

FALTA DE SERVICIO ¿FACTOR DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO-ADMINISTRACIÓN? EN BUSCA DE LA COHERENCIA PERDIDA. *TERTIUM NON DATUR**

Eduardo Soto Kloss**

1. Atendiendo al principio intelectual más sano, como es acudir a lo que significan las palabras, debe preguntarse ¿qué indica el término “imputar”, “imputación”? Primeramente, aparece la idea de “atribuir”, “sindicar”, “cargar”, “involucrar”, “indicar como autor” de un acto, hecho u omisión a alguno, es decir, “inculpar”. Esta última acepción es la que el Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española (Espasa Calpe, muchas ediciones) da en su primera acepción (uso la 21ª edición. Madrid. 1992, 2 vols., tomo 2, p. 1149, col. 2); para “atribuir” señala que es aplicar, señalar, o asignar una cosa a alguien como de su competencia, es decir, que le compete.

Ya lo dicho nos da cuenta que “imputar” es “atribuir” a alguien algo que ha hecho, o ha omitido debiendo hacerlo; y poniendo a su cargo el dar cuenta de ello. Avanzando un poco más, se advierte que “imputar” es “culpar”, porque lo que ha hecho es “ilícito”, es “contrario a lo debido”, esto es, “contrario a lo justo” (*ius suum cuique tribuere*). Se le sindicaba, entonces, como “culpable”, se le atribuye “culpabilidad”.

Se ve bien la influencia del derecho canónico y la regulación del sacramento de la confesión, penitencia, o reconciliación, a que hemos hecho referencia al mostrar el giro “moral” que asumió la concepción propiamente jurídica romana del *damnum iniuria datum*¹, concepción objetiva, propiamente jurídica, que atendía al hecho del daño, de la lesión sufrida por una víctima no obligada jurídicamente a sufrirlo, a soportarlo.

*Este es un capítulo de Derecho Administrativo, tomo III, La responsabilidad del Estado, de próxima publicación (Thomson Reuters. 2025).

**Abogado. Doctor en Derecho (Universidad de París/Sorbonne). Profesor titular de Derecho Administrativo Facultad de Derecho Universidad Católica de Chile. Exabogado integrante del Tribunal Constitucional (1985-2002). Fundador y Director de *Ius Publicum* (1998-2024).

¹Sobre el tema vid. E. Andrades Rivas, “Algunas reflexiones sobre la historia del derecho de daños” (inédito) 2023. Agradezco al profesor Andrades su gentileza para utilizar su trabajo en curso de publicación.

Ese giro moral sería asumido por el derecho y plasmado varios siglos después en la codificación civil, incluida la de Bello, y propia del derecho privado, aplicable a los particulares y sobre la base de ser una “sanción” al “culpable”, es decir, a quien ha actuado con culpa –intencionalmente/dolo o por negligencia o torpeza/culpa propiamente tal–.

Esta concepción moral, asumida desde siglos por el Derecho para las relaciones entre particulares, ha sido tan fuerte que aún permea, subyace y, todavía, a veces, aflora, en los jueces, y supremos (ayunos de los fundamentos que la sostienen), que ven en la institución de la responsabilidad del Estado y Estado-Administración, en su idea de “sanción a un culpable” y la obligación de indemnizar como lo justo, lo debido a la víctima. En el derecho público no es así, por cuanto no se trata de “ilícitos” producidos por “culpabilidad” de alguien –personas con sustrato psicológico, racionales y libres, que deciden en virtud de su “libre albedrío”– que violando el principio esencial de la convivencia humana cual es “haz el bien y evita el mal”, insisto en la conciencia humana, se decide a hacer el mal (sea con plena conciencia de ello/dolo, o sin advertirlo plenamente, por torpeza o negligencia/culpa)².

2. Desde hace cerca de dos décadas, y tal vez más, algunos autores, y la Corte Suprema les siguió, afirmaron que “el factor de imputación” en la responsabilidad del Estado era la “falta de servicio”, y que su característica era la de ser una “responsabilidad subjetiva”³. Pues bien, parecieran no haber advertido que tales afirmaciones no eran muy coherentes, ni en lógica y tampoco en el derecho chileno. Veámoslo.

