



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

SAQUEOS Y RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.

ANÁLISIS PARTICULAR SOBRE EL PROCEDER DEL GOBIERNO DE CHILE
EN EL TERREMOTO DE 27 DE FEBRERO DE 2010.

ANTONIA SCHNEIDER BRANDES

MEMORIA PARA OPTAR AL TÍTULO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

PROFESOR GUÍA: AUGUSTO QUINTANA BENAVIDES

SANTIAGO DE CHILE

2015.

A mi abuelo.

INDICE

| | |
|--|----|
| RESUMEN..... | 9 |
| I. INTRODUCCIÓN | 10 |
| II. REGULACIÓN DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN CONSTITUCIONAL...14 | |
| 1. Terremoto en Chile | 14 |
| 1.1. 27 de febrero de 2010 | 17 |
| 1.2. El caso saqueos | 18 |
| 2. Derechos Fundamentales | 21 |
| 3. Fuentes de la regulación aplicable en situaciones de emergencia. | 27 |
| 3.1. Constitución Política de la República de 1980 | 27 |
| 3.2. Ley N°18.415, Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción, publicada en el Diario Oficial el 14 de junio de 1985 | 28 |
| 3.3. Título I de la Ley N° 16.282 que Fija las Normas Permanentes para Casos de Sismos o Catástrofes, cuyo texto Refundido Coordinado y Sistematizado, fue fijado por el Decreto 104 de 1977 emitido por el Ministerio del Interior. | |

| | | |
|--------|--|----|
| 3.4. | Ley N° 20.444, publicada en el Diario Oficial el 28 de mayo de 2010, que crea el Fondo Nacional de Reconstrucción y Establece Mecanismos de Incentivo Tributario a las Donaciones efectuadas en Caso de Catástrofe. | 31 |
| 3.5. | Decreto Supremo N° 156 de 2002, que Aprueba el Plan Nacional de Protección Civil emitido por el Ministerio del Interior, y Deroga Decreto Supremo de Interior N° 155, de 1977 que aprobó el Plan Nacional de Emergencia..... | 32 |
| 4. | Constitución Política de la República de 1980 y Ley N°18.415 Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción | 34 |
| 4.1. | Los Estados de Excepción | 34 |
| 4.1.1. | Antecedentes Históricos, Constitución Política de la República y Doctrina Nacional. | 34 |
| 4.2. | Tipos de estados de excepción constitucional..... | 46 |
| 4.2.1. | Estado de Asamblea..... | 46 |
| 4.2.2. | Estado de Sitio..... | 48 |
| 4.2.3. | Estado de Emergencia..... | 48 |
| 4.2.4. | Estado de Catástrofe | 50 |
| 5. | Ley N° 16.282 sobre Disposiciones Permanentes para Casos de Sismos o Catástrofes..... | 53 |

| | |
|---|-----|
| III. LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO COMO SUJETO ACTIVO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO | 67 |
| 1. Gobierno | 68 |
| 1.1. Antecedentes históricos. | 68 |
| 1.2. Desarrollo Europeo | 71 |
| 1.3. Desarrollo Norteamericano y la Separación de Poderes. | 74 |
| 2. Presidencialismo | 78 |
| 2.1. Características | 78 |
| 2.2. Presidencialismo en Chile | 79 |
| 3. La Administración del Estado en Chile | 85 |
| 3.1. Potestades de la Administración | 88 |
| 3.2. Potestades exclusivas del Presidente de la República | 92 |
| 4. Discrecionalidad | 97 |
| 4.1. Discrecionalidad administrativa en la doctrina | 103 |
| 4.1.1. Doctrina Tradicional | 104 |
| 4.1.1.1. Diferenciación con arbitrariedad | 105 |
| 4.1.1.2. Control de la Discrecionalidad | 108 |
| 4.1.2. Doctrina Moderna | 110 |
| 4.1.2.1. Control de la Discrecionalidad | 111 |

| | | |
|--------|---|-----|
| 4.2. | El rol de la discrecionalidad en relación a las decisiones tomadas luego del terremoto de 27 de febrero de 2010 | 113 |
| 4.2.1. | Según la visión tradicional. | 115 |
| 4.2.2. | Según la visión moderna | 116 |

IV. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y EL TERREMOTO DEL 27/F:
 ENTRE LA DISCRECIONALIDAD, LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN Y LOS
 DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS VÍCTIMAS 118

| | | |
|--------|---|-----|
| 1. | Responsabilidad del Estado | 119 |
| 1.1. | Jurisprudencia y Normativización de la Responsabilidad del Estado. | 120 |
| 1.1.1. | Benjamín Abalos con Fisco, sobre cobro de perjuicios. | 121 |
| 1.1.2. | Sociedad Fuchs y Plath con Fisco | 122 |
| 1.2. | Regulación de la Responsabilidad del Estado | 123 |
| 1.2.1. | Artículo 38 inciso 2º de la Constitución Política 124 | |
| 1.2.2. | Ley Nº 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, artículos 4 y 42 respectivamente 125 | |
| 1.2.3. | Decreto con Fuerza de Ley Nº 1, de 9 de mayo de 2006, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Nº 18.690, | |

Orgánica Constitucional de Municipalidades, artículo 142
126

1.2.4. Código Civil, Artículo 2314, Título XXXV, Libro IV126

| | | |
|--------|--|-----|
| 1.3. | Régimen de Responsabilidad del Estado en Chile | 127 |
| 1.3.1 | Responsabilidad Objetiva | 130 |
| 1.3.2. | Responsabilidad Subjetiva por Falta de Servicio | 134 |
| 2 | La Administración frente a los sucesos del 27 de febrero de 2010 | 138 |
| 2.1 | Decreto Exento N° 760, de 25 de Febrero de 2010 | 140 |
| 2.2 | Decreto Supremo N° 150, Ministerio del Interior, promulgado el 27 de febrero de 2010 | 141 |
| 2.3 | Decreto Supremo N° 152 y Decreto Supremo N° 153, Ministerio del Interior, promulgados el 28 de febrero de 2010 | 143 |
| 2.4 | Proceder de la Administración frente al terremoto de 1° de abril de 2014 | 144 |
| 3 | Sentencia de la causa Rol N° 8129-2010, del Tercer Juzgado Civil de Concepción | 149 |
| 3.1 | El voto de minoría | 152 |
| 3.2 | Análisis de la Sentencia | 155 |
| 4 | La concurrencia de la Responsabilidad | 159 |
| 4.1 | Concurrencia de la responsabilidad según la teoría objetiva | 165 |
| 4.1.1 | Daño | 166 |
| 4.1.2 | Vínculo causal | 166 |

| | | |
|-------|---|-----|
| 4.2 | Concurrencia de la responsabilidad según la Falta de Servicio | 167 |
| 4.2.1 | Un daño | 168 |
| 4.2.2 | Vínculo causal | 168 |
| 4.2.3 | Acto de un órgano de la Administración | 168 |
| V. | CONCLUSIÓN | 170 |
| VI. | BIBLIOGRAFÍA | 173 |

RESUMEN

El presente trabajo analiza la responsabilidad de la Administración del Estado con motivo de los perjuicios sufridos por quienes fueron víctimas de saqueos de sus locales comerciales, ocurridos como resultado del terremoto de 27 de febrero de 2010 y las demandas interpuestas en razón de lo mismo. Para poder determinar lo anterior, se optó por un análisis de normas constitucionales y administrativas, de investigaciones realizadas con motivo del esclarecimiento de los sucesos posteriores al sismo y doctrina y jurisprudencia aplicable al caso.

La investigación arrojó que, en este caso, efectivamente se configuró la responsabilidad de la Administración del Estado producto de la cuestionable aplicación de las herramientas legales disponibles para hacer frente a la catástrofe natural y las consecuencias derivadas de ella.

I.INTRODUCCIÓN

El día 27 de febrero de 2010 tuvo lugar el terremoto más fuerte que ha azotado a nuestro país en años, el que tuvo una serie de repercusiones en la población que habitaba las zonas afectadas, derivadas tanto del fenómeno natural en sí, como de actos asociados a terceras personas que, aprovechándose de la situación de vulnerabilidad, saquearon locales comerciales en las zonas más afectadas

Producto de lo anterior, se interpusieron una serie de demandas de responsabilidad del Estado en contra del Fisco de Chile¹, acusando a la Administración del Estado de notoria falta de servicio, por no declarar el estado de excepción de catástrofe por calamidad pública y disponer de forma inmediata la intervención de las Fuerzas Armadas en vista de los sucesos acaecidos solo horas después de la catástrofe. A pesar de los argumentos planteados por los actores, las demandas relativas a los saqueos fueron

¹ Primer Juzgado de Letras en lo Civil de Concepción. Aravena con Fisco. (Rol N° 8093-2010).

rechazadas en sus diversas instancias, sosteniendo así la irresponsabilidad de la Administración, fundándose en motivos de diversa índole.

En el caso, se estudiará una sentencia² que refuta la acción interpuesta por un grupo de locatarios de San Pedro de La Paz, la que es rechazada en todas sus instancias, y cuya sentencia de la Corte Suprema resulta particularmente interesante. El fallo en cuestión se remite a la Ley N° 16.282 sobre disposiciones permanentes para casos de Sismos o Catástrofes, en particular analizan si dicha norma permite o no la actuación de las Fuerza Armadas sin declaración previa de estado de excepción constitucional por catástrofe, si, por otra parte, las Fuerzas Armadas están habilitadas para resguardar el orden público en virtud de la Ley N° 16.282 y las implicancias de su intervención, habiendo cuenta que dicha ley faculta al Presidente de la República para declarar zonas como afectadas por catástrofes, y disponer de la colaboración de empleados públicos, instituciones públicas y de las Fuerzas Armadas y de Carabineros.

Por otra parte, se examinará la posibilidad de declarar el estado de excepción consagrado en la Ley N° 18.415, Orgánica Constitucional de los

² Tercer Juzgado de Letras de Concepción. Campos Herrera, Rebeca Patricia con Fisco de Chile de 31 de octubre de 2012, (Rol N° 8129-2010).

Estados de Excepción, dictado en virtud del Decreto Supremo N° 153 de 28 de febrero de 2010, el que sin embargo no se dictó el mismo día del terremoto, lo que según los demandantes constituiría el elemento central de la falta de servicio alegada por los actores, argumentando que la oportunidad en que se dispuso la intervención de las Fuerzas Armadas fue tardía, las que podrían haber actuado, según la actora, tanto al amparo de la Ley N° 16.282 como de la Ley N° 18.415.

El rechazo por parte de la Corte Suprema de la responsabilidad del Estado, hace que nos preguntemos si acaso resulta posible identificar elementos normativos que den paso a la presencia de responsabilidad del Estado producto de las acciones realizadas por la Administración, o la falta de éstas, las que no limitaron el actuar de los saqueadores. Así pues, los objetivos de este trabajo serán definir las normas y los hechos que justifiquen la concurrencia de la responsabilidad del Estado, para lo cual, se revisará la doctrina y jurisprudencia pertinente, pretendiendo dar una respuesta certera a la interrogante planteada.

En relación a lo anterior, la hipótesis que se trabajará a lo largo de ésta investigación se basa en qué hechos efectivamente se verifican la responsabilidad de la Administración del Estado, fundada en la falta de

aplicación de las medidas disponibles para resguardar adecuadamente la seguridad de la población, todo lo cual derivó en la posibilidad de acción irrestricta de los saqueadores, sin limitación alguna, originando los perjuicios sufridos por quienes se vieron afectados por los saqueos previamente mencionados.

II.REGULACIÓN DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN CONSTITUCIONAL

1. Terremoto en Chile

La delgada y extensa franja que es Chile implica que éste sea uno de los países con mayor diversidad geográfica del mundo, desde los áridos desiertos nortinos a los bosques nativos patagónicos, entre cordillera y mar, elementos geográficos que determinan una diversidad climática que ha forjado la historia de nuestro país. Sin embargo, esta diversidad no solamente implica paisajes hermosos. Nuestra ubicación y extensión territorial es sinónimo de una importante concentración de fenómenos naturales tales como erupciones volcánicas, sismos y tsunamis.

El primer fenómeno natural es producto de la gran concentración de volcanes en el territorio nacional. El cordón andino chileno concentra el 15% de

los volcanes activos del mundo, siendo en total más de 2000 volcanes, de los cuales cerca de 80 se consideran geológicamente activos³.

El territorio nacional concentra la mayor actividad sísmica del mundo. El 25% de la energía liberada en el último siglo, corresponde a movimientos telúricos ocurridos en Chile. Lo anterior se debe al emplazamiento de nuestro país, el que se encuentra ubicado sobre la placa Sudamericana, cuyo borde occidental converge con las placas de Nazca y Americana, con las cuales genera zonas de subducción. Por otro lado, la placa de Scotia se desliza de manera horizontal respecto de la placa Sudamericana, todos elementos que generan una deformación del continente Sudamericano, produciendo así terremotos a lo largo de nuestro país, siendo más intensa la sismicidad en la zona centro norte

³ Entre estos encontramos el volcán Chaitén, ubicado a 10 km. de la ciudad del mismo nombre, en la provincia de Palena, en la X región de Los Lagos, además del cordón Caulle – volcán Puyehue, en la XIV Región de Los Ríos, a 80 km. al este de la ciudad de Osorno. El volcán Chaitén fue el protagonista de una gran erupción en mayo de 2008, oportunidad en la cual la lava y cenizas expelidas por el volcán Chaitén cubrieron por completo la localidad del mismo nombre, situada a 10 km del volcán. Las cenizas expelidas por el volcán alcanzaron la costa atlántica, aislando el área de influencia del volcán durante varios meses, provocando la cancelación de vuelos comerciales, además de la dificultad de transporte general para la zona, a lo que se sumaron los daños producidos a la industria agropecuaria chilena y argentina. En el caso del cordón Caulle – volcán Puyehue, su última erupción fue el año 2011, emitiendo cien millones de toneladas de ceniza, la que, producto de los fuertes vientos, afectaron no solo a Chile, sino que llegaron hasta Argentina, Uruguay, Brasil, Sudáfrica, Australia y Nueva Zelanda. Por otro lado, las cenizas cubrieron ríos, lagos y suelo, matando así la flora y fauna del lugar e inhabilitando vías de acceso y comunicaciones. Lo anterior según lo expuesto en http://www.sismologia.cl/pdf/difusion/001_terremotos_y_sismicidad_chile.pdf [consulta: 2 marzo 2015].

debido a la velocidad de convergencia de las placas de Nazca y Sudamericana⁴.

El terremoto de mayor envergadura del cual se tiene registro en Chile, ocurrió en Valdivia el año 1960, y alcanzó un total de 9,6 grados en la escala de Richter, dejando a su paso daños de diversa envergadura tales como, 2.000.000 damnificados, 45.000 viviendas destruidas y 6.000 víctimas fatales, entre otros⁵. Por su parte, el sur de nuestro país se vio afectado nuevamente por un terremoto, el día 27 de febrero de 2010, en la ciudad de Concepción. A las 3:34 de la madrugada, se produjo un sismo de magnitud 8,8 en la escala de Richter, con 30 Km de profundidad, fenómeno que fue seguido de un tsunami que afectó varias localidades costeras de las regiones del Maule y Bio Bío, causando estragos en la zona⁶. El último gran sismo se produjo en el norte de Chile, entre las regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá y Antofagasta, en abril de 2014, cuya magnitud en la escala de Richter llegó a los 8,2 grados.

⁴ CENTRO SISMOLÓGICO NACIONAL. Sismicidad y terremotos en Chile [en línea] http://www.sismologia.cl/pdf/difusion/001_terremotos_y_sismicidad_chile.pdf [consulta: 2 marzo 2015].

⁵ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, GOBIERNO DE CHILE. 2013. La Reconstrucción de Chile. Colección Memoria Presidencia. Presidencia de la República de Chile. P.33.

⁶ Sismicidad y terremotos en Chile, Ob. cit.

1.1.27 de febrero de 2010

El terremoto de 27 de febrero de 2010 afectó principalmente las regiones de Valparaíso, Metropolitana, O'Higgins, Bio Bío y La Araucanía, en las cuales habitan más del 13 millones de personas, constituyendo cerca del 80% de la población total del país⁷, y cuyos efectos principales fueron los siguientes⁸:

- 551 víctimas fatales;
- 56 presuntas desgracias;
- 222.000 viviendas destruidas o dañadas;
- 79 hospitales dañados;
- Se perdieron 4.249 de las 19.439 camas existentes en los hospitales de las zonas afectadas, y 167 de 439 pabellones. En la Región del Maule, los daños equivalen al 50% y 54 % de las camas y pabellones, respectivamente;
- 6.168 de 8.326 establecimientos educacionales dañados, lo que afectó a más de 2.950.671 alumnos;
- 211 puentes destruidos o dañados;

⁷ Cámara de Diputados de Chile, Informe de la Comisión Especial Investigadora del Estado de la Institucionalidad en relación a su Capacidad de Respuesta frente a Desastres Naturales, emitido el 28 de septiembre de 2010. P. 3. Disponible en: http://www.camara.cl/trabajamos/comision_informesComision.aspx?prmID=643

⁸ La Reconstrucción de Chile. Ob. cit. P. 33 y 57.

- Más de 900 pueblos y comunidades rurales y costeras afectadas, equivalentes a cerca de 100 veces el daño producido en el desastre de Chaitén y el terremoto de Tocopilla;
- 430 millones de dólares de pérdidas en la industria del vino.
- El costo estimado de las pérdidas del país ascendió a 29 mil 663 millones de dólares equivalentes al 18% del PIB del año 2009.

1.2. El caso saqueos

Los daños mencionados en el apartado anterior no fueron los únicos perjuicios que sufrieron los afectados por el terremoto, sino que en algunas localidades del sur de Chile se perpetraron saqueos de diversa índole, perjudicando así a una serie de empresarios que vieron como sus locales comerciales sufrieron no solo los estragos propios del movimiento telúrico, sino que además tuvieron que observar como hordas de personas ingresaban en ellos y sacaban objetos lejanos a ser considerados como de primera necesidad, tales como, televisores, refrigeradores y lavadoras entre muchos otros⁹⁻¹⁰.

⁹ Se expone lo anterior en el siguiente video, en cuyo minuto 4:03, se ve a un individuo extrayendo una lavadora del supermercado Líder de Concepción: <https://www.youtube.com/watch?v=42bh1-jFQVA>

¹⁰ Expone el Centro de Investigación Periodística en su reportaje “Saqueadores: Ladrones de ocasión”, que los saqueos se produjeron el mismo 27 de febrero desde

Con motivo de lo anterior, un grupo de locatarios de la comuna de San Pedro de La Paz, decidieron interponer una demanda por responsabilidad del Estado¹¹, fundando la misma en la falta de servicio de la Administración, por no haber solicitado la inmediata intervención de las Fuerzas Armadas. Alegan los demandantes que, tomando en consideración el estado en el cual se encontraba las zonas afectadas, la autoridad debió decretar la inmediata intervención de las Fuerzas Armadas, hecho que podría haberse realizado fundado en las normas constitucionales sobre estados de excepción expuestas en los artículos 39 y siguientes de la Constitución Política de la República, o según lo dispuesto en el Título I de la Ley N° 16.282 que Fija las Normas Permanentes para Casos de Sismos o Catástrofes, cuyo texto Refundido Coordinado y Sistematizado, fue fijado por el Decreto N° 104 de 1977 emitido por el Ministerio del Interior. Fundan la demanda en la oportunidad en la que las autoridades dispusieron la intervención de las Fuerzas Armadas, lo que se

las 11:00 am, en la localidad de Palomares, cuando sin los servicios básicos de luz y agua y sin noticias sobre lo ocurrido en el resto del país, se empezó a mencionar que las empresas de alimentos iban a regalar sus productos con motivo de la falta de luz, por cuanto los alimentos perecibles se podrían descomponer. Esto fue parcialmente cierto en algunas partes, en las cuales los locatarios autorizaron a la extracción de mercadería, sin embargo, la reacción generalizada no fue la de abrir las puertas a toda la población. Otra de las excusas que se escuchaban como justificación para la extracción de mercancía, era que los locales estaban asegurados, por lo cual no afectaba que se llevasen cualquier cosa, incluso lavadoras o autos de juguete. [En línea] <http://ciperchile.cl/2010/06/29/saqueadores-ladrones-de-ocasion/> [consulta: 19 diciembre 2014].

¹¹ Tercer Juzgado de Letras de Concepción. “Campos Herrera, Rebeca Patricia con Fisco de Chile” de 31 de octubre de 2012, (Rol N° 8129-2010).

tradujo en el cumplimiento deficiente y tardío de resguardar el orden público. Para esto los actores sustentan su demanda en la omisión del Decreto Supremo N° 150 del Ministerio del Interior, dictado el mismo 27 de febrero, que no solicitó la intervención inmediata de las Fuerzas Armadas, y al mismo tiempo no declaró el estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública, siendo dictado posteriormente por medio de los Decretos Supremos N° 152 y N° 153 de 28 de febrero de 2010, emitido por el Ministerio del Interior, entrando en vigor el día 1 de marzo del mismo año, convocando así efectivamente a las Fuerzas Armadas.

En relación a lo anterior, y considerando la decisión desfavorable para los demandantes, nos preguntamos si le era posible a la Administración del Estado actuar de manera distinta, y en tal caso, podría dicha actuación haber significado una protección más adecuada para los afectados por los saqueos y, en definitiva, la falta de acción oportuna puede configurar la responsabilidad del Estado que alegan los afectados, todo lo cual se pretende responder a lo largo de este trabajo.

2. Derechos Fundamentales

Para poder realizar un análisis adecuado de las posibilidades que tenía la Administración para prevenir los saqueos ocurridos el 27 de febrero, debemos partir enunciando la importancia de los derechos fundamentales y su necesario resguardo por parte de la autoridad. Primero que todo, estos derechos son inherentes a la dignidad de la persona, constituyen elementos propios del ser humano, que por el solo hecho de ser tal puede ejercerlos y, cuya relevancia deriva de que sin éstos, el ser humano difícilmente podría desarrollar una vida pacífica en comunidad. En razón de esto, los Estados han plasmado los Derechos Fundamentales en su legislación, deviniendo así en preceptos obligatorios tanto para quien los ejerce como para quienes deben respetarlos y asegurarlos. Sostiene la doctrina, que estos derechos “son *innatos o congénitos*, porque se nace con ellos; son *universales*, en cuanto se extienden a todo el género humano, en todo tiempo y lugar; son *absolutos*, porque ese respeto puede reclamarse indeterminadamente a cualquier persona o autoridad o a la comunidad entera, lo que los distingue de los derechos relativos, como los emanados de las relaciones contractuales, que sólo pueden exigirse de quienes hayan contraído la

obligación correspondiente; de ahí que concluya que “son necesarios, inalienables, inviolables e imprescriptibles.”¹²

En Chile estos derechos se reconocen en el artículo 19 de la Constitución Política de la República de 1980, enumeración que contempla diversos derechos, tales como el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas, la igualdad ante la ley, el derecho de asociación, el derecho de reunión, el derecho a la libre actividad económica y libre adquisición de bienes y el derecho de propiedad, entre otros.

En virtud del fortaleciendo de las mencionadas garantías constitucionales, el Estado chileno, por medio del Decreto N° 778 de 1989¹³. Este Pacto sostiene que cada Estado parte se comprometerá a respetar y garantizar, a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el mencionado Acuerdo, sin distinción alguna en relación a la raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier

¹² VERDUGO, M.; PFEFFER, E. en VERDUGO, M.; PFEFFER, E. NOGUEIRA, H. Derecho Constitucional. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. Segunda edición. 2005, Tomo I, P.193.

¹³ Decreto N° 778 de 1989, que promulgó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas por la Resolución N°2.200, el 16 de diciembre de 1966 y suscrito por Chile en esa misma fecha

otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición social¹⁴.

La legislación de un país tiene como objeto proporcionar un marco legal, que permita el normal desenvolvimiento de la vida en comunidad de sus habitantes. Existen situaciones, sin embargo, cuya naturaleza obliga a la suspensión de ciertos derechos, en beneficio del bien común, que escapan de la vida cotidiana, y que requieren de una regulación transitoria especial. En atención a lo anterior, resulta relevante determinar bajo qué circunstancias podría el Estado, de acuerdo a derecho, limitar el ejercicio de las garantías resguardadas en la Carta Fundamental. En relación a esto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dispone en su artículo 4 lo siguiente: “En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen

¹⁴ Decreto N° 778, Ministerio de Relaciones Exteriores. Promulga el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas por Resolución N°2.200, el 16 de diciembre de 1966 y suscrito por Chile en esa misma fecha. Publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1989. Parte II artículo 2.

discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.”

