personales; D.L. N° 3.557 de 1981 sobre Protección Agrícola; Código Aeronáutico (Ley 18.916); Ley de Navegación (D.L. 2.222 de 1978); Ley 18.302 sobre Seguridad Nuclear, Art. 49.
06. De estimarse objetiva esta responsabilidad del Estado, la situación jurídica sería singularísima. Se consagraría tal tipo de responsabilidad sin concurrir ninguno de los fundamentos que tradicional,

doctrinaria y positivamente la justifican: la teoría del riesgo creado y la del riesgo provecho¹.

El Estado no suele —con su actuar— crear riesgos o agravar la peligrosidad normal circundante. Por otra parte, la acción estatal persigue fines de interés público, proporcionando servicios y medios (vías públicas, semáforos, policía) que no van en su provecho, sino en el de los administrados.

07. Los casos excepcionales de responsabilidad objetiva están siempre referidos a actividades materiales intrínsecamente riesgosas que amagan la posición general de seguridad de las personas. No miran a la calidad de los sujetos. De este modo, responsabilizar bajo la forma de la responsabilidad objetiva y de modo indiscriminado al sujeto Estado, sólo por ser tal, rompe esta realidad jurídica, a la vez que importa un atentado al principio de igualdad.

VII. REGLAMENTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL. LEY DE BASES DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

La reglamentación general de la responsabilidad estatal no se encuentra en la Constitución, sino en el Art. 44 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado. Este precepto configura los ilícitos típicos que desencadenan la obligación indemnizatoria: la falta de servicio y la falta personal. Esos son los factores de atribución de la responsabilidad estatal y merecen ser comentados brevemente.

a) La falta de servicio

Esta noción, forjada por el Derecho Administrativo Francés, está referida fundamentalmente a tres hipótesis: 1) falta de funcionamiento, 2) tardío funcionamiento y 3) deficiente funcionamiento del servicio público.

La falta de servicio supone siempre un elemento reprochable: la mala organización o funcionamiento defectuoso de la Administración. Es, de algún modo, una suerte de culpa del servicio.

¹ Cabe tener presente, a este respecto, la aguda observación de Savatier, en el sentido que, en el fondo, la doctrina del riesgo creado descansa también en la atribución individual del deber de reparar, en una noción subjetiva de responsabilidad: "El hombre que asume el riesgo de una empresa conduce fuerzas que no están ya material ni humanamente bajo su control. Pero las ha asumido libremente y, por lo mismo, responde de sus fugas dañosas".

Aunque supone un actuar censurable, es impersonal.

Como dicen Mazeaud y Tunc: “la falta de servicio, en su estado puro, es una culpa de la Administración que absorbe y elimina la culpa del funcionario”.

Por ello, su apreciación es objetiva, en el sentido que se prescinde de posiciones subjetivas individuales. El mal funcionamiento se debe a un conjunto de situaciones imposibles de imputar a nadie en particular. La persona de los funcionarios intervinientes no interesa. Y ello aunque los sujetos, a través de los cuales actuó (o no actuó) el ente público, estén identificados. Tal aspecto es irrelevante. La falta de servicio importa una valoración de conducta pero no referida a los funcionarios, sino al órgano, al servicio como organización.

Para formular ese juicio valorativo hay que hacer una comparación con un padrón de referencia, del mismo modo que lo hace el derecho común desde la formulación románica usando especialmente el prototipo del buen padre de familia (Art. 44 del Código Civil).

Aquí el padrón para juzgar la conducta de la Administración está referido a lo que puede razonablemente exigirse, en un comportamiento normal y legal, a un servicio público. Y ello inserto en nuestra realidad, en la situación de nuestro país, considerando las posibilidades reales de acción de nuestra Administración Pública, atendidos sus medios, su presupuesto y sus características propias.

Una aplicación ciega, indiscriminada de la falta de servicio, pretendiendo criterios de eficiencia propios de un país moderno y desarrollado, sería trasplantar a nuestro ámbito una realidad institucional extraña y distante. Sería “echar al trájín” esta valiosa noción jurídica y establecer de modo virtual una responsabilidad objetiva, absolutamente al margen de la norma constitucional y de la norma legal.

El requisito de haber falta de funcionamiento del servicio (debiendo hacerlo) o de haber funcionamiento tardío o deficiente implica exigir algo más que la mera causalidad material. La norma exige falta, *falta* del servicio, *culpa* del servicio, porque mira al comportamiento del órgano y no a la pura relación material de causalidad.

La falta o culpa del servicio debe ser probada y establecida por el juez, a través de los medios legales de prueba en juicio.

Como la situación habitual o normal debe ser el funcionamiento regular del servicio, debe probar la “falta de servicio” quien la imputa, quien avanza esta afirmación que altera ese estado normal de las cosas.

La carga procesal del actor suele ser aliviada por la existencia de “presunciones de falta de servicio” del mismo modo que hay presunciones

legales de culpa en la responsabilidad extracontractual (algunas simplemente legales como la del Art. 2320 del Código Civil y otras incluso de derecho como las de los Arts. 2327 y 2321).

