



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

**RECONSTRUCCIÓN DEL SACRIFICIO ESPECIAL COMO
TÍTULO DE IMPUTACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD
PATRIMONIAL ADMINISTRATIVA**

Historia, evolución e ideas futuras.

Integrantes:

**JAVIER ALEJANDRO LABBÉ RIVEROS
SEBASTIÁN IGNACIO CARRILLO TORRES**

Profesora guía:

NATALIA MUÑOZ CHIU

Santiago de Chile, 2023.

ÍNDICE

RESUMEN.....	5
INTRODUCCIÓN.....	6
I. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	9
II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN CHILE	14
III. TITULOS DE IMPUTACIÓN ACTUALES – CONSAGRACIÓN LEGAL ...	29
IV. LA “LESIÓN” COMO CRITERIO QUE DA NACIMIENTO A LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	35
V. LA RUPTURA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LAS CARGAS PÚBLICAS.....	38
VI. EL DAÑO ANTIJURÍDICO EN LA TEORÍA DEL SACRIFICIO ESPECIAL	42
VII.CRITERIO DEL SACRIFICIO ESPECIAL EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA NACIONAL.....	47
<i>VII.I Sacrificio especial en la doctrina nacional</i>	<i>48</i>
<i>VII.II Jurisprudencia nacional que acoge el criterio del sacrificio especial.....</i>	<i>52</i>
<i>VII.III Quiebre jurisprudencial: rechazo a la indemnización por actos lícitos de la Administración</i>	<i>60</i>
VIII. SACRIFICIO ESPECIAL EN EL DERECHO COMPARADO.....	64
<i>VIII.I Estados Unidos</i>	<i>64</i>
<i>VIII.II Francia.....</i>	<i>65</i>
<i>VIII.III España</i>	<i>68</i>
<i>VIII.IV Argentina</i>	<i>70</i>
<i>VIII.V Colombia.....</i>	<i>76</i>
<i>VIII.VI Venezuela</i>	<i>78</i>

IX. RECONSTRUCCIÓN DEL SACRIFICIO ESPECIAL COMO TÍTULO DE IMPUTACIÓN.....	80
<i>IX.I Responsabilidad administrativa por "daños en la ejecución de obras públicas"</i>	<i>86</i>
<i>IX.II Responsabilidad administrativa por actuaciones de la fuerza pública.....</i>	<i>94</i>
<i>IX.III Indemnización por inmuebles declarados patrimonio cultural – expropiación regulatoria</i>	<i>101</i>
X. ELEMENTOS DEL SACRIFICIO ESPECIAL COMO TÍTULO DE IMPUTACIÓN.....	120
<i>X.II. El menoscabo del derecho debe tener origen en la ruptura del principio de igualdad ante la ley y las cargas públicas</i>	<i>123</i>
<i>X.III. daño cierto, grave, anormal y especial.....</i>	<i>127</i>
<i>X.IV. nexo causal entre la actividad legítima de la Administración y el daño causado</i>	<i>128</i>
<i>X.V El caso concreto no puede ser susceptible de ser encasillado dentro de otro de los regímenes de responsabilidad de la Administración.....</i>	<i>129</i>
XI. EXIMIENTES DE RESPONSABILIDAD	129
<i>XI.I. Fuerza mayor.....</i>	<i>131</i>
<i>XI.II. Hecho de un tercero.....</i>	<i>133</i>
<i>XI.III. Hecho o responsabilidad exclusiva de la víctima.....</i>	<i>135</i>
<i>XI.IV. Inexistencia de daño antijurídico</i>	<i>136</i>
XII. ANÁLISIS COMPARATIVO CON LA RESPONSABILIDAD POR RIESGO CREADO	137
<i>XII.I Elementos del riesgo creado.....</i>	<i>142</i>
<i>XII.II Puntos en común y diferencias entre el sacrificio especial y la responsabilidad por riesgo creado</i>	<i>144</i>
XIII. SUSTENTO NORMATIVO DEL SACRIFICIO ESPECIAL EN LA LEGISLACIÓN ACTUAL.....	148

XIV. PROPUESTAS NORMATIVA PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL SACRIFICIO ESPECIAL COMO TÍTULO DE IMPUTACION DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	150
XV. CONCLUSIÓN.....	156
ANEXO. EL SACRIFICIO ESPECIAL A PROPÓSITO DEL COVID-19	161
BIBLIOGRAFÍA.....	165

RESUMEN

La igualdad ante las cargas públicas es un principio que sostiene que los administrados tienen el deber de aceptar, en igual proporción, ciertas acciones y cargas que puedan resultar gravosas, con miras al bien común, en el entendido que este bien común también los beneficiará.

Cuando esta igualdad se rompe, por supuesto existen distintos niveles de proporción en los que parece, en cierta medida, justa la aceptación de estas cargas. Sin embargo, hay otros niveles en que ellas no resultan proporcionales para el administrado afectado y la soportabilidad del daño traspasa el límite de lo justo, dando lugar entonces a la necesidad de que el afectado pueda verse reparado en los perjuicios sufridos. De este modo, la persona perjudicada podrá reposicionarse en un escenario de igualdad o equidad respecto de las cargas públicas que soporta en conjunto con los demás administrados con quienes vive en comunidad.

Lo que pretende este trabajo es estudiar y reflexionar sobre la noción, el alcance, requisitos, campo de aplicación y causales de eximición que giran en torno al sacrificio especial como título de imputación de la responsabilidad del Estado, haciendo hincapié en la insuficiencia de nuestro actual sistema para atender aquellos casos en que los administrados sufren perjuicios por actuaciones lícitas de la Administración.

INTRODUCCIÓN

El principio de la responsabilidad del Estado se presenta como propio de la definición de un Estado de Derecho. A través de este, todos los poderes del Estado están obligados a la reparación de aquellos daños que causen en el ejercicio de sus funciones, perjuicios que se producen, generalmente, por daños antijurídicos. En este sentido constituye un derecho para los administrados la posibilidad de obtener desde el Estado, el resarcimiento de un daño imputable a la Administración Pública¹.

Dicho principio ha generado diversos sistemas de responsabilidad patrimonial del Estado en el derecho comparado y esto debido a los múltiples factores, ya sean jurídicos, históricos y culturales de cada país. Sin embargo, estos sistemas tienen como punto de convergencia, “la búsqueda de soluciones tendientes a otorgar a los ciudadanos una adecuada protección normativa frente a los daños sufridos en su persona o propiedad como consecuencia de la actividad jurídica y material de la Administración y del Estado en general”².

Por su parte, Chile no ha estado exento de este proceso caracterizado por un arduo y encendido debate presente en la doctrina y la jurisprudencia nacional, por décadas.

¹ CALDERA DELADO, Hugo, (1979), “Teoría del Órgano, Estado de Derecho y Responsabilidad del Estado”, Revista de Derecho Público, (25/26), pp. 164-166.

² SZCZARANSKI CERDA, Clara Leonora. (2003). “Responsabilidad extracontractual del Estado”. En Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, N° 8. p. 1.

Después de un vasto desarrollo doctrinal y jurisprudencial, contamos con un sistema de responsabilidad más completo, debido en gran parte al trabajo de la Comisión encargada de la redacción del proyecto sobre organización básica de la Administración Pública, en la cual propusiera la incorporación de la disposición que posteriormente pasaría a constituir el artículo 42 de Ley de Bases Generales de la Administración del Estado N°18.575, refundida por DFL N°1-19653 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia la que, con el tiempo, se constituiría como el régimen de responsabilidad general del Estado en Chile, teniendo como elemento distintivo el factor de atribución de la falta de servicio.

A pesar de lo anterior, creemos que el debate acerca de las diversas maneras en que puede manifestarse la responsabilidad del Estado está lejos de aquietarse, por cuanto estimamos que la sola posibilidad de recurrir a la falta de servicio como único método para obtener justas reparaciones de daños, sufridos con ocasión del actuar de la Administración, resulta del todo insuficiente. Lamentablemente, para las aspiraciones que presenta este estudio, el escenario jurisprudencial predominante en nuestro país en la actualidad, dista mucho de compartir y aplicar lo que aquí se propone, pero creemos y esperamos genuinamente que este paradigma pueda eventualmente modificarse con el paso del tiempo.

Teniendo en cuenta lo señalado previamente, este trabajo tiene como objetivo analizar el título de imputación del sacrificio especial como un régimen complementario a la falta de servicio, en atención a los problemas

que conlleva la existencia de un único factor de atribución que permita reclamar los daños sufridos por los administrados; esto a partir de la doctrina y jurisprudencia nacional y, a la luz de las tendencias actuales en el derecho comparado que encuentran su fundamento en el principio de la igualdad en la distribución de las cargas públicas.

Para lo anterior, se estudiará la noción, el alcance, requisitos, campo de aplicación y causales de eximición que giran en torno a la ruptura ante las cargas públicas como título de imputación de la responsabilidad del Estado, cuestión que como veremos más adelante tuvo un escaso estudio en nuestra doctrina, debido a que estos se dirigieron y concentraron en examinar cuál era la naturaleza de la responsabilidad del Estado, lo que confrontó las teorías sobre el régimen general objetivo versus el sistema de responsabilidad por falta de servicio. En ningún caso los esfuerzos se han dirigido a tratar el sacrificio especial como un régimen subsidiario, autónomo y complementario a la falta de servicio.

En este sentido queremos señalar que nuestra intención no es continuar con la discusión llevada a cabo por la doctrina y jurisprudencia nacional acerca de la procedencia o no de este tipo de responsabilidad por actos lícitos como el régimen general de responsabilidad estatal, ya que entendemos el actual estado de la jurisprudencia que reconoce la responsabilidad por falta de servicio como régimen general; sin embargo, la negación de la reparación

por sacrificio especial, dada la inexistencia de norma sustantiva que lo consagre, es algo que nos parece debe ser reinstalado como tema de debate³.

Como se explicará con mayor detalle más adelante, este trabajo no busca que se instaure un régimen absolutamente objetivo de responsabilidad del Estado, donde proceda la reparación como consecuencia instantánea del daño realizado sin mayor preámbulo; por el contrario, este estudio cree que, si bien se debe extender el campo en el que transite el régimen de responsabilidad del Estado, aquel debe ser claramente delimitado. En ese sentido no debe caber duda alguna de las fronteras de su aplicación, determinando expresamente sus supuestos, requisitos y causales de procedencia, siendo del todo irrelevante la estrategia que se utilice para ello; ya sea a través de la legislación positiva como a lo largo de la historia de nuestro país ha acostumbrado nuestra tradición, o bien, por medio de creaciones jurisprudenciales que nos den la posibilidad de tener una mayor seguridad jurídica en este ámbito de la relación entre el Estado y sus administrados.

I. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

³ La Corte Suprema en el caso Domic Bezic (2002), dictaminó que la Constitución era insuficiente para establecer el deber de indemnizar a un administrado por un acto lícito de la Administración, ya que el sistema de responsabilidad dependía solo de la ley. Por su parte en el caso “Las vacas locas” (2012) se afianzó el criterio anterior ya que se desestimó lo determinado por los tribunales de primera y segunda instancia, quienes habían establecido que no debía hacerse soportar a un solo administrado de una forma excesivamente onerosa una determinada situación fundamentada en el bien común; por el contrario, el máximo tribunal afirmó que para establecer una indemnización por un acto lícito de la Administración, el legislador debía establecer expresamente un título de imputación que haga alusión a ello. **CORDERO VEGA, Luis** (2015). “Lecciones de Derecho Administrativo”. Segunda edición Thomson Reuters, Santiago de Chile. Pp. 729 y ss.

No es posible realizar un análisis como el que se propone en este trabajo, sin antes comprender las razones por las que existe y resulta necesaria la aparición de un régimen de responsabilidad de la Administración.

Esta es una materia ampliamente abordada en el último tiempo, pero aún novedosa en la larga línea histórica de la evolución del derecho, lo que hace que hasta el día de hoy aún se presenten grandes diferencias entre los pensantes jurídicos que se han expresado sobre este tema, “algunos se apoyan en la lesión o daño antijurídico, otros en los llamados factores de imputación, otros lo hacen a partir de conceptos jurídicos, como el riesgo creado, igualdad ante la carga pública, principio de garantía, falta de servicio, etc”⁴.

En la Roma clásica, el concepto de responsabilidad se estudió no desde la perspectiva del autor sino desde el punto de vista de la víctima quien sufre un daño que no está en la obligación de soportar, esto dado que entendían el derecho no como un sistema de normas de conducta, sino como una cosa, la *cosa justa*, como un justo equilibrio de bienes que pueden ser repartidos entre los miembros de la ciudad; en este sentido el *ius* era considerado como un asunto de justicia más que un asunto de normas y, como

⁴ ZAPATA GARCÍA, Pedro A. (2018). “Fundamentos, límites y convergencias de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Una lectura unificada de la responsabilidad contractual y extracontractual administrativa”, Tesis en Opción al grado de Doctor en Derecho, Universidad de Barcelona, Barcelona. p. 31.

consecuencia la existencia de un daño implicaba una ruptura de la relación de igualdad, un desequilibrio, una injusticia que era necesario reestablecer ⁵.

De lo anterior, el autor Eduardo Soto Kloss, al analizar el fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado, concluye que, de forma primigenia, la obligación de reparar nace no de una falta, ya que si esta no existe, igual se produce un desequilibrio, una ruptura de la justicia y un desequilibrio; cuestión que, en materia de responsabilidad estatal, debe tenerse en cuenta a fin de hacer “justicia” en cada caso en concreto. Esta fundamentación de la responsabilidad estatal se centra en la igualdad y la equidad como criterios justificativos⁶.

Por su parte el profesor Luis Cordero Vega, ha señalado que el fundamento histórico, político y administrativo de esta institución radica en su configuración como garantía jurídica de los administrados frente al poder público y, consecuentemente, vinculada en su esencia a una forma de resarcimiento de los particulares frente a eventuales efectos lesivos derivados de los actos de la Administración y que, en efecto, les permite exigir la indemnización por aquellos daños y perjuicios⁷.

En España, el concepto de lesión patrimonial y de daño antijurídico aparecen como fundamento de la responsabilidad civil de la Administración,

⁵ **SOTO KLOSS, Eduardo.** (2012) Derecho Administrativo. Temas Fundamentales (3a. edición). Abeledo-Thomson Reuters. Santiago de Chile. Pp. 803-804.

⁶ **ZAPATA GARCÍA, Pedro A.** (2018). Op. Cit. 39.

⁷ **CORDERO VEGA, Luis** (2015). “Lecciones de Derecho Administrativo”. Segunda edición Thomson Reuters, Santiago de Chile. p. 638.

la que nace como consecuencia de la eliminación de la ilicitud y culpa como sostén de la responsabilidad estatal, y cuyo principal autor es el catedrático español Eduardo García de Enterría, quien ha definido la lesión como aquel daño que no se está en el deber jurídico de soportar⁸.

Con todo, podemos decir que la responsabilidad del Estado puede encontrar su principal fundamento, en una cuestión tremendamente sencilla y evidente pero que, sin embargo, resulta difícil de equilibrar y estabilizar: El Estado de Derecho. Y es que, es absolutamente imprescindible para el correcto funcionamiento de una sociedad y comportamiento de sus componentes, otorgar una seguridad jurídica que garantice el bienestar no solo físico y psíquico sino también político y social; lo que no se puede obtener sin que cada uno de los componentes de una sociedad o país (personas naturales, personas jurídicas públicas y privadas), incluido el Estado, se sometan al ordenamiento jurídico correspondiente, junto con los principios, reglas y valores que lo fundan.

Esta idea es reafirmada al apreciar que el Estado y, en particular, el Estado de Derecho tiene un fin último y esencial que es el bien común. Este es el fin que justifica la existencia misma de la sociedad, justificando y limitando la función de la autoridad (el Estado), que se rige por las normas entregadas por un sistema democrático para guiar y demarcar su comportamiento en la búsqueda de la consecución de este objetivo. Parte esencial del bien común es el resguardo de los derechos de las personas y

⁸ ZAPATA GARCÍA, Pedro A. (2018). Op Cit. 42.

ello, naturalmente, obliga al propio Estado a hacer cumplir los deberes y derechos que permiten salvaguardar el bien común. Consecuentemente, el Estado debe hacerse responsable por quebrantar este deber y dañar a los administrados, al permitir que se atente contra el bienestar de los mismos⁹.

En efecto, asegurar la primacía del Estado de Derecho es un tema de vital y trascendental relevancia, de tal forma que se ha erguido como un tópico relevante para la Organización de Naciones Unidas la que, en variadas ocasiones, se ha pronunciado sobre este tema.

Tal es el caso de la *Reunión de Alto Nivel sobre el Estado de derecho en los planos nacional e internacional* celebrada en el año 2012, donde el, en ese entonces secretario general, Sr. Ban Ki-Moon, señaló que “*cuando consolidamos el Estado de derecho, reafirmamos los tres pilares de las Naciones Unidas: la paz, el desarrollo y los derechos humanos.*”¹⁰ Cita planetaria en la que también, más de 190 Estados, incluido el Estado chileno, formularon promesas tendientes a cumplir con este objetivo.

Como corolario a lo que se ha explicado, resulta necesario traer a colación una fórmula ideada por el Profesor Hugo Caldera, en la que nos plantea que la responsabilidad del Estado es precisamente uno de los factores que componen la ecuación necesaria para considerar que nos encontramos

⁹ VELASCO SUÁREZ, Diego, (2014). “Fundamentos de la responsabilidad del Estado y del funcionario” en Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, Pág. 108-109.

¹⁰ Organización de las Naciones Unidas (septiembre de 2012). Histórica Reunión de Alto Nivel sobre el estado de derecho celebrada en las Naciones Unidas, disponible en: https://www.un.org/es/ga/67/meetings/ruleoflaw_sept24.shtml.

frente a un Estado de Derecho. Dicho aquello, la formulación de la ecuación referida es la siguiente: “Derechos individuales + Principio de legalidad + Control Jurídico de la Administración + Responsabilidad del Estado = Estado de Derecho.”¹¹

Podemos apreciar entonces con claridad, con relatado hasta ahora, que no hay argumento más contundente para fundamentar el establecimiento de un régimen de responsabilidad patrimonial del Estado, que la existencia de un Estado de Derecho, con todos los componentes que aquello implica.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN CHILE

A lo largo de la historia de nuestro país, el régimen que regula la responsabilidad patrimonial del Estado ha pasado por diversas etapas doctrinarias y jurisprudenciales, desde la irresponsabilidad de los actos del Estado,¹² pasando por un tiempo en el que efectivamente se podían obtener reparaciones por cierto actos lícitos del Estado, hasta el régimen actual donde resulta fundamental el factor de atribución de la falta de servicio como exclusivo título de imputación para reclamar la responsabilidad de aquel ente.

De este modo, daremos inicio este análisis histórico al que se dedica este capítulo, señalando que la Administración, como ente regulador de la

¹¹ CALDERA DELADO, Hugo, (1979), “Teoría del Órgano, Estado de Derecho y Responsabilidad del Estado”, Revista de Derecho Público, (25/26), pp. 164-165.

¹² BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2011) “Derecho Administrativo General”, Thomson Reuters, Santiago Chile. p. 497.

vida de las personas existe en lo que, actualmente, conocemos como Chile, si bien, no como estructura jurídica cierta, al menos como estructura histórica y fáctica, desde la época del derecho indiano, en que la Corona española regía el porvenir de los habitantes de la colonia; por mucho que en esos días aún no haya existido un esclarecimiento, y establecimiento formal de lo que a día de hoy entendemos como administración¹³.

Siguiendo esta línea, en aquella época existían las denominadas Audiencias Indianas, instancia en la que aquellos que habían sufrido perjuicios, podían entablar acciones jurisdiccionales en contra de aquellos gobernantes por los cuales se sentían abusados; de acuerdo a la investigación realizada por el profesor Cristián Román Cordero, Leyes de Los Reynos de Las Indias postulaban que: “*ORDENAMOS A los de nuestro Consejo de Indias, que si en las materias que le tocan por hecho propio nuestro, ó por órdenes que hayamos dado, se hubieren causado algunos daños, o agravios de terceros, los remedien y hagan, que se les dé satisfacción*”¹⁴.

Por otro lado, ya en esta época podíamos ver la configuración de la reparación por sacrificio especial de los administrados, tal como lo señala el autor castellano Pedro José Pérez Valiente, que afirmaba que la equidad natural exige que las cargas comunes de la República sean soportadas en distribuciones comunes¹⁵. Es así como podemos señalar que, en aquella

¹³ Ídem.

¹⁴ **ROMÁN CORDERO, Cristian**, (2012) “Responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado en Chile: 150 años de doctrina”, en p. 434.

¹⁵ *Ibidem*. p.434

lejana época colonial, ya comenzaban a divisarse pequeños esbozos de aquello que hoy conocemos como el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado. Y aún más, existe jurisprudencia al respecto – tan solo once fallos para ser precisos, según indica Jaime Arancibia Mattar¹⁶ – que nos grafican con mayor claridad que, efectivamente, se castigaba al órgano administrador cuando con ocasión de la realización de sus funciones generaba daños a las personas, que eran susceptibles de ser resarcidos mediante una condena pecuniaria.

Tal es el caso del funcionario encargado del sistema de oficinas, donde la responsabilidad se traspasaba directamente a la organización de índole administrativa que representaba y de la que formaba parte, como la Ciudad o el Real Fisco, entre otros¹⁷. Por último, en esos tiempos no era necesario establecer un factor de imputación subjetivo de la responsabilidad como por ejemplo lo es hoy en día la falta de servicio; sino que bastaba con que tuviera lugar un daño injusto que haya sido sufrido por quien luego debía reclamar la correspondiente reparación, como se puede extraer a modo ejemplar, del caso de alguien que reclamó perjuicios con motivo de la construcción del Puente Cal y Canto en la ciudad de Santiago, comentado por el estudio realizado por el autor previamente citado.¹⁸

¹⁶ **ARANCIBIA MATTAR, Jaime** (1999): “Responsabilidad de los gobernantes por daños y perjuicios causados a los gobernados en el Chile indiano. Once casos de jurisprudencia (1552-1798)”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ **ARANCIBIA MATTAR, Jaime**, (2006), “Responsabilidad de los gobernantes por Daños y Perjuicios Causados a los gobernados en Chile Indiano Once Casos de Jurisprudencia (1552-1798)”, Santiago, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* N° 18, pp. 53 y ss.

A continuación, y ya entrando en el plano histórico de un Chile naciente e independiente de la Corona española, veremos que el paradigma sufre una brusca inversión respecto de la posibilidad de que exista responsabilidad del Estado, toda vez que dentro de los nuevos cuerpos normativos que se fueron creando a lo largo del Siglo XIX, no se establecieron normas que regularan esta situación. Incluso podría decirse que si bien no se hablaba expresamente de irresponsabilidad del Estado frente a sus actos, se observaba lisa y llanamente como una situación excepcionalísima, toda vez que el Código Civil de Andrés Bello, al hablar del Caso Fortuito en su artículo 45, menciona a los actos realizados por un funcionario público como aquel imposible de resistir; es decir, se podía interpretar, exagerando el énfasis en opinión de este trabajo, que el administrado solo tenía el deber de soportar aquellos actos sin derecho alguno a reclamación puesto que no existía regulación al respecto que lo amparara en la búsqueda de una solución a su problema¹⁹. Del mismo modo, la doctrina de la época²⁰ afirmaba que de existir la responsabilidad como principio que regía a la Administración del Estado, esta solo decía relación con el actuar del funcionario que provocare un daño al administrado. De esta manera, se estimaba que si bien todo acto administrativo era susceptible de estar sujeto a responsabilidad, esta debía ser extendida a sus agentes de manera personal, que fueron quienes individualmente provocaron el daño.

¹⁹ **BERMÚDEZ SOTO, Jorge** (2011) Op. Cit. p. 515.

²⁰ **PRADO, SANTIAGO** A. y, T. (2017). “Principios elementales de derecho administrativo chileno: adaptados a la enseñanza del ramo en el Instituto Nacional : siguiendo el plan i las teorías de varios autores”. Disponible en <https://doi.org/10.34720/m6pd-4w82> pp 32-33.

Manteniendo la línea anterior, y sobre todo en relación a la preocupación existente en la época por la estabilidad financiera del erario fiscal, el Profesor Valentín Letelier, primer catedrático de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, sostenía en ácidas palabras que las reclamaciones por concepto de responsabilidad patrimonial del Estado podían llegar a un nivel tal de abultamiento, que sin lugar a dudas, pondría en riesgo la capacidad y estabilidad del erario fiscal. En efecto, aquel célebre profesor señalaba que *“Si siempre que un empleado insolvente delinque, se pudiera repetir contra el fisco, se formularía tal número de reclamaciones que todas las entradas públicas no bastarían para cubrir las indemnizaciones. Un notario de un certificado falso que ocasiona grandes perjuicios ¡se repite contra el fisco! Un policía mata a un ladrón prófugo ¡se repite contra el fisco! Un subdelegado hace flagelar a un encubridor de criminales ¡se repite contra el fisco! (...) Basta saber que en la República funcionan más de treinta mil empleados, muchos de los cuales no son modelos de probidad y virtud; y si constituimos al fisco pecuniariamente responsable de los actos de todos ellos, no habría impuestos que por gravoso basten a saciar la avidez de reclamantes”*²¹. Podemos ver entonces que, en resumidas cuentas, era tema de vital relevancia mantener la estabilidad del patrimonio fiscal y, por consiguiente, no resultaba en absoluto llamativo establecer reglas que

²¹ LETELIER MADARIAGA, Valentín, Dictamen de 13 de mayo de 1895, en LARRAÍN DUEÑAS, Eduardo, y DÍAZ LEÓN, Alberto, Dictámenes de don Valentín Letelier, Editorial, La Ilustración, Santiago, 1923, pp. 102 y 103. En: ROMÁN CORDERO, Cristian, (2010). “Bernardito Bravo con Fisco de Chile. Apuntes sobre la evolución histórica de la responsabilidad patrimonial de la administración del estado de Chile”. *Revista Chilena de Historia del Derecho*, (22), p. 9.

permitieran a los administrados reclamar un resarcimiento de los daños sufridos por el actuar de la Administración.

Pese a aquello, el Profesor Soto Kloss indica que no es del todo exacto afirmar que en aquella época la postura jurisprudencial fuera tan marcada con lo plantea la mayoría de los historiadores, por cuanto sostiene que en los fallos de la época post guerra civil de 1891, hay una marcada presencia de las normas de derecho público, en particular la Constitución Política de 1833 (que primaría por sobre el Código Civil), para determinar el deber de indemnizar a los administrados por los actos ilícitos cometidos por la administración. Así, menciona por ejemplo el caso donde el fisco debió indemnizar a una compañía por la construcción de unos galpones ocupados por el ejército constitucional, es decir, por vulnerar ilícitamente el derecho de propiedad que esta compañía tenía; o también el caso donde se condenó al Estado a pagar una indemnización al dueño de unos rifles y municiones que se vio obligado a entregar al ejército²².

Entrando ya en el último siglo del milenio que nos acaba de dejar, cabe distinguir también lo que ocurre en el primer cuarto del mismo, y lo que sucede después. En efecto, la primera parte del siglo XX se preocupó de debatir jurisprudencialmente si es que acaso y por qué el Estado debía ser responsable de sus actos, y no la manera en que debía responder ante la afirmativa a aquella interrogante; aplicando en la resolución de casos reglas y principios de Derecho Público que, ciertamente daban la razón a lo que

²² SOTO KLOSS, Eduardo, (2012) “Derecho Administrativo. Temas Fundamentales” pp. 819 y ss.

plantea este trabajo, reconociendo responsabilidad por conceptos como la desigual repartición de las cargas públicas.

Como se indicó, la jurisprudencia de nuestro país comienza a cambiar el ángulo de visión de esta problemática, y dejó de verlo como algo llanamente baladí, y se ocupó tratándolo adecuadamente. Así es como se comienza a establecer una serie de reglas y principios propios del derecho público, para determinar la responsabilidad del Estado, y con mayor abundancia que el régimen que nos impera en la actualidad, dado que, en los albores del siglo pasado, sí resultaba pertinente hacer lugar a indemnizaciones por conceptos dejados de lado hoy en día, como lo son la desigualdad de la repartición de las cargas públicas, falta personal, equidad natural, y por supuesto, la falta de servicio. Como prueba de lo señalado anteriormente, existen fallos emblemáticos que abrieron la senda de lo que sucedería en el siglo XX como lo es “*Ábalos con Fisco de Chile*”²³, donde el demandante debió sufrir la destrucción con fines meramente preventivos, de los frutos obtenidos de sus tierras - sandías - para evitar la propagación de una epidemia de cólera. El Tribunal estimó que el Fisco, representado por el funcionario que dio la orden de ejecutar la destrucción del sandial, era quien debía ser el directamente obligado a indemnizar el daño que hizo a ciertos particulares en beneficio de todos los ciudadanos. Es decir, este fallo sin adentrarse muy profundamente en el análisis de la licitud o ilicitud del acto ejecutado por el Estado, consideró que era justo reparar el daño sufrido por un administrado que si bien, era miembro de la comunidad que resultaba

²³ *Gaceta de los Tribunales*, tomo II, N° 5.185, p. 835.

beneficiada, sufría a título personal un daño desproporcionado que pese a tener el deber de soportar, no debía sufrir él los perjuicios económicos que aquello conllevaba.

Otro ejemplo jurisprudencial de este cambio de paradigma aparece en 1908, cuando una compañía reclama una indemnización luego que el Fisco arrojó sus barriles de cerveza al mar, bajo la excusa de evitar que fueran apropiados por delincuentes que querían robarlos. El Tribunal dictaminó que la Administración tenía el deber de sopesar las variadas posibilidades de acciones con las consecuencias que le serían propias de cada una, y que al no ser el arrojamiento la salida única y necesaria para solucionar el problema, debía el Estado indemnizar al afectado. Por supuesto que no todos los fallos declaraban la Responsabilidad del Estado cual si fuera la única alternativa viable y automática en respuesta a la existencia de un daño, como lo es el caso de una persona que reclamó los daños sufridos en su morada con ocasión de la ocupación de ella por fuerzas militares en la Guerra Civil de 1891.

Aquí el argumento resulta muy interesante ya que nos entrega un indicio de lo que tenemos hoy en día, y es que el Tribunal rechaza la acción por cuanto sostiene que la actuación fue realizada por funcionarios que no se encontraban investidos para realizar tal acto, y que no se encontraban ejecutando sus funciones, por consiguiente no cabía alegar responsabilidad de la Administración, sin perjuicio de existir la posibilidad de perseguir la responsabilidad personal de quienes estuvieron involucrados en el hecho.

A modo de conclusión de la visión que sobre la Responsabilidad del Estado existía en este periodo que abarca el fin del Siglo XIX y primera mitad del Siglo XX, podemos decir que existe cierta inconsistencia entre lo que primeramente plantea la doctrina, con Letelier como estandarte, y lo que aplican en sus razonamientos y, en definitiva, en sus fallos los Tribunales de Justicia, dado que mientras unos buscan minimizar las hipótesis de Responsabilidad del Estado, restringiéndolas a casos muy excepcionales, para así salvaguardar los intereses pecuniarios del Estado, en función de la estabilidad del erario fiscal; otros comienzan a abrir las puertas de un camino que busca la justa reparación que se produce por el actuar de un coloso prácticamente imposible de enfrentar y resistir como resulta ser este mencionado Estado, dando entonces la opción de efectuar una reclamación posterior al actuar, con la posibilidad cierta de obtener un resultado favorable que permitiera un resarcimiento proporcional del daño sufrido.