Por otro lado, nuestra Constitución consagra la posibilidad de limitar el ejercicio de los derechos fundamentales que la misma resguarda, tal como se expone en los artículos 1 inciso 4º, 5 inciso 2º, 19 N°26 y 39. El primero de los artículos mencionados expone lo siguiente: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.” Según lo anterior, entendemos que el Estado deberá velar por el desarrollo íntegro de sus habitantes, considerando para esto, la necesidad de contribuir a la creación de las condiciones propicias en razón de lo cual puede entenderse la necesidad de restringir ciertos derechos respecto de otros de mayor preponderancia para el caso en concreto, en aquellos casos en los cuales dicha limitación se justifique, considerando siempre que la misma va siempre en pos de un bien superior respetando, en la medida de lo posible, a los derechos y garantías constitucionales. Por otro lado, el artículo 5 expone en su inciso 2º, la limitación impuesta al Estado con motivo del respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, considerando que

los estados en los cuales se mueve el ser humano no son absolutos, y que las variables sociales pueden derivar en un sinnúmero de hechos que limiten los derechos de la ciudadanía, será posible para el Estado restringir determinados derechos cuando de ello devenga un bien superior, hecho que deberá estar siempre justificado en la necesidad de la medida para la debida protección de un derecho de mayor entidad.

Una tercera referencia a la posibilidad de limitar los derechos de los ciudadanos la encontramos en el artículo 19 N°26 de la Constitución, según el cual, “[L]a seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.” Por último, el artículo 39 de nuestra Constitución contempla una nueva posibilidad de limitación del ejercicio de los derechos y garantías asegurados por ella en relación a la dictación de los estados de excepción, en cuyo caso, con motivo de circunstancias particulares, será posible limitar derechos constitucionales específicos según será del estado de excepción de que se trate. Dispone el mencionado artículo, que “el ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución asegura a todas las personas sólo puede ser afectado bajo las siguientes situaciones de excepción: guerra externa o interna,

conmoción interior, emergencia y calamidad pública, cuando afecten gravemente el normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado.”

Habiendo mencionado lo anterior, y dejando en claro que existen determinadas posibilidades de delimitar los derechos y garantías constitucionales expuestos previamente, resulta necesario identificar bajo qué circunstancias es posible realizar dicha regulación, lo que en el caso que nos convoca, puede darse especialmente por medio de la dictación de los estados de excepción consagrados en los artículos 39 y siguientes de la Constitución Política de la República, y que resultan particularmente atinentes al caso. Sin embargo, no podemos obviar las restantes posibilidades de restricciones expuestas previamente, por cuanto la Administración del Estado no podrá declarar un estado de excepción particular sin la concurrencia de los presupuestos necesarios para su dictación. Ahora bien, la regulación de los estados de excepción constitucional, se contiene en los artículos 39 y siguientes de la Constitución y en la Ley N° 18.415, Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción dictada en 1985. Uno de los motivos habilitantes para la declaración de alguno de los mencionados estados, es la concurrencia de una catástrofe natural que altere el orden social de tal manera que la limitación de garantías constitucionales sea necesaria para evitar un daño mayor a la población afectada, velando por el bien superior de la comunidad.

3. Fuentes de la regulación aplicable en situaciones de emergencia

Uno de los motivos que justifica la limitación de los derechos fundamentales es la concurrencia de situaciones de emergencia, en atención a lo cual el legislador nacional ha debido hacerse cargo de las posibles catástrofes naturales que puedan poner en riesgo el equilibrio de la nación, velando por el cumplimiento de los deberes de protección de la población, de la familia y el resguardo de la seguridad nacional. Así se ha plasmado a lo largo de las Constituciones Políticas de Chile, otorgando facultades al Ejecutivo, en orden a enfrentar posibles situaciones críticas que pudiesen afectar el normal funcionamiento del país¹⁵, estando constituidas por las posibilidades expuestas a continuación.

3.1. Constitución Política de la República de 1980

¹⁵ Así se expone en el Reglamento Constitucional de 1812 y las Constituciones Políticas de la República de Chile de 1822 y 1833, entre otros, se observan dichas facultades en los artículos 121 y 82 respectivamente.

La Carta Fundamental establece, específicamente en sus artículo 39 a 41 inclusive, la posibilidad de declarar determinados estados de excepción para casos particulares enumerados en la norma, los cuales constituyen una posibilidad de limitación al ejercicio de los derechos y garantías asegurados por la Carta Fundamental. Estos estados de excepción, son los de asamblea, de sitio, de emergencia y de catástrofe, todos los cuales tienen presupuestos distintos para su dictación y limitaciones de diversa índole, que se analizarán en el debido momento.

3.2. Ley Nº18.415, Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción, publicada en el Diario Oficial el 14 de junio de 1985

Esta ley establece en su artículo 1 que la única posibilidad de limitar el ejercicio de los derechos y garantías asegurados por la Constitución Política será en las situaciones autorizadas por la ley y siempre que se encuentren vigentes los estados de excepción que ella establece. La norma regula el procedimiento específico para la declaración de cada uno de los estados de excepción consagrados en la Carta Fundamental, procedimiento al cual deberá sujetarse el Presidente de la República y todos quienes estén involucrados en su dictación.

En relación a esto, en la sentencia del control de constitucionalidad preventivo ejercido por el Tribunal Constitucional en relación a la Ley N° 18.415, se expreso la diferencia existente entre los vocablos “suspender” y “restringir”. Entiende dicha sentencia, que “será posible distinguir en la aplicación de la ley lo que sean “restricciones” a una determinada garantía constitucional por limitarse a “circunscribir o reducir a menos limites” temporalmente el ejercicio de un determinado derecho amparado por esa garantía, y la “suspensión” de ese determinado derecho al impedirse temporalmente su ejercicio, o al dejar temporalmente sin vigor todos los derechos contenidos en esa garantía.¹⁶” Se entiende, que “habrá suspensión no sólo cuando se impida del todo temporalmente el ejercicio de la garantía constitucional misma, sino también en aquellos casos en los cuales se impida temporalmente del todo el ejercicio de un determinado derecho amparado por esa garantía.”¹⁷

Según lo expuesto, entendemos que el vocablo “limitar” se refiere a la concepción genérica de los efectos producidos por los estados de excepción, mientras que la suspensión o restricción tiene cada uno significados específicos

¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional, de 7 de julio de 1985 (Rol N° 29), considerando 7°, relativo al proyecto de ley sobre los estados de excepción, enviado al Tribunal Constitucional para realizar el control de constitucionalidad de la norma.

¹⁷ Ibid.

a los que deben estarse los afectados por dichos estados de excepción y que se remiten a una garantía en particular.

3.3. Título I de la Ley N° 16.282 que Fija las Normas Permanentes para Casos de Sismos o Catástrofes, cuyo texto Refundido Coordinado y Sistematizado, fue fijado por el Decreto 104 de 1977 emitido por el Ministerio del Interior

Esta norma regula el proceder de la Administración en casos de sismos o catástrofes que provoquen daños de consideración en las personas o bienes, en cuyos casos el Presidente de la República tendrá la facultad de dictar un decreto supremo fundado, señalando las comunas, localidades o sectores afectados. Por la misma vía de la dictación de un decreto supremo, entre otras atribuciones, el Mandatario podrá, según lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto N° 104 en estudio, dictar normas de excepción al Estatuto Administrativo, a las leyes orgánicas de los servicios públicos, de instituciones autónomas o semifiscales, buscando así resolver los problemas de las zonas que hayan sido declaradas como afectadas por medio del decreto supremo inicial, o para hacer más expedita la ayuda a los países afectados por un sismo o catástrofe.

Por contraposición a la declaración de los estados de excepción constitucional, consideramos que la aplicación de esta norma se justifica cuando las características de la catástrofe no ameriten la limitación de garantías constitucionales ni las consecuencias restrictivas de la imposición de un estado de excepción constitucional.

3.4. Ley N° 20.444, publicada en el Diario Oficial el 28 de mayo de 2010, que crea el Fondo Nacional de Reconstrucción y Establece Mecanismos de Incentivo Tributario a las Donaciones efectuadas en Caso de Catástrofe

La presente ley crea el Fondo Nacional de la Reconstrucción, el que, según lo dispuesto en su artículo 1, está “destinado a financiar la construcción, reconstrucción, reposición, remodelación, restauración o rehabilitación de infraestructura, instalaciones, patrimonio histórico arquitectónico de zonas patrimoniales y zonas típicas, obras y equipamiento, ubicados en las comunas, provincias o regiones afectadas por terremotos, maremotos, erupciones volcánicas, inundaciones, aluviones u otras catástrofes que puedan ocurrir en el territorio nacional.”

Este Fondo está compuesto por los aportes que se reciban con motivo de herencias, legados o donaciones, todos los cuales serán recibidos durante el plazo máximo de dos años contados desde la fecha en que se dicte el decreto supremo que señala las zonas afectadas por la catástrofe por la cual fue invocado, y cuya administración está a cargo del Ministerio de Hacienda.

3.5. Decreto Supremo N° 156 de 2002, que Aprueba el Plan Nacional de Protección Civil emitido por el Ministerio del Interior, y deroga Decreto Supremo de Interior N° 155, de 1977 que aprobó el Plan Nacional de Emergencia.

El Plan Nacional de Emergencia se creó en virtud de la experiencia del país en relación a los desastres de origen natural o creados por el hombre y las posibles repercusiones que éstos pueden generar a corto y largo plazo. De este modo, su principal efecto consiste en disponer de una planificación multisectorial de carácter indicativa destinada al desarrollo de acciones permanentes, ya sea para la prevención o para la atención de emergencias o desastres naturales ocurridos en el país. Para poder dar un cumplimiento

adecuado a las indicaciones provenientes del Plan, todos los Ministerios, servicio, instituciones y organismo dependientes o relacionados con el Estado y las empresas del Estado, deberán conformar su acción a las tareas que se les asignen en virtud del mismo.

En relación a lo expuesto, nos preguntamos qué posibilidades tendría el Presidente de la República, según las normas previamente enunciadas, para asegurar el resguardo de los derechos y garantías de los ciudadanos que se vieron afectados producto del terremoto de 27 de febrero de 2010. En atención a las herramientas otorgadas por la ley y la Constitución, y a las funciones que cumplen, serán aplicables las disposiciones de la Constitución Política de la República, especialmente en sus artículo 39 y siguientes y la Ley sobre Estados de Excepción, en atención a la posibilidad de declarar el estado de excepción pertinente, o bien, lo dispuesto por la mencionada Ley N° 16.282, relativa a las normas para casos de sismos o catástrofes, posibilidades que pasaremos a analizar a continuación.

4. Constitución Política de la República de 1980 y Ley N°18.415 Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción

4.1. Los Estados de Excepción

4.2.2 Antecedentes Históricos, Constitución Política de la República y Doctrina Nacional

Los estados de excepción se constituyen como un evento bajo el cual se vislumbra la posibilidad de restringir o suspender el ejercicio de determinados derechos y garantías fundamentales de las personas, lo que justifica esto es, la existencia situaciones ante las cuales las facultades normales destinadas al resguardo de los derechos y garantías de la ciudadanía no resultan suficientes y la limitación del ejercicio de ciertos derechos es considerado un bien superior, cual es la protección de la persona y la familia en el evento que se puedan ver afectados por un hecho determinado y que, de no tener dicho resguardo, vería perjudicados sus derechos en mayor medida, todo lo cual debe ir precedido de la declaración válida de un estado de excepción particular.

Estos estados de excepción se remontan a los romanos, quienes consideraban que “en tiempos normales se aplica la ley común y ordinaria, pero ante la eventualidad de circunstancias atípicas, a las que es imposible hacer frente con leyes normales se necesita exceptuar el derecho común y dotar al gobernante de un poder extraordinario.”¹⁸⁻¹⁹ De este modo, el fin detrás de su existencia consistía en la suspensión de una norma con el fin último de preservarla²⁰. Si bien hoy en día la idea de un dictador está bastante alejada de la realidad jurídica de occidente, sí preservamos la idea detrás de su existencia, cual es, la limitación de derechos en pos de un resguardo superior de los mismos. De este modo, tanto nuestra Carta, como la de muchos otros países²¹, ha incorporado los estados de excepción como una herramienta destinada esencialmente al resguardo de la seguridad de la ciudadanía y a la protección del bien común, por medio de la restricción de los derechos de los habitantes.

¹⁸ GARCIA, B. Y RASCADO, J. La revisión Constitucional de la Legislación de los Estados de Excepción. Una nueva figura en el Derecho Procesal Constitucional Mexicano. *Revista de Estudios Constitucionales*, 11 (2), 2013. P. 550.

¹⁹ Es en consideración a lo expuesto, que se llegó a justificar la existencia del Dictador romano, quien, a petición del Senado, era nombrado por un Cónsul, luego de lo cual, éstos se subordinaban al Dictador, quien ejercía el cargo durante un año, estando destinado específicamente a la conducción de una guerra o a la resolución de una rebelión.

²⁰ GARCIA, B. Y RASCADO, J. Ob. cit. P. 551.

²¹ Entre otras, la Constitución Política de Colombia establece los estados de excepción en su capítulo 6 De los Estados de Excepción, artículos 212 y siguientes, la Constitución Política del Perú los consagra en su capítulo VII, Régimen de Excepción, artículo 137 y siguientes y la Constitución Política del Uruguay, si bien no se refiere utiliza la frase “estados de excepción”, contempla poderes de emergencia del Poder Ejecutivo en sus artículos 31 y 168.

En el caso chileno, la regulación de los estados de excepción ha variado de la mano de las diversas Cartas Fundamentales nacionales, y de las modificaciones particulares de cada una. El antecedente originario de los Estados de Excepción en nuestra legislación, viene dado por el Reglamento para el Gobierno Provisorio, de 17 de marzo de 1814²², por medio de éste, y a raíz de los enfrentamientos bélicos de la época, se optó por otorgar facultades amplias e ilimitadas a un Director Supremo, quien sería don Francisco de Lastra.

Así pues, si bien la legislación chilena se han hecho cargo de este asunto desde antaño, recién con la dictación de la Constitución Política de la República vigente, en 1980, se dicta el primer estatuto orgánico de los estados de excepción, previo a lo cual las constituciones nacionales se ocupaban principalmente de la preservación del orden público y la seguridad del Estado de manera generalizada²³. En primer lugar, la Constitución de 1828²⁴, hacía una breve mención a las situaciones de emergencia en su artículo 83 numeral 12º, regulando los ataques armados desde el exterior y los casos de conmoción

²² Disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1005389>

²³ RÍOS, L. Los Estados de Excepción Constitucional en Chile. *Ius et Praxis*. 8(1). 2002. P.252.

²⁴ Constitución Política de la República de Chile de 1828, disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1005225>.

interior, lo que permitía a la primera Magistratura adoptar medidas adecuadas para hacer frente a las circunstancias. La posterior Constitución Política de 1833²⁵, previo a la reforma de 1874, consagraba en su artículo 36 N°6, la concesión de facultades extraordinarias al Presidente de la República por parte del Congreso, el que tenía que autorizar expresamente al Mandatario para el uso de dichas facultades extraordinarias, debiendo señalar las facultades que se le concedían, y fijar un tiempo determinado de duración. A su vez, la Carta regulaba por primera vez el estado de sitio en su artículo 82 N°2, específicamente bajo las atribuciones especiales del Mandatario, el que podía declarar dicho estado en uno o varios puntos de la República, fundado en casos de ataque exterior, con acuerdo del Consejo de Estado, o en caso de conmoción interna. Este estado debía ser declarado por el Congreso, sin embargo, de no estar reunido, podía declararse por parte del Presidente con acuerdo del Consejo de Estado. Expone el artículo 161 de la Constitución en estudio, que “declarado algún punto de la República en estado de sitio, se suspende el imperio de la Constitución en el territorio comprendido en la declaración; pero durante esta suspensión, i en el caso en que usase el Presidente de la República de facultades extraordinarias especiales, concedidas por el Congreso, no podrá la autoridad pública condenar por sí ni aplicar penas. Las medidas que tomare en estos casos contra las personas, no pueden esceder de un arresto o traslación a cualquier punto de la República.”

²⁵ Constitución Política de la República de Chile de 1833, disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=137535>

Posteriormente, con la reforma constitucional de 1874, se limitó el poder del Presidente de la República en esta materia, pasando el nuevo artículo 152 a enumerar las siguientes facultades que se le otorgaban en dichos casos: 1. Arresto de las personas en sus propias casas o lugares que no sean cárceles ni otros que estén destinados a la detención o prisión de reos comunes; 2. El traslado de las personas de un departamento a otro de la República dentro del continente y en un área determinada. Se expone a su vez, que las medidas que se tomen en virtud del estado de sitio, no podrán extenderse más allá de la duración del mismo, prohibiendo la violación de las garantías constitucionales concedidas a Senadores y Diputados.

La mencionada reforma constitucional de 1874 agregó el estado de asamblea, pasando a nombrar las facultades extraordinarias, como “leyes excepcionales”. Según estas, se otorgaba al Congreso²⁶ la facultad de dictar leyes excepcionales de duración transitoria, que no podían exceder de un año y cuya función era restringir la libertad personal y de imprenta, suspender o restringir el ejercicio de la libertad de reunión en aquellos casos en que lo reclamen la necesidad imperiosa de la defensa del Estado, de la conservación del régimen constitucional o de la paz interior. No se permitía la dictación de ley

²⁶ Constitución Política de la República de Chile de 1925, Art. 27.

alguna, aparte de las mencionadas en el artículo 27, que pretendiera suspender o restringir las libertades o derechos asegurados en el artículo 10 de la Constitución, relativo a las garantías constitucionales.

La Carta de 1925 considera, al igual que la Constitución anterior, el estado de asamblea, el estado de sitio y las leyes excepcionales. El primero de los mencionados estados se consagra en su artículo 72, designando como una atribución especial del Presidente la dictación del estado de asamblea, quien, en caso de guerra externa podría declarar una o más provincias invadidas en calidad de estado de asamblea y cuya duración era indefinida, dependiendo de los hechos que lo justificaban. Esta facultad podía ser ejercida sin acuerdo previo del Consejo de Estado, por cuanto éste había dejado de existir para el momento de dictación de la Carta. El mismo artículo se refiere al estado de sitio, según el cual, en su N° 17, se podrá declarar éste en uno o varios puntos de la República fundado en un caso de ataque exterior, siendo considerado como una facultad exclusiva y autónoma del Mandatario. La duración del estado era indefinida, y al igual que el estado de asamblea, cesaba junto a las causas que lo justificaban. A diferencia de lo anterior, en caso de conmoción interior no ocurría lo mismo “evento en el cual la declaración de estado de sitio correspondía al Congreso; no obstante lo cual, había que distinguir si el Congreso estaba reunido o si no lo estaba; caso, este último, en que el

Presidente de la República podía hacerlo por un tiempo determinado, lo que suscitó encontrada interpretaciones y más de un serio conflicto entre éste y el Congreso”²⁷.

En cuanto a las leyes excepcionales o facultades especiales, el artículo 44 de la Constitución de 1925²⁸, en su N° 12, expone lo siguiente: “Art. 44.- Solo en virtud de una lei se puede: 12. Restringir la libertad personal y la de imprenta, o suspender o restringir el ejercicio del derecho de reunion, cuando lo reclamare la necesidad imperiosa de la defensa del Estado, de la conservacion del réjimen constitucional o de la paz interior, y solo por períodos que no podrán exceder de seis meses. Si estas leyes señalaren penas, su aplicación se hará siempre por los Tribunales establecidos. Fuera de los casos prescritos en este número, ninguna ley podrá dictarse para suspender o restringir las libertades o derechos que la Constitución asegura.”

²⁷ RÍOS. L. La gran reforma de la ley 20.050 a la Constitución Política de Chile. Gaceta Jurídica. (307) 2005. P. 7.

²⁸ Constitución Política de la República de 1925, disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=241203>

Finalmente, la Constitución Política de la República de 1980 regula los estados de excepción en su capítulo IV ²⁹, relativo al Gobierno, en los artículos 39 y siguientes, los que de la mano de los dispuesto por la Ley N° 18.145, exponen una de las posibilidades por medio de las cuales se permite limitar legalmente los derechos y garantías de los ciudadanos basados en circunstancias anómalas, será bajo la vigencia de los estados de excepción, los cuales por lo demás, no limitan la totalidad de los derechos asegurados por la Constitución, sino que se restringen a los determinados en los mencionados artículos y en particular para cada estado de excepción que se dicte.

Entendemos que la aplicación de los estados de excepción es, tal como lo menciona el término, excepcional, debiendo considerarse sólo bajo determinadas circunstancias que justifiquen su aplicación. En la actualidad, la doctrina nacional ha acuñado diversas definiciones para los mismos, entre ellas, Verdugo, Pfeffer y Nogueira los entienden como “(...) un derecho destinado a regir en situaciones de anormalidad, ya sea política, económica o social,

²⁹ El hecho de regularse los estados de excepción en el capítulo IV de Gobierno, y no en el capítulo III relativo a los Derechos y Deberes Constitucionales es, por lo menos, curioso. Pareciera más adecuado ubicar dichos estados en el capítulo III, por cuanto se remite a los efectos que su interposición tiene en los afectados, por el contrario, su ubicación actual deja por sentado la connotación de los mismos en relación al Mandatario como ente encargado de su dictación. Por otro lado, debemos recordar que recién por medio de la Carta de 1980 se estableció un orden a los estados de excepción, los que anteriormente se encontraban diseminados a los largo de la Constitución.

nacional o internacional, y cuyo efecto incide principalmente en ampliar las facultades de la autoridad política y administrativa para restringir, limitar o suspender los derechos individuales o sociales”³⁰. Por otro lado, la doctrina extranjera ha entendido que “los estados de excepción se definen, por contraste, a partir de la normalidad, y, en términos teleológicos, como dispositivos institucionales para retornar a ella”³¹. Adicionalmente a la anterior se ha expuesto, que para poder declarar el estado de excepción que corresponda, será necesaria la “existencia de circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la nación, de sus instituciones o de sus ciudadanos”³².

Dicha restricción se expone expresamente en el artículo 12 Ley N° 18.415, que postula que una garantía constitucional se suspenderá “(...) cuando temporalmente se impide del todo su ejercicio durante la vigencia de un estado de excepción constitucional. Asimismo, entiéndase que se restringe una garantía constitucional cuando, durante la vigencia de un estado de excepción, se limita su ejercicio en el fondo o en la forma.”

³⁰ VERDUGO, PFEFFER, en VERDUGO. PFEFFER, NOGUEIRA. Ob. cit. P. 351.

³¹ CIFUENTES, E. Los Estados de Excepción Constitucional en Colombia. Revista *Ius et Praxis*, 8, 2002. P. 1.

³² NIKKEN, C. Aproximación Crítica a la Regulación de los Estados de Excepción en Venezuela. *Ius et Praxis*. 8 (1) 2002 <
http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000100011&lng=en&nrm=iso&tlng=en [consulta: 19 febrero 2015].

Con motivo de la relevancia de la materia y de la evolución normativa propia de todo Estado, la regulación de los estados de excepción ha ido variando a lo largo de los años, tal es el caso de los requisitos necesarios para la dictación de los estados de excepción, los cuales requieren, hoy en día, ser declarados por parte del Presidente de la República, previa aprobación del Congreso Nacional para cada uno de los casos enumerados en la Constitución, elemento introducido en la última reforma del ramo, la que se produjo con la dictación de la Ley N° 20.050 de 2005, que modifica la composición y atribuciones del Congreso Nacional, la aprobación de los tratados internacionales, la integración y funciones del Tribunal Constitucional y otras materias que indica. Por otro lado, los derechos y garantías que pueden verse afectados están expresamente establecidos en cada uno de los artículos particulares de la Constitución, propendiendo así a una mayor seguridad jurídica, evitando limitaciones excesivas a los derechos de la ciudadanía.

El entonces Ministro del Interior, don José Miguel Insulza, expuso en el debate del proyecto de reforma Comisión de Constitución de Ley N° 20.050³³,

³³ Se expone lo anterior en Historia de la Ley N° 20.050, Modifica la composición y atribuciones del Congreso Nacional, la aprobación de los tratados internacionales, la integración y funciones del Tribunal Constitucional y otras materias que indica. Disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idLey=20050>.

que “las propuestas presentadas en materia de estados de excepción constitucional buscan dos objetivos fundamentales, que consisten, el primero, en contar siempre con el acuerdo del Congreso Nacional para imponerlos, y el segundo, en restringir en la menor medida posible las garantías individuales durante la vigencia de dichos estados, en armonía con los compromisos internacionales que el Estado de Chile ha contraído en materia de protección de los derechos humanos”³⁴.

En la Comisión de Constitución en el primer trámite constitucional ante el Senado, se expuso durante dicha discusión, recogida en la previamente mencionada Historia de la Ley, lo siguiente “El texto primitivo del artículo 39 de la Constitución inducía a error al señalar que “los derechos y garantías que la Constitución asegura a todas las personas sólo pueden ser afectados en la siguientes situaciones de excepción(...)”³⁵, cuando, en verdad, tales situaciones son hechos o acontecimientos que por sí solos no autorizan para afectar derechos y garantías si no se han declarado los correspondientes regímenes de excepción. En todo caso, el legislador de la ley orgánica advirtió esta situación y dispuso en su artículo 1, que “el ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución Política asegura a todas las personas, solo pueden ser afectados

³⁴ Historia de la Ley Nº 20.050, Informe Comisión Constitución, Primer trámite Constitucional ante el Senado, Debate de la Comisión, Ob. cit P. 365.