Claro ejemplo de presunción de falta de servicio, de carácter simplemente legal, es la norma del Art. 177 de la Ley 18.290 sobre Tránsito, al hacer responsables a la Municipalidad respectiva o al Fisco de los daños que se causaren con ocasión de un accidente que sea consecuencia del mal estado de las vías públicas o de su señalización. Esta no es una situación de responsabilidad objetiva, pues la norma tiene como supuesto el comportamiento censurable de la Administración al mantener en mal estado las vías públicas o en mal estado su señalización. Si el accidente se produce en una vía pública en tales condiciones, es razonable presumir la falta de servicio y liberar a la víctima de la prueba de esa imputabilidad. Los defectos o el mal estado de la vía revelan una mala mantención que es en sí misma constitutiva de falta de servicio. En el plano conceptual significa que se responde no por la sola causalidad material, sino —y sobre todo— porque aparece vehemente la falta de servicio, la culpa del servicio. Descarta igualmente la responsabilidad objetiva el hecho que no concurre ninguno de los fundamentos reconocidos para ese tipo de responsabilidad, la teoría del riesgo o la teoría del riesgo provecho. Proporcionar vías públicas para un mejor desplazamiento no conlleva crear riesgos y constituye una acción del Estado para la consecución de fines de interés público.

b) La falta o culpa personal del funcionario

En la falta personal, la falta o deficiente servicio se deben exclusivamente a una conducta personalísima y ajena a la posición del sujeto como funcionario.

La Administración actúa a través de personas naturales que pueden realizar actividades culpable o dolosamente, pero actuando por móviles personales, al margen de su condición funcionaria. Los actos son ajenos al ejercicio de la función por ser independientes de ella. Por ejemplo, vinculados a su vida privada. O dentro del ejercicio de la función, pero obedeciendo a personalísimos motivos, como afán de lucro, de venganza. Hay intención de agraviar o se actúa con negligencia, y apartándose de la finalidad de la función a su cargo.

VIII. CARÁCTER PURAMENTE CONSTITUCIONAL DE LA RESPONSABILIDAD

Otro aspecto para reflexionar es si la indemnización por daño estatal es de naturaleza puramente constitucional y no civil, esto es, si las pretendidas normas sustantivas de la Carta Fundamental son en verdad especiales, responden a principios autónomos diversos a los de la responsabilidad del derecho común por lo que serían única y directamente aplicables, por ser suficientes y funcionalmente operativas, permitiendo resolver la pretensión indemnizatoria mediante la aplicación exclusiva de estas normas y prescindiendo enteramente del derecho común de la responsabilidad civil.

Profesores como Eduardo Soto Kloss, Gustavo Fiamma, Hugo Caldera y otros postulan esa especificidad y autosuficiencia de la regulación constitucional. Los recordados Arts. 6 y 7 de la Constitución, en unión con el modificado Art. 38, inciso 2º, que prevé la acción que toda persona, lesionada en sus derechos por la Administración del Estado tiene para reclamar, importarían regulación —y regulación suficiente— de la responsabilidad estatal.

Discrepamos de esta afirmación de existir un régimen constitucional de responsabilidad del Estado y que ella constituya una normativa de derecho público.

Nuestra discrepancia es consecuencia de no reconocer en el Art. 38 de la Constitución una norma sustantiva de responsabilidad con el contenido regulatorio que se pretende. El punto nos merece las siguientes consideraciones:

- a) Si la indemnización procediere a partir de la sola lesión al derecho del particular o administrado, no se justificaría que el constituyente regulara especialmente ciertas situaciones de daño. Más bien parece que, establecido el principio de responsabilidad del Estado “conforme a la ley” en los Arts. 6 y 7 de la Carta, la Constitución, cuando lo ha estimado necesario, ha establecido un régimen específico de responsabilidad del Estado. Así, en el caso del llamado “*error judicial*” (Art. 19, Nº 7, letra i, complementado por el Autoacordado de la Excm. Corte Suprema de 11 de agosto de 1983) y en el caso de la indemnización por *expropiación* (Art. 19, Nº 24).
- b) En relación a otro tipo de daños producidos por órganos del Estado *no hay normas que concreten el principio indemnizatorio* que proclaman los Arts. 6 y 7 de modo que ellas operen directamente.

- c) Es pertinente recordar, una vez más, que la propia Constitución, en sus Arts. 6 y 7, respectivos incisos finales, dispone que la infracción en que los órganos del Estado incurran en el ejercicio de sus funciones generará u originará “las responsabilidades y sanciones que la *ley señale*” o “que *determine la ley*”.
Reiteramos que esta explicitación es bastante para entender que el propio constituyente reconoce que sus preceptos se limitan a proclamar el principio de responsabilidad estatal, pero no le dan concreción operativa. Es claro que esa normativa sobre responsabilidad no la contiene la Constitución, como que ella manda que esa responsabilidad es la que “señala” o “determina” *la ley*.
- d) En ausencia en nuestro país de una ley autónoma que regule la responsabilidad extracontractual del Estado (a esta altura deseable), no parece dudoso que la regulación de la responsabilidad extracontractual del Estado queda entregada a normas legales: las de la Ley Orgánica Constitucional sobre Bases de la Administración del Estado (Arts. 4 y 44, Ley N° 18.575 de 5 de diciembre de 1986) y complementariamente las generales sobre responsabilidad civil extracontractual del Título XXXV del Libro IV del Código Civil.
- e) Como corresponde al ámbito propio de un texto constitucional, los Arts. 6 y 7, C.P.E. sólo establecen el principio general de responsabilidad civil del Estado por la infracción de los órganos del Estado en el ejercicio de sus funciones. Vale decir se proclama el principio de la responsabilidad de los entes públicos. Pero fuera de ello no contienen otra norma sustantiva sobre la obligación indemnizatoria. Como se ha dicho, los dos preceptos se remiten a la ley para la regulación de esta indemnización, remisión que no puede sino significar que la regulación de la responsabilidad se contiene en otra normativa de naturaleza legal y no constitucional. Pretender que la sola Constitución regule o determine la responsabilidad es contrariar el texto expreso de los Arts. 6 y 7, incisos finales.
- f) La aplicación de normas de rango legal sobre la responsabilidad del Estado es, entonces, indiscutible. Y, además, insoslayable, pues es el modo propio y único de dar aplicación al principio constitucional de responsabilizar al Estado *del modo que la ley señala o determine*. Tanto más cuanto existe una normativa de ese rango que señala o determina la obligación indemnizatoria y su régimen jurídico para todo caso concreto de daño injusto por la actividad de la Administración.