El periodo siguiente de la evolución histórica de la Responsabilidad del Estado en nuestro país, abarca desde aproximadamente la segunda mitad del Siglo XX hasta la llegada de la Constitución Política de la República de 1980, en adelante, también la Constitución o CPR.

Esta época, nace con un fallo del año 1938, sobre un disparo percutido por un carabinero en ejercicio de sus funciones, sin que haya mediado provocación de por medio de parte de quien recibió el impacto de bala. La acción interpuesta es rechazada por cuanto a la luz del artículo 2320 del Código Civil (norma invocada en el caso), el Carabinero no es directamente

dependiente del fisco y, a su vez este último no contaba con los medios para evitar el acaecimiento de aquel hecho. Además enfatiza el juez que el artículo 2320 del Código Civil no alcanza a la Administración del Estado.²⁴

En síntesis, el caso *Granja con Fisco* da lugar a la aparición de una nueva tendencia jurisprudencial que clasifica los actos de los funcionarios públicos en actos de autoridad y actos de gestión, donde los primeros, entendidos como aquellos en que el Estado obraba en atención a sus potestades de mando, no eran susceptibles jamás de poner en compromiso su responsabilidad, aun cuando (pasando a llevar, en opinión de este trabajo la estabilidad de un Estado democrático de Derecho) estas actuaciones fuesen ilegales; a diferencia de los segundos, explicados como aquellas actuaciones en que el Estado obraba como un particular más sin estar investido dentro de sus potestades y facultades, donde efectivamente, sí se podía establecer la posibilidad de accionar bajo las normas civiles²⁵, para obtener un resarcimiento de los perjuicios sufridos. Esta idea es importada, como muchas otras a lo largo de la historia del derecho chileno, tanto público como privado, desde la jurisprudencia francesa de la época que establecía la irresponsabilidad del Estado en lo relativo a los actos de autoridad.

Nos encontramos entonces, frente a un nuevo escenario, las posibilidades que tenían los administrados de reclamar y obtener una

²⁴ **Revista de Derecho y Jurisprudencia**, tomo XXXVI, sec. 1ª, p. 277.

²⁵ **ROMAN CORDERO, Cristián.** (2009). Pasado, presente y futuro de la responsabilidad patrimonial de la administración del estado en Chile. *Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*. [en línea], Universidad Nacional Autónoma de México, (6): 606-644, 2009 [Fecha de consulta: 24 octubre 2017] pp. 25-26.

reparación con ocasión de las actuaciones del Estado se encontraba sumamente restringida, puesto que éstas solo tenían lugar cuando se miraba al Estado como un igual, es decir, como un sujeto particular; y nunca en el caso en que aquel obrara como la autoridad imponente que es por regla general y, en donde por cierto, se produce la mayor cantidad de casos en que los administrados se ven afectados por su accionar.

Sin perjuicio de que con la Ley N° 8.282, de 1945, que establecía en el inciso segundo de su artículo 83° la responsabilidad pecuniaria del Estado cuando tenía lugar un acto ejecutado por un funcionario en contravención de sus obligaciones²⁶, la regla de la irresponsabilidad administrativa estatal por actos de autoridad se mantuvo a lo largo de aproximadamente tres décadas, hasta que en 1965 se acogió una acción de Responsabilidad, dada la ilegalidad en el Acto de Autoridad del que se reclamaba su reparación (Caso Becker con Fisco)²⁷. Desde ese momento comenzaría a flexibilizarse la rigidez con que se rechazaban las demandas de responsabilidad patrimonial del Estado a propósito de sus Actos de Autoridad, en el caso de que estas contuviesen un rango de ilegalidad en su comisión. Y así se mantendría la tendencia jurisprudencial, hasta la llegada de nuestra actual Carta Fundamental²⁸.

Con el avenimiento de la Constitución Política de la República del año 1980, comienzan a dictarse un gran número de normas de Derecho público

²⁶ **ROMAN CORDERO, Cristián.** (2009). Op. Cit. p. 30.

²⁷ Becker y otros con Fisco (1965), Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXII, sec. 1ª, p. 6.

²⁸ **BERMÚDEZ SOTO, Jorge** (2011) “Op.Cit. p. 519.

que de alguna u otra manera facilitan la estructuración del Sistema de Responsabilidad del Estado y su consecuente fundamentación dentro del propio derecho público, a la hora de resolver y fundamentar las controversias que se suscitaban. Tal es el caso de los artículos 6°, 7° y 38° de la Constitución Política de 1980; el artículo 141 de la Ley N° 18.690 sobre Municipalidades; los artículos 38° y siguientes de la Ley N° 19.966 sobre Garantías explícitas en Salud y, por supuesto, los artículos 4° y 42° de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración (“LOCBGAE”) del Estado, cuerpo normativo que actualmente es la piedra angular del régimen de responsabilidad imperante.

Existía cierta doctrina en ese momento, que justificaba la responsabilidad patrimonial del Estado. Para conceptualizar su postura, usaba como sustento el artículo 38 inciso segundo de la Constitución, y su alusión al concepto de *lesión*, influenciándose por la tradición española que intentaba objetivar la responsabilidad de la administración²⁹. De aquí en más se instala un debate en el mundo del derecho, sobre la naturaleza de la responsabilidad del Estado, donde las posturas existentes oscilan entre el entendimiento de esta responsabilidad como una de tipo constitucional, y la apreciación de la misma como un régimen legal establecido en las normas legales de derecho público. Quienes sostienen lo primero, señalan que el artículo 38° de La Constitución establece una responsabilidad objetiva del Estado, toda vez que

²⁹ Así lo afirmó durante mucho tiempo el Profesor Eduardo Soto Kloss, quien era de la opinión de que la Falta de Servicio no constituía el régimen general de responsabilidad patrimonial del Estado, como se puede observar en su libro “*Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*”.

no determina mayor exigencia que la existencia de una lesión por parte del administrado, y por lo tanto, irrelevante sería entrar a analizar la procedencia o no del resarcimiento reclamado a partir de la juridicidad de la actuación dañosa, concluyendo por consiguiente que la exigencia establecida por el artículo 42° de la LOCBGAE de tener que existir un factor de atribución de responsabilidad, como la faltade Servicio, en la cual media negligencia del Estado en su actuar, “va en dirección opuesta a lo indicado por la Carta Magna, y por lo tanto, sería derechamente inconstitucional”³⁰.

Por el contrario, aquellos que son partidarios de la naturaleza legal de la Responsabilidad del Estado, afirman que “el mandato constitucional no hace más que determinar la competencia de los Tribunales ordinarios – los que determina la ley – para conocer de las Acciones de Responsabilidad del Estado”³¹, y bajo ningún caso establece un sistema de Responsabilidad Objetivo, lo cual queda por tanto al arbitrio de la ley, y en particular, de la Ley de Bases generales de la Administración del Estado, que es la que inscribe a la faltade Servicio como el único factor de atribución de Responsabilidad. Esta última postura es la que ha predominado en los Tribunales de nuestro país, hasta nuestros días³², sin que ello implique en modo alguno que la estructuración del régimen de Responsabilidad de la Administración del Estado haya alcanzado un ideal normativo que regule

³⁰ **FIAMMA OLIVARES, Gustavo.** (1989). “La acción constitucional de responsabilidad y la responsabilidad por falta de servicio”. En Revista Chilena de Derecho Vol.16 N°2. p.434.

³¹ **PIERRY ARRAU, Pedro.** (1995). “Algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual del Estado por faltade Servicio”. En RDJ, Tomo XCII, N° 2, Revista de Derecho Público, N° 59. p. 17.

³² **BERMÚDEZ Jorge,** Op Cit. p. 521.

todos los casos, situaciones y/o requisitos para que esta tenga lugar³³, tal como plantea este estudio.

Así las cosas y a modo de resumen de este período, el profesor Luis Cordero menciona que surgen tres posturas diferentes sobre cómo debía mirarse a la responsabilidad patrimonial del Estado³⁴:

- a) La doctrina de la responsabilidad objetiva absoluta, que afirma que la Administración debe responder por toda y cualquier lesión que genere en cualquier derecho, sin importar la naturaleza del acto, y que se trataría de una responsabilidad de naturaleza constitucional, fundamentándose en una amplia variedad de conceptos jurídicos, como el Derecho de propiedad y la Igualdad frente a las cargas públicas, entre otros.
- b) La doctrina de la responsabilidad subjetiva, que es aquella imperante a los días de hoy, teniendo como piedra angular normativa la Ley N° 18.575, sobre Bases Generales de la Administración del Estado, y que aboga por la afirmación de que la Administración solo puede ser responsable por falta de servicio, un sistema con criterios de imputabilidad subjetiva, basado en la tradición jurisprudencial francesa.
- c) La doctrina de la responsabilidad objetiva relativa, la cual basada en el artículo 38 inciso segundo de la Constitución Política de la República, ve en aquella norma una garantía patrimonial para los administrados,

³³ ROMÁN Cristian, Op. Cit. p. 453.

³⁴ CORDERO, Luis, (2015) “Manual de Lecciones de Derecho administrativo”, Editorial Thomson Reuters pp. 675 y ss.

que contempla en la misma al autor del daño y órgano reparador del perjuicio como referentes obligados de la cláusula indemnizatoria general que consagra, prohibiendo implícitamente a la Administración, el afectar la esfera subjetiva propia de cada sujeto jurídico.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia ahora tenemos que el escenario actual es aquel donde prima la interpretación de que la Constitución no establece un Sistema de responsabilidad, sino que el título de imputación que otorga el ordenamiento Jurídico es la Ley Orgánica Constitucional de bases Generales de la Administración del Estado³⁵.

Es menester, entonces atender al hecho de que la extrema oscilación interpretativa y jurisprudencial de la Responsabilidad del Estado a lo largo de nuestra historia, no nos ha permitido esclarecer con precisión los límites de esta área del derecho; ya que por mucho que exista una opinión jurisprudencial predominante en la actualidad ciertamente podemos afirmar con confianza lógica en atención al dinamismo señalado, que creemos que el régimen que impera actualmente va - y debería - mutar en algún momento a una apertura del abanico de situaciones y requisitos en los que resulta indemnizable un actuar lesivo de la Administración, una vez que tanto jueces, como jurisconsultos, admitan, en honor a nuestra propia historia jurisprudencial republicana, que el escenario existente hoy en día es muy restringido, y que por lo tanto debe expandir sus fronteras.

³⁵ *Ibídem.* p.689.

III. TÍTULOS DE IMPUTACIÓN ACTUALES – CONSAGRACIÓN LEGAL

El paradigma actual en Chile, al menos desde una perspectiva normativa legal, no da mayor lugar a dudas ni vacilaciones, toda vez que es claro que, por regla generalísima, el Estado solo responde por falta de servicio y, por lo tanto, este viene a ser prácticamente el único factor de atribución de responsabilidad, mediante el cual los administrados pueden alegar una reparación de los daños sufridos.

Sin embargo, es necesario primeramente entender qué es un título de imputación y cuáles son algunos ejemplos de ellos. Para efectos de este trabajo, entenderemos que un título de imputación es una noción que surge a partir del problema de la determinación sobre quién debe ser el que debe soportar los daños cuando se generan y, en ese sentido, diremos que se trata de la justa razón, causa o motivo que esgrime un individuo que resulta dañado por otro sujeto, para exigir una indemnización por los perjuicios que le han sido causados³⁶.

Luego, veremos que los títulos de imputación pueden ser objetivos o subjetivos, y dentro de estos últimos, encontramos como emblema la culpa, que se entiende como un factor de atribución subjetivo puesto que obedece a la conducta del agente del daño, en orden a criterios de evitabilidad y previsibilidad del hecho dañoso; por su parte, los títulos de imputación

³⁶ **BARROS BOURIE, Enrique.** (2006). “Tratado de Responsabilidad Extracontractual”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. pp 15-16.

objetivos, se entienden como aquellos en los que no media la conducta del agente dañoso³⁷ y, por lo tanto, no es necesario examinar su negligencia, sino que se efectúa una mera relación entre el hecho u omisión y el daño, para efectos de atribuir la responsabilidad.

Con todo, esta rama de la clasificación admite factores suavizantes que aminoran o incluso inhiben el deber de reparación, conocidos como causales de exoneración de responsabilidad, dentro de los cuales podemos hallar a la Fuerza Mayor y la Culpa de la Víctima, entre otros.

Teniendo claro lo apuntado precedentemente, procedemos entonces a analizar cuáles son los títulos de imputación que subsisten en nuestro derecho en la actualidad.

En primer lugar, como ya se ha mencionado, nuestra Carta Fundamental señala en su artículo 6°, que los órganos del Estado deben someter su actuar a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, asimismo, indica que la infracción de la norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.

Por otro lado, el artículo 7° agrega que los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescribe la ley; finalmente, el artículo 38° de

³⁷ **BERMÚDEZ SOTO, Jorge.** (2011). “Derecho Administrativo General”, Segunda Edición Actualizada. Thomson Reuters. p.500.

nuestra normativa fundamental, dicta que cualquier persona lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar la responsabilidad pertinente.

Por consiguiente, este grupo de artículos nos indica cuales son las condiciones que se necesitan para considerar que un agente actúa válidamente en representación del Estado y también nos muestra la consagración constitucional del derecho de los administrados a accionar en contra del Estado por daños ocasionados por este.

Siguiendo con lo anterior, el principal factor de atribución de la responsabilidad del Estado es la falta de servicio, según la consagración establecida en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado N° 18.575, refundida por el DFL N° 1-19653, cuyo artículo 4° dispone a modo genérico que: *“El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado”*. A su vez, como complemento a lo anterior y consagrando el paradigma de nuestro actual régimen, el artículo 42° del mismo cuerpo normativo versa que: *“Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal”*.

Las interpretaciones que, actualmente, rigen nuestro escenario indican que esta es la única forma, por regla general, de reclamar un resarcimiento de daños. La falta de servicio es un concepto que nace en el derecho francés, y que en palabras del profesor Pierry Arrau se entiende como “una mala organización o funcionamiento defectuoso de la Administración, ambas nociones apreciadas objetivamente y referidas a lo que puede exigirse de un servicio público moderno, y lo que debe ser su comportamiento normal”³⁸.

Entendido aquello, cabe entonces preguntarse cuándo se considera que existe falta de servicio. Al respecto mucho se ha debatido, y hoy en día la doctrina y jurisprudencia son contestes, y es que esta en definitiva existe, reescribiendo la cita del Profesor Arrau, cuando se presentan “actuaciones deficientes, imputables no solo de manera causal a la Administración, sino que también imputables a culpa de esta, en cuanto tal, independientemente del dolo o culpa que pueda corresponder, además, al o a los funcionarios involucrados personalmente en el caso”³⁹.

Luego, a modo excepcionalísimo, tenemos otros títulos de imputación de la responsabilidad del Estado, que tienen un campo de aplicación muy acotado respecto de su par descrito en el párrafo anterior,

³⁸ **PIERRY ARRAU, Pedro.** (1975). “la responsabilidad extracontractual del estado por falta de servicio” Adaptación de artículos por el mismo autor en Revista de Ciencias Jurídicas N° 5, Valparaíso. Anuario de Derecho Administrativo N° 1 Universidad de Chile, Santiago 1975-1976. Ediciones Revista de Derecho Público. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCII N° 2 Mayo-Agosto 1995. Revista de Derecho Público Universidad de Chile N° 59 Enero-Junio 1996. p. 2.

³⁹ **SZCZARANSKI CERDA, Clara.** (2003). Op. Cit. p.13.

como lo es el caso de la responsabilidad con ocasión de determinadas actividades riesgosas, como por ejemplo la actividad nuclear, regulada en el artículo 49 de la Ley N°18.302, y la contaminación por hidrocarburos al que se refiere el Decreto Ley N°2.222 de 1978 sobre Ley de Navegación, así como también la transgresión a las normas de protección ambiental donde incluso se establecen situaciones de presunción de responsabilidad, conforme señala La Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente. Estos tres cuerpos normativos, obedecen al principio *cuius commoda eius incommoda*⁴⁰, el cual sostiene que quien obtiene beneficios de una determinada actividad riesgosa, debe también soportar los daños a terceros que se deriven de ella.

Por otro lado, tenemos aquella tendencia doctrinal que afirma que también cabría la responsabilidad por actos lícitos de la Administración – postura que es apoyada por este trabajo – cuando se genera una ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas; aquella se funda, entre otras razones, en que la Constitución, al momento de integrar a nuestro ordenamiento jurídico la institución de la responsabilidad del Estado, no tomó en consideración expresa los elementos de ilicitud y culpa que sí exige la regla general contenida en la Ley N° 18.575, a la hora de señalar que el Estado solo responde por falta de Servicio⁴¹.

⁴⁰ Real Academia Española. Diccionario panhispánico del español jurídico. Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/cuius-commoda-eius-incommoda>.

⁴¹ FIAMMA OLIVARES, Gustavo. (1989). Op. Cit., pp. 434 y ss.

Así las cosas, vemos que hoy en día la postura mayormente aceptada es aquella que asegura que la responsabilidad por culpa – falta de servicio – es el régimen de responsabilidad exclusivo aplicable a la Administración, toda vez que la regla común en esta materia es la Ley de Bases de la Administración del Estado.

Sin embargo, no todos los órganos del Estado son incluidos en esta regla, pues quedan fuera de ella todos los que se excluyen del Título II de esta ley, y por tanto, estos casos quedan en un limbo jurídico que obliga precisar cuál es el régimen de responsabilidad que los rige, ya que excluidos o no, siguen actuando en representación del Estado, cuestión a solucionar que ha quedado en manos de nuestra Corte Suprema⁴². Esta, junto a otras imprecisiones de nuestra legislación nos permiten sostener que es necesaria una mayor y mejor estructuración del régimen existente, el que de paso, debería extender sus fronteras, explorando alternativas de otros títulos de imputación de responsabilidad, distintos a la falta de servicio. Justamente aquello es lo que analizaremos en los acápite que continúan.

⁴² las Fuerzas Armadas, las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, las Municipalidades o los Gobiernos Regionales están excluidos de la aplicación del art. 42 de la LOCBGAE, ello por expresa disposición legal, del art 21 de la misma ley. Sin embargo, la Corte Suprema ha extendido la aplicación de la falta de servicio a estos órganos excluidos, haciendo una aplicación extensiva del principio de responsabilidad por culpa o falta de nuestro Código Civil, tal como ocurrió en el caso “Seguel Cares con Fisco”, Rol 371-2008, 30 de julio de 2009. **FERRADA BÓRQUEZ, Juan.** (2020). “La responsabilidad patrimonial del Estado de Chile: una revisión panorámica después de casi veinte años de jurisprudencia de la Corte Suprema”. Revista de Administración Pública, 211. pp.388-389.

IV. LA “LESIÓN” COMO CRITERIO QUE DA NACIMIENTO A LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Como se ha dicho recientemente, la consagración constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado se encuentra en los artículos 6° y 7° y 38° inc. 2° de la Constitución Política de la República. Este último precepto reza que *“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.”*

De la lectura del artículo, se desprende que los actos administrativos que generan responsabilidad de la Administración del Estado pueden provenir tanto de actuaciones regulares o legales, como de actuaciones irregulares o ilegales; esto dado que la Constitución, no considera criterio alguno en particular más allá de aquel que respecta a la lesión. En ese sentido, resulta necesario mencionar que *“el concepto de lesión debe entenderse como un perjuicio antijurídico en sí mismo, perjuicio que el administrado, titular de un patrimonio, no tiene la carga o deber jurídico de soportar, aunque la Administración o agente obre con toda licitud.”*⁴³

⁴³ **OELCKERS, Osvaldo.** (1987). “Fundamentos indemnizatorios en razón del acto administrativo lícito que causa daño en el patrimonio del administrado”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 11, pp. 69-70.

A su vez, el autor Francisco Pinilla Rodríguez sostiene que “la lesión se construye sobre dos pilares: el daño, sea a derechos que se radiquen en bienes patrimoniales o extrapatrimoniales, concurriendo los requisitos de efectividad, evaluabilidad e individualización; y la antijuridicidad objetiva del resultado desde la perspectiva de la víctima”.⁴⁴ , Entonces tenemos que la lesión, como criterio que da origen a la Responsabilidad de la Administración, también es un concepto que nos sirve para esclarecer aquello que se presenta como necesario y determinante para reclamar la reparación de un daño sufrido a propósito de un actuar determinado de la Administración del Estado.

Caso parecido al nuestro ocurre en el derecho español que también establece un sistema de responsabilidad basado en el concepto de la lesión, a partir del artículo art. 32.1 de la Ley N° 40/2015, que establece que “los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios.”. La doctrina y jurisprudencia española ha entendido que la lesión es aquel daño antijurídico, que adquiere dicho carácter no porque la conducta de quien lo causa sea

⁴⁴ **PINILLA, Francisco.** (2005). “La Antijuridicidad en el régimen general de responsabilidad patrimonial de la Administración en España, Características esenciales y su función en la lesión resarcible”. En Revista de derecho del Consejo de Defensa del Estado, Santiago, N°13 pp. 84-85.

contraría a derecho, sino porque el perjudicado no tiene el deber jurídico de soportar dicho daño⁴⁵.

En conclusión, la responsabilidad estatal que deriva del precepto constitucional, en pos de compensar a la víctima de un daño cometido por el Estado en el desarrollo de actividades de promoción del bien común, posiciona a la lesión de derechos como único requisito necesario para su procedencia, sin distinguir si la lesión es a consecuencia de un acto u omisión, o de una conducta lícita, ajustada a derecho o ilícita, atribuible a culpa o negligencia.

Sin embargo, hay que tener presente que el perjuicio que se cause en el patrimonio del administrado (la lesión) será justo o injusto según si existen o no causales de justificación en el actuar de la Administración pública o conducta del agente; dichas causales de justificación deben ser expresas y concretas, para que así permitan al Estado atribuirse un título que legitime el perjuicio⁴⁶, o entendido de otra manera, que obligue al administrado a soportar los costos del actuar estatal, en el entendido de que la regla general y lógica debe ser precisamente la contraria, esto es, reparar a modo de indemnización los perjuicios que originen los actos lesivos de la Administración.

⁴⁵ **GUENTES GASO, Josep**, (2019). "El régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de las administraciones Públicas tras la entrada en vigor de las Leyes 39/2015 y 40/2015, en particular por daños en la vía pública". Anuario aragonés del gobierno local, núm. 11. pp 295-296.

⁴⁶ **OELCKERS, Osvaldo**. (1984) Op. Cit. p. 70.

V. LA RUPTURA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LAS CARGAS PÚBLICAS

El principio de la igual repartición de las cargas públicas se encuentra consagrado en el artículo 19 N°20 de la Constitución Política de la República, la cual asegura a todas las personas: “*La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas*”. Así las cosas, la igualdad frente a la repartición de las cargas públicas, se explica en el contexto de la existencia del Estado, su desarrollo, mantención y administración, donde se imponen a los administrados un conjunto de sacrificios y una serie de cargas que, en orden a los principios de la equidad y justicia distributiva, todos deben participar de igual forma en esa contribución⁴⁷.

Por su parte la noción de carga pública debe cumplir con tres requisitos. El primero de ellos, consiste en que solo pueden operar como fuente de cargas los actos de autoridad estatal lícitos o legítimos, en segundo lugar, el acto estatal que da origen a la carga debe perseguir la satisfacción de un fin de interés general, y en tercer lugar, la imposición de la carga debe constituir el medio necesario e ineludible para la consecución del fin de interés general que se pretende satisfacer, frente a lo cual será necesario recurrir al principio de la razonabilidad y el principio de proporcionalidad⁴⁸.

⁴⁷ Principio consagrado en el artículo 13 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: «Es indispensable una contribución común para el mantenimiento de la fuerza pública y para el mantenimiento de la Administración; esta debe ser repartida por igual entre todos los ciudadanos según sus posibilidades».

⁴⁸ PONCE DE LEÓN SOLÍS, Viviana. (2015). La noción de carga pública y su función en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno. Revista chilena de derecho, 42(3). pp.847-848.

En consecuencia, a partir de lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, y de los elementos anteriormente descritos, se puede definir como carga pública todas las prestaciones de carácter personal y todas las obligaciones de carácter patrimonial que no sean jurídicamente tributos, que la ley o la administración impone a la generalidad de las personas para el cumplimiento de determinados fines, ética y jurídicamente lícitos⁴⁹.

En este entendido, creemos que no es permisible al Estado imponer una carga que rompa el equilibrio existente en un escenario de igualdad, haciendo a unos más oneroso su compromiso social que a otros, pues cuando tal fenómeno se registra se incurre en una injusticia que debe repararse en todas sus consecuencias, de otro modo, estaríamos aceptando tácitamente la existencia de administrados con mejor o mayores derechos que otros, si ello ocurre nos enfrentamos entonces ante una ruptura al principio de igualdad ante las cargas públicas.

En los regímenes jurídicos comparados, se regulan diversos títulos de imputación de responsabilidad extracontractual del Estado, en respuesta a que la falta de servicio resulta insuficiente como criterio único, generando la necesidad de encontrar una solución adecuada para aquellos casos en que ninguna culpa o negligencia puede detectarse por parte de la Administración,

⁴⁹Definición regularmente citada por el Tribunal Constitucional a partir del texto de **EVANS DE LA CUADRA, Enrique**. (1999) “Los Derechos Constitucionales” Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago. p. 285.

pero que pese a ello parecería injusto dejar a cargo de las víctimas el peso integral de los daños sufridos⁵⁰. Es así como se crean una serie de regímenes especiales de responsabilidad objetiva o sin culpa, dentro de los cuales se encuentra tal como en nuestro país, la responsabilidad por riesgo, pero también recurrente es en el derecho comparado, hallar responsabilidad por ruptura de la igualdad ante las cargas públicas postura que, sin ir más lejos del *civil law*, rama familiar del estudio del derecho comparado a la que nuestro país pertenece, es acogida en países como Francia, Colombia y España⁵¹.

Tal como señala el profesor Osvaldo Oelckers, la responsabilidad por ruptura de este principio de la igualdad ante las cargas públicas es un régimen articulado para aquellos casos donde las actividades lícitas de la Administración, que se ejercen en pos del interés general, provocan consecuencias perjudiciales para ciertos administrados, más allá de las que tienen el deber de soportar⁵².

En los países en que se consagra este título de imputación se establecen fuertes restricciones con relación a su aplicación, entendiéndose que lo normal y lo esperado es que los ciudadanos estén sometidos a las obligaciones y

⁵⁰ VALDIVIA, José Miguel (2004) “La responsabilidad de la Administración del estado en Francia.”. En Marín González, Juan Carlos (compilación y estudio introductorio). La responsabilidad patrimonial del Estado. Ciudad de México: Editorial Porrúa-Itam, p. 70.

⁵¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Informe: “Régimen comparado de la responsabilidad administrativa” p.6.

⁵² OELCKERS, Osvaldo. (1987). “Fundamentos indemnizatorios en razón del acto administrativo lícito que causa daño en el patrimonio del administrado”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 11. p. 75.

cargas que impone la autoridad en el marco del interés general, y “en estos casos la definición del umbral que hace indemnizable un daño no puede estar subordinada solamente a la legalidad o regularidad de la actividad administrativa, sino también a la proporción en que se distribuyen, o debiesen distribuirse esas obligaciones y cargas”.⁵³

Creemos que la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas constituye la piedra angular sobre la cual se puede obtener la indemnización de perjuicios derivados de actividades lícitas de la Administración

A modo de síntesis, este principio resulta relevante, precisamente para entender el porqué de lo que se propone, dado que es un principio que, como ya sabemos, sostiene que los administrados tienen el deber de aceptar en igual proporción, ciertas acciones y cargas que puedan resultar gravosas, con miras al bien común, en el entendido de que este bien común también los beneficiará.

Creemos que cuando esta igualdad se rompe, por supuesto, existen distintos niveles de proporción en los que resulta en cierta medida justa la aceptación de estas cargas; sin embargo, hay otros niveles en que no resultan proporcionales para el administrado afectado y la soportabilidad del daño traspaasa el límite de lo justo, dando lugar entonces a la necesidad de que el afectado pueda verse reparado en los perjuicios sufridos. De este modo, la

⁵³ VALDIVIA, José Miguel, (2004). Op. Cit, p. 78.

persona perjudicada podrá reposicionarse en un escenario de igualdad o equidad respecto de las cargas públicas que soporta, en conjunto con los demás administrados con quienes vive en comunidad.

VI. EL DAÑO ANTIJURÍDICO EN LA TEORÍA DEL SACRIFICIO ESPECIAL

El elemento de la antijuricidad en los supuestos de responsabilidad por actos lícitos de la Administración no ha estado exento de controversias en doctrina. Cuando hablamos de acto lícito estamos haciendo referencia a un acto que es conforme al ordenamiento jurídico, en este sentido, lo lícito se manifiesta como lo contrario a antijurídico y es antijurídico cualquier acto contrario al orden jurídico. En nuestro derecho, “para que haya responsabilidad es necesario que el daño provenga por regla general de un comportamiento ilícito, contrario al ordenamiento, contrario a lo justo, siendo la antijuridicidad un elemento de la responsabilidad extracontractual”⁵⁴.

De acuerdo a lo anterior, la denominación de responsabilidad por acto lícito resulta contradictoria con la existencia del elemento de antijuricidad, ya que un acto lícito no puede ser antijurídico al mismo tiempo. De esto se pueden sacar dos conclusiones según el profesor argentino Aldo de Cunto: a) si se reconoce que es posible la existencia de responsabilidad por acto lícito, entonces la antijuridicidad no es un elemento o requisito de este tipo de

⁵⁴ **CORRAL TALCIANI, Hernán.** (2011). “Lecciones de responsabilidad civil extracontractual” Editorial Jurídica de Chile. p.118.

responsabilidad b) considerar que en la responsabilidad por acto lícito está presente el elemento de antijuridicidad, y que por tanto no existe tal licitud.⁵⁵ Si se tiene como válida esta última conclusión se podría pensar que no habría motivo para distinguir entre responsabilidad por acto lícito o ilícito, sin embargo, existen elementos diferenciadores en la responsabilidad por acto lícito de la Administración que requieren de un estudio y tratamiento conceptual autónomo.

Una primera mirada sobre el tema nos impulsaría a concluir naturalmente que, si estamos ante un acto lícito de la Administración, conforme a derecho y, como la antijuridicidad es definida como aquello que contradice al ordenamiento jurídico, debiera descartarse que el acto pueda ser calificado como antijurídico. Sin embargo, hay que recordar que estamos hablando de “actos dañosos, es decir, susceptibles de generar responsabilidad del Estado, por tanto si la Administración realiza un acto lícito y produce un daño, estos debieran caracterizarse por ser actos lícitos dañosos, es decir, que generan una lesión en el administrado”⁵⁶; en base a esto el profesor Aldo de Cunto, distingue entre acto y daño, ya que la antijuridicidad en la responsabilidad por acto lícitos de la Administración se radica en el daño y no en la conducta que lo genera; en otras palabras, la reparación de los daños procede porque la lesión al administrado es injusta, no porque es injustamente causada, en este sentido, el problema de la responsabilidad de la Administración por acto lícito debe ser visualizado desde la perspectiva del

⁵⁵ **DE CUNTO, Aldo.** (2006). “La antijuridicidad y la responsabilidad por acto lícito” Lecciones y Ensayos” Nro. 82, Facultad de Derecho UBA, Lexis Nexis, p-88.