2.1. En lógica. Ocurre que en la responsabilidad del Estado no hay referencia alguna a la idea de “culpa” desde que el Estado –y Estado/Administración en este caso– no existe un sujeto que pueda ser “imputado”, “atribuido” de “culpa”, porque el Estado es “un sujeto/ente de razón”, una “construcción del intelecto humano”, que carece de “razón” y que carece de “libertad”. El Estado no es un ser racional ni es un ser dotado de libre albedrío, ya que sus órganos –que son los que actúan jurídicamente, es decir, produciendo efectos en el Derecho– son únicamente lo que la ley que los crea, y no pueden actuar en el Derecho (por medio de actos, hechos u omisiones) sino exclusivamente (“ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias”) en la medida que han sido atribuidos por la ley, de modo previo y expresamente de los poderes jurídicos/“potestades” pertinentes (art. 6º inc. 1º y 7º incs. 1º y 2º de la Constitución). Si carecen

²Recuérdese la introducción del elemento “culpa”, “culpabilidad”, como esencial para regular la sanción “medicinal” que es la “penitencia” impuesta al que se confiese, en el sacramento de la confesión, según haya habido plena advertencia de cometer un pecado (ofensa a Dios), pecado “mortal”, o bien inadvertencia y no intención de cometer tal ofensa, pecado “venial”.

³Vid. *Hernández Espinoza c/Servicio de Salud de Concepción*, C. Suprema, 30.4.2003, en *Gaceta Jurídica* 274/abril 2003, 59-75.

del sustrato psicológico (conciencia, razón, libertad) es más que obvio que carecen de “culpabilidad”⁴.

2.2. Por otra parte, si la propia Constitución establece la responsabilidad del Estado-Administración sobre la base y fundamento de la “lesión” de la víctima (art. 38 inc. 2º), lo que esto significa es que el “núcleo” de esta responsabilidad está centrado en la “víctima” y no en el autor de la lesión, del daño y de su culpabilidad, como en el caso del derecho civil y la regulación jurídica de las relaciones entre particulares. El texto fundamental es bien claro en su redacción: “Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus órganos y de las municipalidades podrá reclamar...”.

Además, y precisamente por lo dicho, la responsabilidad del Estado/Administración *no* es –como en materia civil– la “obligación de indemnizar”, impuesta al autor de la lesión/daño, sino su efecto es *restituir* a la víctima aquello en que ha sido privada, perturbada o disminuida por un acto, hecho u omisión antijurídicos, ilícitos, contrarios a Derecho producidos por un órgano del Estado en el ejercicio de sus funciones administrativas. “Restitución” que de no ser posible en los hechos será compensada con el fin de poder resarcir, de alguna manera, los efectos de la lesión injusta padecida.

2.3. Lo que hay en la responsabilidad del Estado/Administración es de una entidad radicalmente distinta de lo que aparece en la regulación jurídica de la responsabilidad de los privados (que es regida por una regulación basada en lo “conmutativo” de una relación, basada en la igualdad de lo justo particular, “igualdad aritmética” en la terminología aristotélica), por cuanto la relación jurídica entre la persona común y el Estado es una relación basada en lo justo “distributivo” (“lo justo proporcional”, en la terminología del Estagirita), es decir, en una “igualdad de proporción”, en atención a que Estado existe para “promover” y “procurar” el “bien común”, el bien de la comunidad nacional, que es una “misión de servicio” a las personas que la constituyen y configuran, a todas y cada una como miembros de ella, lo que significa, en este caso, asegurar el efectivo ejercicio de los derechos inherentes de la persona humana y no dañarlas, desde que los poderes jurídicos que el Derecho atribuye a sus órganos tienen como “límite” el respeto de los derechos que emanan de la naturaleza humana, lo que la propia Constitución de manera muy clara lo consagra en su art. 5º inc. 2º: *es deber del Estado* y de cada uno de sus órganos, en las diversas funciones que el Derecho les atribuye, *respetar y promover su ejercicio*.