- g) Fundar la afirmación de una regulación constitucional para las situaciones de daño del Estado (con operatividad propia y para ser aplicadas directamente por el juez) en las garantías del Art. 19 en N^{os}. 24 y 20, de la C.P.E. resulta también inadmisibile. Esas garantías atingen a otros derechos, no a la responsabilidad civil extracontractual. Cuando en relación a tales derechos cabe indemnización, el propio Art. 19 lo expresa (error judicial en el N^o 7, letra i, y expropiación en el N^o 24). Ese planteamiento procura relacionar el tema indemnizatorio con otras garantías a fin de configurar forzosamente un sistema, a partir de normas cuyo objeto no es zanjar conflictos de daños.
- h) Se denuncia como error querer aplicar (supletoriamente a las normas de responsabilidad de la Ley de Bases de la Administración del Estado) la legislación general civil a la responsabilidad del Estado. No se explica –sin embargo– por qué no pudiere aplicarse esa regulación clásica, fruto de decantada elaboración milenaria, y que permite resarcir justicieramente el daño injusto causado a un particular por quienquiera sea el agente productor del daño. Más equivocada parece la pretensión de distanciar la responsabilidad del Estado del derecho común de la responsabilidad, afirmando –por ejemplo– que la primera no gira sobre la idea de sancionar a un culpable como lo haría la legislación civil (Soto Kloss). En realidad la indemnización de perjuicios del derecho común no tiene por objeto la sanción, pues no tiene afán punitivo ni disuasivo, sino meramente reparatorio y, tratándose de la reparación de daños extrapatrimoniales, puramente satisfactivo. De este modo, se presentan en posición artificiosamente contradictorias y distantes la responsabilidad del Estado con la del derecho común, en circunstancias que ambas tienen la misma finalidad: resarcir un daño injusto, reponiendo en el patrimonio dañado exactamente el valor menoscabado, imperativo ya no dudoso respecto del Estado, en virtud de la enfática formulación del principio de responsabilidad estatal en la Constitución y en la Ley de Bases de la Administración del Estado.
- i) Tampoco puede fundarse la existencia de un régimen específico de responsabilidad constitucional en el Art. 38, inciso 2^o de la Constitución Política. Tal precepto es, a lo más, reiteración del principio de responsabilidad que proclaman los Arts. 6 y 7, incisos finales, despejando toda duda en cuanto a que el Estado también puede ser responsabilizado. Pero no tiene mayor sustantividad, pues es claro que la norma contiene, sobre todo, una atribución de competencia

judicial —para conocer de la impugnación de actos administrativos— a los tribunales ordinarios de justicia, cuestión históricamente problemática en la evolución constitucional y zanjada sólo con la reforma constitucional de la Ley N° 18.825 de 1989, que eliminó la referencia a los tribunales de lo contencioso administrativo.

IX. JUSTIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL EN LA ESTRUCTURA REPUBLICANA DEL ESTADO

La tesis que afirma la naturaleza objetiva de la responsabilidad del Estado pretende también justificarla en la posición de los entes públicos en una República.

La posición que controvertimos advierte una relación conceptual entre el sistema republicano y la responsabilidad estatal:

La amplísima responsabilidad del Estado se extrae de la Constitución a partir del *carácter republicano* que se asigna al Estado (Arts. 4, 5 y 1°, inciso 4°, de la Constitución).

Sería privativo de la República un régimen en que gobernantes y gobernados son *totalmente responsables* de sus actos. Una responsabilidad estatal basada en el principio objetivo, satisface plenamente esta sumisión absoluta a todas las consecuencias que deriven de los actos de los agentes públicos.

Esta afirmación nos parece sorprendente:

Desde luego, no concibo que la república sea el único sistema institucional en que opera, con variadas modalidades, el principio de responsabilidad. En organizaciones estatales como monarquías y otras también rige el principio. Nadie pensaría que las monarquías europeas o la Federación Helvética (Suiza) no sean responsables civilmente de los daños que causa su administración pública.

Del carácter republicano del Estado no se colige una responsabilización indiscriminada, incluso por actos legítimos. Por el contrario, por la devoción que una república profesa a la norma soberana, la responsabilidad surge cuando hay infracción de la Constitución o de las leyes y no en otras circunstancias. De la formulación positiva del principio (Arts. 6 y 7) aparece que se responde de los daños que ilícitamente se ha provocado, esto es, fuera del estado de derecho en que todos los habitantes de la república están involucrados.

Radicalizando la tesis, bien podría sostenerse que también los particulares, como partícipes que son del sistema republicano, deberían respon-

der siempre, conforme al principio objetivo, incluso por actos lícitos cual se pretende del Estado.