⁵⁶ **Ibíd.** p. 57.

administrado y no de quien realiza el acto, ya que la antijuridicidad se encuentra en el daño, en el resultado del acto y en la situación en que queda el administrado⁵⁷.

Un análisis relevante que hace otro autor argentino, Camilo Tale, nos permite dar cuenta que “en la vida en sociedad se presentan realidades jurídicas distintas a las conductas, se trata de “situaciones” o “Estados de cosa” antijurídicos, y tales realidades deben ser corregidas para que sean conformes a derecho. Dichas situaciones serán antijurídicas en tanto impliquen que una persona deba soportar o tolerar una disminución de sus derechos, sin que exista un motivo o razón que fundamente dicha limitación de sus derechos”.⁵⁸ De lo anterior se desprende que el elemento de la antijuridicidad como característica puede estar presente no solo en las conductas o actos, sino también en situaciones.

Entonces, la antijuridicidad es una cualidad que puede ser atribuida a una conducta y a una situación, y una situación es antijurídica, por ejemplo, cuando el expropiado no recibe la correlativa indemnización, si bien el acto de la Administración puede estar ajustado al ordenamiento jurídico, la situación resultante no estará ajustada a derecho.

⁵⁷ **Ibíd.** p. 60.

⁵⁸ **TALE, Camilo.** (2006). “El concepto de antijuridicidad”, ED 111 899 y ss., en DE CUNTO, Aldo “La antijuridicidad y la responsabilidad por acto lícito” Lecciones y Ensayos” Nro. 82, Facultad de Derecho UBA, Lexis Nexis. p. 55.

Por tanto, en el acto lícito de la Administración existe antijuridicidad y no se altera la teoría general de responsabilidad, lo que ocurre es que esta se ubica no en la conducta o en el acto administrativo, sino en el resultado o situación en la que se encuentra un administrado dañado por un acto lícito mientras dicho daño no sea corregido o reparado.

En España, país donde la responsabilidad sin culpa se presenta como el título general responsabilidad del Estado, se ha señalado que el daño antijurídico no siempre tiene como causa la conducta ilícita de la Administración, ya que igualmente será responsable cuando haya actuado lícitamente. Por tanto, “la antijuridicidad del daño, es una antijuridicidad objetiva, al margen de la idea de culpa en la acción u omisión que lo ocasiona, lo que explica que el daño ha de ser antijurídico en el sentido de que el sujeto que lo sufre no está obligado jurídicamente a soportarlo⁵⁹.”

De la misma forma razona el profesor Osvaldo Oelckers al manifestar que el acto administrativo lícito será imputable a la Administración cuando este sea incidental respecto de la actuación administrativa, es decir, cuando esta se dirige a un objeto sustantivo resultando indirectamente como consecuencia de este una lesión patrimonial; a diferencia de lo que ocurre en los casos de actos administrativos ilícitos donde la causa de imputación del

⁵⁹ **FERNÁNDEZ FARRERES, Fernando.** (2008). “Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y títulos de imputación del daño Seminario, Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Locales”, Fundación Democracia y Gobierno Local, Tenerife, Universidad Complutense de Madrid. p. 100.

daño a la Administración proviene de la ilicitud que se desprende de la relación directa entre el acto y la norma jurídica que regula esa actuación⁶⁰.

Por todo lo anterior se concluye que la teoría de la responsabilidad por actos lícitos de la administración no prescinde del elemento de la antijuridicidad como requisito de procedencia, sino que sitúa este elemento en el resultado del acto y en la situación de desigualdad en que queda el administrado. Por tanto, si el acto administrativo es lícito, porque está amparado por el ordenamiento jurídico y la Constitución, ello no obsta a que el acto genere una lesión antijurídica que conlleve una violación al precepto de la igualdad ante las cargas públicas y que por tanto deba ser indemnizado.

Reiteramos que la antijuridicidad no surge en función del acto, sino atendiendo a la relación del administrado con el perjuicio que se le ocasiona. Por ejemplo, si el Estado se ve obligado a desviar aguas provenientes de una inundación por un aluvión a fin de proteger a una población, el propietario del campo o predio hacia el cual se desvían las aguas tiene derecho a ser indemnizado, ya que aquí hay claramente una actividad lícita que se ejerce en pos del interés general, pero que provoca una situación antijurídica con consecuencias perjudiciales para un administrado, más allá de las que tiene el deber de soportar.

⁶⁰ OELCKERS, Osvaldo. Op. Cit. pp. 69-70.

VII. CRITERIO DEL SACRIFICIO ESPECIAL EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA NACIONAL

Actualmente la responsabilidad del Estado en Chile ha tomado como emblema el elemento subjetivo de la culpa o negligencia, partiendo de un juicio de reproche en relación con el comportamiento de la Administración. En los regímenes jurídicos comparados como, por ejemplo, en Francia, la responsabilidad por falta de servicio se presenta como régimen general, sin perjuicio de que también se regulan títulos de imputación objetivos en respuesta al incremento de actividades por parte de la Administración donde la falta de servicio resulta insuficiente como criterio único para alcanzar la responsabilidad estatal⁶¹.

Lo normal era pensar que nuestro ordenamiento jurídico replicaría el sistema francés⁶² por la fuerte influencia que tiene en nuestro país respecto a variadas materias de derecho, entre ellas el derecho administrativo; y tal como se analizó en el título segundo de este trabajo, en un principio así ocurrió. Nuestro sistema de responsabilidad mantuvo la convivencia de la responsabilidad por falta de servicio, como criterio general, y los criterios del sacrificio especial y el Riesgo Creado, pero solo por un corto periodo tiempo, perdurando como fuentes de responsabilidad excepcionales ciertas hipótesis de riesgo creado.

⁶¹ VALDIVIA OLIVARES, José, (2004). Op. Cit, pp. 70 y ss.

⁶² En Francia, la existencia de un régimen general de responsabilidad por falta de servicio, no ha impedido la consagración de regímenes especiales de responsabilidad que prescinden de la culpa como requisito, pero que están supeditados a la concurrencia de otros elementos, como la presencia de un riesgo especial o una ruptura de la igualdad ante las cargas públicas. VALDIVIA OLIVARES, José, (2004). Op. Cit, pp. 56 y 57.

En los párrafos siguientes se abordarán los criterios que sostuvieron los autores que abogaron por la implementación del sacrificio especial, las principales sentencias que lo acogieron y su posterior rechazo por la jurisprudencia, lo que consagró el cierre definitivo de este criterio como fuente de responsabilidad administrativa en Chile.

VII.I Sacrificio especial en la doctrina nacional

Como hemos mencionado la responsabilidad por ruptura del principio de la igualdad ante las cargas públicas, es un régimen articulado para aquellos casos donde las actividades lícitas que se ejercen en razón del interés general, provocan consecuencias perjudiciales para ciertos administrados, más allá de las que tienen el deber de soportar. Esta teoría, se desarrolló en torno a aquellos autores que consideraban que la responsabilidad del Estado en Chile era del tipo objetiva fundamentada en los artículos 6°, 7 y 38 inciso 2° de nuestra Constitución.

Uno de los principales exponentes de esta teoría fue el profesor Eduardo Soto Kloss, quien a partir de los preceptos antes mencionados abogaba por el establecimiento de un régimen de responsabilidad Estatal de carácter constitucional, fundamentado en la operatividad directa de sus normas, sin la necesidad de intermediación de otra ley, dado que lo contrario supondría que nuestra carta fundamental, al igual que los derechos de las personas, quedaría supeditada a la mera voluntad del legislador, perdiendo

todo sentido por tanto, su supremacía⁶³. Además, para el autor la responsabilidad del Estado es objetiva, dado que sería procedente toda vez que exista una relación causal entre un daño, que el administrado no está jurídicamente obligado a soportar, y la actividad estatal. Este régimen de responsabilidad, de carácter constitucional y regido por el derecho público, tendría una aplicación de carácter general, abarcando aquellos órganos fiscales excluidos en la Ley N°18.575 (Contraloría General de la República, Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad), mientras que la falta de Servicio tendría un carácter de régimen especial, pero no general ni el único⁶⁴.

Si bien el profesor Soto Kloss no habla directamente de sacrificio especial como título de imputación, su teoría respecto de la responsabilidad estatal se centra en la concepción romana de la responsabilidad, enfocada no en el daño propiamente tal, sino en la víctima de ese daño que no tiene obligación de soportarlo; en este sentido la obligación de reparar un daño no encontraría su fundamento en la falta, culpa o malicia, sino en el desequilibrio injusto y la perturbación a la igualdad que provoca ese daño⁶⁵.

Otro autor que centró su análisis de la responsabilidad del Estado en el artículo 38 inciso 2 de la Constitución, fue el profesor Osvaldo Oelckers, quien a partir de esta disposición llegó a la conclusión que la responsabilidad surge y encuentra su fundamento en el concepto de la “lesión” a los derechos

⁶³ SOTO KLOSS, Eduardo. (2012), p. 813.

⁶⁴ *Ibidem*. Pp. 833 y ss.

⁶⁵ SOTO KLOSS, Eduardo. (2012). Op. Cit. p. 806.

de los administrados, sin distinguir si esta proviene de hechos u omisiones o de actuaciones lícitas o ilícitas.

Para el autor Osvaldo Oelckers, “la lesión hay que entenderla como un perjuicio antijurídico en sí mismo, perjuicio que el administrado, titular de un patrimonio no tiene el deber jurídico de soportar, aunque la organización o el agente que lo ocasione obre con toda licitud”⁶⁶. Se entiende además por el autor que la licitud e ilicitud son meras causas y que el acto lícito también puede provocar lesiones o perjuicios indemnizables, dado que la responsabilidad de la Administración deriva de toda lesión producida a los particulares que debe ser indemnizada siempre y cuando no existan causales de justificación del daño⁶⁷.

Así mismo el profesor Oelckers, al estudiar el fundamento indemnizatorio del acto administrativo lícito, establece que este se puede encontrar en el denominado sacrificio especial, que tiene su fundamento constitucional en el principio de igual repartición de las cargas públicas, señalando que su adjetivo de especial se debe a que aquellos daños que provienen de actos lícitos, pueden llegar a ser particularmente intensos y graves, por lo tanto, no serían exigibles al administrado⁶⁸; en este sentido señala que, “para que opere la indemnización es necesario que el daño sea

⁶⁶ OELCKERS CAMUS, Osvaldo (1987) Op. Cit. pp. 69-70

⁶⁷ *Ibidem.* p.76

⁶⁸ *Ibidem.* p.74

individualizado y atente contra la equidad, afectando al administrado de forma injusta y desigual”⁶⁹.

El autor además dispone ciertas salvedades para la procedencia de indemnización, estableciendo que no concurre en aquellos casos donde el daño sea producto de cargas en razón de posiciones jurídicas especiales, como por ejemplo la carga que debe soportar los concesionarios respecto de una decisión administrativa de poner término a la concesión por razones de interés público. Así mismo, de existir un sacrificio general que causa un daño, no sería indemnizable en razón a que la actuación administrativa no estaría sacrificando, en específico, bienes o derechos de los administrados, teniendo estos que soportarlo, debido a su generalidad⁷⁰.

En definitiva, la noción de sacrificio especial fundamenta la existencia de la responsabilidad por actos lícitos de la Administración Pública. Este sacrificio se materializa con aquella lesión de carácter grave e intensa, que atenta contra el principio de igualdad ante la ley y la igualdad ante las cargas públicas, al considerarse específico y determinado. En otras palabras, la carga impuesta al administrado pasa de ser general a especial, es excesiva, grave o desigual, o sea, el daño se expresa con una gran intensidad individual, daño que deberá ser efectivo, evaluable económicamente y producto de una relación causal para su resarcibilidad⁷¹.

⁶⁹ Ídem.

⁷⁰ Ibídem. p. 73.

⁷¹ Ibídem. p. 76.

VII.II Jurisprudencia nacional que acoge el criterio del sacrificio especial

Lapostol, Andrés con Fisco⁷²*(11 de enero 1908 – Casación en el fondo)*

Esta antigua sentencia tiene importancia por ser uno de los primeros precedentes de la Excelentísima Corte Suprema en materias ligadas a la responsabilidad por actos lícitos de la Administración, respondiendo a la pregunta sobre si es o no procedente el derecho de indemnización del particular frente al Estado por este tipo de actos. En los hechos, el Intendente de Concepción, con el auxilio de la fuerza pública y a requerimiento de la Inspección de Agua Potable, impidió al señor Andrés Lapostol continuar con la explotación de canteras, la tala de árboles y otros actos de dominio en su fundo “La Sirena” ubicado en la localidad de Penco, todo esto con el único objeto de proteger el servicio de agua potable de esa ciudad ya que los trabajos realizados en el fundo dañaban y afectaban los estanques y la cañería matriz, lo que perjudicaba el flujo de agua hacia la comunidad.

El principal argumento de la Corte Suprema, para conceder la indemnización alegada por el señor Lapostol, radicaron en que la Constitución Política asegura la inviolabilidad de toda propiedad, sin que nadie pueda ser privado de su dominio o del derecho a que ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial o de expropiación por causa de utilidad del

⁷² Sentencia obtenida en: **SOTO KLOSS, Eduardo.** (1996). “Derecho Administrativo. Bases Fundamentales” Tomo II, primera edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. pp. 392 y ss.

Estado y ninguna de estas se presentaba en el caso, además la sentencia reconoce que es un principio de derecho que el que causare daño o perjuicio está obligado a indemnizarlo⁷³.

En este sentido, las medidas dictadas por el Intendente de Concepción, dados los antecedentes que la motivaron, tuvieron por único objeto que no se perjudicara o interrumpiera el servicio de agua potable de Penco, de absoluta necesidad para la debida atención de la salubridad pública. Sin embargo con dicha medida *“se irrogó un daño individual, en beneficio de la comunidad, protegiéndose un servicio fiscal, y el Fisco, como representante de la comunidad, está obligado a indemnizarlo, tanto más cuanto que reconoce que procedieron legalmente los funcionarios que intervinieron en los actos de que se queja Lapostol”*⁷⁴. Es en esta transcripción de la sentencia donde podemos encontrar el criterio del sacrificio especial acogido por la Corte; si bien no lo menciona directamente, los argumentos esgrimidos giran en torno a este título de imputación, es decir, al ejercerse una actividad lícita por la Administración, en búsqueda del interés general, se provoca una consecuencia perjudicial para un administrado debido a que la carga impuesta produce un daño grave y particular más allá de las que tiene el deber de soportar.

⁷³ Corte Suprema, 11 de enero 1908. Considerando séptimo.

⁷⁴ Párrafo séptimo de la parte expositiva de la sentencia Lapostol, Andrés con Fisco. Casación en el Fondo. Corte Suprema. 11 de enero de 1908.

***Comunidad Galletué con Fisco*⁷⁵ Rol 16.743 (7 de agosto 1984 – Casación en el fondo)**

Otro fallo de gran relevancia para este estudio es el de *Comunidad Galletué con fisco*, el cual trata materias como la responsabilidad objetiva del Estado, la igualdad ante las cargas públicas y la equidad.

En relación con los hechos que motivaron el pronunciamiento de la Corte, el Estado de Chile mediante el Decreto Supremo N° 29 de 1976 declaró a la Araucaria Monumento Natural otorgando la protección de esta especie, en conformidad a las normas establecidas en la Convención de Washington para la protección de la fauna, la flora y las bellezas escénicas, la cual fue aprobada en Chile el año 1967. Con esta medida se prohibió el corte, destrucción y explotación de la Araucaria, principalmente porque esta especie se encontraba en vías de extinción.

La Comunidad Galletué era dueña de un predio en Lonquimay destinado de forma única a la explotación forestal y casi en forma exclusiva a la araucaria, en total la Comunidad disponía casi de dos mil hectáreas de Araucaria, susceptibles de producir madera por el lapso de 30 años, por lo que se habían realizado inversiones de todo tipo con la finalidad de aprovechar y explotar los recursos que disponían.

⁷⁵ Sentencia obtenida en: Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo LXXXI. N°3, Año 1984, sección 5ta, pp. 182-189.

La decisión de la Corte a partir del recurso de casación interpuesto por el Consejo de Defensa del Estado fue la de acoger la pretensión de los recurridos, fundamentando su decisión principalmente en la equidad y la justicia ya que a pesar de que el perjuicio provenía de una actuación lícita, este debía ser reparado por la Administración.

Dos son los razonamientos más importantes del Tribunal, que giran en torno a la teoría del sacrificio especial, el primero, señala que la prohibición del Decreto Supremo, aunque fuese loable y oportuna frente al problema de que la araucaria se encontrara en vías de extinción y aunque estuviese dicha prohibición basada en la ley, esta repercutía en graves daños para los propietarios de Galletué, que tuvieron que acatar la decisión de la autoridad, no siendo equitativo que soporten estos daños en tan gran medida sin que fueran indemnizados por el Estado, conforme a los principios de la equidad y justicia⁷⁶.

El segundo razonamiento que esgrimió la Corte consistió en reforzar la razón de equidad enunciada en el argumento anterior reconociendo el derecho fundamental de dominio, el cual se resguarda por la Constitución estableciendo la responsabilidad del Estado si se vulneran este y otros derechos fundamentales por actos de la autoridad, de la Administración o por los legisladores. A este respecto la Corte establece que *“el alcance de la prohibición de explotar la araucaria es el de una limitación al dominio de sus propietarios, pero se ha adelantado que, a pesar de aceptarse que en este*

⁷⁶ **Corte Suprema**, 7 de agosto de 1984. Considerando décimo primero.

caso la ley autorizo a imponer tal limitación, ello no excluye la posibilidad de que dé lugar a una acción indemnizatoria”⁷⁷.

Por tanto, el principal aporte jurisprudencial de esta sentencia es que establece el límite a partir del cual el Estado debe indemnizar los perjuicios en la propiedad de un particular como consecuencia de la adopción de medidas lícitas y legítimas, cuando estas imponen un gravamen de carácter particular que implica la prohibición de desarrollar una actividad que hasta el momento previo a la decisión era lícita. Este criterio se invocará con mucha habitualidad por la doctrina para justificar la responsabilidad del Estado de naturaleza objetiva o como en nuestro caso, para profundizar sobre el criterio del sacrificio especial.

Elia Quintana y otros con Fisco. Rol 2213-2000 (23 de enero de 2001 - Casación en el fondo)⁷⁸

Consideramos que el fallo con más relevancia en relación a nuestro análisis corresponde a “Elia Quintana y otros con Fisco”, donde la Corte Suprema a través de su sentencia siguiendo la línea de los casos Lapostol y Galletué, nuevamente razona que si la Administración adopta una medida legítima que impone un agravio de carácter singular, aunque no exista norma legal expresa que otorgue la indemnización, el Estado debe ser responsable.

⁷⁷ *Ibíd.* Considerando octavo.

⁷⁸ **Corte Suprema** (23 de enero de 2001-casación en el fondo) Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, núm. 1-2001 (2001), pp. 13-23.

Además, la Corte fundamenta el fallo en el principio de igual repartición en las cargas públicas.

Respecto a los hechos, con la finalidad de combatir una plaga animal, el Servicio Agrícola y Ganadero, en adelante SAG, decidió prohibir de forma absoluta el pastoreo en las temporadas estivales, lo que afectó directamente a los demandantes, justamente propietarios de un predio utilizado con el pastoreo como su única finalidad útil, el cual recibía en cada temporada la cantidad de 1.659 animales, viéndose impedidos de usar el inmueble para su fin comercial único.

Los demandantes invocaron como fundamento constitucional de su derecho a la indemnización, el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política que dispone que nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de ley que así lo disponga por causa de utilidad pública o de interés nacional, en cuyo caso se encontraban los demandantes al ser privados de su derecho de uso y goce del predio. Por su parte el Servicio Agrícola Ganadero solicitó el rechazo de la acción porque la resolución reclamada fue dictada en uso de las atribuciones que le son propias y tuvo por objeto cumplir con la función principal de su existencia, esto es, contribuir al desarrollo e incremento de la salud de los animales mediante el control de enfermedades o plagas que los afecten.

Por su parte la Corte Suprema, indica que el SAG habría actuado de forma legítima, en uso de sus atribuciones, cumpliendo con el fin por el cual

fue creado, es decir, salvaguardar el patrimonio silvoagropecuario de Chile, y en dicho ejercicio y de conformidad con lo establecido en la Constitución Política de la República limitó el uso y goce del derecho de propiedad de los demandante en razón de una necesidad social, que en este caso fue impedir la difusión del virus de la fiebre aftosa en nuestro país. Reconoce además que, como consecuencia de dicha actuación lícita, el SAG produjo un daño patrimonial a los dueños del predio al imponerse una carga pública en beneficio de la comunidad, la cual tenía el carácter de grave, especial y anormal.

La Corte para su decisión aplica el inciso 2 del artículo 38 de la Carta Fundamental, que obliga al Estado a indemnizar cuando se ha producido una "lesión patrimonial", de esta forma razona que, cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, puede reclamar ante los Tribunales de Justicia para obtener la indemnización de los perjuicios que se le hubieren ocasionado, sin más requisito para que dicha acción prospere, que la actuación del Estado provoque daño a las personas⁷⁹. En efecto, señala que el artículo 38 de la Constitución Política de la República obliga al Estado a indemnizar el daño que produzcan sus actuaciones de naturaleza administrativa, sin señalar como condición de la obligación la ilegitimidad de su actuar⁸⁰.

⁷⁹ **Corte Suprema**, 23 de enero de 2001, rol 2213-2000. Sentencia de reemplazo. Considerando octavo.

⁸⁰ *Ibíd.* Considerando undécimo.

Respecto al principio de igualdad ante las cargas públicas, la Corte en el considerando duodécimo señala que no es posible pretender, dado que no es justo, que el Estado desarrolle sus fines debiendo soportar algunos particulares el costo de su obrar legítimo y de carácter general. Si bien la Corte no discute la obligación del SAG de actuar como lo hizo, indica que debe esperarse que el acto llevado a cabo con la intención final y de efectos generales sea patrimonialmente asumido por la Administración, porque de no ser así, significaría aceptar que lo pretendido por la Administración fuera financiado sólo por unos pocos, el particular afectado, y no por todos como resultaría de indemnizarse con fondos generales.

En resumen, la Corte confirma que la restricción impuesta por el SAG implica un detrimento antijurídico sufrido en el patrimonio de un individuo, dado que él que sufrió el daño no estaba en el deber de soportarlo aún sin ser ilegal aquel acto; señalando que a pesar que el artículo 42 de la LOCBGAE, dispone que los órganos de la Administración "serán responsables del daño que causen por falta de servicio" debiendo entenderse que siempre lo serán si esta falta existe; y si la falta no existe y estamos ante un acto lícito, aquello no excluye la posibilidad de que si se ha causado una "lesión patrimonial" grave, especial, desigual o discriminatoria originen la reparación correspondiente, por no estar la víctima en el deber de soportar ese detrimento, ya que el artículo 19 N° 20, de la CPR asegura "la igual repartición de las cargas públicas"⁸¹.

⁸¹ **Corte Suprema**, 23 de enero de 2001, rol 2213-2000. Sentencia de casación. Considerando octavo.

VII.III *Quiebre jurisprudencial: rechazo a la indemnización por actos lícitos de la Administración*

***Inmobiliaria Maullín Ltda. con Fisco de Chile*⁸². Rol 552-2008 (5 de octubre de 2010 - Casación en el fondo)**

La importancia de esta sentencia radica en confirmar el ocaso de la jurisprudencia *Galletué* que sirvió durante años como fundamento para la doctrina que abogaba por el derecho a la indemnización por aquellos daños derivados de la actuación lícita de la Administración. Mediante la sentencia se confirma la posición de la Corte Suprema que se venía construyendo a partir del caso “*Agrícola Lolco con Fisco de Chile (Rol 381/2004)*”⁸³.

El fallo *Inmobiliaria Maullín Ltda. con Fisco de Chile* busca responder a la pregunta sobre si es que constituye o no la declaración de monumento nacional de un bien, un daño por el cual el Estado deba responder, al vulnerarse la igualdad ante las cargas públicas y el derecho de propiedad.

⁸² Sentencia disponible en: <http://static.elmercurio.com/Documentos/Legal/2021/02/10/202102101647.pdf>

⁸³ En resumidas cuentas es considerado un fallo histórico de la Corte dado que estableció que no es procedente la indemnización por daños causados por actos jurídicos legítimos de la Administración y además de aclarar sobre la competencia del poder legislativo de fijar el contenido del derecho de propiedad y concretar su función social, compeliendo a la ley determinar el modo de gozar del derecho de dominio y que, por tanto, la responsabilidad pública surge solo cuando la acción de los órganos del Estado excede la Constitución o la ley. De este modo se sacramenta el principio jurídico de que los daños ocasionados por actos lícitos no dan derecho a indemnización vía responsabilidad del Estado. **QUINTANILLA PÉREZ, Álvaro**, (2004). “Corte Suprema en caso Lolco: no hay responsabilidad estatal por actos lícitos. El ocaso de la doctrina *Galletué*”. *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, N° 12, pp. 41-54.

Respecto a los hechos, el Ministerio de Educación dictó un decreto supremo que declaró monumento histórico el edificio Palacio Pereira, posteriormente la Inmobiliaria Maullín se hizo dueña del inmueble como sucesora legal de Dalcahue S.A. la cual desde el año 1981 no había invertido recursos en la mantención o reparación del inmueble, por lo que a la fecha en que la inmobiliaria interpone la demanda de indemnización de perjuicios contra el fisco, el Palacio Pereira se encontraba en Estado ruinoso, el Séptimo Juzgado Civil de Santiago rechazó la demanda, lo cual fue confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago e Inmobiliaria Maullín Ltda. Interpuso recursos de casación en la forma y en el fondo.

La principal alegación de la inmobiliaria consistió en que la declaración de monumento histórico del edificio Palacio Pereira correspondería a una carga patrimonial excesiva y, además, una discriminación arbitraria, en tanto el inmueble se encontraba irreversiblemente ruinoso al permanecer en el tiempo como propiedad monumental, de este modo, la inmobiliaria alegaba que dicha situación devengaba en una ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, lo que permitía que la víctima de un daño causado en el interés general de la colectividad pueda obtener una reparación del Estado, ya que la carga pública impuesta en beneficio de la comunidad perjudica exclusivamente a su parte. Así mismo, se argumentó que las limitaciones u obligaciones impuestas a un propietario monumental por la Ley N° 17.288 vulneran el artículo 19 N° 24 de la CPR, en tanto se privaba al dueño del inmueble de los atributos que le son propios de su derecho de dominio, por consiguiente, las obligaciones y

limitaciones a las cuales se encontraba sujeta la propiedad, por más de veinticinco años, eran inconstitucionales, ilegales y arbitrarias; todo lo cual daba derecho al pago de una indemnización.

Por su parte, la Corte cuestiona los fundamentos que plantea el recurso acerca de la supuesta responsabilidad del Estado por actos lícitos, fundada en la producción de un daño estatal de naturaleza constitucional. En primer lugar, establece que la responsabilidad del Estado se funda en lo dispuesto en los artículos 6º y 7º de la CPR. Sin embargo, dichos preceptos disponen 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". Es decir, la Constitución se limita a consagrar el principio de responsabilidad del Estado, pero esta responsabilidad es la que señala o determina la ley y en este sentido no hay norma sustantiva en la CPR sobre la obligación indemnizatoria⁸⁴.

Por otra parte, el recurso invoca como disposiciones infringidas los numerales 20 y 24 del artículo 19 de la Constitución. Sin embargo, la Corte señala que dichas garantías se refieren a determinados derechos, pero en ningún caso a la consagración de algún tipo de responsabilidad extracontractual del Estado. Además, señala que, cuando el constituyente quiso conceder derecho a una indemnización en relación con alguno de los numerales del artículo 19 lo señaló expresamente. Por tanto, la Corte

⁸⁴ **Corte Suprema**, 10 de octubre de 2010, rol 552-2008. Considerandos trigésimo sexto y trigésimo séptimo.

concluye que la declaración de monumento nacional de un bien no constituye un daño por el cual el Estado deba responder toda vez que no hay normativa constitucional que consagre la pretendida obligación indemnizatoria por infracción al derecho de propiedad e igualdad ante las cargas públicas⁸⁵.

En definitiva, esta sentencia, conjunto a la del *Caso Lolco*, desecha de forma definitiva los criterios del precedente Galletué que sostuvo que una persona que sufre un gravamen de contenido singular en su propiedad, por un acto lícito de beneficio colectivo debía ser indemnizada dado que se afectaba la igualdad ante las cargas públicas. Diametralmente se cambió de criterio, sentenciándose que no existe en la Constitución norma alguna que obligue al Estado a indemnizar en hipótesis como estas, de manera que no es posible otorgar indemnizaciones por vía de la acción de responsabilidad del Estado.

Este criterio jurisprudencial fue aún más evidente tras las decisiones del año 2012 en los casos *Vacas Locas* y *Pairoa Gálvez*, así como en el 2013 con los casos *Universidad de Magallanes* y *Esquerré Hermanos Limitadas*. En todos ellos, se confirmó el criterio de *Inmobiliaria Maullín* al señalar que la acción de responsabilidad del Estado por acto lícito sólo procede si la acción se encuentra consagrada expresamente por la ley⁸⁶.

⁸⁵ Ídem. Considerando trigesimo noveno.

⁸⁶ **CORDERO VEGA, Luis**, (2012). “De nuevo la propiedad”. *El Mercurio Legal*, 28 de marzo de 2014. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=902885&Path=/0D/C6/>.

VIII. SACRIFICIO ESPECIAL EN EL DERECHO COMPARADO

Habiendo revisado el escenario nacional respecto del sacrificio especial, corresponde entonces analizar la situación del mismo en las distintas ramas del derecho comparado occidental, que al menos respecto de este trabajo, es el área que nos interesa. Así las cosas, estudiaremos cómo funciona este régimen, por un lado, en el derecho anglosajón, y por otro en el *civil law* o derecho continental, del cual nuestro derecho nacional forma parte.

VIII.1 *Estados Unidos*

En primer lugar, vemos que, en el derecho anglosajón, y más precisamente en Estados Unidos, surge la figura del *Regulatory Taking*⁸⁷, aplicada en aquellos casos en que la Administración ejerce formalmente la privación de propiedad a un particular. Como su nombre lo indica estamos ante una institución aplicada para las regulaciones expropiatorias, donde la Administración “hace efectiva una expropiación de facto a través de una regulación que reduce o elimina sustancial o completamente el valor de una propiedad⁸⁸”

⁸⁷ MICELI Thomas J. y SEGERSON, Kathleen "Regulatory Takings: When Should Compensation Be Paid?" The Journal of Legal Studies 23, no. 2 (Jun., 1994): pp. 749-776.

⁸⁸ DELAVEAU SWETT, Rodrigo. (2006). “La Regulación Expropiatoria en la Experiencia Norteamericana”. Revista chilena de derecho, 33(3), p. 412.