Por ello es que su regulación está regida por el derecho público, que es el propio de la relación Persona/Estado, y no el derecho privado, que

⁴Vid. del tomo 3 referido en la nota al pie 1 de este trabajo, párrafo sobre la noción de falta de servicio.

es propio de las relaciones jurídicas entre particulares, ya que estos se sitúan en un plano de igualdad de conmutación, porque sus fines en sus diversas actividades se contienen en un plano de igualdad lineal y no proporcional. Muy bien lo concebía Bello en el art. 547 inc. 2º de su Código al establecer con claridad que “la nación, el fisco, las municipalidades... se rigen por leyes y reglamentos especiales”.

3. Ahora bien, parecería que aún surgiría otra incoherencia para desvanecer la idea de ese factor de imputación falta de servicio, en perspectiva subjetiva.

Ya desde el 2017 (*Jaramillo c/Fisco*), reiterado y esclarecido el 2021 en *Luchsinger Mackay c/Fisco*, y aún antes, podría decirse al menos en temas de daños producidos por la actividad de los Servicios de Salud (*Hernández Espinoza c/Servicio de Salud de Concepción*, 2002 y todavía antes si se atiende a *Torres Velásquez c/Servicio de Salud de Talcahuano/2000*), la Corte Suprema ha admitido muy claramente que la falta de servicio indica una “omisión”, no haber actuado en circunstancias que la Administración tenía la obligación jurídica de actuar de acuerdo según le impone la ley y en el caso de los Servicios de Salud conforme con la *lex artis* y los “protocolos médicos” existentes al efecto⁵.

Si la falta de servicio aparece constituida en la Ley 18.575 (art. 44/42) por una “omisión”, que eso es lo que significa “falta de servicio” (“carencia”, “ausencia”, “omisión” de la prestación jurídicamente debida), ¿cómo puede sostenerse una “perspectiva subjetiva”?

Porque una “omisión”, un no actuar, una inactividad, es un “hecho”, un *factum*, esto es algo puramente “objetivo”⁶, como lo es, v.gr., no haber habido en el lugar Carabineros resguardando la seguridad de la casa de la familia Luchsinger Mackay, como se había dispuesto por orden judicial, lo que permitió que un grupo terrorista les atacaran con armas e incendiaran su casa y estos ancianos murieran asfixiados, porque no podían salir al estar cercados y bajo el fuego de las armas. Por ello, 40 años antes, 1981, la Corte Suprema condenó a la Municipalidad de La Reina/comuna de Santiago, en el caso *Tirado*, en razón de no haber realizado dicha entidad edilicia actividad alguna, a pocos metros de un paradero de buses, de resguardo de la seguridad de las personas ante una excavación de varios metros de profundidad, en circunstancias que la ley del tránsito

⁵En el caso de los Servicios de Salud no haber actuado conforme con los “protocolos” existentes en el tema dictados por la autoridad central/Ministerio de Salud (Minsal), y la llamada *lex artis*.

⁶La intención o subjetividad del titular del órgano que no actuó debiendo legalmente hacerlo no viene al caso, por cuanto ello incide en la culpabilidad disciplinaria del funcionario que no en la responsabilidad del Estado; no se olvide que ambas responsabilidades son esencialmente distintas tal como lo muestra el art. 38 inc. 2º de la Constitución y lo reitera el art. 4º de la Ley 18.575, orgánica de bases de la Administración del Estado.

(art. 177 en aquel tiempo) le imponía la obligación de señalar dicho obstáculo en la vereda (“bien nacional de uso público” que corresponde su administración precisamente a las municipalidades, según lo dispone la propia ley orgánica, en ese caso el DL 1.289/1976, vigente en la época de los hechos).

La Corte Suprema, fundamentada en el “hecho” que causa la lesión, el daño a una víctima, atiende precisamente a la “causalidad material”, para condenar en ambos casos referidos. Si se atiende, entonces, a la “causalidad material”, al “hecho”, no hay lugar a perspectivas subjetivas, que son enteramente ajenas a una regulación jurídica que pretende reparar daños producidos a las personas por una inactividad ilícita de un órgano administrativo obligado a actuar por la ley que lo rige.