X. RESPONSABILIDAD ESTATAL FUNDADA EN LOS DERECHOS ESENCIALES

Se ha pretendido también fundar la responsabilidad del Estado en ciertas garantías constitucionales.

Así, como fundamento de la doctrina se invoca el *principio igualitario* (Art. 19, N° 2, Constitución) y la *protección del dominio* y de sus facultades esenciales (Art. 19, N° 24). Se nos recuerda que son derechos esenciales y que, conforme al Art. 5°, inciso 2°, “el ejercicio de la soberanía reconoce como límite el respeto a tales derechos”. Ello realiza el imperativo de estar el Estado y sus órganos al servicio de la persona humana (Art. 4°, inciso 1°, Constitución).

Se agrega que sólo por ley de expropiación o por otra ley se pueden establecer limitaciones u obligaciones a la propiedad las que deben derivar de la función social que corresponde a ella. De este modo —se dice— toda otra situación de menoscabo y, por tanto, todo daño producido por la actividad de los órganos del Estado que no se enmarque en esta normativa constitucional *significa infracción a la Constitución* y, por ello, debe ser indemnizado por no estar el particular obligado a sufrir ese daño antijurídico. No estaría la víctima en la obligación jurídica de soportarlo, no ha sido puesta a su cargo por el derecho. Su producción significaría una ruptura de la igualdad y, específicamente, una violación de la garantía de igual repartición de las cargas públicas (Art. 19, N° 20, C.P.E.).

A partir de la afirmación de existir una responsabilidad constitucional especial del Estado y que sería ella objetiva se desprende la conclusión de existir responsabilidad del Estado por actos administrativos lícitos, como fuera aceptado en dos importantes fallos de la Corte Suprema (Lapostol con Fisco, en 1931, y Comunidad Galletué con Fisco, 1984).

Sobre esta cuestión debemos apuntar:

- a) La propia tesis discurre sobre la base de un daño *antijurídico*, esto es, ilegítimo. No puede ser de otro modo, pues así resulta de los Arts. 6 y 7 de la C.P.E. Como se verá luego, la antijuridicidad es un elemento independiente de la imputabilidad subjetiva y es, por tanto, presupuesto de *toda* responsabilidad, incluso de la responsabilidad objetiva. De otro modo, la cuestión indemnizatoria se diluiría en

una indiferente y fría relación de ciega causalidad. Esa valoración no puede estar referida a quien sufre el daño, sino obviamente al sujeto activo de la conducta productora del daño.

Por ello no puede confundirse la antijuridicidad con el daño y con simpleza decirse que el hecho es antijurídico porque produjo daño. Ello trasuntaría un triste retorno a formas primitivas de reparación, un volver a los tiempos bárbaros, como dice Planiol.

- b) Las limitaciones y obligaciones que autoriza imponer la Constitución a la propiedad derivan de su función social y son precisamente para realizar el fin del Estado, que es no sólo el servicio de la persona humana individualmente considerada, sino también –y fundamentalmente– promover el *bien común* para permitir a *todos* los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible (Art. 4º, inciso 1º). Esa función social (según el Art. 19 Nº 24, inciso 2º) comprende “*cuanto exijan los intereses generales de la nación, la seguridad nacional, la utilidad pública, la salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental*”.

La posibilidad legítima de limitar al dominio en cuanto lo exijan los intereses generales, la seguridad, la utilidad pública y la conservación del patrimonio ambiental, es suficiente causa o legitimación de la carga. El texto constitucional importa una suerte de advertencia a los habitantes en orden a que, en razón de intereses generales prioritarios, están expuestos a *soportar* las limitaciones que exija la función social de la propiedad. ¿Cómo dudar que la norma ha obligado a asumir el eventual daño que esa limitación irroque? ¿Cómo aceptar que este daño sea antijurídico?

Parece raro que la Constitución imponga enfáticamente a los órganos del Estado una resuelta acción que procure el interés general en diversos ámbitos, permitiéndoles para ello limitar la propiedad y otros derechos esenciales y, por otra parte, les imponga una gravosa restauración de todo detrimento que por la realización de esos imperativos se produjeran.

Por los menoscabos que por estos respectos se causen genéricamente a los particulares, la Constitución no reconoce derecho a indemnización como, en cambio, lo hace el inciso siguiente a propósito de la expropiación.

Corroborando esto, el Art. 41, Nº 8, de la Constitución indica limitaciones al dominio que pueden afectar a personas determinadas y que resultan de actos lícitos de la Administración. En este caso los daños son indemnizables en estado de excepción constitucional. Así tam-

- bién acontece con la Ley N° 18.617 que estableció normas sobre indemnización por el sacrificio de animales dispuesto por el Servicio Agrícola y Ganadero como medida necesaria para el control de la fiebre aftosa. Igualmente el D.L. N° 3.557 de 1981, sobre Protección Agrícola, establece indemnización por daños motivados en medidas adoptadas para la prevención, control y combate de plagas. En estos casos hay derecho a indemnización por actos lícitos en favor de aquellas personas determinadamente afectadas, pero lo hay en virtud de texto expreso que establece una obligación legal más que por aplicación de reglas sobre responsabilidad.
- c) Por lo tanto, en el evento de decisiones legítimas de los órganos del Estado, válidamente emitidas por autoridades competentes, que se enmarcan en la Constitución Política y en las leyes, los daños que se causen no son antijurídicos y, por tanto, no son resarcibles. El afectado debe sufrirlos, está obligado jurídicamente a soportarlos. De otro modo, la decisión fundada en el interés público y justificada en la función social de la propiedad no tendría carácter de limitación, de obligación o prestación que verdaderamente *afecte*. Si cabe indemnización compensatoria por la restricción, se desvanece toda idea de limitación, de gravamen o carga que deba *sufrir* el particular.
- d) Todas las garantías o derechos esenciales sufren las limitaciones que la Constitución Política autoriza. Entre ellos la propiedad y la igualdad. Y esas limitaciones constitucionalmente autorizadas no pueden trasuntar una diferencia “arbitraria”, sino legítima, necesaria, en cuanto es exigida por intereses generales². En cuanto al principio de igualdad, no hay tampoco ruptura al principio ni a la garantía de igual repartición de las cargas públicas, pues esas limitaciones se imponen genérica e impersonalmente a todos los sujetos que se hallen en la situación prevista por la norma. Hay ruptura de la igualdad cuando se afecta determinadamente a un suje-