A simple vista pareciera asemejarse más a una expropiación que a lo que hasta ahora entendemos por sacrificio especial o por ruptura de la igualdad ante las cargas públicas, pero lo cierto es que la controversia en el país norteamericano no surge con motivo del quebrantamiento del derecho de propiedad exclusivamente, sino que se alega también la circunstancia de ser los afectados los únicos en sufrir esta reducción o limitación de sus derechos, en vez de que se trate de algo aplicable a todos los ciudadanos, vulnerándose de esta forma el principio de igualdad ante las cargas públicas⁸⁹.

VIII.II Francia

En Francia la responsabilidad por culpa se consagra como la regla general en materia de responsabilidad administrativa, “ese carácter general proviene ante todo del hecho de haber sido históricamente la primera en desarrollarse”⁹⁰, sin embargo, con el paso del tiempo el Consejo de Estado Frances advirtió que la falta de servicio se tornaba insuficiente como único criterio de responsabilidad administrativa, en vista de situaciones donde los daños no podían atribuirse a la culpa, pero que “resultaba injusto dejar a cargo de los administrados, el peso de los daños sufrido en provecho de la colectividad”⁹¹. En efecto la respuesta de la jurisprudencia administrativa

⁸⁹ El concepto de Regulatory Taking corresponde a una creación jurisprudencial de los tribunales estadounidenses, sustentada a partir de la quinta enmienda de su carta fundamental. De esta forma la jurisprudencia norteamericana ha señalado: “La garantía de la Quinta Enmienda está diseñada para prohibir al Estado de forzar a unos pocos a soportar individualmente las cargas públicas, las cuales en justicia y equidad, deben ser soportadas por el pueblo como un todo”. El pronunciamiento anterior fue resultado de la redacción del juez supremo Hugo Black en el caso “Armstrong vs. United States”. Ibidem. p 413.

⁹⁰ VALDIVIA OLIVARES, José Miguel. (2004). Op Cit. p.57.

⁹¹ Ibidem. p.70.

francesa fue la elaboración de regímenes especiales, subsidiarios a la falta de servicio, en donde se prescinde del juicio de reproche sobre la conducta de la Administración. Estos regímenes especiales corresponden a la responsabilidad por riesgo y el de la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas.

Respecto a este último título de imputación mencionado, que se homologaría el sacrificio especial, encontramos el *Fallo Couitéas pronunciado por el Consejo de Estado francés en 1923*⁹². Esta es la primera decisión del Consejo de Estado francés que utiliza expresamente el principio de ruptura de igualdad ante las cargas públicas para declarar la responsabilidad sin culpa del Estado en razón de decisiones Administrativas legales. El fallo Couitéas ha sido objeto de múltiples aplicaciones en el derecho administrativo francés, y aún hoy es una fuente de inspiración para la nutrida jurisprudencia que se ha desarrollado a partir del mencionado caso en los tribunales contencioso-administrativos del país europeo⁹³.

Respecto a los hechos, el sr. Couitéas era un terrateniente en Túnez dedicado a la agricultura, propietario de 38.000 hectáreas; había obtenido de los tribunales un reconocimiento de sus derechos de propiedad y una orden para la expulsión de nativos nómades que se encontraban ocupando 8.000 hectáreas de su propiedad, los cuales le impedían desarrollar sus actividades como agricultor. En virtud de aquella orden, que había obtenido del tribunal

⁹² Jurisprudencia Administrativa del Consejo de Estado Francés (GRANDS ARRÊTS) 21^o edición, de la 21.^a edición francesa, Editions Dalloz. pp. 324-335

⁹³ Ídem.

competente, solicito auxilio de la fuerza pública para la expulsión de los nativos, el Gobierno francés se negó y rechazó en repetidas ocasiones prestar asistencia de la fuerza pública, ya que prefería evitar los graves disturbios, desordenes y daños materiales que habrían resultado de la expulsión de tantas personas. Por lo anterior Couitéas pidió al Consejo de Estado una indemnización por los daños resultantes de esa decisión administrativa; el Consejo dictaminó que la Administración podía rechazar la orden que permitía al señor Couitéas expulsar a los nativos, denegando el auxilio de la fuerza pública, por razones de seguridad y orden público, aun cuando este tuviera derecho a contar con esta asistencia para la ejecución de la sentencia dictada a su favor, y que el daño resultante de la denegación de la asistencia no podría considerarse como una carga que normalmente debía soportar.

Por primera vez, el Consejo se refiere a la responsabilidad sin culpa de la Administración, admitiendo que esta decisión administrativa tomada en pos del interés público se considera como una carga anormal y especial que el Sr. Couitéas está obligado a soportar en beneficio del interés general de la comunidad y que con esto se rompe la igualdad ante las cargas públicas, teniendo el Estado la obligación de indemnizar los detrimentos que haya debido soportar el administrado por dicha carga. Desde otra perspectiva la justificación de la indemnización a un individuo afectado por un sacrificio especial es que rompe el equilibrio de las cargas públicas en pos del beneficio general de la sociedad, por tanto, se debe crear para él un derecho de

compensación atribuible a toda la sociedad; es necesario que la sociedad se haga cargo de esta ruptura en la igualdad⁹⁴.

Actualmente la jurisprudencia “Coutéas” se encuentra ratificada por la Ley de 9 de julio de 1991 para la reforma de los procedimientos civiles de ejecución, cuyo artículo 16 reza lo siguiente: “El Estado está obligado a prestar auxilio para que se ejecuten las sentencias y otras órdenes ejecutivas. La negativa del Estado a prestar auxilio da origen al derecho a una reparación”.

VIII.III España

Caso emblemático es el de España, donde está consagrado y asentado un sistema objetivo de Responsabilidad del Estado por los daños provocados a los administrados. Lo anterior surge a partir de lo dispuesto en el artículo 106.2 de la Constitución de España, que dispone lo siguiente: “*los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos*”. Y también por

⁹⁴ Lo anterior se desprende del siguiente razonamiento del Consejo de Estado Francés, en el caso comentado: “(...) tal y como se ha indicado, aunque el gobierno tiene el deber de valorar las condiciones de la ejecución y el derecho a denegar el auxilio de las fuerzas armadas, si considera que puede poner en peligro el orden y la seguridad, el perjuicio resultante de esta negativa no puede en modo alguno, cuando supere una determinada duración, ser una carga que deba asumir el interesado en condiciones normales, correspondiéndole al juez determinar el límite a partir del cual habrá de ser asumida por la colectividad.” Jurisprudencia Administrativa del Consejo de Estado Francés (GRANDS ARRÊTS) 21^o edición. De la 21.^a edición francesa, Editions Dalloz. Pp. 324-325.

lo dispuesto en el artículo 121 de la Ley de expropiación forzosa del año 1954, que indica que *"Dará también lugar a indemnizar con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquella sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o la adopción de medidas carácter discrecional"*.

A partir de dichas disposiciones legales, se ha aplicado por los tribunales de ese país, una extensión absoluta de este concepto de reparación de daños por actuaciones "normales o anormales" del Estado, es decir, con completa independencia e indiferencia de si ha habido o no, culpa en el actuar de la Administración. Ciertamente, se trata de un caso que se opone a la vereda de aquellos sistemas que niegan absolutamente la reparación patrimonial a los administrados con motivo de la realización de actos lícitos de la Administración que irroguen daños a los ciudadanos, tal como lo señala Alejandro Nieto⁹⁵ indicando que tal nivel de rigidez no presenta similitudes en ningún otro ordenamiento jurídico.

En este sentido, el sistema jurídico español de responsabilidad patrimonial del estado es de carácter objetivo y directo, y se concibe como una garantía patrimonial en favor de los particulares. Su elemento fundamental y determinante es la lesión, la cual es entendida como aquel perjuicio antijurídico que los ciudadanos no tienen el deber jurídico de

⁹⁵ NIETO, Alejandro (1982). "La Responsabilidad Civil de la Administración Pública". Revista de Derecho Público No. 10. Caracas, p. 49 *"se introduce sin matización alguna la responsabilidad objetiva más absoluta en unos términos a cuya generosidad no ha llegado ningún país del mundo"*.

soportar al no existir título legítimo que la justifique, prescindiendo de forma absoluta del elemento subjetivo y tradicional de la culpa⁹⁶.

VIII.IV Argentina

En el caso de nuestro vecino país trasandino, el artículo 16 de su Constitución consagra la igualdad ante las cargas públicas en aquella parte que indica “*La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.*”, postulado que al igual que en nuestro país, ha dado lugar a múltiples discusiones sobre el alcance de este concepto, donde como dice Ramírez Gronda “ningún servicio personal es exigible sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley (Art. 16), y, además, debe pesar sobre todos los habitantes en igualdad de condiciones, pues el mismo texto constitucional manda que “la igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”.⁹⁷

Por su parte, el artículo 1 de la Ley N° 26.944 Sobre Responsabilidad Estatal, determina que la responsabilidad del Estado es objetiva y directa, sin embargo “es objetiva porque no es necesario examinar la subjetividad del empleado o funcionario público para que la responsabilidad se configure”⁹⁸.

⁹⁶En sentencia de 27 de enero de 1971 el máximo tribunal español estableció que la lesión supone un “perjuicio que no es antijurídico por la manera de producirse, sino porque el titular del bien o derecho lesionado no tiene el deber jurídico de soportarlo, aun cuando el agente que lo ocasione obre dentro del marco de la licitud” **GARCÍA DE ENTERRÍA**, Eduardo y **FERNÁNDEZ**, Tomás, (2008). “Curso de Derecho Administrativo II”, Undécima edición, Madrid. pp 380 y ss.

⁹⁷ (2018,02). Carga Pública argentina.leyderecho.org Retrieved 12, 2018, from <https://argentina.leyderecho.org/carga-publica/>.

⁹⁸ **SANDRONE, Mariano.** (2018). “La limitación de la reparación en la responsabilidad extracontractual del estado por actos lícitos.” p.12.

Consecuentemente, la ley en comento ha previsto la responsabilidad del estado por su actuación ilegítima como también legítima, en sus artículos 3, 4 y 5⁹⁹ que disponen lo siguiente:

“ARTICULO 3° Son requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima:

- a) Daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero;*
- b) Imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal;*
- c) Relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue;*
- d) Falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado.*

ARTICULO 4° — Son requisitos de la responsabilidad estatal por actividad legítima:

- a) Daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero;*
- b) Imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal;*
- c) Relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño;*

⁹⁹ Ley 26.944 sobre Responsabilidad Estatal de la República Argentina.

d) Ausencia de deber jurídico de soportar el daño;

e) Sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido.

ARTICULO 5° — La responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional. En ningún caso procede la reparación del lucro cesante.

La indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas.

Los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización.”

En consecuencia, la responsabilidad del Estado en Argentina procede de la actuación legítima, cuando a través de actuaciones legítimas se lesionan los derechos de los administrados de forma especial, causando daños que están por encima de las cargas que deben soportar, lo cual ha permitido la posibilidad de responsabilizar al Estado, “integrándose un cuadro de garantías que, vienen a equilibrar con las prerrogativas de la Administración,

propias del régimen exorbitante del que se vale para satisfacer el interés público”¹⁰⁰.

Entre los fallos emblemáticos, tenemos el caso *Laplacette, Juan y otros v. Provincia de Buenos Aires* fallo pronunciado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en 1943¹⁰¹. Respecto a los hechos, los propietarios de unas extensiones de campo demandaron a la Provincia de Buenos Aires por la indemnización de los daños y perjuicios sufridos a raíz de una obra pública que habría provocado la inundación de sus tierras inutilizándolas para siempre. La obra se habría comenzado a ejecutar en virtud de una ley provincial, previo los estudios técnicos del caso, donde los daños y perjuicios se presentaron como la consecuencia necesaria y prevista de la obra, la cual requería un embalse de las aguas hasta el nivel que necesariamente produjo la inundación que trajo como consecuencia les ha inutilización de los campos de ciertos administrados. La Corte razona que la acción deducida no es la que nace de los actos ilícitos y que en el caso la Administración obró como poder público, en ejercicio de sus atribuciones, realizando una obra pública que ha considerado de utilidad general. En esta sentencia la Corte Argentina justifica la indemnización a partir de la garantía de la inviolabilidad de la propiedad consagrada por los arts. 14 y 17 de la Constitución Argentina y que al no tener una disposición legal expresa al respecto para hacer valer la responsabilidad estatal, la forma de hacer efectiva esa garantía radica en los principios del derecho común, pues de lo contrario

¹⁰⁰ CASSAGNE, Juan C., (2011) “Curso de Derecho Administrativo”. Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires. p.77.

¹⁰¹ "Laplacette c/ Provincia de buenos Aires", CSJN, 1943, Fallos: 195:66.

razona que la citada garantía constitucional sería ilusoria. Además, establece que los demandantes han sido perjudicados en el uso y goce de parte de sus propiedades por una causa de utilidad pública en pos del interés general.

Otro fallo relevante es el de *Rebesco, Luis Mario c/ Policía Federal Argentina pronunciado por la Corte Nacional de Justicia de la Nación de Argentina en 1995*¹⁰². Respecto a los hechos el sr. Rebesco viajaba en calidad de pasajero en el transporte público, en dicha circunstancia se produjo un intenso tiroteo entre efectivos de la Policía Federal Argentina y un grupo de individuos que se desplazaba a bordo de un automóvil, como consecuencia del enfrentamiento, el sr. Rebesco recibió una herida de bala en el rostro que atribuyó a los disparos efectuados por el personal policial, toda vez que el transporte en el cual viajaba se encontraba sobre la línea de fuego. Luego de acreditados los hechos, la relación causal y la lesión sufrida, la Corte determina que el accionar del personal policial es legítimo, pero que sin embargo compromete la responsabilidad del Estado Argentino. En palabras de la Corte, "cuando la actividad lícita estatal, aunque inspirada en propósitos de interés colectivo, se constituye en causa eficiente de un perjuicio para los particulares cuyo derecho se sacrifica por aquel interés general, esos daños deben ser atendidos en el campo de la responsabilidad por su obrar lícito".

Ese criterio se funda en la doctrina desarrollada por la Corte Argentina en diversos precedentes en los que sostuvo, básicamente, que “el ejercicio de

¹⁰² Rebesco, Luis Mario c/ Policía Federal Argentina (Estado Nacional - Ministerio del Interior)”, sent. del 21/3/1995 (Fallos: 318:385).

funciones estatales atinentes al poder de policía, como el resguardo de la vida, la salud, la tranquilidad y aun el bienestar de los habitantes, no impide la responsabilidad del Estado en la medida en que se prive a alguno de ellos de su propiedad o se lo lesione en sus atributos esenciales”¹⁰³. En el caso del señor Rebesco, el accionar del personal policial se encuadró en el marco de su función específica, esto es, la de atender a un servicio que beneficia a la colectividad en general, como lo es la seguridad pública, pero la Corte razona que al producirse en ese ejercicio estatal legítimo, una lesión a los bienes o a la persona, es de estricta justicia que la comunidad los afronte; no porque la conducta estatal sea contraria a derecho sino porque el sujeto sobre el que recae el daño no tiene el deber jurídico de soportarlo.

Por último, respecto a fallos relacionados con daños derivados de la ejecución de obras públicas encontramos el caso *Moreno Cándido y otra c/ Provincia de Buenos Aires s/ Daños y Perjuicios*¹⁰⁴. En este caso, la Corte razona que los daños causados a particulares por la realización de obras públicas que hacen al bien común, ponen en juego la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad lícita, con exclusión de las normas que regulan la originada en hechos ilícitos y también de la aplicación analógica de las concernientes a la expropiación, siendo la normativa aplicable de rango constitucional, concretamente aquella derivada de la protección de los derechos básicos de igualdad y de propiedad.

¹⁰³ **ÁVILA, Santiago Matías.** (2015). “Responsabilidad del Estado: aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la Ley 26.944”. 1a ed. adaptada. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus. p. 274

¹⁰⁴ Ídem.

Por ultimo encontramos el caso *García Dopico, J. A. c/ Provincia de Buenos Aires s/ Daños y perjuicios*, en este caso el argumento de la Corte para conceder la indemnización gira en torno a que cuando la actividad lícita de la autoridad administrativa, aunque inspirada en propósitos de interés colectivo, se constituye en causa eficiente de un perjuicio a los particulares, cuyo derecho se sacrifica por aquél interés general, esos daños deben ser atendidos en el campo de la responsabilidad del Estado por su obrar lícito. La realización de las obras requeridas para el correcto cumplimiento de las funciones estatales atinentes al poder de policía, como el resguardo de la vida, la salud, la tranquilidad y aún el bienestar de los habitantes, si bien es lícita, no impide la responsabilidad del Estado en la medida en que con aquellas obras se prive a un tercero de su propiedad o se la lesione en sus atributos esenciales.

VIII.V *Colombia*

En Colombia el desarrollo de la responsabilidad del Estado se ha generado de forma casi exclusiva por vía jurisprudencial, “y por tanto no ha terminado, es decir se encuentra en evolución permanente, abierto a nuevas posibilidades¹⁰⁵”. A partir de 1991 con la promulgación de la Constitución de Colombia, en el artículo 90¹⁰⁶ se reemplazó la mención de la “falla de

¹⁰⁵ NAVIA ARROYO, Felipe. (2000). “La responsabilidad extracontractual de estado a la luz del art 90 de la Constitución Política” Revista de Derecho Privado N°6 p. 213.

¹⁰⁶ El Artículo 90 de la Constitución Política de Colombia señala que “*El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno*

servicio” como criterio indemnizatorio, reemplazándolo por la del “daño antijurídico”, “con la finalidad de resolver el problema que se planteaba ante la insuficiencia de la falta de servicio como único criterio de imputación”¹⁰⁷, de forma tal que actualmente conviven como títulos de responsabilidad administrativa, la *falta de servicio*, el *daño especial* y la *responsabilidad por riesgo*, aun cuando estos dos últimos se indemnizaban igualmente conforme a las reglas del derecho civil Colombiano.

Un fallo relevante fue el dictado por el *Consejo de Estado Colombia*, en *Sentencia del 18 de abril de 1989*¹⁰⁸, fundamental para la jurisprudencia del sacrificio especial en dicho país. Respecto a los hechos; después de la construcción de un puente en la ciudad de Bogotá, donde se derivaron múltiples perjuicios de carácter excepcional para algunos propietarios de inmuebles aledaños, entre ellos la desvalorización que sufrieron los inmuebles alrededor, la contaminación ambiental del sector, el alto riesgo de accidentes y la agravación de las condiciones de seguridad, se demandó la indemnización de perjuicios en razón de los daños que produjo la construcción del puente, el Consejo razona que dicho daño o perjuicio no surge de la falta del servicio ya que la actividad administrativa es legítima, se configuraría en este caso, lo que se entendió como una típica situación de ruptura del equilibrio frente a las cargas públicas, pues de una actuación

de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”.

¹⁰⁷ **ESGUERRA, Juan Carlos.** (1991). “Mecanismos de protección del orden jurídico y de los particulares”. Gaceta constitución 22 de abril 1991, no. 56. p.12.

¹⁰⁸ **COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO.** Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Sentencia 18.4.1989. Bogotá.

totalmente legítima y legal, la que en su principio iba enfocada al beneficio de toda la comunidad y mejoramiento del bienestar general, terminó causando un perjuicio a algunos pocos, que se consideró excedía el límite común de las obligaciones que tenían que soportar frente a las actuaciones de la Administración. Establece además que si dicha obra se hubiere realizado en beneficio exclusivo de sus colindantes y por lo tanto perjudicados, no podría configurarse dicho rompimiento, pues lo que hay en ese momento es una distribución equitativa del sacrificio que deben soportar para recibir el beneficio posteriormente.

VIII.VI Venezuela

Por su parte, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece en su artículo 140 que “El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los o las particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública. Luego el artículo 316 del mismo cuerpo legal dispone que “*El sistema tributario procurará la justa distribución de las cargas públicas según la capacidad económica del o la contribuyente, atendiendo al principio de progresividad*”. Si bien la premisa alude de forma directa al ámbito tributario de su ordenamiento jurídico, este concepto se ha extendido a otras ramas del derecho, como lo es el derecho público en su rama administrativa.

Las disposiciones anteriores han sido interpretadas de manera tal que se consagra la responsabilidad de la Administración sin falta o por sacrificio particular, como aquél régimen resarcitorio de daños, anormales y especiales, producto de la actividad administrativa en el cual, el carácter normal o anormal del funcionamiento de la Administración es irrelevante a los fines de declarar la responsabilidad, es decir, que una vez probado solamente el daño caracterizado y su relación con la función administrativa, la Administración debe responder económicamente para restablecer la integridad patrimonial antijurídicamente lesionada¹⁰⁹.

En dicho país son supuestos de responsabilidad del Estado por su actividad lícita a) Las limitaciones generales al derecho de propiedad, derivadas de la expropiación por causa de utilidad pública o social; las servidumbres administrativas; las ocupaciones temporales; la requisición de bienes en tiempo de guerra; y las limitaciones por razones urbanísticas, b) La revocatoria de actos administrativos por razones de mérito, oportunidad o conveniencia, y c) El rescate o revocación de contratos administrativos por razones de interés público¹¹⁰.

¹⁰⁹ **PÉREZ OCTAVIO**, Rafael y **BELLO**, Luis, (2001): “La responsabilidad patrimonial del Estado sin falta o por sacrificio particular. Planteamiento de una nueva tesis”. Revista de Derecho Administrativo. N° 12. Editorial Sherwood. p. 94.

¹¹⁰ “Responsabilidad del Estado en Venezuela”: discurso y trabajo de incorporación del Dr. Rafael Badell Madrid a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Discurso de contestación del académico Dr. Humberto Romero-Muci, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2014. p.28.

IX. RECONSTRUCCIÓN DEL SACRIFICIO ESPECIAL COMO TÍTULO DE IMPUTACIÓN

Como hemos señalado la responsabilidad por ruptura del principio de la igualdad ante las cargas públicas, es un régimen articulado para aquellos casos donde las actividades lícitas que se ejercen en pos del interés general provocan consecuencias perjudiciales para ciertos administrados, más allá de las que tienen el deber de soportar.

Llegado a este punto de la investigación nos damos cuenta de ciertos problemas o preocupaciones que giran en torno a la teoría del sacrificio especial como título de imputación, que se basan en el principio de que si el Estado realiza una actividad lícita en aras del bien común, es decir, que trae consigo un beneficio a la comunidad, es perjudicial admitir indemnizaciones por daños que se producen en el patrimonio de los administrado por dicha actividad, en tanto la amplitud de este título de imputación, llevaría finalmente a la inactividad de la Administración, quien se vería cohibida de realizar toda actividad legal que pudiera afectar a un particular por muy beneficiosa que fuese para la colectividad; en otras palabras existe el temor de enfrentar los perjuicios que, de forma incidental o eventual, se pudieran ocasionar, lo que se traduce a su vez en el desembolso de cuantiosas indemnizaciones a costa de las arcas fiscales¹¹¹.

¹¹¹ Así lo expresa la autora Viviana Ponce de León Solís en su texto “*La noción de carga pública y su función en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno*” al señalar que: (...) esta clase de doctrinas puede terminar por inhibir actuaciones públicas necesarias y aun deseables, en la literatura sobre el tópico con insistencia una preocupación por acotar el sentido de la expresión carga pública (...).

Es por esto que creemos que lo importante en este tipo de hipótesis de responsabilidad del Estado, es que existan fuertes restricciones en relación a su aplicación, entendiendo que lo normal y lo esperado es que los ciudadanos estén sometidos a las obligaciones y cargas que impone la autoridad en el marco del interés general.

Queremos, además, reiterar que nuestra intención no es continuar con la discusión llevada a cabo por la doctrina y jurisprudencia nacional acerca de la procedencia o no de este tipo de responsabilidad por actos lícitos (o de la responsabilidad objetiva) como el régimen general de responsabilidad estatal, ya que entendemos el actual estado de la jurisprudencia que reconoce la responsabilidad por falta de servicio como régimen general; sin embargo, la negación de la reparación por sacrificio especial o actos lícitos, dada la inexistencia de norma sustantiva que consagre la obligación indemnizatoria, es algo que nos parece debe ser, como menos, reinstalado como tema de debate y someterse a análisis.

En este sentido, la finalidad de este trabajo es estudiar y reflexionar sobre la noción, el alcance, requisitos, campo de aplicación y causales de eximición que giran en torno al sacrificio especial como título de imputación de la responsabilidad del Estado, haciendo hincapié en la insuficiencia de nuestro actual sistema para atender aquellos casos en que los administrados sufren perjuicios por actuaciones lícitas de la Administración, cuestión que en nuestra doctrina tuvo un escaso estudio debido a que las teorías que

argumentaban la existencia de un régimen general objetivo de responsabilidad del Estado - como lo hicieron en destacados estudios los profesores Eduardo Soto, Osvaldo Oelckers y Hugo Caldera - se dirigieron y concentraron en argumentar sobre la naturaleza de la responsabilidad del Estado como régimen general objetivo; en ningún caso los esfuerzos se han dirigido a tratar el sacrificio especial como un régimen subsidiario y autónomo de responsabilidad patrimonial de la Administración complementario a la falta de servicio, como lo propone este trabajo.

Sin perjuicio de lo anterior, sostenemos la tesis del profesor Osvaldo Oelckers en el sentido que, el artículo 38 inciso 2° establece a la “lesión” como criterio que da nacimiento a la responsabilidad del Estado, sin distinguir si esta proviene de hechos u omisiones o de actuaciones lícitas o ilícitas de la Administración¹¹².

De este modo nuestro legislador, siguiendo el mandato constitucional, crea un régimen general de responsabilidad patrimonial basada en la culpa o falta de servicio y también legisla sobre casos específicos de responsabilidad por daños que derivan de actividades consideradas como riesgosas. Sin embargo, creemos que dichas causales de imputación se tornan insuficientes para dar respuesta a los perjuicios causados a los administrados particularmente en relación con los daños producto de actividades lícitas de la Administración en donde la solución de la “falta de servicio” resulta insuficiente cuando se produce un daño anormal, que, teniendo su fuente en

¹¹² OELCKERS, Osvaldo. (1984). Op. Cit p.69.

decisiones legítimas, generan una notoria ruptura frente a la igualdad ante las cargas públicas.

Por todo lo anterior es que existe una difusa tipología de esta clase de responsabilidad administrativa, lo que implica una dificultad para comprender cuándo estamos frente a una actividad de la Administración lícita que da lugar a la reparación de daños y cuál es el alcance de dicha responsabilidad. Esto nos lleva a tratar de determinar cuál es o son las fórmulas para consagrar este título de imputación, de forma tal que, tanto los intereses del Estado como de los administrados se vean resguardados, “y por otro lado no se confunda su aplicación con un régimen de indemnización común, que desconozca el carácter excepcional de su aplicabilidad¹¹³”

En un primer acercamiento, una solución que se podría considerar óptima para los intereses del Estado en solidaridad con los intereses particulares de los administrados, sería proveernos de un catálogo de situaciones donde se reconozca el derecho de las personas de ser indemnizados por los daños de una actividad lícita acotando así el espectro de situaciones cubiertas por este título de imputación. Por ejemplo, se podría establecer la responsabilidad del Estado por daños en ejecución de obras públicas, por inmuebles declarados patrimonio cultural, por actuación legítima de fuerzas policiales, entre otras, las cuales encontrarían su fundamento indemnizatorio en la ruptura del principio de igualdad ante las

¹¹³ **HARRIS, Pedro.** (2021) “Por un reconocimiento constitucional de la responsabilidad por actos lícitos en el derecho chileno” En: Revista CES Derecho. Vol. 12, No. 2, enero a junio de 2021, p. 197.

cargas públicas y la justicia distributiva, que imponen la necesidad de que la obtención de una utilidad para la colectividad sea distribuida de forma proporcional entre todos los miembros de dicha colectividad

Otra alternativa es establecer un título de imputación basado principalmente en la desigual distribución en las cargas públicas y el derecho de propiedad, de carácter general y acotado en tanto requiere el cumplimiento de ciertos requisitos para su procedencia, subsidiario a la falta de servicio y donde la determinación de cuáles serán los supuestos que se comprendan bajo esta especie de responsabilidad, pueda quedar en manos tanto de la jurisprudencia como del derecho positivo.

En relación con estas dos opciones, creemos que la primera correspondería al primer paso viable para resarcir los daños en ciertas situaciones específicas donde un particular debe soportar íntegramente perjuicios para el logro del interés general y donde actualmente se carece de un instrumento indemnizatorio para mitigar dicha desigualdad producida por el acto lícito de la Administración.

Además, como se mencionó anteriormente esta opción sería la más acorde a conciliar los intereses, por una parte, del Estado, en tanto solo bajo determinadas situaciones de su actividad lícita deberá resarcir los daños, evitando así que se produzca la inactividad del mismo o el desembolso de cuantiosas sumas de dinero para cubrir indemnizaciones de múltiples hipótesis que pudiesen tener derecho a indemnización en razón de un régimen

amplio de sacrificio especial. Así mismo, responde y protege los intereses generales de la comunidad, en cuanto esta necesita de la actividad administrativa para la construcción de obras públicas, reparación de caminos, medidas de salubridad, seguridad etc. y, por último, el interés particular del administrado quien, a través de los supuestos de hecho de este título de imputación, podrá recibir el reparo a ciertos daños que por ahora no hay certeza de que puedan ser indemnizables.

De todas maneras tenemos que hacer presente que en la fórmula anterior sigue existiendo una protección hacia el Estado y no del particular, en tanto, lo más beneficioso para los intereses de los administrados, sería la consagración de un título de imputación por sacrificio especial donde se puedan subsumir todas aquellas hipótesis en que la Administración impone una carga que el particular no tiene el deber jurídico de soportar por atentar contra el principio de igualdad ante las cargas públicas, dado que, la falta de servicio como único criterio de imputación o la consagración de hipótesis concretas de responsabilidad por sacrificio especial, no pueden abarcar todas las hipótesis de actividades administrativas lícitas y dañosas, de forma tal que se estaría restringiendo el ámbito de responsabilidad que le cabe al Estado, “teniendo presente que el Constituyente jamás tuvo en consideración limitar la responsabilidad a algún caso o casos en específico, lo que se condice con la redacción amplia del artículo 38 de la Constitución Chilena”¹¹⁴.

¹¹⁴CARMONA QUINTANA, Esteban Germán. (2016) “La falta de servicio como criterio de imputación respecto de la responsabilidad del Estado administrador.” 1a. edición Chile, Santiago: Tribunal Constitucional, 2016. p 233.

Algunas de las hipótesis sobre las cuales creemos posible la elaboración de un catálogo de situaciones donde se reconozca el derecho de las personas de ser indemnizados por los daños de una actividad lícita, son las siguientes:

IX.I Responsabilidad administrativa por "daños en la ejecución de obras públicas"

Es el caso en que la Administración ejecuta obras públicas en pos del interés general de la población como, por ejemplo, la construcción de caminos, puentes o carreteras, que provocan daños anormales a un administrado o grupo de ellos.

En ciertas ocasiones no es el Estado quien ejecuta directamente los trabajos públicos, pues se utiliza generalmente el sistema de concesiones, teniendo esta institución jurídica una naturaleza mixta, ya que su regulación se encuentra sujeta tanto al ámbito público, en cuanto con ellos se asume una tarea que corresponde al Estado, como al privado, desde que se concede la obra a una empresa perteneciente a particulares que no integran la Administración del Estado¹¹⁵.