³⁵ Informe Comisión Constitución. Antecedentes considerados por la comisión, Ob. cit. P. 356.

en las situaciones en que ésta lo autoriza y siempre que se encuentren vigentes de los estados de excepción que ella establece.” A diferencia de lo anterior, el actual artículo 39 de la Constitución determina expresamente los motivos bajo los cuales pueden limitarse los derechos y garantías asegurados por la Constitución Política, enumerando en su articulado los estados excepcionales producto de guerra externa o interna, conmoción interior, emergencia y calamidad pública, todos los cuales se podrán hacer efectivos cuando afecten gravemente el normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado.

La mencionada Ley N°18.415 regula el régimen de los estados de excepción, los cuales, según esta norma, se declararán por medio de un decreto supremo que será firmado por el Presidente de la República y los Ministros del Interior y de Defensa Nacional, y comenzará a regir a partir de su fecha de publicación en el Diario Oficial. A continuación, en su artículo 9, dispone que el Mandatario delegará las facultades que le correspondan y ejercerá sus atribuciones mediante decreto supremo, exento del trámite de toma de razón.

4.2. Tipos de estados de excepción constitucional

Existen diversos estados de excepción, todos los cuales tienen sus propios requisitos y características particulares. Sin embargo, el denominador común de ellos es la situación de anormalidad que impulsa al Estado a aplicar normas especiales, por medio de las cuales se permite restringir o suspender el ejercicio de determinadas garantías constitucionales, todos los cuales deberán ser declarados de acuerdo a lo establecido por la Constitución y las leyes pertinentes. La Carta Fundamental menciona 4 estados de excepción, a saber, el Estado de Asamblea, Estado de Sitio, Estado de Emergencia y Estado de Catástrofe, todos los cuales pasaremos a estudiar a continuación.

4.2.1 Estado de Asamblea

El artículo 40 de la Carta Magna expresa que podrá declararse el estado de asamblea en caso de guerra externa, el que será dictado por el Presidente de la República, con acuerdo del Congreso Nacional, la que deberá determinar

específicamente las zonas que se verán afectadas por la declaración y que según el artículo 8 de la Ley N°18.415 Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción, se extenderá por 90 días máximos, los que serán prorrogables previa solicitud del Presidente de la República, con motivo de la subsistencia de las circunstancias que motivaron su dictación en un principio.

De acuerdo a lo expuesto en el artículo 40 de la Constitución Política, el Congreso Nacional tendrá un plazo de 5 días contados desde la fecha en la cual el Mandatario someta la declaración del estado de asamblea para manifestarse al respecto, de lo contrario se entenderá por aprobado.

La reforma constitucional de 2005, incluyó, entre otras cosas, la designación específica en el artículo de las garantías constitucionales cuyo ejercicio podría verse limitado con la designación de los estados de excepción. En el caso del estado de asamblea, el Presidente de la República podrá suspender o restringir la libertad personal, el derecho de reunión y la libertad de trabajo, además del ejercicio del derecho de asociación, podrá interceptar, abrir o registrar documentos y toda clases de comunicaciones, disponer requisiciones de bienes y establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad.

4.2.2 Estado de Sitio

El estado de sitio, consagrado en el artículo 40 de la Constitución Política se podrá declarar en caso de guerra interna o grave conmoción, y, al igual que el de asamblea, será declarado por el Presidente de la República, con acuerdo del Congreso Nacional y su duración será de 15 días desde la dictación del mismo, el que podrá ser prorrogado previa solicitud del Mandatario. En este caso, según lo dispuesto en el artículo 43 de la Constitución Política, podrá restringirse la libertad de locomoción, arrestar a las personas en sus propias moradas o en aquellos lugares que determine la ley y que no sean cárceles ni estén destinados para la prisión o detención de reos, además podrá suspender o restringir el ejercicio del derecho de reunión.

4.2.2 Estado de Emergencia

Dispone el artículo 42 de la Carta, que este estado se podrá declarar en aquellos casos en los cuales se configure una alteración grave del orden

público o de grave daño para la seguridad de la Nación, y será dictado por el Presidente de la República, quien deberá determinar las zonas afectadas por dichas circunstancias. El estado de emergencia ha evolucionado a lo largo del tiempo y, hoy en día la emergencia engloba una gran posibilidad de variedad de imprevistos que puedan ameritar su dictación, ya sea desde sucesos políticos que lo motiven, hasta fenómenos sociales, científicos o técnicos, entre otros. El elemento que motiva su existencia es la posibilidad de contar con herramientas jurídicas que posibiliten responder de manera idónea ante eventuales hechos que impliquen una grave alteración del orden público y provoquen o amenacen con provocar un daño grave a la seguridad nacional.

La duración del estado no podrá extenderse más allá de 15 días prorrogables por igual período por el Presidente de la República, quien para prórrogas sucesivas requerirá del acuerdo del Congreso Nacional, así lo expone el mencionado artículo 42 de la Carta. Una vez declarado el estado de emergencia, las zonas afectadas quedarán bajo la dependencia inmediata y exclusiva del Jefe de la Defensa Nacional que designa el Presidente de la República, y como efecto del mismo podrán verse restringidas las libertades de locomoción y de reunión.

4.2.2 Estado de Catástrofe

Al configurarse una calamidad pública podrá declararse, por parte del Presidente de la República, el estado de catástrofe, el que se funda en “aquellos fenómenos que por causas naturales o humanas produzcan o puedan producir grave daño a la población o a la seguridad nacional”³⁶, para el cual deberá, según lo dispuesto en el artículo 41 inciso 2º de la Constitución, informar al Congreso Nacional de las medidas adoptadas en virtud de dicho estado, el que a su vez podrá dejar sin efecto su declaración una vez transcurridos 180 días desde su dictación, si las razones que lo motivaron hubieren cesado absolutamente.

Una vez declarado el estado de catástrofe, y según lo plantean los artículos 6 y 7 de la Ley N° 18.415, las zonas afectadas quedarán bajo la dependencia inmediata del Jefe de Defensa Nacional designado por el Mandatario, quien asumirá la dirección y supervigilancia de su jurisdicción. Con motivo de su dictación, se podrán restringir las libertades de locomoción y de reunión y disponer la requisición de bienes, establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad y adoptar todas las medidas extraordinarias de carácter

³⁶ VERDUGO. PFEFFER. en VERDUGO. PFEFFER. NOGUEIRA. Ob. cit. Tomo I. P. 362.

administrativo que sean necesarias para el pronto restablecimiento de la normalidad.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley N° 18.415, el jefe de la Defensa Nacional que se designe tendrá los siguientes deberes y atribuciones:

- Artículo 7 N° 1). Asumir el mando de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública que se encuentren en la zona;
- Artículo 7 N° 1) Controlar la entrada y salida de la zona y el tránsito en ella;
- Artículo 7 N° 1) Dictar medidas para la protección de las obras de arte y de los servicios de utilidad pública, centros mineros, industriales y otros;
- Artículo 7 N° 2) Ordenar el acopio, almacenamiento o formación de reservas de alimentos, artículos y mercancías que se precisen para la atención y subsistencia de la población en la zona y controlar la entrada y salida de tales bienes;
- Artículo 7 N° 3) Determinar la distribución o utilización gratuita u onerosa de los bienes referidos para el mantenimiento y subsistencia de la población de la zona afectada;

- Artículo 7 N° 4) Establecer condiciones para la celebración de reuniones en lugares de uso público;
- Artículo 7 N° 5) Impartir directamente instrucciones a todos los funcionarios del Estado, de sus empresas o de las municipalidades que se encuentren en la zona, con el exclusivo propósito de subsanar los efectos de la calamidad pública;
- Artículo 7 N° 6) Difundir por los medios de comunicación social las informaciones necesarias para dar tranquilidad a la población;
- Artículo 7 N° 7) Dictar las directrices e instrucciones necesarias para el mantenimiento del orden en la zona; y,
- Artículo 7 N° 8) Las demás que le otorguen las leyes en su calidad de tal.

Entendiendo que “calamidad pública” se identifica con el concepto de “desgracia o infortunio que alcanza a muchas personas”³⁷, resulta que es precisamente este estado de excepción constitucional atingente en relación a los hechos acaecidos producto del terremoto de la madrugada del 27 de febrero de 2010, por cuanto, entendemos que con motivo de los mismos se configuró un estado de calamidad pública tal que ameritaba la dictación del estado de

³⁷ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Madrid. Vigésimosegunda Edición. 2001. P. 394.

excepción constitucional de catástrofe, para poder así asegurar en la medida de lo posible los derechos de la población afectada.

5. Ley N° 16.282 sobre Disposiciones Permanentes para Casos de Sismos o Catástrofes

Tal como se expuso en el apartado 3.3 anterior, la ley N°16.282 constituye otra herramienta aplicable ante una situación de sismo o catástrofe. Esta norma ha sido modificada en diversas ocasiones, la última de las cuales se realizó en mayo de 2012 por medio de la dictación de la Ley N°20.582 que modifica normas legales de urbanismo y construcciones para favorecer la reconstrucción.

Esta ley se configura como un estatuto que determina diversas regulaciones destinadas en orden a facilitar la actuación de la autoridad en casos de sismos o catástrofes, además de la distribución de ayuda y de apoyo a las personas afectadas, incluyendo el otorgamiento de atribuciones especiales y la creación de órganos específicos para la toma de decisiones necesarias para el restablecimiento de la normalidad en las zonas afectadas. Así las cosas, el

artículo 20 de la mencionada ley obliga a los Ministros del Interior y de Defensa Nacional a elaborar un plan tendiente a obtener que las Fuerzas Armadas y el Cuerpo de Carabineros desarrollen un programa que abarque los siguientes contenidos: 1) Preparar un plan orgánico para las emergencias que se produzcan a consecuencia de sismos o catástrofes; 2) Programar la coordinación de los recursos humanos y materiales de los servicios públicos y de las instituciones asistenciales públicas y privadas, para los casos a que se refiere esta ley y; 3) Informar a las autoridades competentes de los problemas críticos que deben ser objeto de medidas preventivas.

La norma dispone que en caso de producirse un sismo o catástrofe que produzca daños de consideración ya sea en las personas o en los bienes, el Presidente de la República dictará un decreto supremo fundado, en el cual señale las zonas afectadas por el suceso catastrófico, y en el cual regirán las disposiciones de la ley, las que podrán ser invocadas incluso en caso de eventos producidos en el extranjero, para el cual el país podrá disponer de ayuda humanitaria. A nuestro parecer, y en concordancia con lo expuesto en el texto de la Constitución Política, se deberá apelar a la norma y su correspondiente decreto supremo, cuando los eventos particulares no tengan la entidad necesaria para declararse el estado de excepción constitucional de catástrofe, pero amerite la intervención del Estado para la regulación de la

situación particular. Podrán pues invocarse los estados de excepción solamente cuando las circunstancias calcen con lo descrito en las normas aplicables, y no sea posible subsanarlas con las medidas ordinarias otorgadas por la ley. La diferencia por tanto, radica en la magnitud de los sucesos, y en el hecho de que el estado de excepción “comporta la implantación de un estatuto jurídico que dota a la autoridad de prerrogativas extraordinarias destinadas a resolver la crisis”³⁸.

Resulta especialmente atingente lo dispuesto en el artículo 3 de la ley en comento en sus letras a) y g), por cuanto expone lo siguiente: “El presidente de la República podrá, por decreto supremo fundado, dictar normas de excepción del Estatuto Administrativo, de las leyes orgánicas de los servicios públicos, de instituciones autónomas o semifiscales, para resolver los problemas de las zonas afectadas o hacer más expedita la ayuda a los países afectados por un sismo o catástrofe. Las normas de excepción que se autoriza dictar por la presente ley, solo podrán ejercitarse en los siguientes casos: a) Designación de autoridades y determinación de sus atribuciones o facultades”; “g) Disponer las comisiones de servicio al extranjero de empleados públicos, de instituciones autónomas o semifiscales, de las Fuerzas Armadas o del Cuerpo de

³⁸ RIOS, L. 2009 Defensa Judicial de los Derechos Humanos en los Estados de Excepción. Estudios Constitucionales. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca 7(1): P. 286.

Carabineros; a quienes se les proporcionará, a la brevedad, los medios necesarios para llevar a cabo su cometido.”

En relación a lo anterior, resulta relevante mencionar lo expuesto en el Dictamen N° 42.822, emitido por la Contraloría General de la República el 10 de septiembre de 2008³⁹, y según el cual se reconsidera parcialmente el Dictamen N° 2.924 de 1997, relativo a la disposición de la intervención de las Fuerzas Armadas por parte del Presidente de la República. Ahora bien, relacionado directamente con el mencionado artículo 3 de la Ley N° 16.282, el dictamen expone lo siguiente, “Como se puede inferir, el cuerpo legal mencionado otorga al Presidente de la República especiales atribuciones para hacer frente a las dificultades originadas por la ocurrencia de sismos o catástrofes, pudiendo adoptar las medidas de excepción que dicha normativa establece.”

Así, según el artículo 3 previamente mencionado, se vislumbra la posibilidad de ordenar de manera inmediata la intervención de las Fuerzas Armadas o del Cuerpo de Carabineros, para que éstos puedan desplegar sus servicios, y de este modo realizar las labores que les han sido encomendadas para resolver los problemas de las zonas afectadas, todo lo cual se realizaría bajo la

³⁹ Contraloría General de la República. Dictamen N° 42. 822 de 10 de septiembre de 2008.

dependencia de dichas entidades a la autoridad civil. Por tanto, queda claro que la norma sí permite la intervención de los cuerpos castrenses, elemento indiscutible según el tenor literal del artículo, empero, no queda del todo claro, qué se entiende por “resolver los problemas de las zonas afectadas” o por “llevar a cabo su cometido”. ¿Podría llegar a pensarse que la norma abre la posibilidad para que por medio de la misma, se limite el ejercicio de las libertades aseguradas por nuestra Carta? ¿Es acaso posible que las Fuerzas Armadas puedan intervenir, sin restringir los derechos y garantías de los habitantes, estando dentro de su esfera de competencias? Pareciera que el análisis particular de la norma debiese centrarse en las dos preguntas anteriores: así las cosas, es necesario preguntarse si consideramos que la intervención reglada de las Fuerzas Armadas, dentro de su esfera de competencias constituye una limitación a los derechos y garantías asegurados por la Constitución, y si el mero hecho de una intervención de los cuerpos castrenses puede ser considerado *per se* una restricción, o por lo contrario, será posible que las mismas se limiten a resguardar la seguridad de la ciudadanía afectada por medios legítimos, sin perturbar los derechos de las personas.

A nuestro parecer y, en relación directa con el artículo 2° de la Ley N° 18.948 Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas⁴⁰, decretar la intervención de las Fuerza Armadas, ajustadas a las disposiciones legales que le otorgan dicha posibilidad, no configura de suyo una restricción a las garantías constitucionales, por cuanto no se tratará de una intervención con las facultades que le otorga la declaración del estado de catástrofe, con la posibilidad expresa de limitar garantías constitucionales, sino que en el caso la intervención se debe ajustar a las disposiciones legales pertinentes. Resulta por lo demás altamente probable que la presencia de uniformados sirva como elemento disuasorio ante la posibilidad de cometer actos vandálicos o abstenerse de los mismos.

Debemos analizar lo anterior a la luz del artículo 12 de la Ley N°18.415 sobre estados de excepción, según el cual se entiende que se “se suspende una garantía constitucional cuando temporalmente se impide del todo su ejercicio durante la vigencia de un estado de excepción constitucional.

⁴⁰ Ley N° 18.948, Artículo 2.- El Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, como cuerpos armados, son esencialmente obedientes, no deliberantes, profesionales, jerarquizados y disciplinados.

El personal que integra las Fuerzas Armadas no podrá pertenecer a partidos políticos, a organismos sindicales, ni a instituciones, organizaciones o agrupaciones cuyos principios u objetivos se contrapongan o sean incompatibles con lo dispuesto en el inciso anterior o con las funciones que la Constitución Política y las leyes de la República encomiendan a las Fuerzas Armadas.

Asimismo, entiéndase que se restringe una garantía constitucional cuando, durante la vigencia de un estado de excepción, se limita su ejercicio en el fondo o en la forma.”

De lo anterior queda de manifiesto que la suspensión o restricción de las garantías constitucionales se configurará cuando, en el primer caso el ejercicio de la garantía se suspenda temporalmente del todo, y en el segundo caso, cuando se limite el ejercicio del derecho tanto en el fondo como en la forma. Por esto, el solo llamado de las Fuerzas Armadas no configura de suyo la restricción o suspensión de garantías, todo lo cual presupone que las mismas se ajusten a su cometido y funciones institucionales.

Se condice lo anterior con el artículo 2 de la Ley N°18.948, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, según el cual, “El Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, como cuerpos armados, son esencialmente obedientes, no deliberantes, profesionales, jerarquizados y disciplinados.” De este modo, los cuerpos castrenses no tienen facultades para obviar las órdenes indicadas por la autoridad, y si son llamadas en el marco de la ley sobre sismos y catástrofes, deben atenerse a lo ordenado por la autoridad civil.

Por su parte, el artículo 101, inciso tercero de la Constitución Política de la República expone lo siguiente:

“Las Fuerzas Armadas y Carabineros, como cuerpos armados, son esencialmente obedientes y no deliberantes. Las fuerzas dependientes de los Ministerios encargados de la Defensa Nacional y de la Seguridad Pública son, además, profesionales, jerarquizadas y disciplinadas.”

Según lo expuesto queda claro que, la tarea de garantizar el orden público está encomendada a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, facultad que no pueden avocarse las Fuerzas Armadas sin más, sino que solamente será posible en aquellos casos permitidos por la Constitución, no pudiendo ser empleadas para fines ajenos a la misma y a su Ley Orgánica Constitucional. Se permite, específicamente el resguardo del orden público por parte de las Fuerzas Armadas en el caso de las elecciones populares y cuando se dicte un estado de excepción otorgando dicha facultad. No se puede, por lo tanto, pretender que las Fuerzas Armadas actúen fuera de la esfera de sus atribuciones, motivo por el cual deberán ajustarse a lo dispuesto en las normas que motivan su actuación. Lo anterior sin embargo, no obsta a que las mismas puedan actuar, siempre según lo dispuesto en la Constitución y en su Ley

Orgánica Constitucional, cuando, según los preceptos de la Ley N° 16.282 de Sismos o Catástrofes se solicite su intervención en un caso en el cual se requiera la colaboración los mismos, la que sin refiere al resguardo del orden público, sí permite la colaboración de las Fuerzas Armadas sometidas a la autoridad civil.

En relación a lo anterior se expone en la sentencia de la Corte Suprema, de 24 de diciembre de 2013, recaída en autos Rol N° 8129 – 2010, relativa al caso de saqueos perpetrados en la comuna de San Pedro de La Paz, particularmente en su considerando 9° y 10°, lo siguiente “la mera existencia de un poder o atribución que le corresponde ejercer al Presidente de la República no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad (...)” “tampoco es posible establecer que una declaración inmediata del estado de excepción constitucional el mismo día 27 de febrero de 2010 hubiere impedido la secuencia de saqueos acontecida en la comuna de San Pedro de la Paz y en las comunas que conforman el Gran Concepción, más aún si ellos se iniciaron pocas horas después del terremoto y maremoto.” Se funda lo anterior en un análisis según el cual la intervención de las Fuerzas Armadas de acuerdo a la Ley N° 16.282 se limita exclusivamente al desempeño de labores de coordinación y prevención, subordinadas a la autoridad civil, por lo que su

intervención no habría logrado la prevención de los sucesos particulares que se denuncian.

Sin embargo, a nuestro parecer, el hecho de poder contar con vigilancia militar en el ingreso de un local comercial, cuando las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública no dan abasto, sí actúa como elemento disuasorio para quién tiene la intención de cometer un acto vandálico, y esto sin la necesidad de restringir o suspender de manera alguna las garantías constitucionales de los involucrados. Considerando la magnitud de la catástrofe, era de suponer que las fuerzas de Orden y Seguridad no serían suficientes para poder cumplir con sus cometidos, motivo por el cual la colaboración de las Fuerzas Armadas hubiese sido de gran ayuda. Con su participación activa en la zona, aún sometidos a la autoridad civil, podrían haber colaborado con actividades de salvamento, limpieza e incluso contención de la población afectada, facilitando así que Carabineros resguardara el orden público, protegiendo los locales comerciales saqueados, cumpliendo de este modo a cabalidad con los mandamientos legales.

Ahora bien, para poder realizar un análisis adecuado de la Ley N° 16.282 y de las posibilidades de intervención de los cuerpos castrenses, resulta

necesario el estudio de preceptos constitucionales que influyen en el análisis legal particular. En primer lugar, y según lo preceptuado por el artículo 24 de la Carta Fundamental, al Presidente de la República le corresponde el gobierno y la administración del Estado, siendo así considerado como el Jefe de Estado, cuya “autoridad se extiende a todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República, de acuerdo con la Constitución y las leyes”. A continuación, postula el artículo 32 n° 17 que “Son atribuciones especiales del Presidente de la República: (...) 17º.- Disponer de las fuerzas de aire, mar y tierra, organizarlas y distribuirlas de acuerdo con las necesidades de la seguridad nacional.”

Es por tanto el Jefe de Estado quien puede disponer de las Fuerzas Armadas, todo lo cual se deberá realizar según las necesidades de la seguridad nacional, sujetándose siempre a lo dispuesto en la Constitución Política, siendo así posible invocar a las Fuerzas Armadas bajo la Ley 16.282, otorgándole las facultades que parezcan pertinentes al caso, sin poder abocarse atribuciones ajenas al cometido que deben cumplir en el margen de dicha ley.

Así, nos detenemos brevemente en lo expuesto por el Ministro señor Muñoz, en el voto disidente de la sentencia emitida por la Corte Suprema, recaída en

autos Rol N° 8129-2010, quien hace un interesante análisis, con el que concordamos, de lo que debe entenderse por el artículo 20 de la Ley N° 16.282. Según éste, no corresponde interpretar la norma como un elemento puramente destinado a la ejecución de actividades de colaboración para con la autoridad civil, lo que se traduciría principalmente en la preparación de un plan orgánico para aquellas emergencias que se produzcan como consecuencia de sismos o catástrofes, la programación de la coordinación de los recursos humanos y de los materiales de servicios públicos y de las instituciones asistenciales públicas y privadas, para los casos a que se refiere la ley, y para informar a las autoridades competentes de los problemas críticos que deben ser objeto de medidas preventivas. En el considerando 7º del voto disidente, sostiene el Ministro Muñoz que “una adecuada interpretación de carácter teleológico de sus preceptos importaba concluir que en ellos subyace la idea matriz de asegurar la tranquilidad y paz social requerida por los ciudadanos en una situación excepcional. Desde luego, esas finalidades, no implicaban necesariamente la restricción de los derechos fundamentales de las personas, por cuando es posible inferir razonablemente que la sola presencia del personal militar habría contribuido de un modo significativo con la mantención del orden público. Por lo tanto, la autoridad civil que tenía a cargo la conducción de ese personal bajo amparo de la Ley N° 16.282, y que había identificado los factores que determinaban las condiciones de inseguridad, debió actuar de manera coordinada e integrada con las Fuerzas Armadas para prevenir y controlar

dichos factores, de tal forma de asegurar, en el sector afectado, un apropiado nivel de seguridad para sus habitantes, todo lo cual no se hizo en relación a los actores”⁴¹.

La estudiada atribución del Presidente de la República, de invocar a las Fuerzas Armadas, ha sido objeto de discusión en ocasiones anteriores. Tal es el caso en el mencionado Dictamen N° 42.822 de 2008 de la Contraloría General de la República, en el cual se reconsidera parcialmente el Dictamen N° 2.924/97 según el cual el Presidente de la República solamente podría disponer de la intervención de las Fuerzas Armadas en caso de catástrofes naturales, habiendo declarado previamente el estado de excepción constitucional de catástrofe, de acuerdo a lo prescrito por la Constitución Política. Invoca el mencionado dictamen, el artículo 101 inciso 1º Constitución, según el cual: “Las Fuerzas Armadas dependientes del Ministerio encargado de la Defensa Nacional están constituidas única y exclusivamente por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Existen para la defensa de la patria y son esenciales para la seguridad nacional.” De acuerdo a este artículo, y según el dictamen en estudio, las Fuerzas Armadas tienen el propósito de prestar la colaboración necesaria para ayudar a la población que se haya visto perjudicada por el sismo o catástrofe. Los artículos 3 a) y g), 20 y 21 de la Ley N° 16.282, previamente

⁴¹ Corte Suprema, Campos Herrera, Patricia con Fisco de Chile. 24 de diciembre de 2013. (Rol N° 4029-2013). P. 32.

expuestos y que se refieren a los casos en los cuales, con motivo de sismos o catástrofes se produzcan daños de consideración en las personas o bienes, pero cuya magnitud no amerite para decretar el estado de excepción constitucional por catástrofe, exponen la posibilidad de decretar la intervención de las Fuerzas Armadas en actividades de colaboración con otros organismos de la Administración del Estado, todo lo cual se declara en pos de resolver problemas que se presenten en las zonas afectadas. La participación de los cuerpos armados en casos de sismos o catástrofes se condice con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley N° 18.575, según el cual las instituciones castrenses integran la Administración del Estado, por ende, deben cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción con los demás organismos que pertenecen a ella. Así las cosas, se reconsidera el dictamen en relación a la posibilidad de intervención de las Fuerzas Armadas, particularmente en los casos a que la Ley 16.282 se refiere, siendo por tanto posible declarar su intervención al margen de las ordenes de la autoridad civil.

III LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO COMO SUJETO ACTIVO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

En el capítulo anterior se expusieron, las diversas herramientas con las cuales cuenta la Administración del Estado para poder hacer frente a catástrofes naturales, lo que se estudió en virtud del terremoto del 27 de febrero de 2010, particularmente en relación a la forma de proceder que tuvo la Administración del Estado. Habiendo establecido las posibilidades que contempla la legislación chilena para hacer frente a dichos sucesos, analizaremos en este capítulo la posibilidad de un actuar distinto por parte de la Administración del Estado, en atención a las potestades que le son propias al Presidente de la República en aras de prevenir los saqueos, los cuales dieron origen a cuantiosos daños y consecuentemente a una serie de demandas⁴² por responsabilidad del Estado, argumentando falta de servicio. Por tanto, realizaremos una breve mención de los regímenes de gobierno y sus elementos, lo que nos dará luces acerca de las posibilidades reales de la Administración al momento del terremoto, para poder así, en el tercer capítulo,

⁴² Primer Juzgado Civil de Concepción (Rol N° 8093-2010), Segundo Juzgado Civil de Concepción Causa (Rol N° 2594-2010), Tercer Juzgado Civil de Concepción, (Rol N° 8129-2010) entre otras.

analizar derechamente su supuesta responsabilidad por los daños causados, y particularmente, determinar qué tipo de responsabilidad es la que se configura.

7. Gobierno

4.2 Antecedentes históricos

Desde antaño el hombre ha buscado agruparse en comunidad, formando así comunidades, cuyo elemento común principal se remite al territorio que habitan. Adicionalmente, a lo largo de la historia de la humanidad, el hombre ha procurado diversas formas por medio de las cuales regir a los habitantes del territorio común, surgiendo así una serie de formas de gobierno, las que han ido variando de la mano de la evolución política de la sociedad o, como lo ha sido en un gran número de ocasiones, la evolución de las formas de gobierno se ha dado con motivo del descontento de aquellos habitantes del territorio que no tienen injerencia directa en las formas como se está gobernando su nación. Hoy identificamos lo anterior con la existencia de un Estado, concepto utilizado recién desde el Renacimiento, período en el cual, de la mano de Maquiavelo, se determinaron diversos elementos que componían el Estado, conceptos que hoy

en día identificamos con “un grupo de personas o elemento humano; un territorio determinado o elemento físico; un conjunto de normas jurídicas que configuran el Derecho o elemento normativo; un sector que ejerce poder o elemento energético y un elemento teleológico o un fin del Estado, que para óptica iusnaturalista es el bien común”⁴³.

Ahora bien, el concepto de Estado puede ser entendido desde dos perspectivas, esto es, como Estado – Nación o Estado – Gobierno, estando aquel relacionado con el grupo de individuos que habitan un territorio común, y éste con el “conjunto de autoridades que gozan del legítimo ejercicio del poder dentro del Estado – Nación (aquellos elementos de la autoridad que se relacionan con el poder)”⁴⁴. La acepción de Gobierno ha variado a lo largo de la historia, en un principio, “el gobierno se refería al rey de la monarquía constitucional, que gobernaba efectivamente y que disponía de un equipo de colaboradores, los ministros (...)”⁴⁵.

⁴³ VIVANCO, A. Curso de Derecho Constitucional. Tomo I. Bases conceptual y doctrinarias del Derecho Constitucional. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2002. P. 104.

⁴⁴ VIVANCO, Ob. cit., P. 273.

⁴⁵ LLEIXA, J. El Gobierno, en Manual de Ciencia Política. CAMINAL. M. Editor. Tecnos, Madrid, Segunda Edición.2005. P. 428.

Por su parte, existen diversas concepciones para “Gobierno”, por un lado según el pensamiento clásico, sostenido principalmente por el filósofo griego Aristóteles, la actividad de gobierno se consideraba con un sentido y alcance amplio, mayor y no limitado al órgano y a la función ejecutiva, tan así, que todas las actividades públicas de la época se entendían comprendidos dentro del gobierno⁴⁶. Esta visión clásica del significado de gobierno identificaba el gobierno y el régimen político, perspectiva adoptada por Aristóteles cuando, en el tercer libro de la Política⁴⁷, presentaba su tipología de formas de gobierno: la monarquía o gobierno de uno; la aristocracia o gobierno de pocos; y la “polítia” o gobierno de más. A las que añadía otras tres formas, consecuencia de la degeneración de las tres primeras: La tiranía, la oligarquía y la democracia⁴⁸. Encontramos una segunda acepción de gobierno en el derecho europeo continental y sudamericano, en la cual “gobierno” se identifica con el poder y con el órgano ejecutivo, limitándose precisamente al órgano y a la función ejecutiva. Finalmente, el derecho anglosajón considera que el ejercicio de la soberanía debe ser realizado por todos los órganos públicos, lo que se desarrollará respecto de todas las funciones del Estado⁴⁹.

⁴⁶ CEA, J.L. Teoría del Gobierno., Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago, 2000. P.20.

⁴⁷ ARISTOTELES. La Política. Editorial Istmo. Colección Fundamentos. Madrid. 2005.

⁴⁸ LLEIXA Ob. cit. P. 427.

⁴⁹ CEA. Ob. cit. Teoría de Gobierno. P.21.

Pues bien, como se expuso, las formas de gobierno han ido cambiando durante el curso de la historia, adoptando diversas modalidades, desde la antigua polis griega, pasando por el cesarismo romano, hasta las monarquías absolutas, todos las cuales han influido en la formación de los Estados modernos y en los principios sobre los cuales éstos se basan.

4.2 Desarrollo Europeo

Consideramos que, más allá de la relevancia que las formas de gobierno tienen en general, particularmente importante para la historia institucional chilena resulta la evolución de la monarquía absoluta y los subsecuentes hitos políticos derivados de la misma, cuya influencia sirvió de base para nuevos movimientos políticos originados principalmente en Europa y en los Estados Unidos de América.

La monarquía absoluta concentraba el poder en un único monarca, quien se convertía en el detentador único de un poder desmesurado, absoluto y arbitrario. El rey era en muchos casos el legislador y juez supremo, teniendo acceso a herramientas económicas y ejecutivas, ejerciendo así una plenitud de

potestades que permitieron la expansión del régimen a los territorios conquistados por Europa, derivando en la imposición del régimen imperialista en las colonias, especialmente en los territorios conquistados por España, Portugal e Inglaterra. Fue precisamente en este último país, en el cual la monarquía absoluta fue reemplazada por primera vez por una monarquía constitucional, la que se adoptó con motivo de la revolución inglesa ocurrida entre 1646 y 1660. Posteriormente, en la Francia de fines de 1700, surge un movimiento revolucionario que es de especial interés para la comprensión de los Estados modernos actuales y de las formas de gobierno⁵⁰. Entre los hitos principales que marcaron dicha época, se encuentra la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano en 1789, seguido de la dictación de su primera Constitución en 1791, cuya elemento central era la separación de poderes, reemplazando de este modo la monarquía absoluta por una monarquía constitucional⁵¹.

⁵⁰ El principal motor revolucionario fue la profunda desigualdad social y económica que se vivía en la Francia Absolutista, producto del descontento nacional, se decidió llamar a los Estados Generales, asambleas convocadas excepcionalmente por el Monarca a las cuales acudían los representantes de los estamentos, entendidos como el Primer, Segundo y Tercer estado, representando respectivamente a la nobleza, al clero y a los representantes de las ciudades. En dicha convocatoria se decidió otorgar por primera vez al tercer estado la misma cantidad de votos que al primero y segundo, la consecuencia de lo anterior se vio reflejada en la constitución de la Asamblea Nacional, a la que finalmente se unieron los miembros del primer y segundo estado, los que finalmente derivó en la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano y en una serie de hitos políticos de diversa índole.

⁵¹ VIVANCO. Ob. cit. Tomo I. Pp.135, 136.

La separación de poderes tuvo su primera aproximación en el famoso libro “El Espíritu de las Leyes” de Charles de Montesquieu (1689-1755), quien inspirado en la desigualdad vivida en Inglaterra de la cual surgieron diversos límites destinados a restringir el poder de la monarquía, límites que evolucionaron hacia un régimen parlamentario. La contingencia social existente en Inglaterra inspiró a Montesquieu a formular su teoría de la separación de poderes, por medio de la cual se “propuso buscar la fórmula de repartir la soberanía entre los distintos órganos y de este modo obtener un equilibrio o balance de poderes por el cual cada uno sirviera de freno o control a los demás. Es así como creó la teoría de los frenos y contrapesos, por medio de la cual se puede asegurar a los ciudadanos su plena libertad y seguridad”⁵².

La Revolución Francesa y las etapas que le siguieron, fueron hitos claves en la historia política de la humanidad, constituyendo la primera vez en la cual la soberanía popular, la igualdad y la libertad se consideraron elementos centrales para regir a un país. El Estado pasa a desarrollarse bajo los conceptos de la separación de poderes y de los pesos y contrapesos, ideas que permean en la burguesía empoderada de los Estados Unidos de América, en el cual se adoptan varios de los principios revolucionarios de los franceses para aplicarlos en su propia independencia del Reino Unido.

⁵² VIVANCO. Ob. cit. Tomo I. P: 247.

4.2 Desarrollo Norteamericano y la Separación de Poderes

La separación de poderes en Estados Unidos, según expuso James Madison, se ve reflejada en el rechazo a la acumulación de los poderes, legislativo, ejecutivo y judicial en las mismas manos, ya sean de una persona, de unos pocos o de varios, independiente si dicho poder se obtuvo de manera hereditaria, auto proclamado, o electo, lo anterior será entendido como la definición propia de tiranía⁵³. Esto se relaciona directamente con el planteamiento expuesto por Hamilton a lo largo de su obra “El Federalista”, según el cual la Constitución debe ser entendida como un instrumento por medio del cual las personas son capaces, por medio de deliberación y acuerdos, de establecer el marco regulatorio de gobierno que los rija⁵⁴. La función de la separación de poderes, puede ser entendida por tanto, como la preservación de la libertad individual y, como protección contra la arbitrariedad en el gobierno⁵⁵.

⁵³ HAMILTON, A., MADISON, J., JAY, J. The Federalist. Barnes and Noble Classics. Nueva York, 2006, MADISON, J No. 47. P.268.

⁵⁴ LOUGHLIN, M. Foundations of Public Law.Oxford University Press. Oxford, 2010. P. 276

⁵⁵ DORF, M. y MORRISON, T. Constitutional Law. The Oxford Introductions to U.S. Law. Oxford University Press. Nueva York, 2010. P. 97.

Es precisamente en Estados Unidos, que surgen los primeros elementos de democracia constitucional en el continente Americano, cuyo principal motor es la dictación de la Constitución Política de 1787 de dicho país. Los tres primeros artículos de ésta exponen expresamente la separación de poderes, dividiéndolos en tres ramas distintas, las que están compuestas por la rama legislativa, la que se entiende representada por el gobierno, la rama ejecutiva representada por el Presidente de los Estados Unidos de América y la rama judicial, la que será representada por el Tribunal Supremo del país.

En cuanto a la división de poderes, Hamilton sostuvo lo siguiente “the regular distribution of power into distinct departments; the introduction of legislative balances and checks; the institution of courts composed by judges holding their offices during good behavior; the representation of the people in the legislature by deputies their own election”⁵⁶. Expone pues, las características básicas de la separación de poderes, considerando la repartición de los poderes en diversos departamentos encargados de su ejecución, la inclusión de balances y controles, la composición de las cortes por jueces que mantengan su cargo mientras dure su buen comportamiento y la representación de las personas en la legislatura por parte de representantes electos por ellos.

⁵⁶. HAMILTON N°9. en HAMILTON, A., MADISON. J., JAY, J. Ob.cit P. 47

En Chile por su parte, se consagró la separación de poderes inicialmente en el artículo 22 de la Constitución Política de la República de 1828, según el cual “El ejercicio de la soberanía, delegado por la Nación en las autoridades que ella constituye, se dividen en tres poderes, que son: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, los cuales se ejercerán separadamente, no debiendo reunirse en ningún caso.”

Hoy en día, al menos en gran parte del mundo occidental, se entiende que “para estar en presencia de un Estado de Derecho en forma es necesario que se verifique, respecto de la estructura de la organización política, la correspondiente separación de poderes. Partiendo de esta base, y como medio para obtener un adecuado resguardo de los derechos de los particulares, se hace necesario el sometimiento de la Administración a la ley. Así se aprecia que la Administración Pública es un sujeto de Derecho, una persona jurídica destinataria de las normas que deben ser observadas.”⁵⁷

Existen pues, diversas formas de gobierno que han sido implementadas a lo largo de la historia en diversas zonas del mundo y con los más variados resultados, siendo objeto de modificaciones de diversa índole, en pos de

⁵⁷ BERMUDEZ, J. Derecho Administrativo General. Abelardo Perrot, Santiago. Segunda edición. 2011. P.25

ajustarse a las exigencias y necesidades de la población, las que a su vez han mutado a lo largo del tiempo. Así, las monarquías absolutas reinantes en Europa, dieron paso a regímenes políticos que invocaban la separación de poderes, como ocurre en un régimen presidencial, el que se implementó inicialmente por los Estados Unidos de Norteamérica para luego expandirse a otros países. Todos ellos se nutrieron en su constitución, de la mencionada teoría de la separación de poderes, pretendiendo evitar la concentración de poder a través de diversos mecanismos políticos de control. Es así que el sistema de pesos y contrapesos – “checks and balances”- se sustenta en la idea de complementos entre los diversos poderes, los que actuando de forma separada en la esfera de sus atribuciones pueden limitar a una rama del gobierno por medio de diversos mecanismos, evitando la atribución desmesurada de poder de un órgano en particular, pretendiendo prever especialmente, la concentración de poder en manos del Presidente de la República, evitando así similitudes indeseadas con los regímenes absolutistas dejados atrás. De acuerdo a lo anterior, entendemos que la Constitución busca dispersar el poder y las funciones de los órganos, dotándolos de las habilidades necesarias para constreñir a los otros⁵⁸, pretendiendo mantener el necesario equilibrio que todo gobierno necesita para un adecuado funcionamiento.

⁵⁸ DORF. Ob. cit. P. 95

8. Presidencialismo

4.2 Características

Tal como se expresó en el apartado anterior, el presidencialismo tiene su origen en los Estados Unidos de América, régimen político que se ha extendido en gran parte del mundo, principalmente en el continente americano. Tan así que, los únicos países dentro del continente que no lo comparten son Canadá, Guayana, Guayana Francesa y algunos estados de las Antillas. De acuerdo al régimen en estudio, el Presidente de la República detenta las funciones ejecutivas y de gobierno, asume la representación y la jefatura del Estado, todo lo cual se justifica en una elección democrática previa.

Se han acuñado diversas definiciones para explicar el régimen presidencial, tales como aquel que consiste en “el régimen de gobierno en el cual una persona, democráticamente elegida por la ciudadanía, ejerce la función ejecutiva y asume conjuntamente la jefatura del Estado y su representación y el

gobierno de la nación”⁵⁹. Nogueira por su parte entiende que el “[e]l régimen presidencial podemos conceptualizarlo señalando que es un régimen democrático representativo de separación rígida de poderes cuyo Ejecutivo está constituido por un Presidente de la República, elegido por sufragio universal, quien es Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y de la administración, siendo los Ministros de Estado nombrados y revocados por el primero, quienes no son responsables políticamente ante el Parlamento”⁶⁰.

4.2 Presidencialismo en Chile.

Según la doctrina nacional, la “tendencia característica del presidencialismo es concentrar el poder ejecutivo y parte de la función legislativa en una sola persona cuya permanencia en el cargo está establecida en la Constitución y no depende de la confianza del Congreso; la cual, en cambio, designa a sus ministros y a los demás colaboradores directos suyos de manera libre y

⁵⁹ RIOS, L. El presidencialismo en la República de Chile, en Revista de Derecho Público. 79, 2013: P.146.

⁶⁰ NOGUEIRA, H. Informe de la Comisión Especial de Modernización del Régimen Político Chile sobre Perfeccionamiento del Sistema Constitucional, con especial énfasis en el tipo de Gobierno. Santiago, Estudios Constitucionales. Universidad de Talca. 6. (2). 2008. P. 1.

autónoma, pudiendo removerlos de sus cargos a su arbitrio, ya que ni su nombramiento ni su cesación en el cargo dependen del Congreso”⁶¹.

Fue Manuel Blanco Encalada quien detentó por primera vez en la historia chilena, el título de Presidente de la República, luego de ser electo por mayoría absoluta del Congreso, el 8 de julio de 1826. Su nombramiento se sustenta en la ley emitida en la misma fecha y cuya discusión se plasmó en las actas de las sesiones del Congreso de 7 y 8 de julio de ese año. El cargo era esencialmente provisorio y, según el artículo 7 de la ley sobre su nombramiento, las facultades del Presidente serían las que correspondan al Poder Ejecutivo por las leyes preexistentes, y las que ulteriormente acordare aquella y la subsiguiente legislatura⁶². Posteriormente se consagró en el artículo 60 de la Constitución de 1828 que “El Supremo Poder Ejecutivo será ejercido por un ciudadano chileno de nacimiento, de edad de más de treinta años, con la denominación de Presidente de la República.”

Luego de que Blanco Encalada ejerciera la presidencia de Chile, la figura del Presidente de la República ha variado en diversos ámbitos, tales como la

⁶¹ RÍOS. El presidencialismo en la República de Chile, Ob. cit. P.146.

⁶² Acta de la cuarta sesión extraordinaria del Congreso de Chile, celebrada el 7 de julio de 1826. P. 3.

duración del mandato, los mecanismos de elección, además de las atribuciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes le encomiendan. Con la dictación de la Carta Fundamental de 1833 se fortaleció el rol del Presidente de la República, sirviendo como influencia principal para dicho robustecimiento la revolución de 1829⁶³, por medio de la cual se empoderó al Mandatario otorgándole independencia del Congreso Nacional, reconociéndole además amplias facultades y atribuciones especiales. En relación a lo anterior, dicha Constitución, en su artículo 81⁶⁴ sostenía lo siguiente: “Al Presidente de la República está confiada la administración i gobierno del Estado; i su autoridad se extiende a todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior, i la seguridad interior de la República, guardando i haciendo guardar la Constitución i las leyes”⁶⁵.

⁶³ El período de anarquía en Chile (1823-1830), desemboca en la Guerra Civil de 1829-1830, que enfrenta a los bandos liberales (pipiolos) y conservadores (pelucones) en un conflicto armado. Este conflicto culmina con la Batalla de Lircay, contienda en que resulta vencedor el bando conservador, al mando del general Joaquín Prieto. A partir de entonces comenzará en Chile un período de casi treinta años de gobiernos conservadores, tiempo en el cual se dicta la Constitución Política de 1833, -que duraría 92 años,- y en el que Chile libra un conflicto armado contra Perú y Bolivia (Guerra contara la Confederación Peruano-Boliviana, 1836-1839).

⁶⁴ Este artículo dista poco de la encomienda actual que se le hace al Presidente de la República en el artículo 24 de la Constitución de 1980, el cual expone lo siguiente: “El gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República quien es el Jefe de Estado. Su autoridad se extiende a todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República, de acuerdo con a Constitución y las leyes. El 21 de mayo de cada año, el Presidente de la República dará cuenta al país del estado administrativo y político de la Nación ante el Congreso Pleno.

⁶⁵ Constitución Política de la República de Chile de 1833. Artículo 81.

A pesar de haber sido plasmado en la mencionada Constitución, el presidencialismo se vio reducido con el tiempo, pasando a configurarse un régimen parlamentarista, el que de la mano de las reformas de 1874, pasaría a disminuir el poder presidencial, otorgando mayores facultades al Congreso, alcanzando su apogeo en 1891, año en el cual se impuso el parlamentarismo como régimen de gobierno del país. Este modelo de gobierno duró íntegramente y sin mayores dificultades hasta 1920, año en el cual la ineficiencia del ideal de gobierno, en adición a elementos de índole económica, dieron paso a un golpe de Estado en 1924, el que con el famoso “ruido de sables”, pusiera término definitivo a la República Parlamentaria, a continuación de la cual, en 1925, se dictaría la nueva Constitución Política de Chile.

La actual Constitución de 1980 se basó en los planteamientos de la Comisión Ortúzar, originalmente concebida como la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República de Chile (CENC), conocida como “Comisión Ortúzar”, en honor al presidente de dicha comisión, don Enrique Ortúzar Escobar⁶⁶. En dicha Comisión se analizaron los elementos que la nueva Carta debía contener y los pilares sobre los cuales debía desarrollarse el país.

⁶⁶ Esta comisión Se trató de un organismo establecido en 1973, cuya finalidad consistía en preparar el anteproyecto de la nueva Constitución Política de la República, dictada finalmente en 1980. La Comisión sesiono un total de 417 veces, entre los años 1973 y 1978, sesiones que constituyen un importante antecedente a las normas constitucionales que actualmente rigen, y los motivos por los cuales las mismas fueron incluidas en la Constitución.

El texto consagró inicialmente un presidencialismo autoritario y reforzado, en el cual el mandatario tenía un poder altamente superior al del Congreso, pudiendo incluso disolverlo, todo lo cual fuere producto de las lecciones aprendidas con las constituciones anteriores, y del modelo de gobierno que pretendía asegurarse. Se ha expuesto por la doctrina que, en sus inicios, la Constitución actual “era extremadamente autoritaria, porque limitaba el pluralismo, debilitaba en forma extrema al Congreso, le concedía enormes poderes al Presidente de la República (como, por ejemplo, la facultad de disolver a la Cámara de Diputados) y su rigidez impedía a ultranza su reforma”⁶⁷.

A diferencia de anteriores textos constitucionales, el Presidente no es entendido como soberano detentador y depositario del poder del Estado, sino más bien como un Primer Mandatario, a quien corresponde el gobierno y la administración del Estado, siendo constituido como un órgano responsable de sus actos. Si bien se pretendió fortalecer la figura del Presidente, y es esta idea la que permea al texto constitucional, debe quedar claro, que a éste no pertenecen de manera exclusiva las funciones de gobierno y Administración del Estado, sino que las ejerce de una manera más relevante que los demás órganos de la Administración, pero pocas veces de modo exclusivo, excluyendo a todo otro órgano de la toma de decisiones de que se trate. A pesar de lo

⁶⁷ GODOY, O. Parlamento, Presidencialismo y Democracia Protegida. Revista de Ciencia Política. XXIII (2) 2003. P. 12.

anterior, en muchos aspectos, como los enunciados en el artículo 32 de la Carta, el ejercicio de las funciones se realiza de manera especial, con un rol preponderante en la toma de decisiones, pero siempre de acuerdo a lo expuesto en la Constitución y las leyes⁶⁸.

De la mano de diversas reformas constitucionales existentes hasta la fecha, el modelo presidencial autoritario se ha ido modificado con el tiempo, reduciendo el desequilibrio existente entre el Congreso y el Presidente que se identifica con los textos iniciales, en los cuales el mandatario tenía, entre otras la facultad de disolver la Cámara de Diputados, hecho que con la reforma de 1989 dejó de ser posible. Por otra parte, y especialmente relevante para nuestro caso, es la reforma de 2005, la que por medio de la Ley N° 20.050 modificó, entre otros, los artículos 39 y siguientes de la Carta, que regulan a los estados de excepción. Por medio de dicha ley se introdujeron modificaciones en los requisitos para decretar los estados de excepción eliminando la intervención del Consejo de Seguridad Nacional en su dictación.

Previo a la modificación constitucional enunciada, se contemplaba la posibilidad de afectar los derechos y garantías asegurados por la Constitución a

⁶⁸ SILVA, A. Tratado de Derecho Constitucional. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, segunda edición, 2004. Tomo V.P. 93.

las personas por medio de las situaciones excepcionales de guerra externa o interna, conmoción interior, emergencia y calamidad pública. Se contemplaba además la intervención del Consejo de Seguridad Nacional, el que entre otros, tenía la facultad de concurrir al acuerdo con el Presidente de la República para declarar todo o parte del territorio nacional en estado de emergencia, debía además prestar su acuerdo para la declaración de zona afectada como consecuencia del estado de catástrofe. Por otro lado, la reforma reduce las garantías que pueden limitarse o restringirse en los estados de excepción.

9. La Administración del Estado en Chile

La Administración del Estado está compuesta por diversos órganos, todos los cuales dirigen su actuar en pos de la consecución del bien común y a la satisfacción de las necesidades de los habitantes de la República, entre los cuales se encuentra el Presidente de la República, al que, de acuerdo al artículo 24 inciso 1 de la Constitución Política de la República, le corresponden el gobierno y la administración del Estado, siendo reconocido como Jefe de Estado.