² Valga a este respecto recordar que hoy universalmente se estima que el derecho de propiedad tiene por contenido el que la ley le asigne. Por ello ese contenido es perfectamente modificable y no ha quedado petrificado (como suele plantearse en Chile) a los tiempos de Roma o del feudalismo. Participa de la dinámica de la evolución y del progreso. La concepción absolutista del dominio no condice con su concepto legal de mediados del siglo antepasado, según el cual el goce y la disposición tienen por límite la ley y el derecho ajeno. A pesar de la devota protección que la Constitución de 1980 dispensa a la propiedad, tiene claro que es la ley quien establece el modo de usar, gozar y disponer de ella así como las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social (Art. 19, N° 24, inciso 2°).

to, como en la expropiación o en la requisición motivada durante un estado de excepción constitucional. Por ello, en tales casos la propia Constitución dispone la indemnización.

- e) Parece, sin duda, un exceso pretender que el Art. 38, inciso 2º, de la C.P.E. cree una nueva fuentes de obligaciones cuyo hecho productor sería el ejercicio legítimo de la actividad del Estado. Y que todo su fundamento surja de la expresión "*persona lesionada*" contenida en una simple norma atributiva de jurisdicción y competencia a los Tribunales ordinarios en asuntos administrativos y que ni siquiera precisa la materia de la reclamación. Evidentemente no puede ser una norma sustantiva, portadora de una regla material o de fondo.
- f) El Art. 6 de la Constitución somete la acción de los órganos del Estado a la Constitución y a las leyes, agregando luego que *la infracción a esta norma generará las responsabilidades* y sanciones que determine la ley. Por tanto, los actos públicos están sujetos a las leyes (entre ellas, las que regulan la responsabilidad civil). Sólo los actos infractores de esa regla, o sea, inconstitucionales o ilegales, pueden generar responsabilidades y sanciones. Vale decir, los actos transgresores, los actos antijurídicos. No los actos que se sujetan a la Constitución y a las leyes, no los actos legítimos.

Extremando esta singular doctrina, podría pretenderse que el Estado indemnice infinitos daños que inevitablemente causa la acción pública. Por ejemplo, al contribuyente el cambio legal de régimen tributario, al inversionista la reducción de la tasa de interés por el Banco Central, al propietario de terrenos la modificación del Plan Regulador, al automovilista el aumento de dígitos de restricción vehicular por aumento del índice de contaminación, etc.

XI. LA ANTIJURIDICIDAD COMO SUPUESTO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

En la estructura del ilícito civil se encuentra la antijuridicidad. Ella integra los elementos o supuestos necesarios para que surja responsabilidad civil, sea ella contractual o extracontractual³.

³ Se pretender excluir el requisito de la antijuridicidad como supuesto para la responsabilidad en el Código Civil fundado en que el Artículo 2314 no la exige. Pero tampoco ese precepto explicita requisitos como el nexo causal o la capacidad para ser imputable. Además,

Toda responsabilidad civil requiere de elementos esenciales que cruzan la categoría de lo contractual y lo extracontractual. Estos elementos comunes son: un hecho *antijurídico* (acción u omisión), el daño, la relación o nexo causal entre ambos y, en principio, la imputabilidad por culpa o dolo. Sólo concurriendo estos supuestos opera la responsabilidad como mecanismo restaurador (y no punitivo) del derecho menoscabado.

Hay varios aspectos de la responsabilidad civil insuficientemente estudiados por la dogmática civil. Entre ellos, la responsabilidad por omisión, la problemática de la causalidad, el daño extrapatrimonial y, muy particularmente, la antijuridicidad del hecho dañoso. Este último aspecto es descollante para el análisis del tema en estudio.

La doctrina concibe la antijuridicidad como la oposición, franca o virtual, entre el hecho (acción u omisión) y el derecho objetivo considerado en su integridad. La contradicción formal es ilegalidad. La virtual o implícita se produce cuando el comportamiento, sin transgredir una norma específica, ostensiblemente atenta contra el ordenamiento o lesiona el orden público, la moral social, el sistema político o económico, la seguridad u otros valores protegidos por él.

La antijuridicidad (entendida como inobservancia o quebrantamiento de un deber de conducta impuesto por el derecho) resulta absolutamente clara y evidente en el orden de lo contractual. El antijurídico está constituido por el incumplimiento de la obligación contraída por el deudor.

¿Cuál es el antijurídico propio de lo extracontractual?

Los autores nacionales resbalan el tema, limitando los requisitos al hecho imputable a dolo o culpa, la producción de un perjuicio y la causalidad entre ambos. Algunos agregan la capacidad o aptitud del sujeto para incurrir en tal responsabilidad (aunque ello es materia de la imputabilidad o reprochabilidad moral).