En nuestro ordenamiento jurídico no existe norma que señale de manera general que el Estado será responsable de los perjuicios causados a usuarios de obras públicas concesionadas. En este sentido el profesor Román señala que “el Estado debiese ser siempre responsable por su rol de garante

¹¹⁵ ALVARADO VILLARROEL, María Alejandra. (2010). “La Responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados a usuarios de obras públicas viales concesionadas: análisis dogmático.” p.1.

del servicio prestado por el concesionario y, además, por ser titular del dominio público al cual pertenecen las carreteras, pese a haber sido concesionadas”¹¹⁶. Sin embargo, nuestra doctrina y jurisprudencia han opinado que “en la medida que los daños se originen en la actuación del concesionario, la responsabilidad recae exclusivamente en él. Solo de manera excepcional y cuando el hecho sea imputable al Estado, este deberá responder”¹¹⁷, de esta forma para que proceda la responsabilidad derivada de la ejecución legítima de una obra pública, habrá que primero descartar la responsabilidad del concesionario y luego la responsabilidad de la Administración que se pueda imputar por falta de servicio.

Un ejemplo para el análisis del sacrificio especial en la construcción de obras públicas, puede plantearse en la hipótesis en que un administrado que colinda con una carretera se ve perjudicado por la construcción de un puente que dificulta el acceso a su vivienda en la cual desarrolla su única actividad comercial que es la de un restaurante de comida, adicionalmente, debido a las obras, se han producido inundaciones que formaron un laguna en la propiedad que también ha dificultado, entre otras cosas, el ingreso de clientes al local comercial. A consecuencia de estos problemas el restaurante ha comenzado a tener pérdidas en utilidades y productos que antes vendía en

¹¹⁶ **ROMÁN CORDERO, Cristian, (2005)** “*Responsabilidad Patrimonial de la Administración del Estado y de su Concesionario Vial, frente al Usuario Lesionado*”, en XXXV Jornada de Derecho Público. “El Derecho público chileno ante la globalización”, Universidad Católica de Valparaíso, 2005, p. 235.

¹¹⁷ **LOO GUTIÉRREZ, Martín (2021)**, “La responsabilidad patrimonial de los concesionarios de obras públicas por los daños sufridos por terceros durante la fase de explotación de la concesión”, en Revista de Derecho Administrativo Económico de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. p. 167.

razón del éxito de su local. Esta situación insostenible en el tiempo ha producido una baja en las ventas que ha llevado a la quiebra del local.

Si bien en el caso anteriormente propuesto existe una actuación lícita de la Administración que corresponde a la construcción de un puente, existe un daño especial y anormal en el administrado que ha tenido que cerrar su empresa, soportando una carga desigual en aras del bien común, no teniendo el deber jurídico de soportar dicho daño en tanto existe una ruptura al principio de la igualdad ante las cargas públicas. Aquí le corresponderá al demandante demostrar el daño y el nexo causal existente entre el perjuicio y el hecho de la Administración, partiendo de la base de que este vínculo debe ser analizado como si la actuación hubiese sido desarrollada directamente por el Estado.

En general, el daño en la construcción de obras públicas puede ser permanente porque es inherente a la naturaleza de una obra pública o también el daño puede ser temporal porque es inherente a la fase de ejecución del trabajo por ejemplo las inundaciones¹¹⁸. Lo importante del daño es que este se constituya como anormal, es decir, que exceda, por su importancia, los simples inconvenientes que todo el mundo está obligado a soportar y

¹¹⁸ El art. 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Colombiano establece lo siguiente: «Reparación directa. En los términos del art. 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado. De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma (...)»

especial, es decir, que afecta a una persona o a un número limitado de personas, si reúne estas características el daño admite una indemnización sobre la base de la responsabilidad por sacrificio especial.

En nuestra jurisprudencia, el fallo “*Bodegas San Francisco c. Fisco*”¹¹⁹ pronunciado por nuestro excelentísimo tribunal en el año 2016, aborda una hipótesis de daños producto de obras públicas. Respecto a los hechos, con ocasión de un proyecto de mejoras sobre una ruta vehicular en la Región Metropolitana y de los trabajos que se llevaron a cabo con motivo de él, resultaron efectos perjudiciales para un terreno colindante, puesto que la construcción de un gran terraplén modificó la morfología natural del nivel del terreno, imposibilitando entre otras cosas, el acceso al inmueble y el escurrimiento de las aguas, esto último implicó que el predio afectado no pudiera evacuar las aguas lluvias hacia su exterior, infiltrándose hasta el interior del mismo. Por todo lo anterior el administrado afectado por esta situación, demandó al Fisco de Chile para obtener la indemnización de los perjuicios generados por la obra, juicio en el que obtuvo sentencia favorable en primera instancia y confirmado con declaración en el tribunal de alzada, pero cuya sentencia fue casada y revocada en sede de casación en el fondo.

En este fallo la Corte Suprema ha razonado contrariamente a lo que este trabajo propone, al sostener que no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico, la posibilidad de que los administrados puedan reclamar la reparación de daños sufridos por actos lícitos de la Administración, por

¹¹⁹ **Corte Suprema**, Santiago, 14 de junio de 2016. Rol- 8324-2015.

cuanto dichos actos serían la manifestación de la preponderancia del interés general del Estado y, por tanto, de los administrados en su conjunto, cuestión que se encontraría por sobre el interés de las personas individualmente consideradas.

En primer lugar, la Corte señala que “el artículo 42 de la Ley N° 18.575 al disponer en su inciso primero que los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio, da cuenta de una responsabilidad subjetiva, para cuya configuración no basta la sola existencia de un daño y la relación de causalidad, sino que se hace necesario un reproche a la actuación de la Administración, en términos de un mal funcionamiento del servicio, todo lo cual excluye, por tanto, que exista responsabilidad por actuaciones que están expresamente autorizadas por la ley”¹²⁰.

En este sentido la razón esgrimida por nuestro máximo tribunal para casar la sentencia referida, en la que se condenó al Estado a indemnizar por falta de servicio, es que las normas invocadas para atribuir dicha responsabilidad al Fisco no aplicaban en aquel caso, dado que el único título de imputación de responsabilidad del Estado en el Derecho chileno es la falta de servicio, y para que se origine la obligación por parte de la Administración de indemnizar debe existir “un hecho ilícito” imputable a la Administración, si esto no ocurre, no es posible decretar indemnizaciones en nuestro sistema legal, aclarando que “el régimen de responsabilidad extracontractual del Estado no es de naturaleza objetiva, pues no basta la producción de un daño

¹²⁰ **Corte Suprema**, Santiago, 14 de junio De 2016. Rol- 8324-2015. Considerando Décimo Noveno.

que pueda atribuirse a la Administración para que nazca la obligación de resarcirlo”¹²¹.

De la misma forma la Corte argumentó que la Ley de Caminos, que corresponde al DFL 850 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 15.840, impone ciertas obligaciones al predio colindante de una obra y que en el caso particular el Estado no estaba en la obligación de proponer al propietario una razonable solución técnica alternativa dado que no se restringió el acceso al predio, de esta forma resuelve que “ la actuación del Fisco de Chile no priva a la demandante de su propiedad ni la afecta en sus atributos básicos, sino que la actividad desplegada sólo ha significado el ejercicio de una de aquéllas para lo que está expresamente facultado, en la especie, la construcción de la obra pública, actuación lícita cuyas consecuencias deben ser soportadas por el propietario del predio colindante, en tanto se trata de una carga impuesta en aras del bien común y en consideración a la función social de la propiedad”¹²².

Respecto a este último argumento esgrimido por la Corte que establece que la Ley de caminos impone cargas a los predios colindantes en aras del bien común, existe en el caso una desigualdad ante una carga pública en tanto las obligaciones impuestas en la ley debiesen ser iguales para todos los propietarios de los predios colindantes, situación que en los hechos no se verifica. La crítica a esta situación se funda en la desprotección que significa

¹²¹ **Ibídem.** Considerando Décimo Séptimo.

¹²² **Ibídem.** Considerando Décimo Noveno.

para los administrados el que no exista una norma que regule la indemnización de perjuicios por actos lícitos de la Administración; la Corte Suprema basa su argumento básicamente en que *sin acción no hay indemnización*, “esa explicación es meramente formal y resulta insuficiente. Con ella se da una solución propia del derecho privado (sin texto legal no hay responsabilidad sin falta), prescindiendo del carácter pretoriano del Derecho Administrativo, como la propia Corte Suprema se ha encargado de señalar explícitamente tras el asunto “Municipalidad de Zapallar”¹²³ para darle importancia a la jurisprudencia como fuente formal del Derecho Administrativo.”¹²⁴

La postura de nuestra Corte Suprema, en un apego inexorable al principio de Legalidad y al positivismo en general, establece que, a falta de ley, no hay acción posible que interponer al respecto, al menos no con posibilidades ciertas de obtener lo que se pretende, produciéndose una situación de injusticia respecto del administrado que debe sostener consecuencias significativamente más graves que las que debió haber soportado.

En lo que respecta al derecho comparado, en países como Colombia el régimen de responsabilidad aplicable con ocasión de los daños derivados de la construcción, mantenimiento o conservación de obras públicas, ha sido

¹²³ Corte Suprema, Santiago, 3.7.12, ROL 2791-2012.

¹²⁴ CORDERO VEGA, Luis. (2011). “Responsabilidad del Estado sin falta. El caso de la ejecución de obras públicas”. El Mercurio Legal, 28 de junio de 2013. Disponible en www.elmercurio.com [fecha de visita: 23 de mayo de 2022].

resuelto por el Consejo de Estado Colombiano - tribunal supremo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo – bajo la fórmula de la responsabilidad por actividad riesgosa de la Administración, en efecto señala que “la actividad que tiene por objeto la construcción, remodelación, mantenimiento y mejora de las vías públicas es una de las denominadas riesgosas”¹²⁵, sin embargo de igual forma corresponde a un título de imputación que se sustenta en el principio de igualdad ante las cargas públicas, así lo deja de manifiesto el Consejo de Estado de Colombia al establecer que “Según esta teoría, el Estado compromete su responsabilidad cuando quiera que en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio, desarrollados en beneficio de la comunidad, emplea medios o utiliza recursos que colocan a los administrados, bien en sus personas o en sus patrimonios, en situación de quedar expuestos a experimentar un “riesgo de naturaleza excepcional” que, dada su particular gravedad, excede notoriamente las cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que derivan de la ejecución de la obra o de la prestación del servicio.”¹²⁶

Por su parte, en Argentina, similar situación sucede en el caso “*Debernardi, José c/Municipalidad de la Capital*”¹²⁷ el cual trata de una demanda de daños y perjuicios entablada por particulares que vieron afectado su derecho de propiedad por construcción de un puente. Básicamente la

¹²⁵ Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; de fecha 8.6.1999.

¹²⁶ Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección III, 20.2.1989.

¹²⁷ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la República Argentina, Caso “Debernardi, José c/Municipalidad de la Capital”, JA, 69-268, 3/10/39.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Argentina razona que los perjuicios que se ocasionan en virtud de la construcción de una obra pública deben ser indemnizados por la Administración, no porque haya existido culpa o negligencia por su parte, sino porque el beneficio común que se traduce en la realización de dicha obra no debe ser obtenido en medida alguna, a costa del patrimonio ajeno, como ocurriría si el perjudicado no fuere resarcido de los daños ocasionados.

IX.II Responsabilidad administrativa por actuaciones de la fuerza pública

Otro supuesto en que resultaría aplicable el derecho de indemnización para el particular, son aquellos casos en que la fuerza pública en uso de sus facultades y sin mediar ningún tipo de culpa o negligencia produce un daño a un administrado.

En primer lugar, es necesario señalar que el inciso segundo del artículo 18, ubicado en el Título II, de la Ley N°18.575 establece que “Las normas del presente Título, no se aplicarán a (...) las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad (...)” por tanto el art. 42 de este cuerpo normativo, que se ubica en el Título II, y que establece la responsabilidad de Estado por falta de servicio, no podrá hacerse efectiva a partir de este artículo Fuerzas de Orden y Seguridad.

El profesor José Miguel Valdivia señala que “estos cuerpos administrativos no se les aplica directamente el régimen de falta de servicio previsto por la LOCBGAE, lo que ha provocado algunas vacilaciones jurisprudenciales. Con todo, a partir de 2009 la jurisprudencia ha declarado al Estado responsable de las faltas de servicio o las faltas personales de los agentes policiales y militares; primero, con fundamento textual en las reglas civiles sobre responsabilidad por hecho propio o por hecho ajeno (Corte Suprema, 30 de julio de 2009, Seguel Cares c/ Fisco, Rol 371-2008 y Corte Suprema, 14 de enero de 2011, Morales Gamboa c/ Fisco, Rol 7919-2008)”¹²⁸.

Dado lo expuesto se concluye que, si bien no se aplica la falta de servicio para obtener la responsabilidad de las Fuerzas de Orden Público, la Corte Suprema, para evitar casos de indemnidad recurrió al derecho común, de “tal suerte que cabe aceptar la aplicación en nuestro país a partir del artículo 2314 del Código Civil de la noción de falta de servicio”¹²⁹, es decir, la Corte homologa el concepto de falta de servicio a la responsabilidad por culpa del Código Civil.

Lo anterior, a la luz de este trabajo se deviene en un proceso totalmente problemático e incensario. Pensemos, por ejemplo, en la situación de una persecución vehicular por parte de Carabineros de Chile que intenta capturar a un individuo que escapa luego de asaltar una joyería, y en el transcurso de

¹²⁸ VALDIVIA, José Miguel. (2018). “Manual de derecho administrativo”. Editorial Tirant Lo Blanch. 1ª Edición. pp.435-436.

¹²⁹ Corte Suprema de Justicia, Santiago, 30.7.2009 Rol N°371-2008.

la persecución, debido la intensidad de la misma, en una esquina uno de los automóviles policiales se desvía y choca con el frontis de una casa dañando la totalidad del living del mismo.

En esta situación tenemos claramente un daño producto de una actividad lícita que se traduce, en primera instancia, en una carga desigual que soportar, que queda sin la indemnización correspondiente dado que se ejerció una actividad legítima. Sin embargo, dado lo injusto de la situación, lo más probable es que estos hechos se judicialicen por la parte afectada.

Sin embargo, deberá enmarcarse dentro de la responsabilidad por falta de servicio conforme a los artículos 2314 y 2320 de Código Civil, siendo mucho más complejo para la víctima la prueba de la culpa respecto del actuar de Carabineros en la persecución. Creemos que existe un ejercicio forzado a subsumir este supuesto de hecho a la falta de servicio, cuando en realidad lo que hay es una actividad lícita que produce un daño que el administrado no tiene el deber jurídico de soportar y que para que proceda la reparación, no es necesaria la prueba de culpa, sino de los elementos y requisitos propios de la institución del sacrificio especial que analizaremos más adelante.

En un caso fallado por el 24° juzgado civil de Santiago, caratulado “*Ampuero con Fisco de Chile*”¹³⁰, cuya sentencia fue confirmada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, se ordenó al fisco a indemnizar a la familia de quien habría fallecido, mientras conducía un automóvil cuando

¹³⁰ 24° Juzgado Civil de Santiago, Santiago. 7.11.2018, ROL C-11258-2016

luego de enfrentar la luz verde del semáforo, fue impactado violentamente por el vehículo fiscal conducido por efectivos de Carabineros de Chile. Este último no habría respetado la luz roja del semáforo en contexto de una persecución policial. En este caso la parte demandante debió probar la negligencia del cuerpo policial en el contexto de la persecución, cuestión que a nuestro juicio obstaculiza la reparación de la víctima en términos probatorios.

Así mismo, la Tercera Sala de la Corte Suprema¹³¹ ordenó al fisco a indemnizar a un hombre que perdió un ojo por un impacto de bomba lacrimógena durante la disolución de una manifestación, estableciendo la responsabilidad del Estado por falta personal del funcionario público quien actuó con negligencia, por tratarse Carabineros de Chile de una institución policial técnica y de carácter militar la cual debió tomar las diligencias necesarias para evitar el daño al demandante y que además el Estado no acreditó en el proceso que no estuvo en condiciones de impedir el hecho, o que el Carabinero actuó de un modo impropio que el Estado no pudo prever o impedir. En este caso creemos que debe proceder la indemnización por sacrificio especial en el actuar lícito de la fuerza pública, en el sentido que “la existencia de servicios estatales que preserven el orden público interno está contemplada en la Constitución y que el uso de bombas lacrimógenas por parte de efectivos policiales está permitida en la Ley de Control de Armas”¹³²; de proceder este título de imputación, el administrado se vería

¹³¹ Corte Suprema, Santiago, 14.9.2015. Rol 2292-2015.

¹³² MUÑOZ LEÓN, Fernando. (2016). “El uso de gases lacrimógenos en Chile: normativa internacional y nacional vigente y jurisprudencia reciente. *Estudios constitucionales*”, 14(1), pp. 221-246.

liberado de probar la negligencia del actuar policial, remitiéndose solo a la prueba de los daños y la causalidad.

Si nos adentramos en el derecho comparado, en Francia la responsabilidad del estado está asentada bajo la noción de la falta de servicio como régimen general, sin embargo, el Consejo de Estado Francés también ha elaborado hipótesis de responsabilidad sin falta, entre ellas la responsabilidad por riesgo.

En efecto, “dicha jurisprudencia ha seguido evolucionando y extendiéndose a otros casos, y en la actualidad abarca los riesgos creados por las cosas peligrosas, tales como las armas de fuego del servicio público policía”.¹³³ De esta forma tal como razona el profesor Flavio Quezada, si se extrapolara el derecho francés a nuestro ordenamiento jurídico los casos de daños ocasionados por el actuar lícito de Carabineros de Chile, podría concluirse que se tratarían de hipótesis de responsabilidad por riesgo, “esto quiere decir que no se necesitaría acreditar la existencia de una falta, puesto que el daño se habría ocasionado por la acción de un servicio público que habría creado un riesgo anormal al utilizar armas peligrosas”¹³⁴.

¹³³ **QUEZADA, Flavio.** (2020). “Responsabilidad del Estado por mutilaciones oculares. La reciente jurisprudencia de la Corte Suprema.” Disponible en: <https://actualidadjuridica.doe.cl/responsabilidad-del-estado-por-mutilaciones-oculares-la-reciente-jurisprudencia-de-la-corte-suprema/>.

¹³⁴ Ídem.

Lo anterior se evidencia en el fallo de fecha 24 de junio de 1949 “*Consorts Lecomte*”¹³⁵, dictado por el Consejo de Estado Francés, en virtud del cual se declaró la responsabilidad del Estado, producto de la muerte de una persona que fue baleada en el contexto de una operación general de la policía. El Consejo de Estado Francés razona que si bien, en principio, el servicio de policía sólo puede ser considerado responsable de los daños atribuibles a negligencia grave cometida por sus agentes en el ejercicio de sus funciones, la autoridad pública es responsable, incluso en ausencia de tales faltas de conducta, en caso de que el personal policial utilice armas o dispositivos que entrañen riesgos excepcionales para las personas y los bienes, y cuando el perjuicio sufrido en tales circunstancias exceda, por su gravedad, de las cargas que normalmente deben soportar los particulares a cambio de las prestaciones resultantes de la existencia de dicho servicio público.

Otros casos los podemos encontrar en la jurisprudencia colombiana, país que consagra en su ordenamiento jurídico la responsabilidad del Estado por sacrificio especial bajo la denominación de “*Daño Especial*” caracterizado por ser un sistema amplio, donde la determinación de cuáles supuestos se comprenden bajo esta especie de responsabilidad queda en manos de la jurisprudencia, además de exigir la concurrencia de los requisitos propios de este título de imputación¹³⁶.

¹³⁵ Consejo de Estado Francés, Asamblea, de 24 de junio de 1949, 87335. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007636475/>.

¹³⁶ ARMENTA ARIZA, Angélica, (2009). El régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia: El título jurídico de la imputación. Revista VIA IURIS, (6), 90 y ss.

A mayor abundamiento, El Consejo de Estado Colombiano en *Sentencia 26256 de 2 de mayo de 2013*¹³⁷ resolvió declarar responsable administrativamente al Estado por los hechos acaecidos en el barrio el Retiro Alto de la ciudad de Popayán, en donde cuatro individuos que se desplazaban en dos motocicletas interceptaron a dos personas con el fin de hurtarles el vehículo en el que se transportaban. Dado que la persona que iba conduciendo se resistió al robo, uno de los integrantes del grupo delictivo sacó un arma de fuego y realizó un disparo al suelo, con el fin de atemorizarlo para poder cumplir su objetivo.

Las anteriores circunstancias provocaron la reacción de una patrulla de la Policía que se encontraba cerca del lugar, quienes luego de identificarse como tales fueron objeto de disparos por parte de los delincuentes, situación que generó un enfrentamiento del cual resultó un integrante de la banda delincuencial muerto y dos mujeres heridas que pasaban por ese lugar, entre ellas la demandante, a quien como consecuencia de las heridas recibidas en la mano derecha se le produjo como secuela una deformidad física permanente. Al respecto el Consejo de Estado Colombiano dictaminó que el daño ocasionado a la parte demandante resulta imputable a la entidad pública, en aplicación del título de imputación objetivo consistente en el “*Daño Especial*”, a pesar de que se trataba de una lesión originada en un enfrentamiento entre la Fuerza Pública -en cumplimiento de una función

¹³⁷ Consejo de Estado de Colombia, Bogotá, 2.5.2013, *Sentencia 26256*.

policial legítima - y un grupo de delincuentes, el hecho rompe con el principio igualdad de las cargas públicas.

En otro caso similar, pero con resultado de muerte, el Consejo de Estado Colombiano argumenta que el daño antijurídico puede ser ocasionado durante el desarrollo de actividades legítimas por parte de agentes del Estado, cuando estas tienen un efecto “*desproporcionado en relación con las cargas que normalmente deben asumir otros ciudadanos que se encuentran en su situación y que, por consiguiente, arroja como resultado la necesidad de reequilibrar las cargas públicas*”¹³⁸. Para satisfacer las necesidades de recomponer los derechos vulnerados en este tipo de situaciones, la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano desarrolló el título de imputación conocido como daño especial que sería el símil al sacrificio especial en Chile, y que encuentra su fundamento en la equidad y en la solidaridad, permitiendo reequilibrar las cargas públicas que resulten quebrantadas con ocasión de la actividad legítima de los agentes del Estado que causen perjuicios considerados como especialmente anormales¹³⁹.

IX.III Indemnización por inmuebles declarados patrimonio cultural – expropiación regulatoria

Otro supuesto que podemos enmarcar dentro del sacrificio especial, donde confluye la afectación al principio de igualdad ante las cargas públicas

¹³⁸ Consejo de Estado de Colombia, Bogotá, 26.2.2015 *Sentencia 27082*.

¹³⁹ ARMENTA ARIZA, Angélica, (2009). Op Cit. pp. 95-96.

y también al derecho de propiedad, es la de los inmuebles declarados patrimonio cultural.

El *patrimonio* ha sido tradicionalmente definido como “un conjunto de bienes muebles e inmuebles, tangibles e intangibles, relativos a una persona natural o jurídica”¹⁴⁰, por su parte el *patrimonio cultural* ha sido definido como un “conjunto determinado de bienes tangibles, intangibles y naturales que forman parte de prácticas sociales, a los que se les atribuyen valores a ser transmitidos, y luego resignificados, de una época a otra, o de una generación a las siguientes. Así, un objeto se transforma en patrimonio o bien cultural, o deja de serlo, mediante un proceso y/o cuando alguien -individuo o colectividad-, afirma su nueva condición”¹⁴¹.

De esta última definición se extrae que el patrimonio se transforma en uno de carácter cultural por diversos motivos, y parte de esta transformación está regulado en la Ley N°17.288 que legisla sobre los monumentos nacionales, la cual en su artículo 1 señala que son monumentos nacionales, entre otros, los lugares, ruinas, construcciones u objetos de carácter histórico o artístico y, en general, los objetos que estén destinados a permanecer en un sitio público, con carácter conmemorativo. Para efectos de este estudio nos interesa también lo dispuesto en el artículo 12 de la ley citada, la señala que, si el monumento histórico fuere un inmueble de propiedad particular, el

¹⁴⁰ **ROPERT, Rodrigo.** (2003).“La conservación del patrimonio urbano en el ordenamiento jurídico chileno”, Revista de Derecho Ambiental, Año I, N°1, dic.2003. p. 119.

¹⁴¹ **Dirección de Archivos, Bibliotecas y Museos,** “Memoria, cultura y creación. Lineamientos políticos.” Documento, Santiago, 2005.

propietario deberá conservarlo debidamente; no podrá destruirlo, transformarlo o repararlo, ni hacer en sus alrededores construcción alguna, sin haber obtenido previamente autorización del Consejo de Monumentos Nacionales, lo mismo sucede con los sitios eriazos.

El principal problema de la ley y que se presenta con la declaratoria de inmueble protegido ”es que en primer lugar, no considera compensaciones adecuadas para el propietario, por tanto, su conservación deja de ser atractiva, al no acompañar incentivos económicos concordantes con la externalidad positiva que conlleva su declaratoria; y segundo, las limitaciones a la propiedad junto con las obligaciones que soporta el propietario con la declaratoria, producto de las inequitativas cargas públicas sin la proporcional indemnización, traen inevitablemente conflictos judiciales fundados en la afectación al derecho de dominio”.¹⁴²

En este último dilema se encuentra el caso de *inmobiliaria Maullín*¹⁴³, situación conocida y sentenciada por nuestro máximo tribunal en el año 2010. Como mencionamos con anterioridad, respecto a los hechos, el Ministerio de Educación dictó un Decreto Supremo que declaró monumento histórico el edificio Palacio Pereira. Posteriormente la Inmobiliaria Maullín se hizo dueña del inmueble como sucesora legal de Dalcahue S.A. la cual desde el

¹⁴² OSORIO MORAND, Amelia. (2021). “Análisis crítico de la protección legal del patrimonio arquitectónico urbano en Chile”. p.12. Disponible en <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/179246/Analisis-critico-de-la-proteccion-legal-del-patrimonio-arquitectonico-urbano-en-Chile.pdf?sequence=1>.

¹⁴³ Corte Suprema de Justicia Tercera Sala, Inmobiliaria Maullín Ltda. c/ Fisco de Chile, Santiago 5 de octubre de 2010. Rol 552-2008.

año 1981 no había invertido recursos en la mantención o reparación del inmueble, por lo que a la fecha en que la inmobiliaria interpone la demanda de indemnización de perjuicios contra el fisco, el Palacio Pereira se encontraba en Estado ruinoso.

En primer lugar, Inmobiliaria Maullín argumenta que la declaración de monumento histórico del edificio Palacio Pereira revela una carga patrimonial que se constituye en una discriminación de carácter arbitraria por cuanto se trata de un inmueble irreversiblemente ruinoso que permanece propiedad monumental en circunstancias que a su juicio habían desaparecido los presupuestos que se tuvieron presentes al momento de efectuar dicha declaración. Lo anterior produciría una ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas que permite que la víctima de un daño causado en el interés general de la colectividad pueda obtener una reparación con cargo al Estado, ya que la carga pública impuesta en beneficio de la comunidad perjudica exclusivamente a su parte.

En segundo lugar, se hace presente por la inmobiliaria que las limitaciones u obligaciones impuestas a un propietario monumental vulneran el artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental al privar al dueño del inmueble de los atributos que le son propios, dado que las obligaciones y limitaciones a que se ha encontrado afecta la propiedad por más de veinticinco años son inconstitucionales, ilegales y arbitrarias y por tanto darían derecho al pago de una indemnización.

Por último, expone que no es efectivo que las limitaciones impuestas por la ley a su parte se enmarquen dentro de la *función social del dominio* toda vez que dichas limitaciones significan una verdadera privación en el uso y goce del inmueble, en este sentido, la declaración como monumento histórico y la negativa del Consejo de Monumentos Nacionales para desafectarlo significa una limitación al derecho de dominio que constituye una privación de las facultades esenciales del mismo.

En definitiva, La Corte Suprema niega el recurso interpuesto por la inmobiliaria bajo el argumento principal de que no hay normativa que consagre la pretendida obligación indemnizatoria por infracción a los artículos 19 N° 20 y N° 24 de la Constitución Política, ni tampoco la ley que regula la declaración de monumento histórico de un patrimonio contempla indemnización para tal efecto, por tanto la indemnización por actos lícitos debe otorgarse en virtud de un texto legal expreso y no porque la Constitución Política establezca una regla especial de responsabilidad.

Dada la asentada e inamovible jurisprudencia de nuestro máximo tribunal, que deniega la procedencia de indemnizaciones por actos lícitos, se ha intentado por vía de la acción de protección obtener la desafectación de un inmueble declarado monumento nacional, es el caso de “*Constructora e Inmobiliaria Presidente Riesco S.A con Fisco*¹⁴⁴” y “*Bellavista Oveja Tomé SpA con Fisco*¹⁴⁵”.

¹⁴⁴ Corte Suprema de Justicia, Santiago, 23 de julio de 2018. Rol 8136-2018.

¹⁴⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, Santiago, 18 de agosto de 2017. Rol 36.624-2016.

En el primero, se recurrió de protección por Constructora e Inmobiliaria Presidente Riesco S.A. en contra del Ministerio de Educación por la actuación ilegal y arbitraria en que incurrió al dictar el Decreto Supremo que declaró como Monumento Histórico la propiedad del recurrente, que corresponde a la “Villa Ministro Carlos Cortés (Villa San Luis de Las Condes)”; en el segundo caso, Bellavista Oveja Tomé SpA dedujo recurso de protección en contra del Consejo de Monumentos Nacionales por haber declarado la totalidad del inmueble en que se ubica la fábrica como monumento histórico, lo que habría vulnerado las garantías constitucionales establecidas en los numerales 20 y 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental, además de que se impuso al propietario cargas superiores a las de los demás ciudadanos o personas jurídicas del país; desconociendo que la mantención debiera ser carga de toda la comunidad.

En ambos casos no se acogieron las acciones interpuestas, dado que no se verificaba el supuesto de la existencia de un acto ilegal, contrario a la ley o arbitrario, que provoque afectación a garantías constitucionales, En efecto, señala la corte en el caso *Bellavista Oveja Tomé SpA con Fisco*, que habiéndose justificado la legalidad de la decisión de declarar un inmueble como monumento nacional por parte del Consejo de Monumentos Nacionales, la situación “*se encuentra encuadrada dentro del marco legal que regula el poder-deber del órgano recurrido, de emitir su parecer en orden a la conveniencia de declarar monumento nacional a la totalidad del inmueble de la fábrica Bellavista Oveja Tomé , no pudiendo advertirse la*

*vulneración de las garantías constitucionales que se denuncian amagadas a consecuencia de una ilegalidad o arbitrariedad que amerite el ejercicio de las facultades tutelares de emergencia propias del recurso*¹⁴⁶”

Nuevamente creemos que este tipo de situaciones debiese estar contemplado como causal de sacrificio especial. Para comenzar con su teorización es necesario preguntarse como lo plantea el profesor Arturo Fermandois Vöhringer ¿Son plenamente compatibles los propósitos de robustecimiento del derecho de propiedad privada e igualdad en sus cargas, y todos estos mecanismos (constitucionales y civiles), con la idea de su limitación no indemnizable por amplias causales pertenecientes a la función social?¹⁴⁷, esta pregunta la hace a partir del análisis del fallo que declara la inaplicabilidad de la Ley N°17.288 sobre Monumentos Nacionales respecto a sus artículos 11 y 12, pronunciado por el Pleno de la Corte Suprema en el año 2002¹⁴⁸, que según el parecer del autor, ha sido uno de los más decisivos del máximo tribunal en el ámbito del derecho de propiedad y constituye un hito jurisprudencial de gran relevancia ya que la Corte se pronuncia respecto de uno de los problemas más complejos en el derecho constitucional comparado, relacionado con las expropiaciones regulatorias, también estudiado como la privación de la esencia de los atributos esenciales del derecho de propiedad por vía de una regulación legal o administrativa.