Ahora bien, la Administración del Estado se organizará, según lo expuesto en el artículo 38 de la Carta, según una ley orgánica constitucional, en este caso, la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto con Fuerza de Ley N° 1/19.653 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, en cuyo artículo 1 se expone lo siguiente:

“El Presidente de la República ejerce el gobierno y la Administración del Estado con la colaboración de los órganos que establezcan la Constitución y las leyes.

La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley.”

En relación a la consecución del bien común, dispone la Carta Fundamental en su artículo 1, inciso cuarto, que “[E]stado está al servicio de la persona

*humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece*⁶⁹. De lo anterior se desprende, que la Administración del Estado esté obligada a cumplir con ciertos fines mediatos e inmediatos, en pos de satisfacer las necesidades de la nación, identificándose el primero de estos, con la consecución del bien común consagrado en el mencionado artículo 1, objetivo que debe ser observado por todo órgano de la Administración por igual. Por su parte, el fin inmediato se identifica con las necesidades públicas de los habitantes de la nación, los que se determinan según el ámbito competencial de cada órgano de la Administración del Estado.

De acuerdo a lo expuesto, los fines particulares de cada órgano serán determinados en atención a las funciones que dicho órgano de la Administración del Estado está llamado a cumplir, y al cometido que las leyes le encomiendan. Así, el fin inmediato del Ministerio de Agricultura difiere del fin mediatos que pueda tener la Municipalidad de Santiago, lo que se entiende respecto de todos los órganos que componen la Administración del Estado. Sin embargo, esta diversificación no es tal cuando estamos en presencia del jerarca

⁶⁹ Constitución Política de la República de Chile de 1980. Artículo 1, inciso cuarto.

máximo, el que concentra todas las necesidades públicas que deben ser satisfechas y que son el antecedente del bien común, necesidades que deberán ser satisfechas a través del ejercicio de potestades que la Constitución Política le otorga para esto.

Pues bien, para poder satisfacer las necesidades públicas y cumplir con los fines encomendados, los órganos de la Administración del Estado son dotados con diversas potestades o atribuciones particulares, de las que no está exento el Presidente de la República, y que son consideradas como privilegios de los cuales los órganos están provistos, los que tienen su fundamento y explicación en los intereses públicos o en los bienes jurídicos a los que están asociados, determinado así el campo de acción de las potestades⁷⁰.

4.2 Potestades de la Administración

Para poder cumplir las funciones a las que cada órgano de la Administración del Estado está llamado, la ley le atribuye potestades a los mismos. “La legalidad atribuye facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus

⁷⁰ FERRADA, J. Las potestades y privilegios de la Administración Pública en el régimen administrativo chileno. En Revista de Derecho. XX (2) 2007. P. 70.

límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndola al efecto poder jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente”⁷¹. Estas son entendidas como poderes deberes jurídicamente finalizados, son instrumentos normativos con los que la ley dota a todos los órganos de la Administración, y por ende al Presidente de la República, destinadas a la satisfacción de las necesidades públicas en aras de la consecución del bien común, respetando para esto, los derechos de las personas, tal como se expone en el artículo 1 de nuestra Carta. Estas potestades, están regladas en sus elementos constructivos, salvo que el legislador las dote de elementos discrecionales, los que se traducen en qué decisión se tomará y la oportunidad para la misma.

Considerando que las potestades son poderes – deberes, queda de manifiesto que estar dotado de dicha potestad conlleva una necesidad de acción en circunstancias determinadas, debiendo su detentador hacer uso de dichas atribuciones en orden a conservar el bien común. Específicamente en relación a las potestades del Presidente de la República, consideramos que dicho deber se extiende tanto a su función de Gobierno como de

⁷¹ GARCIA DE ENTERRÍA, E. y FERNANDEZ, T-R. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Thomson Reuters, Madrid. Decimo sexta edición, 2013. P. 485.

Administración, debiendo en ambos casos aplicar las medidas existentes y pertinentes para asegurar el desarrollo armónico de la ciudadanía.

Las atribuciones del Presidente de la República son las herramientas jurídicas por medio de las cuales éste cumple la función pública que le es confiada al aceptar el ejercicio del cargo y se exponen principalmente en los artículos 24 y 32 de la Constitución. Las anteriores pueden ser clasificadas en generales y especiales, aquellas se identifican con el artículo 24, y por su parte, las atribuciones especiales son aquellas enunciadas en el artículo 32, el que en sus numerales puede nuevamente ser clasificado, en atribuciones legislativas (números 1,2,3 y 6, además del artículo 65), Políticas (números 4, 5 y 7), Administrativas (números 5, 6, 9, 10, 11 y 12), Internacionales (números 8 y 15), Económicas (números 11 y 20), Judiciales (números 12,13 y 14) y Militares (números 16, 17, 18 y 19). Además de la anterior clasificación, las atribuciones presidenciales han sido objeto de clasificaciones doctrinarias de diversa índole, como según el contenido de las mismas, entra las que encontramos las atribuciones relacionadas con el Poder Constituyente, con la Función Legislativa, con el Poder Judicial, Administrativas y Gubernamentales, las que pueden ser política, internacional, militar y financiera⁷². Por otro lado, Pablo Ruiz-Tagle, sostiene que la clasificación de las atribuciones presidenciales

⁷² VERDUGO, PFEFFER en VERDUGO, PFEFFER, NOGUEIRA. Ob. cit. Tomo II P. 37.

debería realizarse según lo que expuso Hamilton en los números 69 y 70 del Federalista, el que distingue entre las atribuciones del ejecutivo según estas sean legislativas, políticas, administrativas, económicas, internacionales, judiciales y militares⁷³.

Tal como mencionamos, al Presidente de la República le corresponden las funciones de Gobierno y de Administración del Estado enunciadas artículo 24 de la Constitución Política, que deberán ser ejercidas con sujeción estricta a la Constitución y las leyes. La función de gobierno se identifica con el ejercicio de funciones de orden público, por su parte la función de Administración del Estado se refiere a la satisfacción de las necesidades corrientes de los habitantes de la nación, lo que se realizará de acuerdo a las directivas emitidas por el Gobierno. Si bien ambas funciones son distintas e independientes, en la práctica dicha división resulta difusa, por cuanto tanto la una como la otra se topan constantemente en su ejecución por parte del Presidente de la República. Gobernar y administrar están íntimamente ligados en el proceso administrativo, el que toma tanto de una como de otra función para la consecución de sus fines.

⁷³ RUIZ – TAGLE, P. El presidencialismo chileno: evolución de sus atribuciones constitucionales y propuestas de reformas Revista de Derecho Público 76. 2012. P. 230.

4.2 Potestades exclusivas del Presidente de la República

En palabras de Tocqueville, “Los americanos creen que en cada Estado el poder social debe emanar directamente del pueblo, pero una vez que ese poder está constituido, por así decir, no le imaginan límites y reconocen fácilmente que tiene derecho a hacerlo todo”⁷⁴. Así pues, ¿tiene el Presidente de la República atribuciones exclusivas? ¿Es acaso la declaración de los estados de excepción que nos convoca una potestad exclusiva del Presidente? ¿Es posible la aplicación de elementos discrecionales para el caso? ¿Puede la autoridad, dadas las circunstancias, optar por no invocar una medida que parezca más apropiada? Pasaremos pues, en este y en el capítulo siguiente, a analizar las anteriores interrogantes, todo lo cual debe realizarse en armonía con el principio de legalidad y juridicidad, enunciados en los artículos 6 y 7 de la Constitución, que exponen la necesidad de los órganos públicos de sujetarse plena e integralmente a la Constitución y a las normas que conforme a la misma hayan sido dictadas.

De las potestades mencionadas en el apartado anterior, resulta aplicable para el caso que nos convoca, la enunciada en el numeral 5º del artículo 32,

⁷⁴ De TOCQUEVILLE, A. La democracia en América. Editorial Trotta, Liberty Fund. Madrid. 2010. P. 1108.

referido a la declaración de los estados de excepción constitucional en los casos y según las formas indicadas por la Constitución. De acuerdo a la clasificación de las atribuciones presidenciales realizada previamente, éste numeral se condice con atribuciones políticas y administrativas del Presidente de la República, las primeras incluyen además la facultad de convocar a plebiscito y el nombramiento y remoción de los ministros de Estado, subsecretarios, intendentes y gobernadores. Por su parte las atribuciones administrativas son además el ejercicio de la potestad reglamentaria en los casos que no sean de dominio legal, el nombramiento del Contralor General de la República con acuerdo del Senado y el nombramiento y remoción de funcionarios de su exclusiva confianza, entre otros.

El Mandatario según el artículo 32 de la Carta Fundamental detenta una atribución especial para actuar cuando las circunstancias se condigan con lo establecidas en los artículos 39 y siguientes de la Constitución relativos a los estados de excepción. Se trata la anterior de una atribución especial del Presidente, por cuanto es éste el único órgano habilitado para invocar los estados de excepción, no siendo posible a otros órganos decretarlos. Entendemos que se trata de una atribución de esta índole, cuando el ejercicio de las mismas corresponda al Presidente de la República, siendo éste el

facultado principal para invocar las atribuciones expuestas en el artículo 32 de la Carta.

Ahora bien, la especialidad de la atribución no puede ser entendida como la existencia de una facultad del detentador de dicha potestad de invocarla cuando lo estime conveniente según sus parámetros personales, sin la consideración de los elementos circunstanciales relevantes, sino que la potestad debe ser entendida como una “*potestad-función*, esto es, aquellas potestades que deben ser ejercidas en interés ajeno al propio y egoísta del titular. Concretamente, las potestades administrativas deben ejercitarse en función del interés público, que no es el interés propio del apartado administrativo, sino el interés de la comunidad (...)”⁷⁵. Así las cosas, las potestades deberán ejercerse en servicio del interés común, que es ajeno al interés propio de la Administración, debiendo ésta ejercer la potestad cuando el interés de la comunidad lo exija.

En atención a lo anterior, las normas pertinentes dan a entender que si bien los estados de excepción son invocados por la Primera Magistratura, ésta no está autorizada para obviar tramites anexos cuando estén reglados, tal como lo expone el artículo 8 de la Ley Orgánica Constitucional de Estados de

⁷⁵ GARCIA DE ENTERRIA. Ob. cit. Tomo I. P.490.

Excepción, según el cual, éstos serán declarados mediante decreto supremo firmado por el Presidente de la República y los Ministros del Interior y de Defensa Nacional, y comenzarán a regir desde la fecha de su publicación en el Diario Oficial. A esto se agregan particularidades para cada estado de excepción, como la necesidad de contar con el acuerdo del Congreso Nacional cuando se pretenda dictar el estado de catástrofe por un plazo mayor a un año, o el acuerdo del mismo órgano para la declaración del estado de sitio. Resulta pues, que no será válido el estado de excepción declarado únicamente por el Presidente de la República, por cuanto debía cumplir con formalidades de participación de diversos órganos de la Administración⁷⁶. No consideramos pues, que en el hecho se entienda la dictación del estado de excepción como una atribución exclusiva del Presidente, en el sentido de ser dictado por éste sin la intervención de otros órganos de la Administración que se involucren en la misma, y sin tener que justificar los motivos por los cuales se decidió invocarlo. Más bien se trata, tal como lo expone el artículo que la enuncia, de una

⁷⁶ En igual sentido SILVA, Tomo V. P. 93: “Pudiera erróneamente entenderse que la expresión “atribuciones especiales” reviste el mismo sentido que las de “atribuciones exclusivas”, que, usada en cuanto a las facultades de la Cámara de Diputados, del Senado y del Congreso, emplean respectivamente en sus comienzos los artículo 48, 49 y 50.

No es así, sin embargo, porque, a pesar de ser unipersonal el órgano supremo del Ejecutivo, el art. 35 establece que “los reglamentos y decretos del Presidente de la República deberán firmarse por el Ministro respectivo y no serán obedecidos sin este esencial requisito”. En consecuencia, la Constitución no considera que un acto del Presidente, realizado por él exclusivamente, tenga fuerza jurídica obligatoria. La exigencia de la firma, por lo menos de un Ministro, persigue no solo dar autenticidad al acto sino diferenciar aquellos personales del Presidente de los que tienen carácter funcionario, y hacer posible el sistema de responsabilidades consagrado en la Ley Fundamental (art. 6,7,32 N°22, 36, 48 N°2).”

atribución especial, relacionada con las circunstancias que envuelven su dictación y de los efectos que la misma tiene, motivo por el cual su implementación debe ser realizada con especial celo.

En relación a lo anterior debemos mencionar, que el artículo 45 de la Constitución Política, expone que los Tribunales de Justicia no podrán calificar los fundamentos ni las circunstancias de hecho que la autoridad invoque para decretar los estados de excepción. Ahora bien, respecto de las medidas particulares que afecten derechos constitucionales, siempre existirá la garantía de recurrir ante las autoridades judiciales a través de los recursos que correspondan. Según esto, queda claro que el Presidente de la República es el órgano destinado a declarar los estados de excepción cuando, en virtud de las circunstancias específicas, se entienda que un estado en particular sea la herramienta más indicada para poder proteger de mejor manera el bien común. Por otro lado, es este mismo órgano el llamado a invocar las herramientas otorgadas por las disposiciones de la Ley N° 16.282.

Para poder cumplir cabalmente con el cumplimiento de los fines a los que está llamado, el Presidente de la República deberá ponderar qué disposición legal resulta más adecuada para poder satisfacer el bien común, todo lo cual

dice directa relación con la necesidad de justificación de sus actos, y deriva en su capacidad de responder frente a los daños causados producto de las decisiones que se tomen en virtud de sus atribuciones. Así pues, “el poder administrativo en un Estado de Derecho es siempre, y más todavía el poder discrecional, un poder funcional, un poder obligado a dar cuenta de su efectivo servicio a la función para la que fue creado, a justificarse en su ejercicio y a justificar, también, su conformidad a la Ley y al Derecho, a los que está expresa y plenamente sometido por la Norma Fundamental”⁷⁷.

10. Discrecionalidad

Según lo mencionado en el apartado anterior, queda claro que para que una potestad pueda tener validez, ésta debe estar sustentada en el principio de legalidad / juridicidad, esto es, debe haber sido encomendada previa y expresamente por ley a quien esté destinado a detentarla y ejercerla. Esto implica que en la práctica todas las potestades sean regladas, por cuanto provienen todas de la ley, no siendo posible invocar potestades o atribuciones distintas a las determinadas por ley. A pesar de esto, las normas no siempre

⁷⁷ FERNANDEZ, T.R. De la Arbitrariedad de la Administración. Thomson Civitas. Navarra. Quinta edición. 2008. .P. 83.

determinan de manera específica como deberá actuar el órgano que la detenta para el caso concreto, sino que por el contrario, las potestades pueden contener elementos discrecionales que permiten optar entre diversas posibilidades al momento del ejercicio de la misma. De este modo, consideramos que la discrecionalidad se identifica con la facultad del órgano administrativo de incluir en el proceso de decisión sobre la aplicación de una norma determinada, una estimación subjetiva respecto de la misma en tanto el legislador así se lo haya permitido. Se podrá por tanto elegir entre una u otra opción posible (legalmente) de aplicar ante un conflicto determinado. Lo anterior se sustenta en la existencia de diversas normas destinadas satisfacer la necesidad creada por algún hecho determinado, lo que no debe entenderse como la posibilidad del órgano dotado con dicha discrecionalidad, de actuar de la forma que le parezca más adecuada sin regirse por la ley, sino que, la discrecionalidad solamente se refiere a ciertos elementos, lo que deberá apreciarse para cada caso concreto de acuerdo a las circunstancias singulares que se presenten.

Consideramos, por tanto, que la discrecionalidad se identifica con el margen de actuación que tiene la Administración para la toma de decisiones relacionado con la prudencia que el órgano debe aplicar en su actuar, en vías de la satisfacción eficiente y oportuna de las necesidades públicas, para lo cual el actor debe discernir entre las circunstancias particulares para la adopción de la

decisión. De este modo, la “*discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos*, porque la decisión se fundamenta normalmente en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.), no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración”⁷⁸.

De acuerdo a lo anterior, entendemos que “la esencia de la discrecionalidad radica en la existencia de una pluralidad de soluciones entre las cuales la Administración puede elegir con libertad, supuesto que para la norma habilitante todas ellas son igualmente aceptables, en principio”⁷⁹. Será por tanto posible que un órgano de la Administración se vea enfrentado a la necesidad de optar entre dos soluciones posibles, las que, en principio, cumplirían de igual manera con el fin mediato de la Administración, que es la consecución del bien común. Deberán sin embargo tomarse en consideración las circunstancias específicas del caso, implementando la debida prudencia para la elección de una de las opciones existentes.

Así pues, no son las potestades las discrecionales, ya que éstas, como vimos anteriormente, son esencialmente regladas, sino que, es el ejercicio de

⁷⁸ GARCIA DE ENTERRIA. Ob. cit. Tomo I. P. 503.

⁷⁹ GARCIA DE ENTERRIA. Ob. cit. Tomo I. P. 528.

dicha potestad el que puede verse compuesto por elementos de discrecionalidad particulares. Estos elementos se relacionan con el órgano llamado a actuar en el caso específico, a quien por ley se atribuye una determinada competencia para intervenir en un evento particular, dicho órgano deberá actuar siempre amparado en el procedimiento administrativo, según la forma prescrita por la ley⁸⁰, siendo así, siempre reglado.

En relación a lo anterior, es que la doctrina ha sostenido que la discrecionalidad no se identifica con la totalidad de los elementos de las potestades, sino que, al considerar que éstas son esencialmente regladas, la discrecionalidad solamente se identifica con el “qué”, recayendo así en la elección de los medios idóneos para el fin que se persigue con la acción, que se identifica con la satisfacción de una necesidad pública. Por otro lado, se entiende que los “elementos de la potestad se encuentran reglados necesariamente el *quién* (órgano a quien se atribuye la potestad), el *cómo* (procedimiento), el *por qué* (motivo o fundamento/hecho: necesidad pública que satisfacer), el *para qué* (bien común específico, en concordancia con el bien común de la sociedad política) y el *cuándo* (momento u oportunidad en el cual debe actuar el órgano estatal/ cuando aparece la necesidad pública de

⁸⁰ Se condice lo anterior con la reserva legal expuesta en los artículos 6 y 7 de nuestra Carta, al artículo 19 N°3 y 62 N° 14 del mismo cuerpo legal. Además de lo prescrito por la Ley N° 19.880 que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado.

satisfacer, de oficio o cuando dicho órgano es requerido para actuar a petición de parte)”⁸¹.

En virtud de lo anterior, entendemos que el legislador efectuará la atribución de las potestades determinando, en primer lugar, la estructura de la potestad administrativa y, en segundo término, el ámbito de ejercicio. Así las cosas, en relación a la estructura de la potestad deberán determinarse los elementos mencionados previamente, esto es, “quién” será el titular de la potestad, identificado con el artículo 7 inciso 1° de la Carta; “cómo”, relativo al procedimiento legal para emitir el acto o celebrar el contrato administrativo correspondiente; “cuando”, significativo del momento o la oportunidad en la cual deba actuarse para satisfacer la necesidad pública; “por qué”, se refiere a la concurrencia de un hecho que se configure como necesidad pública que deba ser resuelta; “para qué”, esto se remite a la finalidad específica que persigue la potestad atribuida; finalmente, deberá determinarse el “qué”, lo que se remite a la decisión que toma el órgano.

En relación a lo anterior, el legislador puede determinar un deber de acción concreto, o un margen de libertad de acción o libre apreciación, incluso para no

⁸¹ SOTO, E. en ALARCÓN, P. Discrecionalidad Administrativa, un estudio de la Jurisprudencia Chilena. Editorial Conosur. Santiago. 2000. P. 7.

actuar. En el caso que imponga un deber de actuar, el legislador puede configurar la actuación de tal modo que le indique "la" decisión específica que deba adoptar, o bien puede conferir un margen de apreciación libre para elegir la decisión más adecuada o idónea en orden a satisfacer la necesidad pública particular de que se trate (e incluso aquí debe escoger dentro de posibilidades tasadas, determinadas previamente por el legislador).

En cuanto al ámbito de ejercicio, deberán determinarse las materias, tales como el espacio, relativo al lugar donde las atribuciones podrán ser ejercidas; el tiempo, pudiendo ser las atribuciones por un lapso de tiempo indefinido o plazo, o sujetas a una condición; y finalmente el ámbito jerárquico, relativo a si la atribución corresponde al titular del órgano superior del ente o servicio (Jefe Superior del Servicio) o al titular de un órgano situado en un grado inferior de la jerarquía del Servicio.

Es precisamente la posibilidad de elección libre o subsumida a los principios generales del derecho, uno de los elementos que han sido discutido por nuestra doctrina nacional, y que resulta de manifiesta relevancia para el caso que nos convoca, por cuanto optar por una u otra teoría nos llevará a resultados diversos respecto de la concurrencia de la responsabilidad del Estado respecto

de los saqueos ocurridos como resultado del terremoto de 27 de febrero de 2010.

4.2 Discrecionalidad administrativa en la doctrina

La discrecionalidad administrativa ha sido objeto importante de estudio por parte de la doctrina, por cuanto “se caracteriza por una mayor complejidad en su configuración técnico – normativa, no existiendo consenso en la doctrina acerca del elemento de la estructura lógico - formal de una norma administrativa en el que se ubica la discrecionalidad. Pero, por otra parte, las potestades discrecionales en manos de la Administración Pública, generan una evidente tensión político - ideológica que pone en juego las relaciones y equilibrios constitucionales del poder al interior del Estado, concretamente entre la Administración, el poder Legislativo y la judicatura (...)”⁸².

Si bien la doctrina, tanto nacional como internacional, se ha fijado en diversos elementos de análisis de la discrecionalidad, para el caso nos parece especialmente relevante las teorías que se refieren a la posibilidad de revisión

⁸² SAAVEDRA, R. Discrecionalidad Administrativa. Abeledo Perrot. Santiago. 2011. P. 1.

del acto dictado en virtud de elementos discrecionales de la potestad y la necesidad de justificación de dicho acto más allá del amparo en la discrecionalidad como tal.

4.2.2 Doctrina Tradicional

La doctrina nacional ha realizado, a grandes rasgos, un análisis tradicional de la discrecionalidad, enfocándose en las potestades, la distinción existente entre el acto discrecional y el arbitrario, exigiendo el sometimiento del mismo a la Constitución y señalando la mayor o menor legitimidad de su control judicial⁸³.

Enmarcado dentro de esta línea argumentativa, José Luis Cea Egaña define discrecionalidad como el “margen limitado de libertad que la ley concede expresamente a la Administración para que, en casos o situaciones concretas, interprete y aplique sus disposiciones generales con sujeción a los fines y medios previstos en ella”⁸⁴.

⁸³ SAAVEDRA. Ob. cit. P. 52.

⁸⁴ CEA, J. Hermenéutica Constitucional, Soberanía Legal y Discrecionalidad Administrativa. Revista Chilena de Derecho, 11. 1984. P. 12.

En relación al elemento central de la discrecionalidad, Eduardo Soto Kloss postula que “[L]o que está en la medula de la discrecionalidad es un discernir, un distinguir, entre las múltiples circunstancias que rodean a un hecho – necesidad pública que satisfacer- y ello supone, exige y requiere un margen de apreciación sobre ellas a fin de decidir”⁸⁵. Entiende este autor que la discrecionalidad es “la libertad de apreciación para decidir, frente a determinados hechos objetivos – que a ley ha descrito o previsto como necesidad pública-, la adopción de la mejor medida a fin de satisfacer eficiente y oportunamente dicha necesidad”⁸⁶.

4.1.2.1 Diferenciación con arbitrariedad

Una arista de gran relevancia al estudiar la discrecionalidad, se refiere a la diferencia que existe entre la aplicación de ésta y la arbitrariedad. El hecho de tener un margen de acción más amplio, mayor libertad de acción en torno a la toma de decisiones, no implica que el actor pueda determinar por sí solo los elementos que compongan la decisión. Para poder aplicar el elemento discrecional, resulta esencial la existencia de una ley anterior que presuponga

⁸⁵SOTO, E. Derecho Administrativo, Temas Fundamentales. Thomson Reuters. Santiago. Tercera edición. 2012. P. 440.

⁸⁶ Ibid.

la posibilidad de elección entre dos alternativas. En relación a esto, debe tenerse presente el artículo 7 de la Constitución Política, según el cual, los órganos del Estado solamente podrán actuar válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma prescrita por ley. Continúa este artículo prohibiendo la atribución de otra autoridad o derechos de los que la Constitución o las leyes expresamente hubiesen conferido a determinados órganos.

Cea sostiene, en relación a lo anterior, que la discrecionalidad no puede ser concebida como “arbitrariedad, antojo o capricho para actuar sin razón, porque se le dé la gana a la autoridad respectiva. Antes bien, la discrecionalidad es capacidad de obrar o no – dentro del marco preceptivo de la mejor manera y para el mejor cumplimiento de los objetivos o metas fijadas por la Constitución y las leyes”⁸⁷.