Esta conceptualización no recorta o precisa con nitidez el supuesto de la antijuridicidad como elemento autónomo y distinto de otros elementos de la responsabilidad extracontractual. A lo más, en una suerte de reconocimiento implícito de la necesidad de ese elemento, los autores explican que la conducta global en que se conjuntan estos requisitos es, como resultado de esa conjunción, un hecho ilícito, connotando la ilicitud sólo en la culpa o dolo involucrados y en su efecto nocivo o dañoso.

la propia norma reconoce formular una regla "general" sin pretensión de ser específica ni exhaustiva. La sola exigencia de dolo o culpa, en los Arts. 2314 y 2329, como supuesto general para la obligación de indemnizar, es suficientemente expresiva de la necesidad de una conducta de cualquier modo transgresora del derecho y por tanto antijurídica.

Ese discurso es confuso. Asimila la antijuridicidad a elementos diversos como la reprochabilidad o imputabilidad por culpa o dolo. O lo identifica con la existencia de daño o perjuicio.

Ciertamente la existencia de culpa o dolo, así como el efecto dañoso, dan a la conducta un sello, una impronta de antijurídica, porque tanto el actuar culpable o doloso como el dañar a otro son, en principio, comportamientos infractores del derecho. Esa lesión genérica a valores exigidos o protegidos por el derecho (conducta proba y diligente, respeto al derecho de otro) puede ser suficientemente indiciaria del elemento subjetivo del reproche por culpa o dolo, pero es, en sí misma y a la vez, constitutiva del elemento antijuridicidad siempre necesario para responsabilizar.

Por otra parte, la falta de antijuridicidad –por mediar causal de justificación del daño causado, incluso deliberadamente– puede explicarse, en el esquema tradicional, como situaciones que importan supresión del dolo o culpa por falta de reproche de la conducta.

Igualmente, dentro de esa misma conceptualización, puede postularse que si hay específica infracción de ley no es necesario el requisito autónomo de la antijuridicidad, porque esa infracción de ley es demostrativa y constitutiva de imputabilidad, a lo menos por culpa, pues de la infracción de ley con resultado dañoso no puede sino presumirse culpa. Ese aserto reconoce la relevancia del elemento infractor, lo antijurídico de la conducta. La suficiencia para la prueba de la imputabilidad no es concluyente para excluir la antijuridicidad. Puede sostenerse que, por por tratarse de una acción negligente, es subjetivamente imputable y, objetiva y subjetivamente en cuanto acción transgresora del derecho, es también antijurídica. El daño, incluso deliberado, intencionado, puede ser causado legítimamente o ser excusable en virtud de una causal de justificación. Sólo la falta del requisito de la antijuridicidad zanja claramente la cuestión que pudo ser dudosa.

Por ello y no obstante estas innegables aproximaciones entre los elementos antijuridicidad e imputabilidad, y que evidencian cierta falta de relieve de aquella, postulamos su autonomía.

En sede extracontractual lo antijurídico está normalmente representado por el quebrantamiento del deber de conducta impuesto por el derecho de no causar *injustamente* un daño a otro, la inobservancia del viejo imperativo del Digesto “*alterum non laedere*”. Puede, sin embargo, haber quebrantamiento de deberes más específicos. En ambas hipótesis concurre la antijuridicidad.

En toda responsabilidad jurídica hay necesariamente un comportamiento infractor que determina una cierta consecuencia, un disfavor o una sanción respecto del responsable. Tal comportamiento es transgresor, por-

que no es congruente con la conducta exigible o corresponde a la conducta prohibida genérica o específicamente.

En la responsabilidad civil extracontractual la conducta exigida puede no ser (y generalmente no es) específica o típica, sino más bien genérica o indeterminada: no dañar gratuita o infundadamente a otro, observar un comportamiento prudente. Las vicisitudes del tráfico jurídico, la interrelación entre los sujetos y sus actividades variadas en la vida social tienen repercusiones diversas para sus protagonistas y, entre ellas, el riesgo de detrimento, de menoscabo o de daño a su persona o patrimonio, a sus intereses legítimos.

Pero no todo menoscabo o pérdida es jurídicamente justificable o fundado. El detrimento injustificado, improcedente no es aceptable, no debe sufrirse. Ese detrimento infundado, no justificado, es el que puede generar responsabilidad civil. Solamente ese. Y su resultado o consecuencia es el deber de restablecer el desequilibrio producido, efecto restaurador más que punitivo. Ello no obsta a que la conducta a que va asociado el daño importe una situación típica que configure, además, consecuencias punitivas propias de otros órdenes de responsabilidad (penal, administrativa, política).

Ello evidencia que no todo daño es antijurídico y no todo daño debe acarrear responsabilidad. Igualmente que daño y antijuridicidad son elementos distintos y que, por tanto, no cabe derivar la antijuridicidad por el sólo hecho del daño.

El juicio de antijuridicidad debe estar referido tanto a la conducta (del mismo modo que el juicio de imputabilidad o reprochabilidad) como al efecto o resultado. Importa juzgar el comportamiento en cuanto a su legitimidad o conformidad con el ordenamiento o a su oposición o contradicción a él. Y, respecto al resultado, si el daño tiene o no justificación jurídica.

Hacer consistir la antijuridicidad en la mera existencia del daño es desplazar el centro de gravedad de este juicio sólo a la realidad puramente objetiva y ulterior, al resultado que produjo la conducta.