¹⁴⁶ Ibidem. Considerando octavo.

¹⁴⁷ **FERMANDOIS, Arturo.** (2005). “Inaplicabilidad de la Ley de monumentos nacionales: hacia la inconstitucionalidad de la expropiación regulatoria en Chile” en libro Sentencias destacadas, Editorial Libertad y Desarrollo. p.34

¹⁴⁸ **Corte Suprema de Justicia**, Santiago, 18.6.2002, Rol 4309-2002.

Para el profesor Fermandois, la solución parte por “la necesidad de arribar a criterios precisos y estables para distinguir entre una regulación que afecta la esencia del derecho de propiedad o de sus atributos y facultades esenciales, y aquella regulación que simplemente le impone obligaciones o limitaciones sin tocar su esencia”¹⁴⁹; en la primera de las situaciones se constituiría una privación al dominio que debería llevar aparejada su correspondiente indemnización y en el segundo caso estaríamos ante limitaciones en razón de la función social de la propiedad, que sin embargo, no pueden afectar la esencia del derecho de propiedad, ni la esencia de sus atributos o facultades esenciales. Respecto de la función social de la propiedad, “la propiedad consiste en otorgar a la persona un espacio para su autonomía y su realización personal y dentro de ella, habrá de afrontar limitaciones, las que serán aceptables para la Constitución en la medida que no infrinjan el derecho de igualdad ante las cargas públicas y sean proporcionadas y razonables”¹⁵⁰.

Por lo anterior el autor concluye que el legislador o la Administración al imponer regulaciones o restricciones que encuentren su fundamento en la función social, debiese considerar en particular dos requisitos, por una parte el principio de igualdad en las cargas públicas, puesto que resultaría atentatorio contra el artículo 19 N° 20 de la CPR, una distribución desigualitaria de las obligaciones o limitaciones que se cargan a la propiedad y, segundo requisito, la intangibilidad de la esencia del derecho de propiedad,

¹⁴⁹ FERMANDOIS, Arturo (2005) op. cit p.35

¹⁵⁰ Ibidem. p.33

es decir, que la restricción legislativa o administrativa no puede llegar a transformar el derecho de propiedad o cualquiera de sus atributos o facultades, en otra clase de poder jurídico irreconocible como una propiedad. Por consiguiente, “si las regulaciones o restricciones llegasen en definitiva a afectar la esencia de la propiedad, la ley deviene en inconstitucional, y el afectado tendría derecho a una indemnización cuando se le ha causado un daño”¹⁵¹.

En resumen, el profesor Fermandois utiliza el concepto de “*la esencia del derecho de propiedad*” como aquel que nos permite determinar y diferenciar si ante su afectación, estamos ante una restricción aceptable al derecho de propiedad o una que vulnera a la Constitución, por tanto deberá evaluarse cuándo y en qué circunstancias o bajo qué criterios se encuentra comprometida la esencia de la propiedad o de cualquiera de sus atributos o facultades esenciales, para que estemos ante una verdadera expropiación que atenta contra el principio de igualdad ante las cargas públicas.

El autor encuentra importantes respuestas en la jurisprudencia de Estados Unidos, caracterizada por tratar en múltiples oportunidades el problema de la regulación expropiatoria, la que ha establecido como criterios para identificar la afectación a la esencia de la propiedad, elementos básicamente económicos; entre ellos: **a)** “*el costo económico y las expectativas de retorno de inversión para el dueño*”, **b)** “*cuando un dueño de una propiedad corporal ha sido llamado a sacrificar todos sus usos*

¹⁵¹ FERMANDOIS, Arturo, op. cit., p. 37

económicamente beneficiosos en nombre del bien común, esto es, a dejar su propiedad económicamente inerte, ha sufrido una expropiación”.

El Pleno de la Corte se acerca a algunos de los razonamientos de la jurisprudencia comparada declarando inaplicables por inconstitucionalidad los artículos 11 y 12 de la Ley 17.288, como mencionamos, este último artículo establece que el propietario de un monumento nacional deberá conservarlo debidamente; no podrá destruirlo, transformarlo o repararlo, ni hacer en sus alrededores construcción alguna, sin haber obtenido previamente autorización del Consejo de Monumentos Nacionales, esto podría eventualmente privar la facultad de uso y goce si el Consejo de Monumentos Nacionales niega la respectiva autorización, en efecto, el inmueble quedaría en una posición de abstracción para su dueño, quien nada podrá hacer materialmente con él, que no sea conservarlo como está.

la Corte Suprema dice que esto “se traduce en la privación de las facultades de uso, goce y disposición”¹⁵² por tanto la Ley 17.288 estaría fallando con todas las exigencias que impone la Constitución Chilena y a los criterios mencionados de la jurisprudencia extranjera en materia de expropiación regulatoria, principalmente porque se afecta gravemente la

¹⁵² Considerando noveno: Que, en efecto, de las normas legales referidas en el fundamento cuarto aparece que restringen seriamente las facultades del dueño del inmueble en cuanto al uso, goce y disposición del inmueble declarado Monumento Histórico desde el momento que su propietario no sólo está obligado a conservar y reparar el inmueble, sino que, además, queda absolutamente limitado su destino y se le impide además su destrucción. Igualmente, la norma del artículo 12 precitado entrega al Consejo de Monumentos Nacionales la facultad para determinar las normas a que debe sujetarse cualquier obra ya sea de conservación, reparación o transformación de todo inmueble monumental, lo que en realidad se traduce en una privación de los atributos de uso, goce y disposición. **Corte Suprema de Justicia**, Santiago, 18.6.2002, Rol 4309-2002.

igualdad ante las cargas públicas del numeral 20 del artículo 19 de la Constitución y el derecho a la propiedad, esto sumado a que la Ley 17.288 no establece incentivos para la conservación de los bienes declarados como monumento histórico y patrimonio cultural, lo cual conlleva al estado ruinoso de los mismos.

Siguiendo con el derecho comparado, en España existe un acabado tratamiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración en materia de patrimonio histórico y arqueológico, que ha derivado de la escasa pero importante casuística existente hasta la fecha. Podemos encontrar dos supuestos de responsabilidad de la Administración en este ámbito: a) daños ocasionados a terceros en edificios de titularidad de la Administración pertenecientes al patrimonio histórico, y b) limitaciones al derecho de propiedad como consecuencia de la protección del patrimonio arqueológico¹⁵³.

Respecto a los daños ocasionados a terceros en edificios o bienes de titularidad de la Administración pertenecientes al patrimonio histórico, para determinar o no la responsabilidad administrativa, los tribunales utilizan el criterio de la culpa in vigilando, que consiste en que al no haber vigilado de forma adecuada, la cosa produjo un daño, y por tanto, la Administración debe asumir la responsabilidad de su No-vigilancia. Bajo este supuesto se indemnizó en España al padre de un niño menor de edad por las lesiones y

¹⁵³ **ALEGRE ÁVILA, Juan.** (2009). “Observaciones para una revisión de la Ley de Patrimonio Histórico Español de 1985”, en *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 13, p. 11.

secuelas sufridas a consecuencia del accidente que se produjo mientras se encontraba visitando el conjunto arqueológico en el que se cayó una piedra, en concreto una cornisa. Sin embargo, esta hipótesis se debe encasillar dentro de la responsabilidad del Estado por falta de servicio, en tanto la Administración omite su obligación de conservar el patrimonio cultural, y es el deterioro de aquel el que causa un daño, deterioro que tiene su causa en el descuido de la Administración respecto a la conservación del bien¹⁵⁴.

Respecto a la segunda hipótesis, las limitaciones al derecho de propiedad que derivan como consecuencia de la protección del patrimonio arqueológico han generado en España reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia de las fricciones que se producen entre el patrimonio cultural y el derecho de propiedad del administrado. Entre los supuestos que concurren con más frecuencia podemos encontrar: la suspensión de obras como consecuencia de la realización de intervenciones arqueológicas, la limitación de la edificabilidad a consecuencia de la aparición de restos arqueológicos o incluso la imposibilidad total de construir debido a la aparición de restos de extraordinario valor¹⁵⁵.

Existe en el derecho español un especial tratamiento respecto al patrimonio arqueológico que lo diferencia del resto de los bienes de

¹⁵⁴ **ORTÍZ SÁNCHEZ, Mónica.** “Responsabilidad por inactividad de la Administración”, en **PÉREZ PINO, María** y **SÁNCHEZ CARMONA, Miguel**, (2015). “Manual sobre responsabilidad patrimonial de la Administración Pública”, Capítulo IV, Junta de Andalucía, Sevilla, pp. 381-395.

¹⁵⁵ *Ibidem.* p. 396

patrimonio-histórico, la razón es que son bienes tan delicados que merecen una especial protección, estos se conceptualizan como bienes demaniales, es decir, resultan sometidas a un régimen especial de utilización y protección, son inalienables, imprescriptibles e inembargables¹⁵⁶. “Por lo anterior es que se supeditan los aprovechamientos urbanísticos a la existencia o no de restos arqueológicos ya que estos pueden estar en la superficie o subsuelo y, por tanto, pueden ser desconocidos o conocidos, siendo un tema especialmente delicado sobre todo en el caso de construcción de grandes infraestructuras, ya que plantea el dilema entre la protección del patrimonio arqueológico y el desarrollo urbano y territorial”¹⁵⁷.

Dentro de las hipótesis relacionadas al patrimonio arqueológico, podemos encontrar aquellas reclamaciones de responsabilidad patrimonial en las que el daño consiste en “la pérdida absoluta de aprovechamiento urbanístico ya patrimonializado por el administrado (ya ha obtenido el correspondiente permiso urbanístico) como consecuencia de la aparición de restos que motivan la protección de un bien de interés cultural”¹⁵⁸.

Un ejemplo de ello ocurrió con el caso de dos factorías romanas que servían para la limpieza y el procesado de pescado para la elaboración de salsas, y sufrieron diversas reformas, ampliaciones y cambios de uso durante sus quinientos años de funcionamiento. Posteriormente, mediante un Decreto la Administración declaró “zona arqueológica” a ambas factorías donde se

¹⁵⁶ Ídem.

¹⁵⁷ ALEGRE ÁVILA, Juan (2009). Op.Cit. p. 15.

¹⁵⁸ ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel (2009) Op.Cit. p. 18.

encontraron vestigio de la colonia romana fundada en el último tercio del siglo I a.c..

Como consecuencia de lo anterior se impidió a una empresa que promoviera la ejecución de un proyecto para la construcción de 28 viviendas. Por ello, instaron una reclamación para la indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración, que en un principio fue denegada por la Consejería de Cultura de España, pero posteriormente en sede de casación, el Tribunal Supremo en sentencia de 15 de diciembre de 2010¹⁵⁹, reconoció la procedencia de dicha responsabilidad patrimonial, al entender que la declaración de un bien como de interés cultural impedía al propietario hacer suyo el aprovechamiento urbanístico definido como el derecho potencial a construir según las condiciones impuestas por el plan regulador, que incluyen la facultad de edificar en un terreno.

En palabras del Tribunal Supremo Español “la privación del derecho, aunque amparada por la aplicación de las normas sobre protección del Patrimonio Histórico, no deja de constituir una lesión antijurídica y como tal indemnizable, pues el propietario de dicho suelo no tiene el deber jurídico de soportar el daño que a él en concreto le produce esa protección en interés y beneficio de la colectividad”¹⁶⁰.

¹⁵⁹ **Tribunal Supremo de España**, Madrid, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo. Recurso número 1336/2009.

¹⁶⁰ **Tribunal Supremo de España**, Madrid, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo. Recurso número 1336/2009. Considerando décimo.

En definitiva, lo importante de esta sentencia radica en que la responsabilidad patrimonial de la Administración nace en virtud del derecho a materializar el aprovechamiento urbanístico y más aún si este derecho existía con anterioridad a la declaración de patrimonio arqueológico. En otras palabras, la mera expectativa no da derecho a indemnización de perjuicios, solo será responsable la Administración si esa mera expectativa se transforma en un auténtico derecho adquirido para el titular, por ejemplo, cuando se obtiene un permiso para edificar por la correspondiente entidad municipal con anterioridad a la declaración de patrimonio arqueológico.

El fallo anterior se basa, por tanto, en la teoría de los derechos adquiridos para la indemnización de actos lícitos de la Administración, en virtud del cual el Estado debe indemnizar en aquellos casos que anule o limite un derecho individual al cual le fue concedida una fuerza especial contra las intervenciones estatales, es decir, como lo es el derecho de propiedad, “Estos derechos pertenecen definitivamente al patrimonio de las personas favorecidas, como los derechos de propiedad industrial, de pesca o aprovechamiento de aguas, concedidos en anteriores períodos del desenvolvimiento jurídico, por lo que nadie puede ser privado de ellos sino mediante la respectiva indemnización”¹⁶¹.

La anterior jurisprudencia española nos recuerda nuevamente al caso chileno respecto a la declaración de monumento histórico de Villa San Luis,

¹⁶¹ CÉSPEDES, Carlos. (2018). “¿Solo por ley nace la obligación indemnizatoria de derecho público? notas sobre la indemnización de derecho público desde la perspectiva del ordenamiento español”. Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, año 25, número 1, p-81

ubicada en la comuna de las Condes. A través del Decreto N° 135-2017 el Ministerio de Educación y el Consejo de Monumentos Nacionales declararon monumento histórico un inmueble donde se emplazan los escombros de dos edificios de departamentos que fue conocida como “Villa San Luis de Las Condes”, de propiedad de la Constructora e Inmobiliaria Presidente Riesco S.A.

La sociedad adquirió en el año 2015 los lotes de terreno considerando su potencial inmobiliario, posteriormente la empresa decide comenzar a desarrollar un proyecto inmobiliario, donde el anteproyecto fue aprobado por la Dirección de Obras Municipales de la Municipalidad de Las Condes en el año 2017, otorgando además un permiso de demolición de los edificios que se encontraban en dichos lotes. Sin embargo, a mediados de año los inmuebles fueron declarados monumentos históricos por la Comisión de Monumentos Nacionales y Decreto del Ministerio de Educación.

La Sociedad interpuso un recurso de protección por haberse vulnerados sus derechos de igualdad ante la ley, el derecho de propiedad y el derecho a libre iniciativa en materia económica, solicitando se dejara sin efecto el Decreto que declaró patrimonio histórico su propiedad alegando la existencia y configuración de una expropiación encubierta e ilegal porque, al vaciar el contenido patrimonial de los permisos y aprobaciones realizadas por la autoridad, se la privaba de diversos atributos y facultades esenciales del dominio, sin el pago previo de la respectiva indemnización. Además, alega que la sociedad nunca fue emplazada en el procedimiento respectivo de

declaración de patrimonio histórico, desconociéndose su calidad de interesada y privándola del ejercicio de los derechos que en tal calidad le concedían diversos cuerpos legales.

La Corte de Apelaciones acogió el recurso¹⁶², sin embargo, la Corte Suprema declaró que las actuaciones del Ministerio de Obras Públicas no eran ilegales ya que, el que la empresa no haya estado informada sobre el procedimiento administrativo para que los lotes fueran declarados Monumento, no configura un actuar ilegal y arbitrario del Consejo de Monumentos Nacionales y, en consecuencia, no podía ser considerada como fundamento para anular el Decreto Supremo N°135-2017. En efecto, los procedimientos administrativos no contemplan la participación de la persona que puede ser afectada por el acto, sin perjuicio que con posterioridad pueda reclamar por éste.

Creemos que el caso de la Villa San Luis es un caso de expropiación regulatoria que, actualmente, no lleva aparejada compensación de ningún tipo, en donde el propietario ve limitado su derecho de propiedad en sus facultades esenciales, quedando la propiedad restringida solo al uso. Sumado a lo anterior la Ley N° 17.288 no establece mecanismos efectivos para la conservación del monumento nacional ya declarado como tal, traspasando la carga de la conservación a sus propietarios, lo que implica imponer altos costos para dichos fines a un sujeto determinado, atentando de forma manifiesta al principio de igualdad ante las cargas públicas, y

¹⁶² Corte de Apelaciones de Santiago, Santiago. 16.4.2018. Rol Protección - 70638 – 2017.

constituyéndose por tanto, un sacrificio especial que debiese tener aparejada la indemnización correspondiente.

Por último, otra hipótesis en que también estamos en presencia de regulaciones expropiatorias que afectan al derecho de propiedad, ocurre cuando la administración ordena el sacrificio y la destrucción de animales, cultivos o productos respecto de los cuales se tiene la certeza o la sospecha de que están o pueden estar afectados por una enfermedad contagiosa o una plaga¹⁶³.

Dicha situación fue conocida por la Corte suprema en la causa caratulada "*Productos Fernández S.A. con Ministerio de Salud*", en cuanto a los hechos, la empresa Productos Fernández S.A interpuso una demanda de indemnización de perjuicios en contra del Fisco, dado que en el año 2003 las autoridades sanitarias de Chile tomaron conocimiento de que en Canadá un animal vacuno presentaba los síntomas de la enfermedad conocida como “el mal de las vacas locas”. Frente a ello el jefe del Departamento de Salud Ambiental dispuso el decomiso y destrucción de los productos cárnicos de origen canadiense y la empresa demandante se vio afectada con la destrucción de más de 65.000 kilos de carne.

¹⁶³ CÉSPEDES MUÑOZ, Carlos. (2018). “El daño lícito reparable y su proyección en el sistema chileno: concepto y naturaleza”. *Ius et Praxis*, 24(1). pp. 129-158. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122018000100129>.

En primera instancia el Décimo Cuarto Juzgado Civil de Santiago¹⁶⁴ acogió la demanda de indemnización de perjuicios en contra del Fisco de Chile, razonando que el funcionamiento normal y regular del poder público puede dar lugar a obligaciones reparatorias donde el Estado debe compensar ciertas cargas que impone a los particulares en razón del interés general, más aún si dicha carga impuesta al privado se traduce en el sacrificio y/o extinción de un derecho válidamente adquirido por aquel. Por último, el tribunal de primera instancia señala que el fundamento de estos razonamientos se encuentra en el principio de igual distribución de las cargas públicas, que en el derecho constitucional tiene reconocimiento explícito en el artículo 19 N° 20 de la Constitución Política de la República.

A pesar de lo razonado por el Décimo Cuarto Juzgado Civil de Santiago, la Corte Suprema revocó la sentencia confirmada por la Corte de Apelaciones, dado que en el caso no existió un cuestionamiento acerca de la legalidad o juridicidad de los actos administrativos, por tanto, se habría incurrido en un error de derecho al acoger la acción indemnizatoria, dado que en nuestro ordenamiento jurídico no existe una consagración legal de responsabilidad del Estado por actos lícitos.

En definitiva, la Corte no se pronuncia sobre lo injusto que puede ser para un particular soportar de forma desproporcional una decisión administrativa en beneficio del interés general, sino que simplemente se

¹⁶⁴ Rol N° 1924-2005, seguidos ante el Décimo Cuarto Juzgado Civil de Santiago, caratulados "Productos Fernández S.A. con Ministerio de Salud".

detiene en la existencia o no de una acción específica para resolver la procedencia del sistema de responsabilidad y no en la entidad del daño y sus consecuencias¹⁶⁵. En opinión del profesor Luis Cordero “La Corte no hace bien cuando en su razonamiento prescinde de la entidad del daño según el tipo de derecho afectado y sólo se focaliza en la existencia de la acción, porque renuncia probablemente a su rol protagónico en los estándares de control del Estado mediante la acción de responsabilidad”¹⁶⁶.

Creemos que, en estos casos, los propietarios afectados con la destrucción o sacrificio de determinados productos, por decisiones administrativas legítimas -como lo es el resguardo de la salud pública- deben ser debidamente compensados, dado que, de lo contrario, la existencia de daños graves, anormales y especiales que benefician a la comunidad nunca serán indemnizables, lo que a simple vista se presenta como algo injusto en el entendido que todos los miembros de la sociedad, beneficiados con una determinada medida, deben soportar equitativamente las cargas impuestas para el logro de dicho beneficio.

X. ELEMENTOS DEL SACRIFICIO ESPECIAL COMO TÍTULO DE IMPUTACIÓN

¹⁶⁵ CORDERO VEGA, Luis (2012): “Las vacas locas y la responsabilidad del Estado por acto lícito”, en: El Mercurio Legal, 22 de noviembre de 2012. Disponible en: Disponible en: www.elmercurio.com [visitado el 08 de agosto de 2022]. [[Links](#)].

¹⁶⁶ Ídem.

Como mencionamos con anterioridad, las alternativas para consagrar el sacrificio especial como título de imputación, se barajan entre proveernos de un catálogo de situaciones donde se reconozca el derecho de las personas de ser indemnizados por los daños de una actividad lícita y la otra alternativa, es establecer un título de imputación basado principalmente en la desigual distribución en las cargas públicas y el derecho de propiedad, subsidiario a la falta de servicio y de carácter acotado, en tanto requerirá el cumplimiento de ciertos requisitos para su procedencia.

Este apartado trata de la segunda alternativa y se desarrollará teniendo en cuenta los avances jurisprudenciales entorno al sacrificio especial en países como Francia¹⁶⁷, Argentina y Colombia¹⁶⁸, además de los logrados por nuestra doctrina y jurisprudencia especialmente en el fallo “*Elia Quintana y otros con Fisco*”¹⁶⁹” donde la Corte fija cuales son los requisitos que debe reunir el daño para la procedencia de este título de imputación, estableciendo los conceptos de gravedad y particularidad como características principales. Sin embargo, es en la doctrina y jurisprudencia comparada donde se analizan de forma más detallada los requisitos de procedencia del sacrificio especial, dado el mayor desarrollo que existe sobre la materia, teniendo en cuenta que son ordenamientos jurídicos en donde se encuentra consagrado de forma positiva o por medio de desarrollo jurisprudencial. Del estudio se desprenden los siguientes requisitos:

¹⁶⁷ Consejo de Estado Francés. 30 de noviembre de 1923, Couitéas.

¹⁶⁸ Consejo de Estado Colombiano. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Sentencia del 26 de marzo de 2008.

¹⁶⁹ Corte Suprema, 23 de enero de 2001. Quintana Olivares, Elia y otros.

1. Que se desarrolle una actividad legítima por parte de la Administración.
2. La actividad debe tener como consecuencia un daño cierto y apreciable en dinero.
3. El menoscabo del derecho debe tener origen en la ruptura del principio de igualdad ante la ley y las cargas públicas.
4. El quebrantamiento de esa igualdad debe causar un daño grave, especial y anormal, en cuanto recae sobre alguno o algunos de los administrados.
5. Debe existir un nexo causal entre la actividad legítima de la Administración y el daño causado.
6. El caso concreto no puede ser susceptible de ser encasillado dentro de otro de los regímenes de responsabilidad de la Administración.

De lo anterior podemos construir una definición de sacrificio especial, como aquel título de imputación subsidiario a la falta de Servicio, que hace responsable a la Administración por su actividad lícita o legítima, la cual rompe con el principio de igualdad ante las cargas públicas al provocar un daño cierto, grave, especial y anormal que el administrado no está en el deber jurídico de soportar, y que por lo tanto, tiene derecho a ser indemnizado.

X.I. Actividad legítima por parte de la Administración

La actividad lícita de la Administración es un elemento distintivo de la responsabilidad por sacrificio especial entendido como título de imputación objetivo, dado que esta no se focaliza en el actuar del Estado y las fallas que a consecuencias de este se produzcan. Por el contrario, este régimen se aplica en aquellos casos en los cuales el daño deriva del accionar normal o legítimo del Estado que en principio se despliega por el cumplimiento de la función estatal general.

Además, como sabemos la responsabilidad por la desigual distribución ante las cargas públicas históricamente nace para dar respuesta a la necesidad de indemnizar daños causados directamente por el Estado sin necesidad que haya mediado culpa o ilegalidad alguna por parte de la Administración.

Por contrapartida, si nos enfrentamos a un acto administrativo de carácter irregular o defectuoso, que se manifieste ya sea a través de una acción u omisión, el título de imputación será el de la falta de servicio.

X.II. El menoscabo del derecho debe tener origen en la ruptura del principio de igualdad ante la ley y las cargas públicas

Respecto a este punto se debe entender que lo normal y necesario es la facultad del Estado para “imponer cargas a las personas en procura de bienes de interés general, muchas de esas cargas y limitaciones deben ser soportadas por los destinatarios de las reglas, aunque afecten sus intereses o

expectativas”¹⁷⁰ esto para asegurar un adecuado funcionamiento del Estado, no obstante, estas limitaciones y afectaciones deben distribuirse entre todos por igual, de manera tal que no resulten más gravosas solo para algunos, de lo contrario se impone al administrado una carga que no le resulta exigible de soportar.

Como mencionamos al inicio de este estudio la noción de carga pública debe cumplir con tres requisitos, el primero de ellos consiste en que solo pueden operar como fuente de cargas los actos de autoridad estatal lícitos o legítimos, en segundo lugar, el acto estatal que da origen a la carga debe perseguir la satisfacción de un fin de interés general y, en tercer lugar, la imposición de la carga debe constituir el medio necesario e ineludible para la consecución del fin de interés general que se pretende satisfacer, frente a lo cual será necesario recurrir al principio de la razonabilidad y el principio de proporcionalidad¹⁷¹.

Por tanto, cuando la Administración despliega una actividad legítima o lícita que tiene como consecuencia un menoscabo en el derecho de alguna persona, para la aplicación del sacrificio especial, es necesario que el daño tenga su origen en la ruptura del principio de igualdad ante la ley o que la igual repartición de las cargas públicas sea quebrantada. Por contrapartida, si existe un daño en el patrimonio del administrado que es igual al que se la ha impuesto a toda la comunidad, no tendrá lugar a que se declare la

¹⁷⁰ **BARROS BOURIE, Enrique.** (2010). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, p. 487.

¹⁷¹ **PONCE DE LEÓN SOLÍS, Viviana.** (2015). Op. Cit. pp.847-848.

responsabilidad del Estado por dicho daño, por existir una igual distribución de dicha carga, no procediendo indemnización.

A este respecto y recordando el fallo de “*Elia Quintana y otros con Fisco*” la Corte Suprema razona lo siguiente:

“Quinto. Que sin duda el Servicio Agrícola y Ganadero al dictar las resoluciones reclamadas actuó en el legítimo uso de sus atribuciones y más aún, en el cumplimiento del objeto para el que fue creado, esto es, salvaguardar el patrimonio silvoagropecuario de la nación; y en dicho ejercicio y acorde con lo establecido en la Constitución Política de la República limitó el uso y goce del derecho de propiedad de la actora en razón de una necesidad social, impedir la difusión del virus de la fiebre aftosa en nuestro país. (...)

Duodécimo. Que no es posible pretender, porque no es justo, que el Estado desarrolle sus fines debiendo soportar los particulares el costo de su obrar legítimo y de carácter general. Si bien no puede discutirse su obligación de actuar como lo hizo, debe esperarse que el acto llevado a cabo con la intención final y de efectos generales sea patrimonialmente asumido por la Administración, porque de no ser así significaría aceptar que lo pretendido por la Administración fuera financiado sólo por unos pocos, el particular afectado, y no por todos como resultaría de indemnizarse con fondos generales. (...)”

Es importante además recalcar que, respecto a lo antijurídico del daño, el principio aludido, juega un rol fundamental. Siguiendo a la doctrina española, lo antijurídico corresponde a la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar¹⁷².

Como hemos recalcado, el ejercicio del poder público y actividades administrativas cuando se ejercen teniendo como fundamento el ordenamiento jurídico, constituyen un justo título para imponer cargas o limitaciones al ejercicio de los derechos de los administrados que deberán soportarlas en razón del interés general de la sociedad. Por el contrario, cuando el Estado desborda los límites impuestos por el ordenamiento jurídico y se causa un daño a los administrados, estos ya no están en la obligación de soportar dicho daño, en el sentido que es una garantía para los ciudadanos que el Estado se someta a lo dispuesto en la ley. Por tanto, el derecho que tiene el Estado a imponer cargas debe entenderse enmarcado dentro del principio de legalidad.

Sin perjuicio de lo anterior creemos que los daños antijurídicos no solo son producto de actuaciones ilegales de los órganos administrativos, también pueden producirse por actuaciones lícitas de los mismos, en lo que respecta al sacrificio especial, la no obligación de soportar el daño no nace de la extralimitación en el ejercicio de un órgano administrativo sino de la

¹⁷² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. (2002). “Curso de Derecho Administrativo I”. 8ª ed., Madrid: Civitas. P. 378.

necesidad de hacer valer la igual distribución ante las cargas públicas; en otras palabras, la antijuricidad del daño producto de una actuación legítima del Estado encuentra sustento en la contravención al principio de igualdad ante las cargas públicas (numeral 20 del artículo 19 de la CPR), puesto que si se genera un enriquecimiento general de la comunidad a costa del menoscabo o daño patrimonial de una sola persona, y entonces el Estado tiene la obligación de indemnizarlo.

X.III. daño cierto, grave, anormal y especial

Como anticipamos, para que el Estado sea responsable y el administrado tenga derecho a indemnización, es necesario que se produzca un daño o menoscabo en la integridad patrimonial de este último, producto de la actividad administrativa, sin embargo para que el daño pueda dar lugar a la responsabilidad también es necesario que este reúna ciertas características: **a)** al igual que en materia de responsabilidad civil extracontractual, el daño debe ser “cierto, real y efectivo, no se indemniza aquel daño que presenta caracteres de incierto hipotético o eventual”¹⁷³. Como sabemos, esto no implica que se requiera que el daño sea actual, dado que como ocurre con el lucro cesante, es indemnizable también el daño futuro “pero sólo en la medida en que hayan certezas que necesariamente sobrevendrá”¹⁷⁴; **b)** además, el daño debe ser grave o anormal, es decir, que sobrepase aquellos inconvenientes normales que el órgano público impone

¹⁷³ CORRAL TALCIANI, Hernán (2011) “Lecciones de responsabilidad civil extracontractual” p. 142.

¹⁷⁴ Ídem.

para el normal desarrollo de la vida en sociedad o que son inherentes al funcionamiento de un servicio, es decir en otras palabras, sobrepasa las cargas que impone toda vida colectiva; c) y debe ser especial o excepcional, y con esto nos referimos a que el daño es particular a un administrado o grupo de ellos, en este sentido “habrá responsabilidad cuando en una categoría dada de individuos, colocados en una misma situación, el daño no afecta a uno o alguno de ellos, pues si todos los que se hallen en esas condiciones son o pueden ser afectados por el daño, el individuo se encuentra en presencia de una carga pública.”¹⁷⁵.