En concordancia con lo expuesto, la jurisprudencia administrativa ha manifestado que “ante un acto administrativo que adoleció de un vicio que afecta un requisito esencial del mismo (*-como es la motivación-*),(...) de conformidad con lo previsto por el artículo 6 de la Constitución Política y los

⁸⁷ CEA. Teoría del Gobierno. Ob. cit. P. 218.

artículos 13 y 53 de la ley N° 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los órganos de la Administración del Estado, procede que la autoridad que lo emitió disponga su invalidación, previa audiencia del interesado y siempre que lo haga dentro de los dos años desde la notificación o publicación del acto.

En consecuencia, corresponde que la Presidenta de la República, a través del Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Investigaciones, invalide los aludidos decretos, lo cual provocará la reincorporación de los afectados a la Policía de Investigaciones de Chile”⁸⁸.

De lo anteriormente citado, entendemos que deberán tomarse en consideración diversos principios del derecho, tales como la proporcionalidad, la necesaria motivación del acto administrativo y la racionalidad del mismo. Así pues, no observar dichos principios, sea de manera explícita o no, implica la contravención de los preceptos constitucionales, por lo mismo, entendemos que la discrecionalidad tiene como freno, el texto constitucional⁸⁹, por lo que se

⁸⁸ Dictamen de la Contraloría General de la República de Chile. N° 4.168 de 2008, disponible en <http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/FrameSetConsultaWebAnonima?OpenFrameset>

⁸⁹ Así se expone en la página 770 de The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States “Presidential emergency powers should be distinguished into two categories, even though the boundary between them is sometimes obscure: the power to act in a crisis based entirely on the president’s own prerogative; and the power to act

pretende evitar caer en exceso relacionados con el régimen presidencialista. Expone Lautaro Reyes, “otro exceso exorbitante del régimen presidencial se da en el uso de facultades discrecionales - que en las monarquías absolutas se denominaba “el privilegio del príncipe” – consistente en poder adoptar medidas que sobrepasan y, a veces, contradicen los efectos de las leyes, sin que estas actuaciones generen responsabilidad ni sean susceptibles de control judicial”⁹⁰. Ha entendido la doctrina que el legislador no puede ser entendido como soberano, ni la administración libre para realizar los actos que les antojen, por cuanto el legislador no tiene más poderes que los que la Constitución le ha conferido de manera expresa en el texto legal, igual situación se presenta respecto de la administración, que deberá sujetarse al texto constitucional⁹¹.

4.1.2.1 Control de la Discrecionalidad

in accordance with laws that give the executive special powers in a declared emergency.

There is no provision in the text of the constitution that the president has special power to act on his or her own discretion in an emergency. It is sometimes argued that such power can be inferred from the Vesting Clause (“the executive Power shall be vested in a President of the United States of America”) and from the president’s oath of office (“I will faithfully execute the Office of President of the United States, and will to the best of my Ability, preserve, protect and defend the Constitution of the United States”) – the only oath that is constitutionally prescribed.”

⁹⁰ RIOS El presidencialismo en la República de Chile Ob. cit. P. 172

⁹¹ CEA, J.L. Hermenéutica Constitucional, Soberanía Legal y Discrecionalidad Administrativa. Ob. cit. P.9.

Los planteamientos que sustentan la teoría tradicional, dan a entender que el acto que se realice en virtud de los elementos discrecionales de una potestad reglada, podrán ser revisados por cuanto “(...) la discrecionalidad es **siempre controlable** a través del examen que el órgano de control practica sobre el mérito, la conveniencia, la oportunidad o, en general, la sustancia y finalidad del acto discrecional. Su control es, por ende, eminentemente de fondo y no de forma”⁹².

Por su parte, Soto plantea que la discrecionalidad implica siempre “(...) la correspondiente responsabilidad, puesto que allí se da un margen de libertad, libertad conferida *por* el propio Derecho y para ejercerse *dentro* del Derecho. Ya que quien dice libertad dice responsabilidad, puesto que ellas no son sino dos caras de la misma moneda”⁹³. Por tanto, no sería posible, a ojos de este autor, limitar la revisión propia del acto por haber estado enmarcado dentro de los elementos discrecionales de la potestad otorgada, lo contrario implicaría irrogar facultades al órgano que ni la ley ni la Constitución le ha otorgado, derivando así el acto en nulo, en virtud de lo expuesto en el inciso 3 del mencionado artículo 7 de la Carta Fundamental.

⁹² CEA. Teoría de Gobierno. Ob. cit P. 218.

⁹³ SOTO. Derecho Administrativo, Temas Fundamentales. Ob.cit. P. 441

De acuerdo a lo expuesto, podemos decir que para determinar la pertinencia del actuar discrecional, será necesario definir los elementos discretionales que compongan la potestad reglada, y analizar éstos de acuerdo a las circunstancias particulares del caso.

Por último, el elemento discrecionalidad *per se*, se relaciona con la decisión particular que adopta el órgano enfrentado a la satisfacción de una necesidad pública, caso en el cual el mismo puede, derechamente, distinguir entre dos o más posibilidades previamente establecidas por el legislador. Deberá en el caso, identificar los elementos particulares según el destinatario de la acción, el tiempo y el lugar en el cual se deberá ejecutar, así pues, será una opción la que parecerá propicia para la satisfacción oportuna y adecuada del conflicto particular.

4.2.2 Doctrina Moderna

En adición a la doctrina tradicional de la discrecionalidad, surge un planteamiento más moderno, el que es desarrollado principalmente por Pedro Pierry Arrau, y que se basa principalmente en la flexibilidad de la que debe

dotarse a la Administración del Estado para que ésta pueda responder adecuadamente a las exigencias que se le impongan, lo que se condice con la discrecionalidad. Para el autor “el poder discrecional no es susceptible de gradaciones, existe o no existe, por ello o la Administración es libre para actuar en un determinado sentido o no lo es; pero en un acto administrativo puede haber mayor o menos discrecionalidad conforme la norma jurídica entregue más o menos elementos a la decisión libre de la autoridad administrativa”⁹⁴.

Este autor concibe la discrecionalidad como “la facultad de obrar libremente por la Administración sin que su conducta esté previamente determinada por la regla de derecho”⁹⁵. Por el contrario, estamos frente a una potestad reglada, cuando la norma particular determina expresamente qué decisión debe tomarse según requisitos particulares establecidos por la misma, caso en el cual la autoridad no puede sino actuar de la forma prescrita.

4.1.2.1 Control de la Discrecionalidad

⁹⁴ SAAVEDRA, Ob. cit P. 58.

⁹⁵ PIERRY, P. El control de la Discrecionalidad Administrativa, Universidad Católica de Valparaíso, Universidad de Valparaíso. Revista de Derecho 8. 1984. P. 162

En cuanto a la posibilidad de revisión, Pierry sostiene que, en virtud del principio de legalidad, el control que se pretenda ejercer sobre el acto administrativo, solamente podrá referirse a los elementos reglados del mismo. En este sentido sostiene: “[E]l control de legalidad recae sobre el aspecto reglado del acto o actuación de la Administración”⁹⁶. Por el contrario, considera que “en su aspecto discrecional no es susceptible de control alguno. Donde existe, (discrecionalidad) no puede haber control de la legalidad, quedando por otra parte excluido de control de la oportunidad”⁹⁷.

Lo anterior no implica, a juicio del autor, que se permita el pleno arbitrio en esta materia, sino que, el control de la discrecionalidad está constituido por los medios de los cuales se valen los jueces en orden a restringir el campo de acción de la discrecionalidad, creando a raíz de lo anterior un “poder reglado jurisprudencial”⁹⁸. De esta forma se otorga al juez un rol preponderante en el control de la discrecionalidad, pudiendo recaer sobre los motivos establecidos por la Administración para que el órgano pueda actuar válidamente frente a un conflicto. Por tanto, será tarea del juez restringir el campo de acción de la discrecionalidad, el juez podrá “ir ampliando los casos de competencia reglada,

⁹⁶ PIERRY, El control de la Discrecionalidad Administrativa Ob. cit P. 164.

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ Ibid.

disminuyendo y restringiendo de este modo el poder discrecional. Se crea, así, un verdadero poder reglado jurisprudencial⁹⁹.

Esta teoría sustentada por Pierry se ha transformado en la tendencia jurisprudencial actual, en base a la cual las demandas interpuestas, basadas en los saqueos ocurridos el 27 de febrero de 2010, fueron rechazadas en su totalidad debido, entre otros, a la imposibilidad de revisión de los elementos de discrecionalidad presentes en el actuar realizado por la Administración¹⁰⁰.

4.2 El rol de la discrecionalidad en relación a las decisiones tomadas luego del terremoto de 27 de febrero de 2010

⁹⁹ PIERRY, El control de la Discrecionalidad Administrativa Ob. cit. P. 174.

¹⁰⁰ En relación al rechazo de las sentencias relativas a los saqueos posteriores al terremoto, resulta interesante mencionar que, el 18 de diciembre de 2013, solo un par de días antes a la sentencia en estudio, la Corte Suprema decidió acoger (Rol N° 1629-2013) el recurso de casación en el fondo, revocando la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, declarando así la responsabilidad del Estado demandado por los familiares de don Mario Ovando Garcés, quien falleció producto del Tsunami que azotó diversas localidades luego del terremoto. Los demandantes fundan su acción en el daño moral experimentado producto del fallecimiento de su pariente, quien, confiando en un aviso radial que aseguraba que no había peligro de tsunami, regresó a su casa, donde finalmente falleció asfixiado por el agua.

En los hechos, la autoridad dictó el D.S. N°150 del Ministerio del Interior el día 27 de febrero, declarando la Región del Bío Bío como zona afectada, ordenando a “las autoridades, jefaturas y personal de todas las instituciones, organismos o empresas de la administración civil del Estado deberán prestar a las autoridades designadas la colaboración que les sea requerida”, excluyendo en el caso a las Fuerzas Armadas de la colaboración indicada. El día 28 de febrero la Presidenta de la República dictó el Decreto Supremo N° 153 del Ministerio del Interior, declarando esta vez el estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública, autorizando la intervención de las Fuerzas Armadas, y cumpliendo así con la función de gobierno enunciada en el artículo 24 de la Constitución. Por tanto considerando la posibilidad de optar entre dos opciones legalmente respaldadas para resguardar a la población, analizaremos en el capítulo siguiente, si en los elementos que circundan la dictación de ambos Decretos Supremos podemos o no determinar la existencia de responsabilidad del Estado, todo lo cual se realizará en base a lo analizado en este capítulo.

Según las teorías de la discrecionalidad, podemos identificar dos posibles análisis respecto de los hechos acaecidos con posterioridad al terremoto de 27 de febrero de 2010.

4.2.2 Según la visión tradicional

Desde el punto de vista de la doctrina tradicional, podemos concluir que en la práctica, el problema radica en que no se tomaron las medidas adecuadas disponibles para el resguardo del bien común. Considerando que según esta visión, discrecionalidad no implica arbitrariedad, aquellos hechos que justifican la falta de dictación del estado de excepción, y que rechazan la solicitud de intervención de las Fuerzas Armadas, pueden ser objeto de revisión por parte de los tribunales de justicia. Sostener lo contrario implicaría otorgar un poder desmesurado al Presidente de la República, obviando toda regulación de pesos y contrapesos existente, dando a entender que el Presidente puede actuar como un órgano completamente independiente sin la revisión de sus acciones por parte de los restantes estamentos, esto implicaría obviar la herencia histórica de la separación de poderes y volver a una suerte de monarquía en la cual el Mandatario no debe responder a nadie respecto de actos determinados, por cuanto éstos se enmarcan dentro de su margen de discrecionalidad.

De este modo, si el Presidente de la República, como en el caso que nos convoca, se ve enfrentado a la necesidad de protección de la ciudadanía por la concurrencia de un terremoto, éste podrá optar entre la aplicación de dos normas, por un lado, la norma constitucional de los estados de excepción, y por otro, la aplicación de lo dispuesto en la Ley N° 16.282 sobre sismos o catástrofes. Aún más, la discrecionalidad no se remite solamente a la elección de una norma en particular, sino que cuando el precepto legal lo contemple, se podrán considerar diversos elementos dentro de la norma en particular, tal como sería el llamado distintos órganos en el contexto del artículo 3 de la Ley N° 16.282. En todos los casos de elección entre una u otra norma, deberán ponderarse los hechos que hacen aplicable la norma, debiendo optar por aquella opción que sea más adecuada en consideración a las circunstancias particulares del caso, tomando en consideración los principios generales del derecho.

4.2.2 Según la visión moderna

De acuerdo a esta corriente, los elementos de discrecionalidad están destinados a otorgar mayor flexibilidad al órgano que los detenta, por lo tanto, no será posible revisar los motivos que llevaron, en este caso al Presidente de

la República, a obviar la intervención de las Fuerzas Armadas con la dictación del D.S. N° 150, y tampoco podrán analizarse los motivos por los cuales no se optó en primer momento por invocar el estado de excepción de catástrofe por calamidad pública. Lo anterior se justifica por cuando la ley le entrega dicha flexibilidad, de no pretender darle un rango de libertad de acción, la potestad estaría completamente reglada.

Sin embargo, nos parece que esto no puede confundirse con la obligación del Presidente de la República de cumplir con las funciones que se le han encomendado en virtud del ejercicio de su cargo, por lo cual, si bien no se analizan los motivos por los cuales se actuó de una determinada forma, sí se deben considerar los resultados de las acciones para definir si concurre o no la responsabilidad del Estado.

IV.LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y EL TERREMOTO DEL 27/F:
ENTRE LA DISCRECIONALIDAD, LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN Y LOS
DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS VÍCTIMAS

Habiendo expuesto las posibilidades de acción de la Administración del Estado para hacer frente a las situaciones de catástrofes, además de las potestades que se le otorgan para poder aplicar las herramientas correspondientes, resulta necesario analizar si dichas potestades fueron ejercidas adecuadamente y, si en el caso, la Administración actuó de manera tal que los derechos de los ciudadanos afectados por el sismo y las consecuencias del mismo, se vieran adecuadamente resguardados, dadas las circunstancias del caso.

En directa relación con la respuesta originada de la pregunta anterior – es decir, si se emplearon los medios adecuados para hacer frente a la situación de conflicto -, nos debemos preguntar si acaso se configuró la responsabilidad del Estado en virtud de las acciones realizadas. En atención a lo expuesto, será

necesario determinar si era posible que, frente a las circunstancias particulares se pudiera haber solicitado la intervención de las Fuerzas Armadas con anterioridad a lo realizado, y si era efectivamente posible declarar el estado de excepción constitucional pertinente el mismo día 27 de febrero de 2010.

1. Responsabilidad del Estado

El Estado, al igual que toda persona o sujeto de derecho, tiene la aptitud para hacerse responsable de las consecuencias que sus actos generen, debiendo responder de los daños que produzcan cuando sea legalmente procedente. Esta responsabilidad estatal ha sido comprendida de diversas maneras a lo largo de nuestra historia, “la confluencia de tradiciones políticas y jurídicas que se remontan al derecho público romano y que se consolidan con la doctrina de la soberanía ilimitada del poder público (monárquico o democrático), llevó por siglos a la consagración del principio de que el Estado no es responsable de sus actos”¹⁰¹ considerando a éste como un Estado sobre la ley¹⁰². A diferencia de lo anterior, la evolución político histórica ha llevado a que

¹⁰¹ BARROS, E. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2010. P. 483.

¹⁰² El concepto de “*The King can do no wrong*”, acuñado por juristas ingleses, fue la regla general en todo occidente, desde la Edad Media hasta principios del siglo XX, en el cual aún se mantenían ciertos elementos de inmunidad de la Administración.

hoy comprendamos que los actos que ejerza la Administración del Estado y sus órganos, tendrán repercusiones cuando producto de las mismas se irroge un daño a quien no está jurídicamente obligado a soportarlo. En consecuencia, y para poder responder de manera adecuada a los motivos de atribución de responsabilidad del Estado, ha sido necesario fijar las normas pertinentes para que el mismo responda de manera adecuada frente a sus actos, sea ya en la Constitución Política de la República o en leyes especiales que llamen al órgano en particular o a la Administración en general a hacerse cargo de sus actos.

102.1. Jurisprudencia y Normativización de la Responsabilidad del Estado

La visión que actualmente se tiene de la responsabilidad del Estado, fue impulsada por el desarrollo de la doctrina administrativa, la que sirvió de base para la regulación de la responsabilidad del Estado, modificando la antigua comprensión de inmunidad del Mandatario. A su vez, el desarrollo jurisprudencial que se ha dado en esta materia fue un elemento fundamental para la configuración del actual régimen de responsabilidad, especialmente relevantes son las primeras sentencias que se refieren a este asunto, en las cuales los tribunales de la nación, antes de poder sustentar sus decisiones en

acepciones normativas expresas de atribución de responsabilidad del Estado, declararon la necesidad del mismo de responder de sus actos, basando sus decisiones en diversos principios del derecho a la razonabilidad y proporcionalidad propios de las medidas que la Administración tomó en los casos particulares. Entre los más relevantes encontramos las sentencias de Abalos con Fisco de 1887 y Fuchs y Plath con Fisco de 1903, todos los cuales sientan las bases del generoso desarrollo jurisprudencial y doctrinario que se ha dado en nuestro país relativo al tema sobre la base de un robusto marco constitucional con correlato legislativo.

102.1.1 Benjamín Abalos con Fisco, sobre cobro de perjuicios

En la causa “Abalos con Fisco”¹⁰³ la Corte Suprema responde a la demanda de responsabilidad interpuesta por Don Benjamín Abalos fundada en la dictación de un decreto emitido por la Intendencia de Aconcagua, producto de una epidemia de Cólera en la ciudad de San Felipe, el que ordenaba a las fuerzas militares y a funcionarios de la Administración, a destruir toda la fruta de las localidades afectadas por la epidemia, entre ellas los sandiales de propiedad de don Benjamín Abalos. Ante dicha demanda la Corte Suprema resuelve en su

¹⁰³ Corte Suprema. Sentencia N° 5.185. Abalos con Fisco, Gaceta de los Tribunales Año 49 (1890), N°3.001, 7.2. 1890.

considerando 3° de la sentencia de 1889 que, “si la destrucción de los sandiales cuyo pago reclaman los demandantes, fue una medida necesaria en beneficio de los habitantes de la República, el Fisco, como representante de toda la comunidad, es el directamente obligado a indemnizar el daño que hizo a ciertos particulares”¹⁰⁴.

103.1.1 Sociedad Fuchs y Plath con Fisco

Una segunda sentencia de relevancia manifiesta para el desarrollo de la responsabilidad del Estado, es la sentencia de la causa Sociedad Fuchs y Plath¹⁰⁵ con Fisco, la que se emitió en el año 1903, cuando en la ciudad de Valparaíso se vio envuelta en una huelga de gran magnitud, cuyo lugar principal de protesta fue el puerto de la ciudad, en el cual la sociedad Fuchs y Plath tenían una partida de cervezas, las cuales, para evitar ser robadas o destruidas por la horda de manifestantes, fueron tiradas por la borda por orden de la autoridad. Ante dicho eventos, los afectados reclamaron por el perjuicio causado, frente a lo cual la Corte de Apelaciones de Santiago declaró la responsabilidad del Estado, además de lo cual sostuvo que el deber de actuar

¹⁰⁴ Corte Suprema. Sentencia N° 5.185. Abalos con Fisco, Gaceta de los Tribunales Año 49 (1890), N°3.001, 7.2. Considerando 3°.

¹⁰⁵ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 5 (1908), II. 2, P. 55 y siguientes.

de la autoridad no permite adoptar la primera medida que esté disponible, sino que debe aplicarse la más adecuada para el caso, evitando las opciones más dañosas.

Sostiene la Corte que, “El deber de la autoridad de mantener ante todo el orden público, no la faculta para adoptar el primer medio que se le presenta ni la exime de responsabilidad de recurrir a varios, a los que menos daños ocasionen al derecho de los particulares. En consecuencia, no probándose que el arrojar al agua la mercadería fuese el medio necesario único de impedir su apropiación por los huelguistas y los excesos consiguientes, debe el Fisco indemnizar el daño causado”¹⁰⁶.

1.2 Regulación de la Responsabilidad del Estado

En base a las sentencias anteriores, y a otros celebres casos,¹⁰⁷ la jurisprudencia sirvió de un importante impulsor de la regulación de la

¹⁰⁶ Corte de Apelaciones de Santiago. Fuchs y Plath con Fisco., Considerando 4° de la sentencia (1908).

¹⁰⁷ Constituyen pilares fundamentales en el desarrollo de la responsabilidad de la Administración del Estado chileno, la sentencia de la Corte Suprema de 24 de marzo

responsabilidad del Estado, sirviendo de base de dicha jurisprudencia las disposiciones del Código Civil. La primera acepción normativa relativa específicamente a la existencia de responsabilidad de la Administración, se encontró en el artículo 62º inciso 3º de la antigua Ley Orgánica de Municipalidades, contenida en el Decreto Ley N°1289, de 1976, el cual sostenía lo siguiente:

“La responsabilidad procederá, principalmente, para indemnizar los perjuicios que sufran uno o más usuarios de los servicios municipales cuando éstos no funcionen, debiendo hacerlo o lo hagan en forma deficiente.”

Actualmente, producto de la necesidad de contar con una regulación más adecuada para la materia, han surgido una serie de artículos en diversas normas legales destinadas a regular el régimen de responsabilidad de los órganos de la Administración, entre las que encontramos las siguientes:

1.2.1 Artículo 38 inciso 2º de la Constitución Política:

de 1981, Tirado con Municipalidad de La Reina, y la sentencia de la Corte Suprema de 7 de agosto de 1984, Comunidad Galletué con Fisco.

“Cualquiera persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiese afectar al funcionario que hubiere causado el daño.”

1.2.2 Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, artículos 4 y 42 respectivamente:

Artículo 4: “El Estado será responsable de 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.”

Artículo 42: “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”¹⁰⁸.

1.2.3 Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 9 de mayo de 2006, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.690, Orgánica Constitucional de Municipalidades, artículo 142:

“Las municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá principalmente por falta de servicio.

No obstante, las municipalidades tendrán derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal”.

1.2.4 Código Civil, Artículo 2314, Título XXXV, Libro IV

¹⁰⁸ Según lo dispuesto en el artículo 21 inciso 2, el artículo 42 no será aplicable a la Contraloría General de la República, al Banco Central, a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, a los Gobiernos Regionales, a las Municipalidades, al Consejo Nacional de Televisión, al Consejo para la Transparencia y a las empresas públicas creadas por ley. Todos estos órganos se regirán según las normas constitucionales que correspondan y sus respectivas leyes.

“El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”.

Según lo expuesto, queda claro que el Estado deberá responder cada vez que uno de sus órganos, provoque en el patrimonio de otros un perjuicio relacionado causalmente a su actuación, siendo por tanto responsable de la actuación insuficiente o la falta de la misma, siempre que el afectado no esté jurídicamente obligado a soportar dicho daño. En base a estas normas, especialmente los artículos 38 inciso 2º de la Constitución y 42 de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, se ha desarrollado la doctrina de la responsabilidad de la Administración, la que pretende “determinar la correcta interpretación de cada una de esas normas, así como del conjunto, en especial determinar cuál es la dinámica que existe (...)”¹⁰⁹ entre las citadas normas alusivas a la responsabilidad del Estado.

1.3 Régimen de Responsabilidad del Estado en Chile

¹⁰⁹ ROMAN, C. Bernardino Bravo con Fisco de Chile. Apuntes sobre la evolución histórica de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración del Estado en Chile. Estudios en Homenaje a Bernardino Bravo. Revista Chilena de Historia del Derecho 22. 2010. P. 1039.

Para poder determinar de manera adecuada la concurrencia de la responsabilidad de la Administración respecto de un hecho particular, debemos esclarecer la fuente material y jurídica de la responsabilidad de la Administración del Estado frente a los hechos objeto de estudio. Previo al análisis que debe realizarse respecto de la anterior interrogante, es necesario exponer la función del Estado como ente al servicio de la persona humana, todo lo cual deriva del artículo 1 inciso 4º de la Constitución Política de República, que dispone lo siguiente: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.” Esto se relaciona directamente con el artículo 3 de la Ley Orgánica General de Bases de la Administración del Estado, en cuanto expone la servicialidad del Estado respecto de la persona humana, lo que a su vez se vincula con el artículo 5 de la Constitución, por medio del cual se limita el ejercicio de la soberanía respecto a los derechos esenciales emanados de la naturaleza humana.

Lo anterior es recogido por Eduardo Soto Kloss, quien sostiene que la servicialidad “se trata de un “*deber jurídico*” que la Constitución impone al Estado, en razón de su finalidad y del carácter accidental e instrumental que

posee, concebido éste –además- de un modo específico, como medio de perfeccionamiento de las personas”¹¹⁰. Según esto, el Estado es entendido como un ente al servicio de la persona humana, cuya función debe dirigirse en pos de la satisfacción del principio de servicialidad. De no cumplirse con esto, nos encontraríamos frente a la concurrencia de una actuación indebida, inadecuada o incluso de una falta de actuación del órgano de la Administración, quien debiendo ejercer una acción determinada no cumplió con su mandato legal.