Pero aún refiriendo la antijuridicidad al daño parece obvio que, para ser resarcible, este daño debe ser *contra ius*, esto es, producto de una transgresión o lesión a un interés protegido por el ordenamiento, y ser, además, *non iure*, vale decir, no justificado por una norma del ordenamiento.

El elemento ilicitud o antijuridicidad como supuesto autónomo de la responsabilidad civil es incluso necesario en la responsabilidad objetiva, en la cual se prescinde de la imputación subjetiva, del reproche por culpa o dolo. Ella, en último término, puede quedar referida al quebrantamiento de

deberes de garantía y seguridad amagados en razón del riesgo creado y asociado a la actividad peligrosa que se despliega. Pero debe haber una conducta transgresora de un deber jurídico, siquiera genérico, como el de garantizar seguridad. Así también lo postula la doctrina. Por ejemplo, el profesor Pablo Rodríguez Grez, quien escribe: “En el evento de la responsabilidad objetiva, el elemento que determina la aparición de la responsabilidad es la *conducta contraria al mandato legal* y la concurrencia del daño, sin que sea necesario ningún elemento subjetivo...”⁴.

Por otra parte, no cabe confundir, en mi concepto, hipótesis de responsabilidad objetiva con casos especialísimos de obligaciones legales indemnizatorias. En efecto, hay actos o conductas permitidos o autorizados y que, por tanto, no son transgresores de ningún deber jurídico, pero que irrogan deber de reparar el daño producido en virtud de una expresa norma legal.

En estas situaciones excepcionadísimas el daño no es antijurídico y, por tanto, conforme al derecho no cabría responsabilidad civil por ausencia del elemento antijuridicidad. La obligación indemnizatoria no se origina en la doctrina de la responsabilidad civil, sino únicamente en la ley. Son simplemente obligaciones legales *stricto sensu*.

Ejemplos de obligación legal indemnizatoria sustraída a la doctrina de la responsabilidad civil lo constituyen las situaciones previstas en la Ley N° 18.617 y en el D.L. N° 3.557 de 1981 que establecen, respectivamente, normas sobre indemnización por el sacrificio de animales dispuesto por el Servicio Agrícola y Ganadero como medida necesaria para el control de fiebre aftosa o por medidas adoptadas por ese mismo organismo para la prevención, control y combate de plagas.

Tales hipótesis corresponden a prestaciones propias de lo que la doctrina llama “exigencias sociales de cooperación”. El tema no corresponde cabalmente al de la responsabilidad jurídica, sino a la seguridad o solidaridad social.

Estos casos de obligaciones legales reparatorias son comparables a la obligación legal de prestar servicios profesionales del Art. 2125, inciso 2° del Código Civil que impone a quien por su profesión u oficio se encarga de la gestión de negocios ajenos, y requerido por una persona ausente, la obligación de tomar las providencias conservativas urgentes que requiera el negocio, aunque rechace la oferta. Tal obligación no es de ningún modo contractual, sino puramente legal.

⁴ Rodríguez Grez, Pablo. Responsabilidad Extracontractual, Editorial Jurídica de Chile, año 1999, pág. 115.

En el plano dogmático sólo admitiendo el elemento antijuridicidad como supuesto para responsabilizar puede reconocerse entidad jurídica a las denominadas “causales de justificación”, generalmente admitidas como situaciones exoneratorias de responsabilidad civil. Tal acontece cuando el sujeto que causa el daño actúa en ejercicio de un derecho, en cumplimiento de un deber, en legítima defensa, por obediencia jerárquica, bajo un estado de necesidad o por otras circunstancias que generalizadamente son reconocidas como justificantes del daño y por ello excluyentes de la antijuridicidad.

La doctrina las conceptúa como “supuestos de hecho excepcionales que autorizan a intervenir en los bienes jurídicos ajenos sin merecer, por ende, un juicio de desaprobación”⁵.

Estas situaciones justificatorias del daño surgen inevitablemente asociadas a un conflicto de deberes. “La persona puede encontrarse situada frente a deberes contradictorios. Se encuentra ante tal conflicto el que actúa en defensa de otro, ya que la necesidad de la defensa le obligará quizás a matar al agresor; o también el salvador que, si es preciso, atenta contra la propiedad ajena. ¿Qué solución conviene dar a esta hipótesis de conflicto de deberes? Parece indiscutible que el agente debe obedecer al deber más importante. La obediencia de ese deber legitima la violación del deber menor”⁶.

La liberación de toda responsabilidad jurídica —y, por tanto, penal y civil— no se funda en la falta de culpa o reproche de la conducta, sino simplemente en la ausencia del elemento antijuridicidad, como ha concluido la doctrina penal.

En el orden penal las causales de justificación importan las eximentes previstas en el Art. 10 del Código Penal. Aunque en materia civil no están explicitadas y no obstante que la sentencia penal absolutoria por circunstancias eximentes no produce cosa juzgada en materia civil⁷, la falta de antijuridicidad trasciende igualmente a la responsabilidad civil. Tal juicio es, sin duda indivisible, porque si la acción está legitimada por el derecho, lo está para todas sus consecuencias. ¿Sostendría alguien que el daño causado en legítima defensa y excusado penalmente deba ser, sin embargo, indemnizado civilmente?

⁵ Mosset Iturraspe, Jorge. *Derecho de Daños*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1966, pág. 52.