X.IV. nexo causal entre la actividad legítima de la Administración y el daño causado

De los requisitos anteriores se desprende que existen dos situaciones propias del sacrificio especial, por una parte, la actuación legítima de la Administración y un daño que rompe el principio de igualdad ante las cargas públicas, si se dieran estas situaciones por separado no sería posible establecer la responsabilidad de la Administración, debe existir un lazo jurídico entre estas dos situaciones. La ruptura de la igual distribución de las cargas públicas que produce un daño debe ser una consecuencia directa de la actuación u omisión legítima de la Administración, en otras palabras, debe existir un nexo causal entre la actividad estatal, que se presenta como como

¹⁷⁵ Colombia, Consejo de Estado, Sentencia N°8490, de 30 de septiembre de 1949.

la causa directa, mientras que el daño sufrido por el administrado corresponde a la consecuencia inmediata de dicha actividad.

X.V El caso concreto no puede ser susceptible de ser encasillado dentro de otro de los regímenes de responsabilidad de la Administración

Desde nuestro planteamiento, la teoría del sacrificio especial surge como una respuesta ante la insuficiencia de la responsabilidad por falta de servicio como único criterio de responsabilidad estatal, por tanto, nace como un régimen excepcional y de carácter subsidiario frente al régimen general. Por esto no podrá ser aplicado en aquellos casos donde el hecho pueda ser subsumido dentro de los otros regímenes de responsabilidad estatal acogidos en nuestra legislación, es decir, supuestos de responsabilidad por falta de servicio o aquellos casos en que el legislador aplica la responsabilidad por riesgo.

XI. EXIMIENES DE RESPONSABILIDAD

En primer lugar, como en todo régimen de responsabilidad hay que tener en cuenta el tema de las cargas probatorias. En los casos de responsabilidad del Estado por sacrificio especial el demandante deberá acreditar la existencia de un hecho dañoso, el daño propiamente tal y el nexo causal entre el hecho y el daño producto de la actividad estatal. De no llegarse a demostrar dichos elementos, además de los mencionados en los párrafos anteriores, no se podría concretar la figura del sacrificio especial como título

de imputación, procediendo en efecto, la exoneración de responsabilidad mediante sentencia absolutoria en favor de la Administración.

Como bien sabemos existen “ocasiones en que, si bien la víctima ha sufrido un daño, dicho perjuicio no es resarcible por haberse provocado el daño en razón de un hecho o circunstancia que exime de responsabilidad al causante directo del mismo”¹⁷⁶.

Como se ha mencionado en reiteradas ocasiones en este tipo de regímenes no es necesario tener consideraciones acerca del comportamiento del agente que genera el daño, ya que se entiende que la actuación de la Administración se realizó conforme a ley y, por tanto, es legítima. En consecuencia, el Estado no podrá excusarse de su responsabilidad demostrando que actuó con diligencia o cuidado. Sin embargo, aun cuando la víctima del daño haya logrado probar los elementos generales y propios de este título de imputación, el Estado podrá ser absuelto cuando logre acreditar la concurrencia de una causa extraña en la producción del daño que sea ajena a la Administración y que en definitiva rompa con el nexo causal entre la actividad administrativa y el daño.

En otras palabras, dado que en la responsabilidad por sacrificio especial no se considera el elemento de la culpa, lo que se excluirá con las causales de eximición será el elemento de la causalidad, “de esta forma las

¹⁷⁶ FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo (2011), “*Hechos que alteran o eximen de responsabilidad*” en “Curso de Derecho Civil”, Tomo IV. Materiales para clases activas. 1ª Edición p. 147.

actuaciones que deriven de un hecho fortuito, al igual que los provenientes de un tercero o por culpa de la víctima, pueden suprimir el presupuesto causal y con ello la responsabilidad del órgano estatal”¹⁷⁷, “en la medida que sean suficientemente intensas como para ser consideradas las únicas causas normativamente relevantes”¹⁷⁸.

XI.I. Fuerza mayor

Según el artículo 45 del Código Civil “Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”. Conforme a nuestra doctrina, de la definición se pueden extraer las siguientes características: “a) El Código no hace distinción alguna entre las expresiones fuerza mayor y caso fortuito, estableciendo una absoluta sinonimia entre ambas: b) los elementos de imprevisibilidad y de irresistibilidad deben concurrir en forma simultánea o copulativa; c) los efectos del caso fortuito consisten en la irresponsabilidad; y d) el elemento de la inimputabilidad es mencionado en forma indirecta y negativa.”¹⁷⁹

Para efectos de la responsabilidad estatal, la fuerza mayor será considerada como aquella situación externa a la actividad de la

¹⁷⁷ CARMONA QUINTANA, Esteban Germán. (2016). Op. Cit. p. 143.

¹⁷⁸ BARROS BOURIE, Enrique Gustavo. (2006). Op. Cit. p. 134.

¹⁷⁹ COUTASSE, Alberto e ITURRA, Fernando. (1958). “El Caso Fortuito ante el Derecho Civil.” Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p.65.

Administración, situación de carácter irresistible, ajena y exterior que permitirá al fisco la exoneración de la responsabilidad estatal. Este hecho se caracteriza por no poder controlarse o resistirse por parte de los agentes estatales, es una causa ajena a ellos que por sus características los desvincula por completo del daño causado.

En este sentido la Corte Suprema en el año 2019, en el fallo del caso “*Sepúlveda Sepúlveda Ángel con Fisco de Chile*”¹⁸⁰, suscitado a propósito de las víctimas que fallecieron en el tsunami acaecido el 27 de febrero de 2010 en nuestro país; en su considerando decimoquinto, razona que la *naturaleza imprevista* de la institución del caso fortuito, se verifica cuando no resulta posible percibir la existencia del daño con anterioridad a su ocurrencia, no habiéndose podido adoptar todas las precauciones para que el daño no se produzca y, aun así, ha sido imposible para el agente contrarrestarlo. La irresistibilidad, por su parte, se refiere a la conducta del agente frente a un suceso en vías de ocurrir, inminente, o ya ocurrido, y consiste en defensas que se oponen al hecho imprevisto tendientes a evitar sus efectos dañosos.

En este sentido, la Corte Suprema en el fallo en comento, ha señalado que si el hecho dañoso igualmente ocurre, no obstante las medidas adoptadas, permitirá calificar el hecho de imprevisto, sin embargo, para atribuir a tal acontecimiento el carácter de irresistible es necesario que las medidas de defensa que efectivamente se implementaron para que no ocurrieran o minimizaran sus consecuencias ante los hechos ocurridos con anterioridad

¹⁸⁰ Corte Suprema de Justicia, Santiago 14 de agosto de.2019, Rol Rol N° 2456-2018.

sean eficientes, eficaces y efectivas para evitar el evento dañoso y sus consecuencias. De lo anterior la Corte concluye que el análisis de la irresistibilidad es posterior a la imprevisibilidad.

En definitiva, para que la *Fuerza Mayor* se configure como causal eximente de responsabilidad extracontractual de la Administración, es necesario que esta pruebe la existencia de un **a)** hecho externo, ajeno a la actividad dentro de la cual se ha causado el daño, es decir, “no debe depender de la conducta de ninguna de las partes que se encuentran involucradas en el hecho dañino, es decir, no debe ser imputable ni a quien causa el daño ni quien lo sufre”¹⁸¹. Sin embargo, no es suficiente probar la existencia de un hecho externo ya que además debe tener las características de ser un **b)** hecho imprevisible y **c)** irresistible.

XI.II. Hecho de un tercero

En materia de responsabilidad del Estado “Debemos entender por tercero toda persona natural o jurídica ajena al servicio, es decir, aquella que no se encuentra patrimonialmente vinculado a éste o que respecto al órgano no existe una situación actual de subordinación o dependencia. El tercero puede ser o no parte de la Administración y si lo es, no actúa con ocasión de las funciones del servicio al cual se le está imputando responsabilidad”¹⁸².

¹⁸¹ *Ibíd.*

¹⁸² CARMONA QUINTANA, Esteban. (2016). *Op. Cit.* p. 62.

Además, tal como ha desarrollado la doctrina en materia de responsabilidad extracontractual, hay que distinguir dos casos, si el hecho del tercero es o no la única causa del daño. Si el hecho del tercero es la única causa del daño, nuevamente habrá que distinguir entre si es o no culpable; si el hecho del tercero no es culpable ni doloso, no existe responsabilidad ni para éste ni para la Administración. Pero en el caso de que sea culpable o doloso, se deberá perseguir la responsabilidad del tercero conforme a las reglas generales de responsabilidad extracontractual.

Para el caso en que el hecho del tercero concurre al daño, habrá que distinguir nuevamente, “si la Administración y el tercero concurren a él y se dan los requisitos de la responsabilidad que sujeta a cada uno, responden solidariamente de los daños ocasionados. En cambio, si la actuación del tercero no es ni culpable ni dolosa, la Administración responderá de todos los perjuicios, a menos que el hecho del tercero constituya para él caso fortuito o fuerza mayor”¹⁸³.

La hipótesis de *con-causalidad* se presentó en el caso caratulado “*Alarcón, Gerardo con Ilustre Municipalidad de Concepción y otros*”¹⁸⁴, donde la Corte Suprema dictaminó, en el considerando vigésimo primero, que desde el punto de vista causal pueden existir múltiples hechos que sean los generadores del daño y todos aquellos que han incurrido en el acto negligente son responsables del mismo, sin embargo, la circunstancia de ser

¹⁸³ FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo. (2011). Op. Cit. p.148.

¹⁸⁴ Corte Suprema de Justicia, Santiago, 29.4.2013, Rol 4.687-2012.

uno de los demandados un Órgano del Estado, obliga a aplicar a su respecto el estatuto de responsabilidad que le corresponde, mientras que al resto de los demandados se les debe aplicar el sistema general de responsabilidad extracontractual.

A fin de cuentas, para que el hecho de un tercero exonere de responsabilidad al Estado, es necesario que sea la causa exclusiva del daño y que sea completamente ajeno a al servicio, es decir, que el Estado no haya provocado dicha situación.

XI.III. Hecho o responsabilidad exclusiva de la víctima

Se configura esta causal cuando el hecho que provoca el daño es ocasionado por la propia víctima como consecuencia de la violación de sus propias obligaciones y de su comportamiento generándose un perjuicio a sí mismo, no siendo vinculable dicho daño a la Administración. Para que concurra la eximición de responsabilidad debiesen también concurrir otros requisitos: **a)** que haya una relación de causalidad entre el hecho de la víctima y el daño **b)** que el hecho de la víctima sea la causa exclusiva del daño, de no ser la única causa, sino que concurre con la actividad de la Administración, lo que procederá será la disminución del monto por el cual debe responder el fisco **c)** que el hecho de la víctima sea extraño y no imputable a la Administración, es decir, que no puede ser provocado por esta, y si ese fuera el caso, el hecho de la víctima no le será ajeno y deberá proceder la declaración de responsabilidad estatal.

Es menester también hacer presente que para que la culpa de la víctima exonere de responsabilidad a la Administración, no es necesario que a este le haya sido absolutamente imposible preverla y resistirla; ésta constituye una causal de irresponsabilidad distinta del caso fortuito. Basta que la Administración no haya participado en el hecho dañoso, es decir, que el daño tenga por única causa el hecho de la víctima¹⁸⁵.

XI.IV. Inexistencia de daño antijurídico

En la responsabilidad por sacrificio especial, es necesario que lesión sufrida por el particular sea grave, anormal y especial, en relación con la posición en que se encuentran los demás administrados; como hemos mencionado si el acto que causa daño es lícito, es porque está amparado por el ordenamiento jurídico y la Constitución, pero ello no obsta a que el acto genere una lesión antijurídica que conlleve una violación al precepto de la igualdad ante las cargas públicas y que, por tanto, deba ser indemnizado.

Por lo anterior, si la víctima no logra probar el carácter de antijurídico del daño, y la Administración demuestra que la lesión sufrida por el administrado es una carga pública que no es desigual y que el particular debe soportar en pos de beneficiar a la comunidad, no deberá indemnizarlo. En

¹⁸⁵ **ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo.** (1943). “De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno”, N° 138, pág. 210, Imprenta Universitaria, Santiago de Chile. p. 617.

otras palabras, si las restricciones, limitaciones o lesiones producto de la actividad estatal se distribuyen de manera equitativa entre los administrados que se verán beneficiados por dicha actividad, no será procedente declarar la responsabilidad del Estado ya que no habrá un equilibrio que reestablecer.

Es necesario también recordar las palabras del profesor argentino Aldo de Cunto, dado que existen actos lícitos que originan situaciones antijurídicas o ilícitas y otros actos lícitos que, si bien ocasionan un perjuicio o daño, tales daños no importan una situación antijurídica, por cuanto el daño causado puede reputarse como un "daño justo" y, por ende, los referidos actos no generan responsabilidad¹⁸⁶.

XII. ANÁLISIS COMPARATIVO CON LA RESPONSABILIDAD POR RIESGO CREADO

Otro título de imputación objetivo que aparece en la doctrina y legislaciones comparadas como Francia, España y Colombia, de forma complementaria al régimen general de la falta de servicio, es la responsabilidad del Estado por riesgo creado.

En nuestro país la Administración está sujeta a la responsabilidad estricta que rige ciertos daños específicos en virtud de leyes especiales, las cuales aplican indiferentemente a sujetos privados y públicos (como la responsabilidad del propietario de un vehículo motorizado por accidentes del

¹⁸⁶ DE CUNTO, Aldo. (2006). Op. Cit. p.80.

tránsito); en otros ordenamientos jurídicos se establecen responsabilidades por riesgo sólo para la Administración (como ocurre con los daños provocados por hechos terroristas)”¹⁸⁷.

Además, en nuestro ordenamiento se encuentra consagrada la responsabilidad de manera específica para determinadas actividades riesgosas, este es el caso de los daños nucleares, del artículo 49 de la Ley N° 18.302, y de la contaminación por hidrocarburos, conforme al artículo 144 del Decreto Ley N° 2.222 de 1978, que establece la Ley de Navegación. Un sistema similar se aplica en la medida que la Administración cause un daño ambiental incurriendo en alguna de las situaciones de presunción de responsabilidad por transgresión de instrumentos de protección ambiental, conforme a la Ley N° 19.300, Bases Generales del Medio Ambiente¹⁸⁸.

En el derecho comparado el riesgo excepcional se consagra como un título de imputación mucho más amplio que en nuestro sistema de responsabilidad ya que no queda circunscrito a determinadas actividades, sino que se aplica de manera general, en aquellos casos cuando para el cumplimiento de sus objetivos y funciones, el Estado debe ejecutar actividades que conllevan un especial peligro, aun cuando se hayan desarrollado actividades legítimas; en efecto, en Francia se presenta como en régimen general pero subsidiario a la falta de servicio, bajo las categorías del *riesgo provecho* y el *riesgo creado*¹⁸⁹. En Colombia, con una fuerte influencia

¹⁸⁷ BARROS BOURIE, Enrique. (2010). Op. Cit. p. 487.

¹⁸⁸ Ibídem. p. 472.

¹⁸⁹ VALDIVIA OLIVARES, José Miguel. (2004). Op. Cit. p. 58.

del derecho francés, el Consejo de Estado Colombiano ha reconocido el título de imputación *del riesgo excepcional*¹⁹⁰; y en España también se indemniza bajo el título del *riesgo creado*, en el marco del régimen de responsabilidad general sin culpa¹⁹¹.

Como título general de responsabilidad, el riesgo creado se aplica en aquellas situaciones en que se ha posicionado a un particular en una situación donde está proclive a sufrir un daño, a consecuencia de “ciertas cosas actividades, o métodos empleados por la Administración en la satisfacción de necesidades públicas”¹⁹²; consumado el perjuicio, el sujeto no está obligado a soportarlo, dado que ese sometimiento al riesgo creado y concretado, rompe el principio de igualdad ante las cargas públicas. En Colombia existe una acabada jurisprudencia en la cual se indemniza el riesgo creado en su faceta amplia, basado en el mismo fundamento que el sacrificio especial, es decir la ruptura al principio de igualdad ante las cargas públicas. Sin embargo, es necesario determinar ciertos matices conceptuales que los diferencian y que se analizarán en este apartado.

Con fecha 6 de junio de 2007 en “*Olayo y otro / la nación - ministerio de defensa - ejército nacional*”¹⁹³, el Consejo de Estado Colombiano, en sala de lo contencioso administrativo, declaró la responsabilidad del Estado por

¹⁹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente N4655 de 1989-

¹⁹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1977. Referencia jurisprudencial tomada de: Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández. Curso de Derecho Administrativo, p. 386.

¹⁹² VALDIVIA OLIVARES, José Miguel. (2004). Op. Cit. p.75.

¹⁹³ Consejo de Estado Colombiano, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, Bogotá, 6 de Junio de 2007, Radicación número: 05001-23-24-000-1993-01344-01(16064). Disponible en: [https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/05001-23-24-000-1993-01344_01\(16064\).htm](https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/05001-23-24-000-1993-01344_01(16064).htm).

la muerte de un conscripto que fue reclutado para prestar el servicio militar obligatorio a fines de 1990 y, el cual recibió de sus superiores la orden de conducir un vehículo asignado al Ejército Nacional, sin embargo, cuando se desplazaban en él perdió el control del vehículo que se salió de la vía y cayó a una cañada, por lo cual falleció de forma instantánea. En primer lugar, el Consejo de Estado señala que para los conscriptos o personas que se encuentran prestando el servicio militar obligatorio, es necesario tener en cuenta que su reclusión no es voluntaria y se realiza en beneficio de la comunidad. Por otra parte, implica el desarrollo de actividades de gran peligrosidad, ya sea porque sea necesario participar en combates con personas al margen de la ley, o por el simple manejo de instrumentos que suponen la creación de un riesgo, como las armas y equipos de guerra.

Para poder establecer la responsabilidad estatal, el Consejo de Estado Colombiano debe determinar si concurren los elementos previstos en su régimen de responsabilidad constitucional, esto es, el *daño antijurídico* y la *imputabilidad de este al Estado*. En cuanto al daño, el Consejo señala que es *antijurídico* cuando la víctima no tiene el deber de soportarlo o cuando el Estado no tiene derecho a causarlo. Así las cosas, tratándose del caso mencionado, la Sala de lo contencioso administrativo, razona que el daño será antijurídico cuando en virtud de él resulte roto el equilibrio frente a las cargas públicas, es decir, cuando, dada su anormalidad, implique la imposición de una carga especial e injusta al conscripto o a sus familiares en relación con las demás personas.

Respecto al elemento de la imputabilidad, demostrada la existencia de un daño antijurídico causado a quien presta el servicio militar, dado el carácter especial de esta situación, el Consejo de Estado Colombiano señala que es claro que corresponde al Estado la protección de los obligados a prestar el servicio militar y la asunción de todos los riesgos que se creen como consecuencia de la realización de las diferentes tareas que a ellos se asignen, sin embargo, no será imputable al Estado el daño causado únicamente cuando éste, haya ocurrido por fuerza mayor o por el hecho exclusivo de un tercero o de la víctima.

En la Sentencia antes comentada, se ha sostenido entonces, por una parte, que el Estado debe asumir los riesgos que se crean para quienes prestan el servicio militar obligatorio, como consecuencia de la realización de las diferentes tareas que se les asignan, como cuando el daño es causado con un arma de dotación oficial o, cuando se deriva del ejercicio de una actividad peligrosa, como la conducción de vehículos oficiales, teniendo en cuenta que la sola manipulación de armas de fuego o la conducción de automotores, entraña un peligro al cual se expone la víctima por imposición del Estado. Por otra parte, que surgirá la responsabilidad administrativa, igualmente, cuando el daño sufrido por el soldado conscripto sea anormal, por implicar la imposición de un sacrificio especial e injusto a él o a sus familiares, en relación con las demás personas que se encuentren en su misma situación de reclutamiento, de modo que resulte roto el equilibrio de los ciudadanos frente a las cargas públicas.

Dicho tratamiento decantado por la jurisprudencia contenciosa administrativa colombiana, respecto de la responsabilidad del Estado por daños sufridos por quienes prestan el servicio militar obligatorio, obedece a la diferencia que se evidencia entre los soldados que se encuentran en esta categoría, frente a aquellos que ingresan voluntariamente a la fuerza pública. Tal contraste radica en que los primeros lo hacen para cumplir con un deber constitucionalmente impuesto, mientras que los segundos de manera espontánea, por su propia iniciativa, eligen vincularse al establecimiento militar, de lo cual se infiere que optan por asumir o al menos compartir con el Estado los riesgos que sobre ellos puedan materializarse en el ejercicio del servicio que voluntariamente escogieron desempeñar.

En consecuencia, el Consejo de Estado Colombiano, concluye que en principio el fundamento de la responsabilidad del Estado por los daños sufridos por personas sometidas a reclutamiento obligatorio, puede encontrarse en la teoría del riesgo excepcional o en la del daño especial, según el caso y, por lo tanto, le corresponderá al demandante probar la existencia del daño antijurídico y el nexo causal entre éste y la acción u omisión de la entidad pública demandada, para que se pueda deducir la responsabilidad patrimonial, sin entrar a analizar la licitud o ilicitud de la conducta de la Administración, la cual resulta irrelevante.

XII.1 Elementos del riesgo creado

En el derecho comparado a pesar de que esta figura no tiene un desarrollo legal concreto, es mediante la jurisprudencia donde se ha logrado un mayor desarrollo de su concepto. De la sentencia antes analizada podemos extraer los elementos que concurren para que se declare la responsabilidad Estatal, sin que en ningún de ello se entre a discutir o se tenga en consideración la licitud o ilicitud de la conducta del funcionario que ejecuta la actividad, ya que bajo este régimen, recordamos que resulta irrelevante.

Los elementos del riesgo excepcional a partir del análisis de la Jurisprudencia comparada¹⁹⁴ en primer lugar, la *creación de un riesgo de naturaleza excepcional* se ha entendido que con miras al bien común, la Administración está facultada para realizar actividades, actos y operaciones orientadas a cumplir con los deberes constitucionales y legales que le son propios, pudiendo imponer de manera legítima a los administrados determinados riesgos que tienen una naturaleza especial.

Estos riesgos se justifican como tal, ya que son necesarios para asegurar la protección de ciertos derechos y libertades o para alcanzar algún objetivo en pos del bien común. Sin embargo, emplazan a los administrados hacia una situación de riesgo especial o particular el cual tiene la característica de ser superior o mayor al que normalmente se están obligados a tolerar

¹⁹⁴ **Jurisprudencia del Consejo de Estado Francés** (1919, Regnault-Deroziers); (1949, Consorts Lecomte, Franquette y Daramy); (1995, Consorts Nguyem Jouan y Consorts Pavan). Fallos disponibles en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PB-2018-86_2; y jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano: Sala de lo contencioso administrativo (2007, Olayo y otro con la nación - ministerio de defensa - ejército nacional) y (2015, Amaya y Otros con la Nación - Ministerio de Defensa – Policía Nacional y Otros).

jurídicamente¹⁹⁵. Este riesgo toma el carácter de especial, cuando rompe con la igual repartición de cargas públicas, al entenderse que la naturaleza de este riesgo supone una situación que no es igual para todos los ciudadanos que se encuentran sometidos a la actividad estatal.

En segundo lugar, como en todo régimen de responsabilidad es necesaria la *Concreción del riesgo*, es decir, que el riesgo se concrete y se materialice a través de un daño antijurídico en el patrimonio o derechos del administrado; como hemos señalado, en los regímenes de responsabilidad sin culpa es antijurídico aquel daño que la víctima no tiene el deber de soportar.

Por último, como es común en los regímenes de responsabilidad sin culpa, *el riesgo creado y materializado debe provenir de una actividad lícita de la Administración*, esto quiere decir que el hecho de que el Estado a través de sus órganos actué de modo perfectamente legal, no lo exonera de la responsabilidad y obligación de responder por los daños antijurídicos que aún con su actividad lícita provocó.

XII.II Puntos en común y diferencias entre el sacrificio especial y la responsabilidad por riesgo creado

Es común en la doctrina comparada la confusión entre estos dos títulos de imputación, ya que no siempre estuvo clara la diferencia entre estas dos

¹⁹⁵ Consejo de Estado de Colombia, Bogotá 2.5.2016, radicado 335874.

teorías que forman parte del ámbito objetivo de responsabilidad administrativa.

Respecto a sus semejanzas y, a partir del análisis previo, se puede concluir que existen más similitudes que divergencias. Son varios los puntos en común y de tal relevancia, que pueden llevar a los jueces a aplicarlos simplemente bajo el criterio del sacrificio especial. La primera semejanza es que ambas se caracterizan por ser responsabilidades sin falta de servicio. Al estar ambas recogidas dentro del régimen objetivo de responsabilidad del Estado, estas dos teorías convergen en que no existe la necesidad que se demuestre o pruebe un actuar negligente por parte de la Administración. En segundo lugar, ambas comparten el requisito de la generación de un daño antijurídico, tanto en la responsabilidad por riesgo como por sacrificio especial ocurre que la antijuridicidad está ubicada no en la conducta o en el acto administrativo, sino en el resultado o situación en la que se encuentra un administrado dañado por un acto lícito mientras dicho daño no sea corregido o reparado.

De lo anterior se desprende un tercer elemento en común, que es que la Administración a través de su actuar legítimo genere un daño antijurídico, rompa con la igualdad ante las cargas públicas, no teniendo el administrado el deber jurídico de soportar ese daño. Si es que la Administración despliega una actividad ilícita lo que procede es la falta de servicio, excluyéndose los títulos de imputación por riesgo o sacrificio especial que tienen como requisito que el caso concreto no puede ser susceptible de ser encasillado

dentro de otro de los regímenes de responsabilidad de la Administración. Por último, la absolución o eximición de responsabilidad del Estado se hace prácticamente bajo las mismas causales.

Como mencionamos con anticipación, dentro de las causales de eximición de responsabilidad por sacrificio especial, la Administración únicamente podrá exonerarse de responsabilidad, desvirtuando el nexo causal, bien sea acreditando que el daño se produjo por fuerza mayor, por el hecho de un tercero o de la víctima. También podrá eximirse de responsabilidad ante la inexistencia de un daño antijurídico, es decir, que la carga pública no es desigual, teniendo el administrado el deber jurídico de soportar el daño.

Respecto a las divergencias entre uno y otro régimen se puede observar que la principal diferencia la encontramos en la naturaleza de las actividades desarrolladas por administración, las cuales determinan hacia que título el demandante debe decantarse y el juez debe fallar. En específico, la responsabilidad por riesgo se caracteriza por hacer responsable al Estado respecto de actividades y uso de cosas riesgosas, de allí que se determina como necesario para la procedencia del título, que la naturaleza de las actividades desarrolladas por la Administración además de ser legítimas, sean calificadas como peligrosas.

Por su parte en el sacrificio especial, no es necesario que la naturaleza de la actividad sea riesgosa, en otras palabras, no debe existir un nexo entre

el daño y la peligrosidad de la actuación Estatal. Así mismo, existen diferencias en lo relativo al elemento del nexo causal. Por una parte, en el sacrificio especial, este elemento se formula desde el hecho legítimo de la Administración, que puede ser una acción u omisión y el daño perpetrado, en la responsabilidad por riesgo se establece dicho nexo desde el daño generado para enlazarlo con la concreción del riesgo creado por el Estado.

Del estudio y a nuestro juicio, se desprende que las diferencias de estos dos regímenes de responsabilidad, cuando son tratados como títulos de imputación de procedencia general, son meramente semánticas, dado que comparten idénticos requisitos de procedencia; en efecto, suelen confundirse¹⁹⁶ dado en que en ambas nos encontramos ante un daño que deriva del ejercicio legítimo de la función Estatal y en donde existe una ruptura al principio de igualdad ante las cargas públicas.

En Francia se consagra la responsabilidad por riesgo en aquellos casos en que el Estado, para la satisfacción de las necesidades públicas, realiza actividades legítimas que pueden agruparse en torno a la noción de riesgo creado, como lo son el uso de materiales explosivos, armas de fuego, artefactos peligrosos y obras públicas peligrosas¹⁹⁷; Por otro lado, aquellas actividades legítimas, realizadas en pos del interés general, que provocan un daño a un administrado, pero que prescinden del factor riesgo, se indemnizan

¹⁹⁶ BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2010) Op. Cit, p.500.

¹⁹⁷ VALDIVIA, José Miguel, (2004). Op. Cit. p. 73.

bajo el título de imputación de la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas¹⁹⁸.

XIII. SUSTENTO NORMATIVO DEL SACRIFICIO ESPECIAL EN LA LEGISLACIÓN ACTUAL

Corresponde ahora ver cuál es la situación del ordenamiento jurídico chileno respecto del sacrificio especial y cómo entonces este podría materializarse de acuerdo con las condiciones existentes.

Como hemos señalado en numerosas oportunidades, el artículo 38 inciso segundo de la Constitución Política, establece que 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, consagrándose de esta forma el principio de responsabilidad patrimonial del Estado y del actuar administrativo, cuando se causa una lesión en los derechos de los administrados. En principio el sustento básico de la responsabilidad estatal se desarrolla en torno al criterio de la lesión, sin distinguir si esta proviene de actos lícitos o ilícitos, dado que el texto constitucional no hace mención al elemento de la culpa o negligencia para consagrar el principio de responsabilidad estatal.

¹⁹⁸ *Ibíd.* p. 77.

Por otra parte, el artículo 19 N° 20 de nuestra Constitución, es aquel que esboza por primera vez el concepto de cargas públicas, el cual se proyecta hacia el aspecto tributario principalmente. En efecto, el citado artículo versa que *“La constitución asegura a todas las personas (...) La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas”*. Así las cosas, el Estado podrá imponer a los administrados un conjunto de sacrificios y una serie de cargas para obtener provechos que beneficien a toda la comunidad, pero que, sin embargo, en orden a los principios de la equidad y justicia distributiva, todos deberán participar de igual forma en esa contribución. En caso contrario de imponerse una carga pública desigual, el Estado deberá, por medio de los mecanismos establecidos para ello, recomponer la igualdad previamente alterada.

Por otro lado, el artículo 19 N°2 de la Constitución asegura a todas las personas la igualdad ante la ley, disponiendo que ni la ley ni autoridad alguna podrá establecer diferencias arbitrarias. En este sentido, un daño que se materializa en el patrimonio de un administrado por actuaciones lícitas de la Administración, genera una alteración o ruptura en la situación de igualdad de quien percibe ese daño frente a los demás individuos que componen la sociedad la cual deberá recomponerse mediante la correspondiente indemnización, de modo contrario estaríamos ante una diferencia arbitraria, contraria a la justicia y a la equidad, dado que racionalmente no se justifica

que solo una persona sufra las consecuencias dañinas de una actuación estatal que beneficia a la sociedad en general¹⁹⁹.

Por último, el artículo 19 N° 24 de la Constitución prescribe que “nadie puede, en caso alguno ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de una ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador”, de esta forma una persona solo podrá ser privada de lo suyo mediando una expropiación con la correspondiente indemnización cuando existan causas de utilidad pública o de interés nacional que así lo ameriten, por tanto de ejecutarse una actuación lícita por parte de la Administración que prive a un individuo de su propiedad sin la consecuente indemnización (y sin concretarse la expropiación) constituye una privación ilícita, contraria a derecho e inconstitucional, es decir una lesión en el patrimonio del administrado que no está en la obligación de soportar a soportar²⁰⁰.

XIV. PROPUESTAS NORMATIVA PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL SACRIFICIO ESPECIAL COMO TÍTULO DE IMPUTACION DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Más allá del sustento constitucional del sacrificio especial como título de imputación, es importante recalcar el hecho de que no existe norma alguna

¹⁹⁹ SOTO KLOSS, Eduardo. (2012), Op. Cit. pp. 813-814.