La doctrina nacional ha configurado dos grandes teorías que pretenden determinar el régimen de responsabilidad que debe regir al Estado, en base al cual se busca “determinar si este sistema de responsabilidad se dirige o gobierna sobre la base de una concepción subjetiva de la responsabilidad (que requiere para hacer efectiva la responsabilidad de los elementos subjetivos de culpa o dolo, sin los cuales dicha responsabilidad no puede existir) o una objetiva (presintiendo de dichos elementos subjetivos)”¹¹¹.

¹¹⁰ SOTO, E. La Servicialidad del Estado, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile. 57/58. 1995. P. 20.

¹¹¹ HUEPE, F. Responsabilidad del Estado, Falta de Servicio y Responsabilidad Objetiva en su Actividad Administrativa. Lexis Nexis. 2006. P. 127.

1.3.1 Responsabilidad Objetiva:

Esta teoría, sustentada especialmente por Eduardo Soto Kloss, tiene su origen en el derecho romano canónico, fundándose actualmente en lo dispuesto en el citado artículo 38 inciso 2° de la Constitución Política de la República de 1980, motivo por el cual sus adeptos¹¹² consideran que se trata de un régimen de responsabilidad del Estado eminentemente constitucional, de naturaleza objetiva, por cuanto al no distinguir la Constitución Política, no será necesario acreditar la concurrencia de un factor de atribución, aun más, al tratarse de una persona jurídica estatal, ésta no tiene elementos subjetivos, por último se trata de una acción de reparación *in integrum*, la que integra tanto el daño emergente como el lucro cesante y toda otra categoría indemnizatoria. En relación a lo dispuesto en los citados artículos 4 y 42 de la Ley N° 18.575, la responsabilidad de los órganos de la Administración surge cuando en el ejercicio de sus funciones, algún órgano de la Administración del Estado realizan alguna acción, defectuosa o en su defecto, no la realizan debiendo hacerlo, y dicha conducta produzca un daño a un tercero, siendo responsables de daño que se cause por la falta de servicio. Esta teoría considera que los artículos precedentes dan a entender la configuración de una responsabilidad objetiva, la que exonera a la víctima de la necesidad de probar el daño y la culpa o dolo del autor, pero

¹¹² Además de don Eduardo Soto Kloss, sustentan esta posición don Gustavo Fiamma Olivares, Rolando Pantoja Bauzá y Hugo Caldera Anabalón entre otros.

exigiendo un vínculo causal entre la acción de la Administración y el daño producido a la víctima.

De esto se desprende que en todo actuar del Estado y de sus organismos, existe un riesgo propio, respecto del cual quien produjo un daño deberá responder independiente de la intención que el mismo tuvo al actuar, por cuanto, por el solo hecho de haber actuado tardíamente, no haber actuado o haber actuado de manera deficiente, se le produjo un daño determinado al particular que se vio obligado a soportarlo.

Tal como se mencionó, el artículo 38 inciso 2º de la Constitución, se configura como una norma sustantiva de la doctrina de responsabilidad objetiva, además de diversos preceptos constitucionales, tales como los artículos 6 y 7 de la Carta, que darían paso a la existencia de una responsabilidad sin culpa, preceptos a los cuales toda otra norma legal debe sujetarse¹¹³. En este tipo de

¹¹³ De este modo, se entendería que el artículo 42 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, debe remitirse a las disposiciones constitucionales de responsabilidad objetiva, desechando de este modo la interpretación subjetiva de la misma.

responsabilidad se entiende que “no concurre el elemento volitivo propio de la responsabilidad tradicional del Código Civil, es decir, la culpa o el dolo.”¹¹⁴

Según expone el profesor Eduardo Soto Kloss: “La responsabilidad del Estado – en cualquiera de las funciones o actividades que asume, incluida ciertamente la administrativa- es una responsabilidad *constitucional*; no se trata de responsabilidad “civil”, como la que se origina entre sujetos privados en sus relaciones entre sí, contractuales o extracontractuales, y regidas por el ordenamiento civil (básicamente Código Civil), ni se trata tampoco de una responsabilidad “penal” que surge respecto de las personas por la comisión de delitos, cuasidelitos o contravenciones, regulada por el ordenamiento penal (básicamente Código Penal), responsabilidades ambas en que se mira o se atiende al dolo o la culpa del sujeto que ha provocado el daño a un tercero / víctima, ni aun tampoco de la llamada responsabilidad “disciplinaria” en que se castiga el incumplimiento de un trabajador en su actividad laboral (ejercicio de la función) cuando éste ha violado o infringido con culpabilidad (dolo o culpa) deberes propios de la actividad o función, previamente establecidos”¹¹⁵.

¹¹⁴ CORDERO, L. La Responsabilidad de la Administración del Estado. Bases para una Sistematización. Lexis Nexis. Santiago. 2003. P.160

¹¹⁵ SOTO, Derecho Administrativo. Temas Fundamentales. Ob. cit. P. 815.

Continúa sosteniendo que en el caso, “se trata de una responsabilidad “constitucional”, en que corolario de la supremacía constitucional (artículos 6 inciso 3º y 7 inciso 3º), no se atiende al castigo de un culpable (...), sino a que el ejercicio de la función estatal – de promoción del bien común- respete la Constitución en su integridad y en plenitud y, por tanto, se resarza, compense o restituya al tercero / víctima de un daño cometido por el Estado en su actividad, tercero que no se encuentra obligado jurídicamente a soportarlo, y que ha visto “lo suyo” menoscabado o lesionado de una manera que la Constitución ni lo ha previsto ni lo consiente o admite”¹¹⁶.

En este sentido, al considerar que la responsabilidad del Estado es objetiva – o sin culpa – se está determinado que la misma genera la obligación de indemnizar los perjudicados por el solo hecho de haber causado un daño, lo cual será posible en todos aquellos casos en los cuales la víctima no esté obligada jurídicamente a soportar la lesión provocada por el acto de la Administración. Bastará por lo tanto con la concurrencia de la relación causal entre el hecho que produjo el daño y el daño en sí mismo al cual la víctima no está jurídicamente obligada.

¹¹⁶ Ibid.

1.3.2 Responsabilidad Subjetiva por Falta de Servicio

A pesar de la preferencia que surge inicialmente a favor de la responsabilidad objetiva, en los últimos años la teoría subjetiva ha ganado adeptos, principalmente con motivo de la rigidez que supone la objetivación de la responsabilidad del Estado, la que da a entender que el mismo debería responder ante todo evento, sin tener si quiera un catálogo específico de normas que determinen cuando y bajo qué circunstancias podría considerarse que la responsabilidad efectivamente es objetiva. De este modo, se comprende que para poder atribuir responsabilidad por la falta de servicio de algún órgano de la Administración, será necesario demostrar que existió un funcionamiento defectuoso del cual se derivó el daño. En este panorama, es que se plasma esta teoría subjetiva, cuyo principal gestor es Pedro Pierry, según el cual, la falta de servicio no se condice con una responsabilidad objetiva, con esto pretende afirmar “que ella no corresponde, al menos, a lo que en derecho civil se conoce como tal y esto es, aquella en que basta para comprometerla el que exista el vínculo o relación de causalidad entre el hecho y el daño”¹¹⁷.

¹¹⁷ PIERRY, P. La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio. Consejo de Defensa del Estado. https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/bd5cef7b-c2fe-45db-9a61-a3e6648a6db2/Rev_1_+2LA+RESPONSABILIDAD+EXTRACONTRACTUAL.pdf?MOD=AJPERES [consultado: 2 de marzo 2015].

Se sostiene por esta teoría, que el artículo que determina la calidad de subjetiva de la responsabilidad del Estado, es el artículo 42 de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración.

De acuerdo a esta corriente, la responsabilidad del Estado por falta de servicio debe estar necesariamente vinculada a la culpa o negligencia del autor del daño, con la cual debe concurrir inevitablemente la intención del autor del mismo o la imprudencia al realizar el acto dañoso. Se entiende por tanto como toda aquella deficiencia o mal funcionamiento de un servicio público, por medio del cual se ocasione un daño a un particular quien no se encuentra en el deber jurídico de soportarlo, motivo por el cual importa un deber de indemnización por parte del órgano que causo el daño. Dicho mal funcionamiento “se debe a un conjunto de situaciones imposibles de imputar a nadie en particular, aunque los sujetos a través de los cuales la Administración actuó o no actuó, estén identificados. La falta de servicio importa una valoración de una conducta no referida a los funcionarios sino al órgano, al servicio como organización”¹¹⁸.

¹¹⁸ ZUÑIGA, F. Responsabilidad Patrimonial del Estado Administrador (Algunas notas acerca de las Obligaciones Legales Compensatorias). Boletín de la Facultad de Derecho, UNED, España. 26. 2005. P. 130.

Según este planteamiento, basta con que el comportamiento del servicio público sea distinto a aquel que debiese ser considerado como su comportamiento normal, concurriendo así la falta de servicio, para lo cual se debe demostrar un comportamiento defectuoso del órgano, el que puede provenir de una omisión o de una acción deficiente. La conducta del órgano¹¹⁹ deberá tomarse en cuenta para la determinación de su responsabilidad, comparándola con la conducta en abstracto, configurándose así la culpa objetiva. Esa culpa debe analizarse en abstracto, sin apreciarse el estado anímico de quien resulte responsable, sino que, para determinar su concurrencia, deberá compararse de manera objetiva, el servicio que debió prestarse respecto de aquel que efectivamente se realizó.

Así pues, para poder determinar la concurrencia de la responsabilidad del órgano involucrado en el acto dañoso, será necesario formular un juicio de valor en relación a un padrón de referencia, tal como lo hace el derecho común en relación al prototipo del buen padre de familia (Art. 44 del Código Civil)¹²⁰. La diferencia radica en que “[A]quí el padrón para juzgar la conducta de la

¹¹⁹ Según los planteamientos de Pierry, la conducta del órgano está exenta de todo reproche respecto del funcionario que ejecutó la acción.

¹²⁰ QUINTANILLA, A. Responsabilidad del Estado por actos ilícitos. Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado. 1 (2). 2000. https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/99b12adc-8960-41b7-b73e-76f018d52544/Rev_1_3_RESPONSABILIDAD_DEL_ESTADO_POR_ACTOS_LICITO_S.pdf?MOD=AJPERES [consulta: 3 marzo 2015].

Administración está referido a lo que puede razonablemente exigirse, en un comportamiento normal y legal, a un servicio público. Y ello inserto en nuestra realidad, en la situación de nuestro país, considerando las posibilidades reales de acción de nuestra Administración Pública, atendidos sus medios, su presupuesto y sus características propias”¹²¹.

En cuanto a la relevancia del artículo 38 inciso 2º de la Constitución Política, esta teoría lo interpreta como una norma de competencia, cuyo fin es determinar el tribunal que debe conocer del contencioso – administrativo y no de una acción de responsabilidad¹²². Así pues, el mencionado artículo solo consagraría el derecho de los particulares para reclamar de los actos de la Administración que lesionen sus derechos y otorga a los Tribunales ordinarios la competencia para conocer de la acción reparatoria, contrario a lo planteado por la visión opuesta, no se desprendería en absoluto de dicha disposición la interpretación objetiva de la responsabilidad. La Administración, contrario a lo expuesto por la teoría objetiva, solamente puede ser responsable por la concurrencia de falta de servicio, que se condice con la culpa del servicio y que es compatible con las normas del Código Civil relativas a la materia.

¹²¹ Ibid.

¹²². HUEPE. Ob. cit. P. 133.

2 La Administración frente a los sucesos del 27 de febrero de 2010

Para poder determinar la concurrencia de la responsabilidad del Estado en el caso que nos convoca, será necesario aclarar el proceder de la Administración frente a los sucesos del 27 de febrero de 2010, cuyas consecuencias no fueron solo los destrozos producidos por el sismo y las consecuencias propias de estos, sino que en varias ciudades, tales como Constitución, Concepción, Talcahuano, Coronel y Lota, se verificaron saqueos de diversa índole, todo lo cual se realizó a vista y paciencia de la población, de las autoridades¹²³ y de los medios de comunicación¹²⁴, que mostraban tal situación, dejando en evidencia la falta de resguardo de los locales afectados, exponiendo como se extraían refrigeradores, lavadoras, televisores y diversos objetos de locales comerciales,

¹²³ El ex Ministro de Defensa Nacional, Francisco Vidal, señala en la página 61 del Informe de la Comisión Especial Investigadora de estado de la institucionalidad en relación a su capacidad de respuesta frente a desastres naturales: “La Presidenta tomó esa decisión [de declarar el estado de catástrofe] el domingo 28 de febrero alrededor de las 10:00 horas. (...) Cuando esto ocurrió, tenía la decisión de proponerle a la Presidenta y al ministro Pérez Yoma a esa hora de la mañana que era imprescindible el estado de excepción constitucional, entre otras cosas, porque antes de irme a la reunión, como todos los chilenos, prendí la televisión y me encontré con el reportaje del periodista Amaro Gómez-Pablos.”

¹²⁴ Diversos medio de comunicación expusieron el caos que se vivió los instantes posteriores al terremoto, en este sentido, el reportaje de Ciper Chile “Saqueadores: Ladrones de ocasión” disponible en <http://ciperchile.cl/2010/06/29/saqueadores-ladrones-de-ocasion/>

la gran mayoría de ellos alejados de ser bienes de primera necesidad o necesarios para enfrentar la catástrofe¹²⁵.

En virtud de lo expuesto en los capítulos anteriores y en relación a las vías de acción posibles frente a catástrofes y a las potestades del Presidente de la República, queda claro el que la Mandataria podía optar por invocar la Ley N° 16.282 sobre sismos catástrofes, declarando la zona como afectada por la catástrofe, o por otro lado, invocar el estado de excepción de catástrofe por calamidad pública. En ambos casos se contempla la intervención de las Fuerzas Armadas, pero con atribuciones diversas. En el primer caso, existe la posibilidad de decretar la intervención de las Fuerzas Armadas, las que podrán colaborar con las Fuerzas de Orden y Seguridad, sujetando sus acciones a la autoridad civil, sin poder ejercer funciones tendientes a resguardar el orden público, ni otra que no les esté expresamente asignada, limitándose así a las obras de colaboración que se le encarguen. Por su parte, la dictación del estado de excepción, presupone la posibilidad de restringir determinados derechos fundamentales y ejercer medidas en pos de resguardar el orden público y asegurar el abastecimiento de la población.

¹²⁵ Vale la pena mencionar, que lo anterior fue con independencia de aquellos locales que optaron, voluntariamente, por regalar alimentos a la población, o a la extracción de bienes de primera necesidad de locales comerciales, hecho que se vio en diversos supermercados del país, y que contrario a los saqueos, parece a la vez comprensible y loable de quienes reaccionaron en ayuda a la comunidad.

2.1 Decreto Exento N° 760, de 25 de Febrero de 2010

El 25 de febrero de 2010, se firmó el Decreto Exento N° 760, al que concurrieron los entonces ministros Edmundo Pérez Yoma de Interior, Francisco Vidal de Defensa y el ex Subsecretario del Interior Patricio Rosende. Por medio de este, se delimitan con las funciones de diversos organismos para actuar en casos de catástrofes en desmedro de la ONEMI, limitando “el rol de las FF.AA en un escenario de catástrofe, a un mero coordinador del transporte de pertrechos y de hombres”¹²⁶.

Este decreto significó que si bien, en ciertas localidades las Fuerzas Armadas efectivamente salieron a las calles antes de declarado el estado de catástrofe, sus actuaciones se vieron limitadas a lo dispuesto en el Decreto Exento N° 760, cumpliendo funciones de transporte. Esto tuvo implicancias de variada índole, y como consecuencia de los resultados que dicho decreto tuvo

¹²⁶ Comisión Especial Investigadora [comisión de Estado de la Institucionalidad en relación a su capacidad de respuesta frente a desastres naturales](#). Informe de la Comisión Especial Investigadora del Estado de la Institucionalidad en Relación a su Capacidad de Respuesta frente a Desastres Naturales. 28 de octubre de 2010. P. 117.

respecto de la catástrofe, hubo un reconocimiento generalizado del error que constituyó la firma de dicho decreto¹²⁷.

La existencia de este decreto, y su conocimiento por parte de las autoridades, fortalece aún más la necesidad de invocar la intervención de las Fuerzas Armadas amparadas en la Ley N° 16.282 o en un estado de emergencia, ya que de lo contrario la colaboración que podían prestar era mínima, limitados además al reducido número de integrantes que se concentraban por zonas.

2.2 Decreto Supremo N° 150, Ministerio del Interior, promulgado el 27 de febrero de 2010

¹²⁷ En este sentido se expresa Francisco Vidal Salinas -Ex Ministro de Defensa, Patricio Rosende Lynch- Subsecretario del Interior, lo que es recogido en el Informe de la Comisión Especial Investigadora del Estado de la Institucionalidad en relación a su capacidad de responder frente a desastres naturales. En este mismo sentido se expresa El General de División (R) del Ejército, ex Jefe del Estado Mayor Conjunto, señor Cristián Le Dantec, en sesión celebrada en miércoles 9 de mayo de 2012, en el Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana y de Drogas, constituida en investigadora de los hechos sucedidos en las horas posteriores al terremoto y maremoto del 27 de febrero de 2010.

En atención a la información¹²⁸ a la que la Administración tuvo acceso, se decidió promulgar el D.S. N° 150, el mismo día 27 de febrero por la mañana, señalando como Zona Afectada por Catástrofe derivada del sismo de gran magnitud a las Regiones de Valparaíso, Libertador Bernardo O´Higgins, El Maule, del Bío Bío, Araucanía y Región Metropolitana. El artículo tercero de dicho decreto expone lo siguiente: “Las autoridades, jefaturas y personal de todas las instituciones, organismos o empresas de la Administración Civil del Estado deberán prestar a las autoridades designadas la colaboración que les sea requerida”. Excluyendo a las Fuerzas Armadas de la orden de colaboración con las autoridades designadas¹²⁹.

¹²⁸ En ambas investigaciones realizadas por las comisiones encargadas de esclarecer los hechos posteriores al terremoto, se menciona reiteradas veces, que la información que se obtuvo en los minutos inmediatamente posteriores al sismo era muy escasa y poco concordante, por lo que no se pudieron determinar con claridad las necesidades de la población, particularmente en cuanto a la caída de las comunicaciones. Sin embargo, se menciona expresamente en el D.S. N° 150, que el sismo que afectó a la zona se trata de un sismo de gran magnitud de 9 grados en la escala de Mercalli y 8.3 en la escala de Richter, información que se tuvo al momento de la dictación del decreto y que basta para aclarar que el terremoto fue devastador para quienes se vieron expuestos a él.

¹²⁹ Designa el D.S. N° 150 en su artículo tercero, como autoridad responsable de la coordinación y ejecución de los programas de recuperación que el Supremo Gobierno ha determinado para las Regiones afectadas, a los señores Intendentes de las regiones mencionadas en el antecedente. Estas autoridades podrán delegar la ejecución y coordinación de estas tareas, tanto a nivel comunal como provincial, en otra u otras autoridades de los sectores que hubieran resultado amagados.

2.3 Decreto Supremo N° 152 y Decreto Supremo N° 153, Ministerio del Interior, promulgados el 28 de febrero de 2010

Posteriormente, el día 28 de febrero y verificando la insuficiencia del D.S. N° 150 para hacer frente a las situación de emergencia que se estaba viviendo en diversas zonas del país, la autoridad promulga el D.S. N° 152, declarando el estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública en la Región del Maule y el D.S N° 153 que a su vez declara el estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública en la Región del Bío Bío, todo lo cual comienza a regir el 1° de marzo de 2010 en las zonas indicadas en los respectivos decretos supremos.

Ambos decretos expresan que las zonas mencionadas sufrieron un sismo con características del terremoto, particularmente, el D.S. N° 153 expone lo siguiente en sus considerandos:

“1. Que la Región del Bío Bío, entre otras zonas del país, sufrió un sismo con características de terremoto el día 27 de febrero del presente provocando muerte y lesiones de personas; ocasionando derrumbes y daños de

consideración en una gran parte de las edificaciones y viviendas, red vial, servicios básicos y sistemas de comunicaciones, dejando un importante número de _____ damnificados;

2. Que los hechos antes descritos constituyen una calamidad pública;

3. Que, como consecuencia de lo anterior, se han producido alteraciones al orden público, requiriéndose de medidas extraordinarias que miren a la protección de las personas y sus bienes;

4. Que, además, es necesario prever que estos hechos no se extiendan o generalicen en el tiempo y a otros lugares, a fin de superar la referida calamidad y asegurar el normal control del orden y seguridad pública”¹³⁰.

2.4 Proceder de la Administración frente al terremoto de 1° de abril de 2014

¹³⁰ Decreto Supremo N° 153 del Ministerio del Interior, promulgado el 28 de febrero de 2010 y publicado el 2 de marzo de 2010.

El Gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet, el que se vio enfrentado al terremoto de febrero de 2010, tuvo que hacerse cargo de un nuevo terremoto a los pocos meses de haber asumido por segunda vez el cargo de Presidenta de la República. En este caso, el día 1° de abril de 2014, a las 20:46 de la noche, en las regiones de Arica y Parinacota y de Tarapacá, se presentó un sismo cuya magnitud llegó a los 8.2 grados en la escala de Richter¹³¹, dejando destrozos de variado calibre. En esta oportunidad, la Presidenta de la República no hizo esperar la decisión de decretar el estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública, sino que, por medio de los Decretos Supremos N° 909 y 910 de 2 de abril de 2014, decretaron los estados de excepción correspondientes en las zonas afectadas. Para la región de Tarapacá se decretó dicho estado de excepción por medio del Decreto Supremo N° 909, publicado y promulgado el 2 de abril de 2014, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública. De los motivos que se invocan en el Decreto Supremo para la dictación del estado de excepción resultan particularmente relevantes los considerandos 4 y 5 de dicho Decreto Supremo.

“4. Que ello ha causado alteraciones al orden público, tales como la fuga de internos desde recintos penales, requiriéndose de medidas extraordinarias que atiendan a la protección de las personas y los bienes, sean públicos o privados;

¹³¹ http://www.sismologia.cl/pdf/informes/terremoto_iquique_2014.pdf [consulta: 11 marzo 2015].

5. Que, además, es necesario prever que estos hechos no se extiendan o generalicen en el tiempo y a otros lugares, a fin de superar la referida calamidad y asegurar el normal control del orden y seguridad pública”¹³².

Por su parte, la región de Arica y Parinacota fue declarada en estado de excepción de catástrofe por calamidad pública por medio del Decreto Supremo N° 910, promulgado y publicado el mismo 2 de abril de 2014. En este caso, consideramos de manifiesta relevancia los argumentos invocados en los considerandos 1º, 4º y 5º:

“1. Que, la Región de Arica y Parinacota, entre otras zonas del país, sufrió un sismo, de gran intensidad, con características de terremoto el día 1 de abril del presente, causando la interrupción de servicios públicos y domiciliarios, así como derrumbes y otros daños materiales;

4. Que por ello existe temor fundado de que se produzcan alteraciones al orden público, requiriéndose de medidas extraordinarias que atiendan a la protección de las personas y los bienes, sean públicos o privados;

¹³² Decreto Supremo N° 909, del Ministerio del Interior y seguridad Pública, promulgado y publicado el 2 de Abril de 2014.

5. Que, además, es necesario prever que estos hechos no se extiendan o generalicen en el tiempo y a otros lugares, a fin de superar la referida calamidad y asegurar el normal control del orden y seguridad pública”¹³³.

En ambos Decretos Supremos se hace referencia a alteraciones del orden público y a la intención de prevenir que dichos hechos se extiendan o generalicen en otros lugares de la zona afectada. Particularmente destacable resulta el numeral 4° del Decreto Supremo N° 910, en el cual se invoca un “fundado temor de que se produzcan alteraciones al orden público”¹³⁴. Esto se basa en el considerando 1° de dicho decreto, que menciona la ocurrencia del sismo y los efectos de éste. Estos argumentos no difiere en nada de los invocados en el Decreto Supremo N° 150 de 27 de febrero de 2010, por medio del cual se declara Zona de Catástrofe, así se expone en el numeral 2 del mencionado Decreto Supremo:

¹³³ Decreto Supremo N° 910, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, promulgado y publicado el 2 de Abril de 2014.

¹³⁴ Considerando 4° Decreto Supremo N° 910, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, promulgado y publicado el 2 de Abril de 2014.

“2. Que dicho fenómeno alcanzó una magnitud de 8.3 grados en la escala de Richter, y hasta 9 grados en la Escala de Mercalli, cuya localización fue a 63 km. al suroeste de la ciudad de Cauquenes, provocando la muerte y lesiones de personas, ocasionando derrumbes y daños de consideración en gran parte de las edificaciones y viviendas, red vial, servicios básicos, sistemas de comunicaciones de las regiones precedentemente señaladas, dejando un importante número de damnificados.”

Lo anterior resulta especialmente importante, por cuanto queda en evidencia que en el terremoto de 2014 se aplicaron todas las medidas legales posibles para prevenir cualquier daño mayor a la población, haciendo eco de las funciones que corresponden al Estado, esto es, velar por la seguridad nacional, protegiendo a la población y a la familia, debiendo de este modo prevenir los hechos que puedan poner dicha función en riesgo, lo que bien se cumplió en 2014.