4. Afirmar de manera rotunda que el régimen jurídico de la responsabilidad del Estado en Chile es la “falta de servicio” como “factor de imputación”, aparece a todas luces como una afirmación excesiva y que da la impresión de ser además un tanto ligera⁷, porque encuentra su refutación de inmediato en la regulación jurídica de la responsabilidad de las municipalidades, y ello desde 1976 de acuerdo con el DL 1.289/ 14.1.1976, decreto ley orgánico de municipios y administración comunal, cuyo artículo 62 inc. 3° dispuso que la responsabilidad (la llamaba extracontractual para distinguirla de la contractual) de las municipalidades “procederá, principalmente, para indemnizar los perjuicios que sufran uno o más usuarios de los servicios municipales cuando estos no funcionen debiendo hacerlo o lo hagan en forma deficiente”⁸.

Al decir “principalmente” se está indicando con claridad que hay otros factores de imputación distintos de la falta de servicio como, por lo demás, quedó demostrado de manera expresa en la misma historia fidedigna del establecimiento de la Ley 18.695/31.03.1988⁹, donde se advierte que hay otros factores de imputación, como se indican, como el “riesgo creado por la actividad ejercida”, el “enriquecimiento sin causa”, de larga tradición jurídica, a los que podemos agregar ahora la igualdad ante las cargas públicas (que tiene fundamento constitucional en el art. 19 N° 20).

5. Se puede agregar aún, algo que pareciera no haber sido advertido, como es el caso de la responsabilidad del Estado-Administración por daños producidos a una víctima por un acto administrativo contrario a

⁷Para ser diplomático... y no caer en la misma rotundez (o rotundidad, si se prefiere).

⁸Terminología que hacía referencia –sin nombrarla– a la llamada “falta de servicio” en la terminología francesa.

⁹Informes de la Secretaría de Legislación de la Junta de Gobierno de 13.05.1987 y de 19.08.1987, en el mismo sentido

Derecho, o sea, nulo (art. 7º inc. 3º de la Constitución). ¿Hay allí una “falta de servicio”?

Como primera idea hay que afirmar que en el caso de tratarse de un “acto administrativo” allí no es admisible falta de servicio en su versión de “omisión”, desde que hay una “actuación” concreta, indiscutible, de un órgano administrativo, si bien contraria a Derecho. No se trata, por tanto, de un “hecho” que produzca la lesión en una víctima¹⁰. ¿Podría afirmarse que en un tal pretendido acto administrativo hay una actuación “deficiente”, o tal vez “inconveniente” o “inoportuna”, o “desproporcionada” o “ineficaz”? Y ¿pretender volver a una concepción subjetiva de “culpa/negligencia”, “torpeza”, o “torcida interpretación” de la ley que le ha atribuido competencia al autor del acto?

Me parece que al simple sentido común, al más elemental ejercicio de la razón, que no hay allí ni se trata de imputar “culpa” al órgano titular autor del acto, lo que podrá afirmarse si se persigue la “responsabilidad personal” de este, y sobre la base de su “culpabilidad”, pero ello no se trata de “responsabilidad del Estado/Administración”, sino del funcionario/persona natural que lo dictó y produjo el daño en cuestión en una víctima que no está obligada jurídicamente a soportarlo (tal como lo estipula expresamente tanto la Constitución/art. 38 inc. 2º como la Ley 18.575/art. 4º). Recuérdese que en la responsabilidad del Estado no es posible imputar “culpabilidad” a este por ser de imposible aplicación, como hemos explicado en párrafos precedentes.

En el caso propuesto de un acto administrativo contrario a Derecho que provoca daño, v. gr, a su destinatario, hay que acudir a la propia Constitución, art. 38 inc. 2º, norma que es de aplicación directa (en virtud de lo dispuesto por su art. 6º inc. 2º), que establece la responsabilidad del Estado/Administración sobre la base y fundamento de la “lesión” sufrida por la víctima, no estando obligada jurídicamente a padecerla (el art. 19 Nº 20 de la Constitución prevé la posibilidad de imponer “cargas públicas”, que “en principio” podría creerse no serían indemnizables, cosa que hay que matizar, pero no es el caso tratar aquí)¹¹.