²⁰⁰ Ídem.

en el ordenamiento jurídico que establezca una acción particular que permita obtener el resarcimiento de los daños que se producen con ocasión del quebrantamiento de la igualdad ante las cargas públicas por actuaciones lícitas de la Administración.

Ese ha sido el principal argumento de nuestra Corte Suprema para rechazar las pretensiones indemnizatorias de quienes se han visto afectados patrimonialmente por decisiones administrativas lícitas, y en este sentido el profesor Cordero Vega ha señalado que dicho argumento, es decir, que sin acción no hay indemnización, es una salida meramente “formal y resulta insuficiente, con ella se arriba a una solución que es propia del derecho privado (sin texto legal no hay responsabilidad sin falta), prescindiéndose del carácter pretoriano del Derecho Administrativo, que incluso la propia Corte Suprema se ha encargado de señalar explícitamente tras el caso 'Municipalidad de Zapallar'²⁰¹ para darle importancia a la jurisprudencia como fuente formal del Derecho Administrativo”²⁰²

Habida consideración del contenido de los artículos constitucionales mencionados en el título anterior, de los cuales podemos obtener las siguientes premisas:

²⁰¹ Corte Suprema, Santiago, 03.07.2012. Rol-2791-2012.

²⁰² CORDERO VEGA, Luis. (2016). "Responsabilidad del Estado sin falta. El caso de la ejecución de obras públicas". Artículo extraído de El Mercurio Legal de fecha 28 de junio de 2016.

- a) El principio de la responsabilidad estatal se desarrolla en torno al criterio de la lesión, sin distinguir si esta proviene de actos lícitos o ilícitos. (Art. 38 inc. 2 CPR)

- b) El Estado puede imponer a los administrados un conjunto de sacrificios para obtener provechos que beneficien a toda la comunidad, pero que, sin embargo, en orden a los principios de la equidad y justicia distributiva, todos deberán participar de igual forma en esa contribución. (Art. 19 N° 20 CPR)

- c) Un daño que se materializa en el patrimonio de un administrado por actuaciones lícitas de la Administración genera una alteración o ruptura en la situación de igualdad de quien percibe ese daño frente a los demás individuos. (Art. 19 N°2 CPR)

- d) De ejecutarse una actuación lícita por parte de la Administración que prive a un individuo de su propiedad sin la consecuente indemnización -y sin concretarse la expropiación- constituye una privación ilícita, contraria a derecho e inconstitucional. (Art. 19 N° 24 CPR)

Sumado a los argumentos esgrimidos por la Corte Suprema, en el sentido de la afirmación que señala que sin acción no hay indemnización, no queda más que entender que existe actualmente un sistema insuficiente e incompleto de responsabilidad estatal, dado que habiéndose acogido la tesis de la no aplicabilidad directa de la constitución en materia de

Responsabilidad del Estado, solo existe la posibilidad efectiva de obtener la reparación de daños antijurídicos emanados de actuaciones administrativas a través de la falta de Servicio regulada en el artículo 42 de la Ley N°18.575.

Es decir, el legislador en el cumplimiento del mandato constitucional de crear un régimen de responsabilidad estatal no consideró dar solución a aquellos casos en que ninguna culpa o negligencia puede detectarse por parte de la Administración, pero que pese a ello es injusto dejar a cargo de la víctima el peso integral de los daños sufridos, más aún cuando ellos son consecuencia de actuaciones que benefician a la sociedad en general.

Como se desarrolló en su oportunidad en un primer acercamiento, una solución legal que se podría considerar óptima para los intereses del Estado en solidaridad con los intereses particulares de los administrados, sería proveernos de un catálogo de situaciones donde se reconozca el derecho de las personas a ser indemnizadas por los daños de una actividad lícita acotando así el espectro de situaciones cubiertas por este título de imputación, por ejemplo establecer la responsabilidad del estado por daños en ejecución de obras públicas, por inmuebles declarados patrimonio cultural, por actuación legítima de Carabineros, entre otras. Y otra alternativa es consagrar vía legislativa el sacrificio especial como título de imputación de responsabilidad Estatal, basado principalmente en la desigual distribución en las cargas públicas y el derecho de propiedad, de carácter acotado - en tanto requerirá el cumplimiento de ciertos requisitos para su procedencia- y subsidiario a la falta de Servicio.

Respecto a esta última alternativa, para la consagración positiva de la responsabilidad por actuaciones legítimas de la Administración, será importante redactar un proyecto de ley que reforme el régimen actual de Responsabilidad del Estado, es decir, una modificación a la Ley 18.575, redactándose uno o más artículos que consagren la posibilidad de hacer responsable al Fisco por la actuación administrativa, que sin perjuicio de ser legítima y de no obrar en ella culpa o dolo, se deberán resarcir de todos modos aquellos daños graves, especiales y anormales, que los administrados reclamen haber sufrido desigualmente en relación al resto de los administrados. Lo anterior puede lograrse por medio de la incorporación de un artículo 42 Bis. en la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, redactado en los siguientes términos:

Artículo 42° bis.- Sin perjuicio de lo prescrito en el artículo anterior, los órganos de la Administración, sin exclusión, serán responsables de los daños derivados de su actuación legítima. Son requisitos de esta responsabilidad:

- a) Que el menoscabo, configurado por la afectación de un derecho adquirido, tenga su origen en la ruptura del principio de igualdad ante la ley y las cargas públicas.*
- b) Que el quebrantamiento de esa igualdad cause un daño cierto, grave, especial, anormal y apreciable en dinero.*
- c) Que exista una relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño.*

d) El caso concreto no puede ser susceptible de ser encasillado dentro de otro de los regímenes existentes de responsabilidad de la Administración.

La responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional.

Sostenemos entonces, que en primer lugar lo que debería hacerse es incorporarse en la ley antes citada la consagración del sacrificio especial como título de imputación , si esta vía no funciona, pues entonces cabe la posibilidad de legislarse al respecto, creando un marco regulatorio en una ley especial, la cual puede ser creada para situaciones o hipótesis en concreto, o bien pueda redactarse en los términos expuestos a fin de que su abstracción e interpretación fluya hacia los terrenos de aquellos conflictos que hoy se encuentran sin solución.

Ciertamente, existen otras alternativas dentro del derecho público que nos permitirían dar soluciones más simples que crear una nueva normativa o proponer un quebrantamiento a la tradición nacional mediante construcciones jurisprudenciales de cualquier tipo para la correcta mantención de un derecho, como la de remitirse a postulados contenidos en normas especiales de derecho público para aplicarlas en el ordenamiento jurídico del derecho público general, realizando analogías en su aplicación, o en el último de los casos, si es que simplemente no cabe lugar a más posibilidades de solución dentro de la esfera jurídica de lo público, buscar alternativas de solución en

el derecho privado, como muchas veces se ha efectuado aplicando a cuestiones de derecho público, el Título XXXV del libro cuarto del Código Civil; pero es que lamentablemente ni siquiera esta posibilidad cabe para solucionar la problemática existente, puesto que la aridez normativa que se reclama en el presente trabajo resulta extensiva incluso hasta los campos del derecho civil.

XV. CONCLUSIÓN

Podemos señalar que el principio de la igualdad frente a la repartición de las cargas públicas, se explica en el contexto de la existencia del Estado, su desarrollo, mantención y administración, donde se imponen a los administrados un conjunto de sacrificios y una serie de cargas que, en razón de los principios de la equidad y justicia distributiva, todos deben participar de igual forma en esa contribución. En ese entendido, no es dable al Estado romper el equilibrio existente en un escenario de igualdad haciendo a unos más oneroso su compromiso social que a otros, pues cuando tal fenómeno se registra, se incurre en una injusticia que debe repararse en todas sus consecuencias. De otro modo, estaríamos aceptando tácitamente la existencia de administrados con mejor o mayores derechos que otros.

Hasta hace aproximadamente 25 años atrás, los Tribunales de Justicia estimaban pertinente condenar al Estado a indemnizar aquellos daños de carácter especial, grave y anormal que recaían en un administrado, y que

encontraban su origen en actuaciones lícitas de la Administración, todo bajo el fundamento de la ruptura al principio de la igualdad ante las cargas públicas; en general la premisa se desarrolló en torno a la idea de que es una carga desproporcional imponer a un individuo todo el peso que conlleva lograr un determinado beneficio para la sociedad. Así fue como durante dicho periodo se otorgaron indemnizaciones en casos como el de *Lapostol (1908)*; *Galletué (1984)* y *Quintana (1993)*), entre otros, en los cuales parecía ser que no había problemas en nuestro sistema para resguardar la igualdad ante las cargas públicas por medio de sanciones pecuniarias a su quebrantamiento.

No obstante, la mantención de una línea jurisprudencial como la recientemente señalada, resultaba un tanto complicada, toda vez que el sustento normativo en el que se apoyaba era de una densidad sumamente baja (solamente la norma citada del artículo 19 N° 20 de la Constitución Política de la República y el principio de responsabilidad del Estado). Así las cosas, sucedió que con la venida del nuevo milenio, el paradigma en este tópico fue cambiando radicalmente hacia la desprotección de los administrados, al determinarse por nuestra Corte Suprema que no existía realmente una norma que obligara a sancionar patrimonialmente el actuar de la Administración, cuando con ocasión de la ejecución de un acto lícito se vulnera el principio de igualdad ante las cargas públicas, imponiéndosele un sacrificio especial a un administrado al que le tocaba sufrir y sobrellevar una carga que no está en el deber jurídico de soportar.

La postura de nuestra Corte Suprema, en un apego inexorable al principio de legalidad y al positivismo en general, establece que, a falta de ley, no hay acción posible que interponer al respecto, al menos no con posibilidades ciertas de obtener lo que se pretende, produciéndose una situación de injusticia respecto del administrado que debe sostener consecuencias significativamente más graves que las que debió haber soportado.

Con todo, nuestra posición en este trabajo no apunta hacia una objetivación de la responsabilidad del Estado, tampoco creemos que sea posible legislar sobre todos los casos en que se establezcan los supuestos de hecho en donde hay responsabilidad de la Administración, pues tal tarea sería imposible. Sin embargo, creemos que el legislador debe dar las directrices suficientes que permitan al juez que conoce de la causa saber dónde comienza y dónde acaba la responsabilidad del Estado por actuaciones lícitas.

Una posibilidad cierta, consiste en que el Constituyente otorgue los mandatos constitucionales respectivos, o establezca los principios o casos de aplicación general, los cuales pueden ser perfeccionados por la vía jurisprudencial, por medio de la aplicación e interpretación que haga por ejemplo nuestra Corte Suprema o el Tribunal Constitucional; lo cual no sería una novedad en nuestra legislación, pues son varios los casos en que este último ha determinado cuáles son los criterios esenciales o característicos de los principios que se encuentran establecidos en la Constitución, a modo

ejemplar puede citarse jurisprudencia sobre el principio de igualdad²⁰³ o el debido proceso²⁰⁴.

Otra solución es que se dicten normas que permitan determinar con claridad las situaciones en que el principio de igualdad ante las cargas públicas se manifiesta como una garantía efectivamente protegida; de modo que estas premisas normativas permitan clarificar sus límites, su esfera de acción, requisitos para su procedencia, el modo en que se hace efectiva la responsabilidad de la Administración, y cómo esta debe reclamarse y ejecutarse, entre otros aspectos que, si bien no resultan esenciales, sí revisten de la relevancia necesaria como para considerarlos en la dictación de nuevas normas mediante la actuación del Legislador.

Por otra parte, resulta del todo esencial que esta normativa precise estándares para determinar los requisitos bajo los cuales podrán reclamar los administrados por daños derivados de actuaciones lícitas de la Administración, puesto que como tajantemente hemos insistido a lo largo de este trabajo, lo que se busca no es un despilfarro del patrimonio fiscal en aras de lo que bien podrían considerarse pretensiones injustificadas de un ciudadano que sufre un menoscabo en sus derechos, sino que simplemente

²⁰³ **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.** 27.03.2017, Rol 3174-16-INA: "...el principio de proporcionalidad, también conocido como "máxima de razonabilidad" o "principio de prohibición de exceso", es uno de los estándares normativos empleados por la jurisdicción constitucional para determinar la validez de una interferencia en el ejercicio legítimo de un derecho fundamental, en virtud del cual se examina la idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta de la medida que interfiere con el derecho".

²⁰⁴ **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.** 28.06.2022, Rol 12063-21-INA: "el procedimiento legal debe ser racional y justo. Racional para configurar un proceso lógico y carente de arbitrariedad. Y justo para orientarlo a un sentido que cautele los derechos fundamentales de los participantes en un proceso".

aquellos daños sufridos no impliquen realmente una desproporción respecto de los demás, ni mucho menos una desprotección frente a las garantías constitucionales que deben salvaguardarlo; lo que se pretende es que se desarrolle una normativa que permita obtener una justa reparación de los daños sufridos, cuando estos, debido a su condición de antijurídicos, resulten injustos, más allá de su legalidad y observancia a las normas existentes.

Por otra parte, podría establecerse tal como en el derecho francés un sistema de construcción jurisprudencial de reglas sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración, teniendo como principal protagonista a nuestra Corte Suprema. De este modo, podríamos sostener que la Responsabilidad patrimonial de la Administración por actuaciones lícitas podría sostenerse en base a la regla de los precedentes, si bien no como instrumentos vinculantes, sí como directrices para los razonamientos que a futuro lleven a cabo las magistraturas que conozcan de conflictos de esta índole que le sean presentados. En este sentido, podríamos decir que, por ejemplo, la seguidilla de casos en que se acogieron las demandas de reparación patrimonial por actuaciones del Estado que vulneraron el principio de igual repartición de las cargas públicas a lo largo de la década final del Siglo XX, hubieran servido de lineamiento para la resolución de conflictos de este tipo presentados ante la autoridad judicial, para que esta, dando cumplimiento real al principio de inexcusabilidad, resuelvan los reclamos que se presenten a través de dichas reglas y que se impida manifestar algo tan terrible como es que, pese a existir mandato constitucional, no existe norma expresa que declare la sanción al

incumplimiento de una materia como la tratada en este estudio, y que en consecuencia, la Administración del Estado es irresponsable de estos actos, pese a la antijuridicidad de los daños provocados a los administrados.

Sabemos que un cambio de este tipo es difícil de concretar en un corto plazo, ya que, como toda gran reforma, muchas veces para una mejor asimilación tanto de quienes la ejecutan, como de los administrados ante los que esta es aplicada, debe ser implementada de manera gradual para no romper además con la armonía que debiese tener todo ordenamiento jurídico. Con todo, creemos que es una posibilidad absolutamente viable para un sistema aún en desarrollo, y que todavía no adquiere una rigidez tan sólida como para no permitir la realización de modificaciones que reconozcan la posibilidad de indemnizaciones cuando estamos ante un sacrificio especial, lo que sin lugar a dudas, daría paso a una mejora en nuestro sistema de responsabilidad estatal, y nos ayudaría también a cumplir con los parámetros que un Estado de Derecho demanda en la actualidad.

ANEXO. EL SACRIFICIO ESPECIAL A PROPÓSITO DEL COVID-19

En este apartado haremos un breve análisis del funcionamiento y aplicación del principio de igualdad antes las cargas públicas y su ruptura a través de la figura del sacrificio especial, a propósito de las medidas adoptadas por la autoridad a propósito del virus Covid-19.

Cabe preguntarnos entonces si es dable la configuración del sacrificio especial cuando un administrado ve afectados sus derechos, con ocasión de las medidas adoptadas por la autoridad en resguardo de la salud pública y con la finalidad de evitar la propagación de la pandemia que nos afecta hasta el día de hoy.

Para responder la pregunta anterior, como señala Matías Villarroel²⁰⁵, es importante determinar y dilucidar diferentes variables, como por ejemplo; la duración de la medida decretada, el lugar de la medida; la cantidad de contagiados en el lugar afectado; si es el único administrado o no, que se ve afectado por la medida, y si afecta o no a la función social de la propiedad, entre otros aspectos.

A la luz de los requisitos necesarios para que se configure el sacrificio especial, mencionados en el título decimo del presente trabajo, es decir:

- a) Que se desarrolle una actividad legítima por parte de la Administración.
- b) La actividad debe tener como consecuencia un daño cierto y apreciable en dinero.
- c) El menoscabo del derecho debe tener origen en la ruptura del principio de igualdad ante la ley y las cargas públicas.

²⁰⁵ VILLARROEL FLORES, Matías (2020). “Responsabilidad del Estado por actividad formal lícita: Estado de Catástrofe por Covid-19” disponible en: <https://estadodiaro.com/al-aire/responsabilidad-del-estado-por-actividad-formal-licita-estado-de-catastrofe-por-covid-19/>.

- d) El quebrantamiento de esa igualdad debe causar un daño grave, especial y anormal, en cuanto recae sobre alguno o algunos de los administrados.
- e) Debe existir un nexo causal entre la actividad legítima de la Administración y el daño causado.
- f) El caso concreto no puede ser susceptible de ser encasillado dentro de otro de los regímenes de responsabilidad de la Administración.

Vemos que muchos de los requisitos se cumplen, es decir, estamos ante una serie de medidas lícitas adoptadas por la administración para frenar el avance del Covid-19, en resguardo de la salud de la población. Además, es de público conocimiento que a propósito de las cuarentenas obligatorias que restringieron la libre movilidad de las personas, muchos comercios se vieron afectados hasta el punto de la insolvencia, configurándose un daño derivado de dicha restricción impuesta legalmente por la Administración.

Sin embargo, creemos que es cuestionable si se cumple o no con el requisito de la especialidad del daño, dado que las cuarentenas fueron una medida que afectó a los administrados de forma general, por lo que, en casos como los del comercio, este debió adaptarse a la situación sanitaria imperante, lo que sin lugar a dudas significaron mayores costos y dificultades en la ejecución, pero en ningún caso se trató de una carga impuesta de forma especial a un individuo o grupo de administrados.

Sin perjuicio de lo anterior, nos parece acertado el comentario de los argentinos Pablo Perrino y Juan Carlos Sanguinetti²⁰⁶, al expresar que “Parecería lógico entender que, si bien no serían indemnizables, en principio, los perjuicios generalizados sufridos por la población como consecuencia de dichas medidas (por carecer de especialidad desde una perspectiva cuantitativa), sí deberían ser compensados aquellos daños que, a la luz de las circunstancias particulares del caso, tengan un carácter diferencial, por exceder la cuota de sacrificios que razonablemente impone la vida en sociedad”.

En definitiva, no hay una única o correcta respuesta ante la duda si es posible obtener indemnizaciones de perjuicios en razón de los daños derivados de las medidas adoptadas por la administración para combatir el Covid-19. Desde una mirada general, creemos que no son indemnizables, dado que no se cumple con el requisito de la especialidad, lo que nos lleva a concluir que no existe una ruptura a la igual distribución de las cargas públicas, no obstante, no excluimos la posibilidad de que algún caso al ponderarse en concreto, a la luz de sus circunstancias particulares, se cumpla con este carácter diferencial o especial del daño, por exceder la cuota de sacrificios que razonablemente impone la vida en sociedad al imponerse particularmente a un administrado, o a un grupo de ellos.

²⁰⁶ **PERRINO, Pablo y SANGUINETTI, Juan Carlos.** (julio de 2020), “Responsabilidad del Estado por las medidas adoptadas con motivo de la Pandemia de Covid-19”, Disponible en: <https://abogados.com.ar/responsabilidad-del-estado-por-las-medidas-adoptadas-con-motivo-de-la-pandemia-de-covid-19/26393>.

BIBLIOGRAFÍA

ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel (2009), “Observaciones para una revisión de la Ley de Patrimonio Histórico Español de 1985”, en Revista Patrimonio Cultural y Derecho, n.º 13.

ALVARADO VILLARROEL, María Alejandra. (2010). “La Responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados a usuarios de obras públicas viales concesionadas: análisis dogmático.”

ARANCIBIA MATTAR, Jaime (1999): “Responsabilidad de los gobernantes por daños y perjuicios causados a los gobernados en el Chile indiano. Once casos de jurisprudencia (1552-1798)”, Revista Chilena de Historia del Derecho.

ÁVILA, Santiago. (2015). “Responsabilidad del Estado: aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la Ley 26.944”. 1a ed adaptada. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus.

BARROS BOURIE, Enrique. (2006). “Tratado de Responsabilidad Extracontractual”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

BARROS BOURIE, Enrique. (2010). “Tratado de responsabilidad extracontractual”. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

BERMÚDEZ SOTO, Jorge. (2011). “Derecho Administrativo General”, Segunda Edición Actualizada. Thomson Reuters.

CALDERA DELGADO, Hugo, 1979, “Teoría del Órgano, Estado de Derecho y Responsabilidad del Estado”, Revista de Derecho Público, (25/26).

CALVO ANILLO, Kevin. (2015). *El daño Especial: Una construcción jurisprudencial*, en Revista de Derecho vol.36, No.1.

CARMONA QUINTANA, Esteban. (2016). “La falta de servicio como criterio de imputación respecto de la responsabilidad del Estado administrador.” 1a. edición Chile, Santiago: Tribunal Constitucional, 2016.

CASSAGNE, Juan C., (2011) “Curso de Derecho Administrativo” Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires.

CÉSPEDES MUÑOZ, Carlos. (2018). “El daño lícito reparable y su proyección en el sistema chileno: concepto y naturaleza.” *Ius et Praxis*, 24(1).

CÉSPEDES MUÑOZ, Carlos, (2018) “¿Solo por ley nace la obligación indemnizatoria de derecho público?” notas sobre la indemnización de derecho público desde la perspectiva del ordenamiento español. *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, año 25, número 1.

CORDERO VEGA, Luis. (2004), “*Bases de comprensión de la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de responsabilidad extracontractual de la Administración del Estado*”, en *Revista de Derecho Público* N° 67.

CORDERO VEGA, Luis. (2010). “Introducción”, en *La responsabilidad de la Administración del Estado*, segunda edición. Santiago de Chile: Editorial Abeledo Perrot, Legal Publishing.

CORDERO VEGA, Luis (2011) “Responsabilidad del Estado sin falta. El caso de la ejecución de obras públicas”. *El Mercurio Legal*, 28 de junio de 2013.

CORDERO VEGA, Luis (2012): “Las vacas locas y la responsabilidad del Estado por acto lícito”

CORDERO VEGA, Luis (2015). “Lecciones de Derecho Administrativo”. Segunda edición Thomson Reuters, Santiago de Chile.

CORRAL TALCIANI, Hernán. (2011). “Lecciones de responsabilidad civil extracontractual” Editorial Jurídica de Chile.

COUTASSE, Alberto e ITURRA, Fernando. (1958). “El Caso Fortuito ante el Derecho Civil.” Santiago. Editorial Jurídica de Chile.

DE CUNTO, Aldo. (2006). “La antijuridicidad y la responsabilidad por acto lícito” Lecciones y Ensayos” Nro. 82, Facultad de Derecho UBA, Lexis Nexis.

DELAVEAU SWETT, Rodrigo. (2006). “*La Regulación Expropiatoria en la Experiencia Norteamericana*”, en: Revista chilena de derecho, 33(3), p. 412.

ESGUERRA, Juan Carlos. (1991). “Mecanismos de protección del orden jurídico y de los particulares”. Gaceta constitución 22 de abril 1991 no. 56.

PERRINO, Pablo Esteban. (2006). "*La responsabilidad del Estado ocasionada por el riesgo o vicios de las cosas*", Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, número 1.

FARÍA VILLAREAL, Innes. (2007). "*Daño antijurídico en la responsabilidad sin falta de la Administración pública venezolana*", En Revista de Ciencias Jurídicas Vol.1 no.2.

FERMANDOIS, Arturo. (2005). "*Inaplicabilidad de la Ley de monumentos nacionales: hacia la inconstitucionalidad de la expropiación regulatoria en Chile*" en libro Sentencias destacadas, Editorial Libertad y Desarrollo.

FERNÁNDEZ FARRERES, Fernando. (2008). "*Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y títulos de imputación del daño Seminario, Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Locales*", Fundación Democracia y Gobierno Local, Tenerife, Universidad Complutense de Madrid.

FIAMMA OLIVARES, Gustavo. (1989). "*La acción constitucional de responsabilidad y la responsabilidad por falta de servicio*". En Revista Chilena de Derecho Vol.16 N°2.

FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo. (2011). “*Hechos que alteran o eximen de responsabilidad*” en “Curso de Derecho Civil”, Tomo IV. Materiales para clases activas. 1ª Edición.

HARRIS MOYA, Pedro. (2021). “*Por un reconocimiento constitucional de la responsabilidad por actos lícitos en el derecho chileno*” En: Revista CES Derecho. Vol. 12, No. 2.

HUEPE ARTIGAS, Fabián. (2006). “*Responsabilidad del Estado, falta de Servicio y Responsabilidad Objetiva en su Actividad Administrativa*”. Santiago de Chile: Editorial Lexis Nexis.

LAGOS NARVÁEZ, Patricio. (1990). “*La Responsabilidad Objetiva, Doctrina, Legislación, Jurisprudencia*”, PACSED Editores, Santiago, Chile.

LIZCANO OROZCO, Rosana. (2012) “*Daño especial: Reflexiones sobre su autonomía como uno de los fundamentos de la responsabilidad objetiva*”, en Revista Dixi vol. 14, no.15.

MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos. (2004). “*La Responsabilidad Patrimonial del Estado*”, primera edición. México, Editorial Porrúa.

MICELI Thomas J. y SEGERSON, Kathleen "*Regulatory Takings: When Should Compensation Be Paid?*", en *The Journal of Legal Studies* 23, no. 2 (Jun. 1994): pp. 749-776.

MUÑOZ LEÓN, Fernando. (2016). "*El uso de gases lacrimógenos en Chile: normativa internacional y nacional vigente y jurisprudencia reciente*". *Estudios constitucionales*, 14.

NAVIA ARROYO, Felipe. (2000). "*La responsabilidad extracontractual de estado a la luz del art 90 de la Constitución Política*" *Revista de Derecho Privado* N°6.

OELCKERS CAMUS, Osvaldo. (1987). "*Fundamentos indemnizatorios en razón del acto administrativo lícito que causa daño en el patrimonio del administrado*". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 11.

OSORIO MORAND, Amelia. (2021). "*Análisis crítico de la protección legal del patrimonio arquitectónico urbano en Chile*". Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile.

PIERRY ARRAU, Pedro. (1975). “*la responsabilidad extracontractual del estado por falta de servicio*” Adaptación de artículos por el mismo autor en Revista de Ciencias Jurídicas N° 5, Valparaíso. Anuario de Derecho Administrativo N° 1 Universidad de Chile, Santiago 1975-1976. Ediciones Revista de Derecho Público. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCII N° 2 Mayo-Agosto 1995. Revista de Derecho Público Universidad de Chile N° 59.

PIERRY ARRAU, Pedro. (1995). “*Algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual del Estado por faltade Servicio*”. En RDJ, Tomo XCII, N° 2, Revista de Derecho Público, N° 59.

PIERRY ARRAU, Pedro. (2004). “*¿Es objetiva la responsabilidad del Estado? Estado actual de la Jurisprudencia*”, Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado, número 11.

PINILLA RODRÍGUEZ, Francisco. (2005). “*La Antijuridicidad en el régimen general de responsabilidad patrimonial de la Administración en España, Características esenciales y su función en la lesión resarcible*”. En Revista de derecho del Consejo de Defensa del Estado, Santiago, N°13.

PISANO RODRÍGUEZ, Juan. (2002). "*Responsabilidad del Estado Uruguayo por acto o hecho de la Administración*", Revista Ius Publicum, número 8.

PONCE DE LEÓN SOLÍS, Viviana. (2015). "*La noción de carga pública y su función en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno*". Revista chilena de derecho, N°42.

PRADO, SANTIAGO A. y, T. (2017). "Principios elementales de derecho administrativo chileno: adaptados a la enseñanza del ramo en el Instituto Nacional".

QUEZADA, Flavio. (2020). "Responsabilidad del Estado por mutilaciones oculares. La reciente jurisprudencia de la Corte Suprema."

QUINTANILLA PÉREZ, Álvaro. (2000). "*¿Responsabilidad del Estado para actos lícitos?*", en Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, N° 1.

QUINTANILLA PÉREZ, Álvaro. (2004) "*Corte Suprema en caso Lolco: no hay responsabilidad estatal por actos lícitos. El ocaso de la doctrina Galletué*", Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado, número 12.

ROMÁN CORDERO, Cristian. (2005). “*Responsabilidad Patrimonial de la Administración del Estado y de su Concesionario Vial, frente al Usuario Lesionado*”, en XXXV Jornada de Derecho Público. “El Derecho público Chileno ante la globalización”, Universidad Católica de Valparaíso.

ROMAN CORDERO, Cristián. (2009). “*Pasado, presente y futuro de la responsabilidad patrimonial de la Administración del estado en Chile*”. Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo. Universidad Nacional Autónoma de México.

ROMÁN CORDERO, Cristian. (2010). “*Bernardito Bravo con Fisco de Chile. Apuntes sobre la evolución histórica de la responsabilidad patrimonial de la Administración del estado de Chile*”. Revista Chilena de Historia del Derecho, (22).

ROMÁN CORDERO, Cristian, (2012) “*Responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado en Chile: 150 años de doctrina*”. en Rolando Pantoja (editor), Derecho administrativo: 150 años de doctrina, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

ROPERT FUENTES, Rodrigo. (2003).” La conservación del patrimonio urbano en el ordenamiento jurídico chileno”, Revista de Derecho Ambiental, Año I, N°1, dic. 2003.

SANDRONE ALBERTO, Mariano. (2018). “*La limitación de la reparación en la responsabilidad extracontractual del estado por actos lícitos.*”

SOTO KLOSS, Eduardo. (2008). “*La responsabilidad del estado-administrador es objetiva*”, en Derecho Administrativo. 120 años de Cátedra. Santiago, Chile: Editorial Jurídica.

SOTO KLOSS, Eduardo. (2012). “*Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*” (3a. edición). Abeledo-Thomson Reuters. Santiago de Chile.

SZCZARANSKI CERDA, Clara. (2003). “*Responsabilidad extracontractual del Estado*”. En Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, N° 8.

TALE, Camilo. (2006). “*El concepto de antijuridicidad*”, ED 111 899 y ss., en DE CUNTO, Aldo “La antijuridicidad y la responsabilidad por acto lícito” Lecciones y Ensayos” Nro. 82, Facultad de Derecho UBA, Lexis Nexis.

VALDIVIA, José Miguel. (2004). “*La responsabilidad de la Administración del estado en Francia.*”. En Marín González, Juan Carlos (compilación y estudio introductorio). La responsabilidad patrimonial del Estado. Ciudad de México: Editorial Porrúa-Itam.

VALDIVIA, José Miguel. (2018). “*Manual de derecho administrativo*”. Editorial Tirant Lo Blanch. 1ª Edición.

VELASCO SUÁREZ, Diego, (2014). “*Fundamentos de la responsabilidad del Estado y del funcionario*” en Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo.

ZAPATA GARCÍA, Pedro A. (2018). “*Fundamentos, límites y convergencias de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Una lectura unificada de la responsabilidad contractual y extracontractual administrativa*”, Tesis en Opción al grado de Doctor en Derecho, Universidad de Barcelona, Barcelona.