⁶ Mazeaud, Henri y León y Tunc, André. *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. Ediciones Europa-América. Buenos Aires, 1965, tomo I, pág. 38.

⁷ Artículo 179, Código de Procedimiento Civil.

En el ámbito más subjetivo de la imputabilidad tal liberación resulta posible, incluso, mediante la doctrina de la fuerza mayor que, dadas esas circunstancias, hace inexigible una conducta distinta.

En este plano lo acepta nuestra doctrina que admite la liberación de responsabilidad por ausencia de culpa⁸.

Pero rigurosamente es la ausencia del elemento antijuridicidad la que exonera de responsabilidad civil, del mismo modo que exonera de la penal. Y falta la antijuridicidad en estas situaciones, porque la acción, aunque produzca resultados dañosos, no puede estimarse infractora al derecho, sino, por el contrario, ajustada a derecho y realizadora de sus fines.

Entre las causales de justificación que interesan para los efectos de nuestro tema, cabe destacar el actuar en ejercicio legítimo de un derecho o en el cumplimiento de un deber. En este último aspecto es denominado por algunos autores (en Chile por don Arturo Alessandri R.) "orden de la ley o de la autoridad legítima". En todo caso generalizadamente se reconoce como causales de justificación o "eximentes de la responsabilidad civil" la acción realizada en ejercicio legítimo de un derecho o para el cumplimiento de un deber impuesto por ley.

En el caso del Estado o de sus órganos que, con ocasión de ejercer facultades legales para dar cumplimiento a deberes constitucionales o legales, llevan a cabo acciones que producen daños a particulares se configura claramente la causal de justificación.

Desde luego, porque la acción importa ejercicio legítimo y regular de un derecho. La legitimidad de la acción resulta por haber atribución de facultad para ejecutar el acto y por perseguir este la realización de un interés que la propia norma ampara. Bajo tal contexto el daño que se produzca está previsto y, más aún, autorizado por el ordenamiento y, por tanto, no es resarcible. La evaluación entre el daño causado al particular y el beneficio colectivo que reporta la acción determinan una relación tal que lleva a preferir este beneficio general inserto en valores o intereses propios del bien común que debe procurar el Estado.

Tanto en materia civil como en materia penal, la acción exigida por la ley no puede entrañar responsabilidad para el autor.

⁸ Así don Arturo Alessandri Rodríguez: "Para determinar si hay exención de responsabilidad civil el juez sólo debe averiguar si en el hecho causante del daño hubo o no culpa o dolo de parte del agente. Esa exención se traduce precisamente en ausencia de tal elemento". (De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno. Imprenta Universitaria, Santiago, 1943, pág. 598).

La jurisprudencia francesa, incluso, asimila los actos ejecutados “por orden de la ley” con aquellos realizados “en utilidad general del Estado”, liberando a unos y otros de responsabilidad⁹.

XII. EPÍLOGO

Para ciertos juristas sigue hoy viva la idea de Tomás Hobbes de que el Estado es un Leviatán, colosal monstruo bíblico que rompe y arrasa con todo.

El Estado es mirado como un riesgo. Más aún, tan peligroso que es ultra-riesgo. Y no es cuestión semántica: en la responsabilidad objetiva, el caso fortuito exonera, no por ausencia de culpa, sino por ruptura del nexo causal. Pero si existe ultra-riesgo (actividad nuclear, aeronavegación) no hay liberación ni siquiera por caso fortuito.

Para quienes profesan esa ideología, la norma del Art. 38, inciso 2º, resulta un instrumento maravilloso. Ha permitido fundar una doctrina de la responsabilidad pública que realiza su aspiración máxima: una responsabilidad especial del Estado, sustraída a las incomodidades del derecho común, liberada de las exigencias de ilicitud y de culpa, no sujeta a prescripción extintiva y por tanto perpetua. Una responsabilidad objetiva, en que basta el daño y la causalidad física o material. Una responsabilidad estatal amplia, indiscriminada, incluso por hechos lícitos de la que el Estado no pueda zafarse ni siquiera por caso fortuito.

Por mi parte, creo que la actividad pública debe tener como soporte los principios de legalidad y de responsabilidad. Como dice Hauriou, “que actúe pero que obedezca a la Ley; que actúe pero que pague el perjuicio”. Pero ello dentro de un contexto valórico que ubique y concilie criteriosamente los intereses individuales y generales.

La Constitución Política de 1980 no hizo del Estado un fabuloso asegurador universal. Esta doctrina (y sobre todo su intranquilizadora recepción por los Tribunales) está alentando cientos, miles de acciones descabelladas contra el Estado. Frente a cualquier situación dañosa se busca, o rebusca, alguna conexión, por mínima que sea, con el Estado. Ello basta para pretender fabulosos lucros cesantes por ganancias delirantes y reparaciones de daños morales por aflicciones y congojas infinitas.

Una situación así puede llegar a hacer dificultosa y paralizante la acción pública. En efecto, cuando los Tribunales Superiores acogen accio-

⁹ Planiol, Ripert, Esmein. *Des Obligations*. Tomo VI, N° 560.

nes indemnizatorias por millones de dólares contra el Servicio de Impuestos Internos por interponer una querrela tributaria a la postre rechazada sólo en fallo dividido de casación, seguramente ese Servicio vacilará, lo pensará dos veces antes de instaurar una nueva acción penal por fraude tributario. Ello, sin duda, debilitaría la protección del patrimonio público y, paradójicamente, lo haría para proteger lo mismo: el patrimonio de todos los contribuyentes.