¹⁰A menos que siendo nulo ese pretendido acto administrativo haya sido aplicado y surtido efectos, siendo, en consecuencia, propiamente una “vía de hecho” el origen de la lesión producida en el destinatario.

¹¹Vid. nuestros comentarios a *Ábalos c/Fisco*, *Galletué c/Fisco* y *Productos Fernández S.A. c/Fisco*, en el tomo 3 referido en nota al pie 1 de este trabajo, en capítulo sobre La jurisprudencia suprema, responsabilidad Fisco, por daños producidos en razón del bien común. Aquí viene a cuenta el tema de si puede haber “responsabilidad del Estado/Administración” por acto (hecho u omisión) lícito, como lo sostienen algunos en Chile (siguiendo doctrinas extranjeras) y citando casos como los señalados en esta nota, en circunstancias que esos casos no son casos de actos lícitos sino ilícitos, como lo mostramos en los comentarios que referimos.

6. Por último, valga señalar que por Ley 19.966/3.09.2004, que establece un régimen de garantía de salud, su Título III (arts. 38 a 55), dispuso normas respecto “De la responsabilidad en materia sanitaria”, además de un régimen de mediación obligatoria (¡sic!) (arts. 43-55).

Pues bien, su art. 38 inc. 1º estatuye que los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen a particulares “por falta de servicio”. Y su inc. 2º dispone que “El particular deberá acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano mediante dicha falta de servicio”. Por su parte, el art. 41 señala en su inc. 1º que la indemnización por el daño moral será fijada por el juez considerando la gravedad del daño y la modificación en las condiciones de existencia del afectado con el daño producido, atendida su edad y condiciones físicas”; su inc. 2º dispone la irresponsabilidad de los Servicios de Salud en caso de daños derivados “de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existente en el momento de producirse aquellos”¹².

Si el “factor de imputación” de la responsabilidad del Estado/Administración fuera la “falta de servicio”, no se ve razón suficiente para que esta Ley 19.966 cit. contemple normas como las transcritas, como si ya no fuera bastante lo dicho por la jurisprudencia suprema durante más de 40 años en la materia y por lo menos más de tres décadas en el tema específico. Es cierto que estas normas especiales de la ley indicada fueron dictadas *ex profeso* para tratar de reducir de alguna manera las indemnizaciones por estos desaguisados que proliferaron de modo muy significativo, desgraciadamente desde 1990 en adelante¹³.

Pretender que la “falta de servicio” es el factor de imputación resulta falso porque la realidad muestra que hay igualmente otros factores de imputación como son “el riesgo”, “la igualdad ante las cargas públicas”, o “el enriquecimiento sin causa”, que también hacen responsable a los órganos de la Administración del Estado por los daños que produzcan a las personas. De allí que el adverbio “principalmente”, que muy sensatamente introdujera la Ley 18.659, orgánica constitucional de municipalidades, al regular la responsabilidad de ellas por dichos daños, muestra con claridad que no puede ser asumida como único factor de imputación.

Y también es falso porque pretende que esta denominación “falta de servicio” asuma un rol o función de que carece, por cuanto se la adopta como “división” frente a otras categorías, siendo que por su propia noción

¹²Acerca de las normas referidas en materia sanitaria, vid. nuestro comentario en la sección concerniente a los daños producidos por los Servicios de Salud, en el tomo 3 referido en nota 1 al pie de este trabajo.

¹³Véase los numerosos casos en el tomo 3 referido en nota previa, en la sección indicada en nota 13 de este trabajo.

no tiene esa condición, sino que es una “distinción”, en cuanto “omisión” que es (ausencia, carencia), que se efectúa frente al hecho/lesión.

Recuérdese que un principio para que sea tal, o sea, inicio y motor de la acción, ha de ser “verdadero”, esto es, nacer de la realidad, del ser de las cosas, del razonar humano frente a ello, y no una mera invención humana, sin base en la realidad. Un principio tiene en vista el fin para que reciba aplicación, y el fin –por su parte– da concreción y sentido al principio que lo sustenta y está en su origen.