Aún más, en el Decreto Supremo N° 910 no se menciona la magnitud del sismo, solamente se expone que se trataría de un “sismo, de gran intensidad, con características de terremoto”¹³⁵, mientras que en el Decreto Supremo N°

¹³⁵ Considerando 1º. Decreto Supremo N° 910 de 2014.

150 se expone expresamente que se trataría de un sismo de 8.3¹³⁶ grados en la escala de Richter y 9 grados en la escala de Mercalli¹³⁷. En virtud de lo anterior, no cabe más que asumir que lo mencionado se realizó con motivo de las lecciones aprendidas, a costa de quienes sufrieron de la falta del resguardo necesario un par de años antes, todo lo cual no parece en absoluto eximente de responsabilidad de la Administración.

3 Sentencia de la causa Rol N° 8129-2010, del Tercer Juzgado Civil de Concepción

Según se mencionó en el capítulo primero, con motivo de los perjuicios provocados por los saqueos posteriores al terremoto, un grupo de locatarios interpusieron una demanda ante el Tercer Juzgado Civil de Concepción, Rol N° 8129-2010. Luego de pasar por las diversas instancias procesales, la Corte

¹³⁶ La escala de Richter considera que un sismo mayor a 8 grados configura un Gran terremoto, que produce la destrucción total a comunidades cercanas.

¹³⁷ La escala de Mercalli considera en su grado IX que el sismo produce pánico general. Las estructuras de albañilería mal proyectadas o mal construidas se destruyen. Las estructuras de albañilería bien construidas se dañan y a veces se derrumban totalmente. Las estructuras de albañilería bien proyectadas y bien construidas se dañan seriamente. Los cimientos se dañan. Las estructuras de madera son removidas de sus cimientos. Sufren daños considerables los depósitos de agua, gas, etc. Se quiebran las tuberías (cañerías) subterráneas. Aparecen grietas aún en suelos secos. En las regiones aluviales, pequeñas cantidades de lodo y arena son expelidas del suelo.

Suprema hizo suya la decisión de primera instancia, exponiendo en el numeral 9 del considerando Tercero de su Sentencia¹³⁸, la que sigue: “La mera existencia de un poder o atribución que le corresponde ejercer al Presidente de la República no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo participación.” Considera además, que no podría sostener que la declaración inmediata del estado de excepción podría haber evitado los saqueos y, que por lo demás, esto no opera como una condición determinante para la producción de los daños sufridos por los demandantes, los que se produjeron con motivo de los “actos de violencia colectiva (...) de modo que la vinculación externa y material que enlaza el evento dañoso con el retardo en declarar el estado de excepción constitucional para el Bío Bío se encuentra ausente”. Esto tendría su fundamentación en la necesidad de interpretar adecuadamente la Ley N° 16.282, de la que resulta evidente la limitación de la intervención de la autoridad militar a actividades de coordinación determinadas por la autoridad civil y subordinados a ésta, no teniendo facultades de intervención alguna, la que significaría una clara vulneración al ejercicio de los derechos asegurados por la Carta Fundamental. Concluye la Corte, que no era posible para la autoridad obrar de la manera pretendida por la recurrente, ya que no tendría la competencia, habilitación o autorización para disponer de la intervención de las Fuerzas Armadas, lo que atentaría contra el principio de legalidad.

¹³⁸ Corte Suprema, Campos Herrera, Patricia con Fisco de Chile. 24 de diciembre de 2013. (Rol N° 4029-2013).

En cuanto a la falta de servicio por la declaración tardía del estado de excepción de catástrofe por calamidad pública alegada por la demandante, sostiene la Corte Suprema, que dicha alegación no tendría asidero por cuanto “los tribunales de justicia no podrán calificar los fundamentos ni las circunstancias de hecho invocadas por la autoridad para decretar los estados de excepción. Es una facultad exclusiva del gobierno, de modo que no queda sometida a control jurisdiccional la apreciación del mérito de los antecedentes que han debido considerarse para adoptar la medida”¹³⁹. Adicionalmente, sostiene la sentencia que, al tratarse de un acto propio de la actividad política, el mismo no es susceptible de ser fiscalizado por los Tribunales.

De este modo, la Corte Suprema rechaza la concurrencia de la falta de servicio de la Administración del Estado, exonerándola de toda responsabilidad relativa a los saqueos producidos con motivo del terremoto de febrero de 2001¹⁴⁰.

¹³⁹ Sentencia Corte Suprema causa (Rol N° 8129-2010), considerando Undécimo, numeral 4.

¹⁴⁰ Resulta útil recordar, más allá de las diferencias evidentes en los casos, que la Corte Suprema condenó a la Administración del Estado en la sentencia de 18 de diciembre de 2013, emanada de la demanda de responsabilidad del Estado interpuesta por los familiares de don Mario Ovando Garcés, basado en el daño moral

3.1 El voto de minoría

La sentencia de la Corte Suprema fue aprobada con un voto en contra del Ministro Sr. Sergio Muñoz, hoy Presidente de dicha Corte, quien estuvo por acoger el recurso de casación en el fondo, fundando su argumentación en una serie de preceptos constitucionales que derivan en una conclusión favorable para los actores. A su parecer, la demanda debería acogerse por cuanto a que a pesar del limitado margen de acción que tenían las Fuerzas Armadas en virtud de la Ley N° 16.282, deben considerarse para su análisis, diversos preceptos constitucionales relevantes para el caso. Particularmente relevante resulta artículo 24 de la Constitución Política, según el cual la autoridad del Presidente de la República se extiende a todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior de la República, artículo que relaciona con el 32 del mismo cuerpo legal, que expone, en su número 17º, las atribuciones especiales del Presidente, las que incluyen la facultad de disponer de las fuerzas de aire, mar y tierra, organizarlas y distribuirlas de acuerdo a las necesidades de la seguridad nacional. Según lo anterior, puede sostenerse que a pesar de la limitación que se entiende, existiría en la Ley N° 16.282, es

experimentado por sus familiares producto de su fallecimiento a causa de una asfixia por inmersión ocurrida como consecuencia del tsunami en el puerto de Talcahuano.

posible que la máxima autoridad del país, pueda dar órdenes específicas a las Fuerzas Armadas para que las mismas actúen, subordinadas a la autoridad civil, sin que esta implique una vulneración necesaria de los derechos fundamentales.

Hace hincapié el ministro, en que dada la situación que se estaba viviendo, era indudable que el actuar de la autoridad debió haberse adecuado a las circunstancias fácticas imperantes, adoptando tan pronto como fuese posible todas las medidas disponibles en pos del resguardo de la ciudadanía, ejerciendo las atribuciones que el ordenamiento al efecto le confiere. Concluye sosteniendo que la omisión en el contenido del D.S. N°150 sí significa un defectuoso funcionamiento de servicio, por no disponer perentoriamente que la autoridad militar participara en las actividades de colaboración enunciadas en la Ley N° 16.282, permitiendo así un margen de acción más amplio a quienes participaban de los actos vandálicos, quienes no vieron una acción efectiva que los detuviese en los saqueos.

En vista a la insuficiencia de las medidas adoptadas en el D.S. N°150, considera que este decreto es condición necesaria y suficiente para la producción de los daños sufridos por los locatarios, por lo que se colige, que se

habría configurado un error de derecho por la falta de aplicación de las normas pertinentes que hubiesen servido para proteger en mayor medida a la población afectada. Una adecuada interpretación habría detectado que la necesidad de fondo era asegurar la tranquilidad y paz social de la población, por lo cual no sería pertinente inferir, que con la sola presencia de las Fuerzas Armadas se estarían vulnerando los derechos constitucionales de los ciudadanos, ya que estas pueden actuar válidamente dentro del margen de sus atribuciones sin que esto implique una afectación prohibida de los derechos de los ciudadanos. Se puede asumir, según sostiene el Ministro, que en el contexto de desorden social, la sola presencia de los uniformados hubiese ayudado a calmar la situación.

Por tanto, según se sostiene en el voto disidente, el problema de las sentencias de instancia y consecuentemente de la decisión de la Corte Suprema, radica en una cuestionable interpretación de la Ley N° 16.282, por cuanto una interpretación de carácter teleológico permitiría concluir que la idea que funda las normas materia de discusión es asegurar a todos los ciudadanos, la tranquilidad y paz social necesaria para un adecuado desarrollo, especialmente cuando se presentan situaciones de éstas características, sin poder asumir la vulneración necesaria de los derechos fundamentales de las personas.

Considera a su vez, que se configura un error de derecho al desestimar el vínculo causal entre el incumplimiento del deber de servicio y el daño ocurrido. En este sentido sostiene, que “aún cuando existan otros agentes causales del daño – como las personas que saquearon los establecimientos- ello no es óbice para determinar que el Estado de Chile es obligado a la indemnización por existir una concurrencia de causas o, en otras palabras, pluralidad de responsables”.

3.2 Análisis de la Sentencia

Parte de la argumentación de la Corte Suprema se funda en la imposibilidad de revisión de los argumentos invocados para la dictación del estado de excepción en virtud del artículo 45 de la Constitución Política de 1980. Sin embargo, pareciera que dicho análisis podría ser extrapolado al punto de estimar que toda decisión del Mandatario estaría exenta de ser revisada por tribunales. En atención a lo anterior consideramos que la interpretación del artículo se realizó pretendiendo encontrar una justificación a la actuación de la Administración, obviando así criterios de interpretación hermenéuticos que

resultaban pertinentes para poder llegar a una decisión más coherente con la Constitución. En este sentido, consideramos que el artículo en discusión consagra la imposibilidad de tribunales de “conocer únicamente acerca de los fundamentos y circunstancias de hecho invocados por la autoridad para tal declaración, pero el mismo precepto constitucional le entrega a la judicatura el conocimiento de los daños que puedan ocurrir a la propiedad con motivo de las medidas decretadas y, por cierto, de su oportunidad”¹⁴¹.

Por otra parte, la sentencia de la Corte Suprema da a entender que los elementos discrecionales contenidos en las potestades que se le otorgan al Presidente de la República le entrega atribuciones especiales para poder optar por aquella alternativa que le parezca más adecuada, sin la necesidad de tomar en cuenta las circunstancias particulares y el cumplimiento de las funciones que se le encomiendan en virtud del cargo que detenta. En razón de lo anterior resulta relevante insistir en que la discrecionalidad no es sinónimo de libertad de acción y de inmunidad respecto al incumplimiento de los fines que correspondan al actor. En este sentido, debemos considerar que “la motivación de la decisión comienza, pues, por marcar la diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario, y ello, porque si no hay motivación que la sostenga, el único apoyo de

¹⁴¹ LARA., J.L; GARCIA – HUIDOBRO, L.E. 27 –F: ¿Terremoto en la responsabilidad del Estado? Anuario de Doctrina y Jurisprudencia. Sentencias Destacadas 2013. Ediciones Libertad y Desarrollo. 2014. P. 183.

la decisión será la sola voluntad de quien la adopta, apoyo insuficiente, como es obvio, en un Estado de Derecho en el que no hay margen, por principio, para el poder puramente personal”¹⁴².

Consideramos además que el voto de minoría realiza un análisis más acabado de las circunstancias que se dieron en relación a las normas disponibles, identificando de manera adecuada los contornos de la discrecionalidad administrativa impidiendo que ésta se convierta en una causal exoneratoria y de impunidad de la responsabilidad del Estado por la falta de servicio en el caso particular.

Aún más, no coincidimos con el argumento de que el hecho central que justifica la imposibilidad de haber aplicado medidas más efectivas al momento del sismo, tal como el estado de excepción constitucional, se debió a la falta de información¹⁴³ con la cual contaba la autoridad al momento de tener que tomar las decisiones. Esta situación efectivamente se dio el día 27 durante el transcurso de la mañana, cuando las comunicaciones estaban cortadas y no

¹⁴² FERNANDEZ. Ob. cit. P. 81.

¹⁴³ En el caso de responsabilidad del Estado de tsunami, se decidió calificar la falta de servicio por el actuar equívoco de la autoridad en circunstancias excepcionales. Hecho que no se tomó en consideración en el caso de saqueos, en el cual se sostiene que, precisamente por dichas circunstancias excepcionales podría entenderse que la autoridad no tenía todas las herramientas disponibles para actuar.

había claridad respecto de lo sucedido; sin embargo, con el transcurso de las horas, el mismo día 27 de febrero se tuvo claridad respecto de la concurrencia de un tsunami, de la existencia de víctimas fatales, del colapso de carreteras y hogares, de decenas de damnificados y de una serie de otros eventos, que se vieron enmarcados en una seguidilla de réplicas al terremoto a lo largo de las zonas afectadas. Por lo tanto, no parece en absoluto excusable, que recién el día 28 se hubiese tomado la decisión de invocar el estado de excepción, sino que éste debió haberse dictado el mismo día 27, hecho perfectamente plausible considerando la información, de la que no solamente tenía noción la Administración del Estado, sino que, la misma era de público conocimiento, transmitiéndose en las radios y televisores del país.

Tampoco parece justificable la mencionada omisión argumentando que las vías de acceso a muchos de los lugares afectados estaban destruidas, por lo cual las Fuerzas Armadas no podrían haber accedido a ellos. Muy por el contrario, teniendo dicha información la autoridad debió optar por invocar de inmediato la colaboración de las Fuerzas Armadas para que éstas, considerando el estado de las carreteras, pudiesen llegar cuanto antes a las zonas afectadas y prestar sus servicios. Aún más, fueron los propios cuerpos castrenses los que colaboraron con la restauración de dichas vías, para lo cual, evidentemente, debían estar presentes en las zonas afectadas.

A mayor abundamiento, sostener que la autoridad no podría haber tomado otra decisión que la dictación limitada del D.S. N° 150, obvia la obligación de la Administración de velar por la consecución del bien común, para lo cual debe aplicar medidas preventivas, evitando toda posibilidad de atropello de los derechos de los ciudadanos, circunstancia que cobra especial relevancia en una situación del todo perjudicial como es un sismo de la magnitud del que se trata en este trabajo.

4 La concurrencia de la Responsabilidad

En virtud de lo expuesto hasta ahora, corresponde determinar la concurrencia de la responsabilidad del Estado, para lo cual, será necesario identificar diversos elementos esenciales para su configuración, los que dependerán de la teoría que se siga para esto, sin embargo a modo general deberá determinarse siempre la existencia de un daño o lesión, una conducta de la Administración, el vínculo causal entre el daño ocasionado y la conducta de la Administración y la imputación de dicho daño a la conducta particular.

A nuestro parecer, la Administración no cumplió adecuadamente con su deber de resguardar los derechos de los ciudadanos, quienes no se veían en la obligación jurídica de soportar el daño patrimonial sufrido producto de los saqueos posteriores al terremoto del 27 de febrero de 2010. Muy por el contrario, y en armonía con lo expuesto hasta ahora, la Administración tenía a su disposición una serie de herramientas destinadas a asegurar el resguardo de la población afectada por el sismo, pudiendo así evitar en gran medida los daños producidos, lo que debió ser implementado como una medida preventiva y no correctiva como ocurrió en la práctica. Este punto es del todo relevante, por cuanto es necesario tener presente que la Administración del Estado debe prever los hechos dañosos que puedan afectar a la población antes de tener que solucionar el conflicto que podría haberse evitado. En el caso particular es especialmente importante dadas las características propias de nuestro país en materia sismológica y los efectos nocivos que los mismos pueden producir¹⁴⁴.

¹⁴⁴ Relacionado con lo anterior, cabe mencionar, que hace más de 100 años atrás, se dio una situación similar con el terremoto de Valparaíso de 1906, en el cual se realizaron saqueos y pillajes de diversa índole, a los que el almirante Luis Gómez Carreño respondió con fusilamientos. Lejos de justificar las acciones tomadas por el almirante Gómez, la Administración debe tomar en consideración estos hechos, para evitar que, al no actuar de una manera preventiva, los hechos lleguen a niveles tales de violencia, que pasen a llevar en mayor medida los derechos de los individuos. Con motivo de dicho terremoto y sus terribles consecuencias, se publicó el libro “La Catástrofe del 16 de agosto de 1906 en la República de Chile.” de Alfredo Rodríguez Rozas y Carlos Gajardo Cruzat. Imprenta, Litografía y Encuadernación Barcelona, Chile 1906. Particularmente sensible resulta el prólogo que expresa lo siguiente: “Queremos que las páginas de este libro recuerden perpetuamente a las autoridades de Valparaíso en la triste noche del 16 de agosto y en los días subsiguientes, la humanitaria labor que les cupo desempeñar para defender la vida y la propiedad de los desgraciados habitantes de la ciudad en aquella fecha memorable.”

Ahora bien, a lo largo de la sentencia emitida por la Corte Suprema en la causa Rol N° 8129-2010, se sostiene la falta de nexo causal entre los saqueos y la dictación tardía del estado de excepción, por lo cual no se podría configurar en caso alguno la concurrencia de la responsabilidad de la Administración. Muy por el contrario, a nuestro parecer, resulta evidente que la intervención de las Fuerzas Armadas, tiene el poder disuasorio necesario para evitar posibles saqueos, ya sea con las atribuciones propias de los estados de excepción, o con su sola presencia fundada en la declaración de zona afectada por la catástrofe de la Ley N° 16.282. En relación a esto, coincidimos con el voto disidente, en cuanto a que la intervención de las Fuerzas Armadas al amparo de la Ley N° 16.282 no debe ser analizada como la imposición de una limitación a las garantías constitucionales, toda vez que resulta perfectamente plausible, que las mismas intervengan amparadas en la ley que las convoca, colaborando con las Fuerzas de Orden y Seguridad, en lo que la autoridad civil considere pertinente, liberando de esta manera a aquellos legitimados para resguardar el orden público, para que éstos pudiesen cumplir sus labores de manera adecuada.

En consideración a lo expuesto, consideramos que sí se configura el nexo causal necesario para dar lugar a la existencia de la responsabilidad que se le imputa a la Administración, toda vez que llamar a las Fuerza Armadas hubiese implicado una mayor dotación de uniformados en las calles. Por lo demás, asumir que la sola presencia de los cuerpos castrenses implica una restricción de las garantías constitucionales no tiene sustento jurídico válido, ya que los mismos, al ser cuerpos no deliberantes deberán sujetarse a lo dispuesto por la normativa vigente aplicable al caso particular.

Recordamos pues el mencionado caso de Fuchs y Plath y su memorable considerando 4º, respecto del cual la doctrina no ha escatimado en elogios, y que para el caso resulta particularmente relevante la siguiente mención, “En otras palabras, el fallo realiza un verdadero juicio de reproche a la actuación de la autoridad administrativa: si bien debe resguardar el orden público, ello no la faculta para adoptar la primera medida que dispone, menos aún para adoptar aquella que mayor perjuicio ocasiona a un particular. Dado que el juicio de reproche lo refiere al actuar de la organización sin referencia específica al actuar de un funcionario determinado, ha establecido una especie de culpa institucional, culpa anónima, culpa difusa o falta de servicio”¹⁴⁵.

¹⁴⁵ ROMÁN, C. Ob. cit. P. 1034.

Tal como lo menciona la anterior cita, el elemento discrecional presente en el caso no es óbice para que la Administración opte por la aplicación de la herramienta que mejor se condiga con la situación en particular. Así pues, como se definió en el capítulo anterior, los elementos discrecionales están presentes en el “qué”, esto es, en la opción que se tomará por parte de la autoridad cuando ésta tenga más de una posibilidad establecida legalmente, para lo cual deberá considerar las circunstancias precisas que hacen meritoria la implementación de una determinada medida, ponderando los posibles resultados que la misma puede tener y la forma que sea más eficiente para cumplir con las obligaciones del órgano. Por tanto, consideramos que, enfrentado a dos posibilidades, es perfectamente posible que el mandatario decida invocar aquella que a su parecer sea la más adecuada, lo que no implica un obstáculo a la obligación de resguardar la seguridad de los habitantes de la nación, para lo cual deberá hacer uso de todas las medidas disponibles y adecuadas para el caso. Lo contrario implicaría obviar el mandato constitucional del artículo 1 inciso 5º, según el cual es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, a lo cual el Presidente de la República está obligado. Se extrae de lo anterior que el Mandatario deberá tomar todas las medidas disponibles tendientes a resguardar en la medida de lo posible la seguridad de la población, hecho que en el caso que nos convoca no se verificó.

Por tanto resulta que al no invocar el estado de excepción constitucional ni decretar la colaboración de las Fuerzas Armadas en el marco del D.S. N° 150, la autoridad no cumplió con su obligación de protección, por cuando resulta evidente que habiendo más medios idóneos disponibles no invocó estos, en desmedro de la seguridad de los afectados¹⁴⁶.

De este modo, y en razón de lo expuesto hasta ahora, la responsabilidad tiene su origen y fundamento en los efectos del actuar de la Administración, que al optar por una herramienta menos adecuada, no realizó ninguna actividad tendiente a evitar destrozos o saqueos, los que generaron daños de diversa índole. Teniendo la Administración las medidas adecuadas disponibles para evitar sucesos como los indicados, esta optó por tomar decisiones menos efectivas, lo que resultó en daños de proporción para los afectados por los saqueos de los locales comerciales de diversas zonas, por cuanto tuvieron que soportar los gastos económicos que implica el reemplazo de los bienes objeto de los saqueos, además de las reparaciones de los inmuebles dañados, todo esto sumado al sufrimiento propio que dejó el destrozo producido por el terremoto. Así pues consideramos que el actuar irresponsable del Gobierno

¹⁴⁶ Clara prueba de dicho incumplimiento son los Decretos Supremos N° 909 y 910 de 2 de abril de 2014, que declararon estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública en las regiones afectadas por el terremoto de 1 de abril de 2014. En este caso, la autoridad tomo todas las medidas disponibles para asegurar, en la medida de lo posible, el resguardo de la seguridad de la población afectada.

acarrea directamente su responsabilidad, tal es el caso, por cuanto la Carta Fundamental no soporta el daño, independiente de quien provenga el hecho que causa el mismo, sin la justa indemnización de los afectados, todo lo cual se fundamenta en los mencionados artículos 6, 7, 19 N° 24 y 38 inciso 2° de la Constitución Política. Nadie, incluyendo los órganos del Estado, está exento de la obligación de indemnizar por los daños provocados a otra persona producto del actuar perjudicial del órgano.

Consideramos, que más allá de la teoría doctrinaria por la cual se opte para analizar la concurrencia de la responsabilidad del Estado en el caso, la misma se configura en ambas, sin desmedro de lo que, pasaremos a identificar a concurrencia de sus requisitos, despejando así toda duda al respecto.

146.1 Concurrencia de la responsabilidad según la teoría objetiva:

Según lo expuesto en relación a las características y requisitos para la concurrencia de la responsabilidad del Estado de acuerdo a los postulados de la teoría objetiva, queda claro que para que ésta se configure, será necesario determinar la verificación de un daño y de un vínculo causal necesario entre el

daño y el acto de la Administración del Estado, ambos elementos se verifican de la siguiente forma:

146.1.1 Daño: El daño causado a quienes fueron víctimas de los saqueos se verifica por la afectación de su patrimonio. Si bien este fue producto de los saqueos ejecutados por terceros, la posibilidad de poder actuar de esa forma se debió a la falta de intervención por parte de la Administración, la que no ejecutó las medidas disponibles para evitar actos de esta índole, hecho que podría haberse evitado con la intervención adecuada y a tiempo de las Fuerzas Armadas.

146.1.2 Vínculo causal: según se ha expuesto, la autoridad optó por dictar el D.S. N° 150, obviando la intervención de las Fuerzas Armadas el mismo 27 de febrero, limitando así su actuación a labores de transporte¹⁴⁷, solo para solicitar su intervención con motivo de la dictación del Estado de Excepción invocado por el D.S. N° 153 para la región del Bío Bío, momento en el cual las Fuerzas Armadas pudieron actuar amparadas en la Constitución.

Todo lo

¹⁴⁷ Según lo expuesto en el D.E. N° 760 de 25 de febrero de 2010, derogado luego de determinar la limitación que imponía a las Fuerzas Armadas.

anterior resulta en el vínculo causal que deriva en la responsabilidad del Estado, por cuanto, de haber decretado la intervención de los cuerpos castrenses, éstos podrían haber colaborado de manera sustancial en diversas labores, dotando así de mayor cantidad de uniformados para el resguardo generalizado de la población. Esta labor le corresponde a la autoridad administrativa, quien debe tomar todas las medidas disponibles y pertinentes para proteger en la medida de lo posible la seguridad de los habitantes de la nación.

147.1 Concurrencia de la responsabilidad según la Falta de Servicio:

En cuanto a esta teoría, resulta necesario identificar la concurrencia de un daño generado producto del actuar inoportuno o incompleto de la Administración o por otro lado, la omisión del mismo, además del vínculo causal entre la acción o la falta de ella y el daño que el afectado no esté jurídicamente obligado a soportar.

147.1.1 Un daño: En el caso, el daño se produce en relación a los perjuicios patrimoniales sufridos por los locatarios que sufrieron de los saqueos indiscriminados en la comuna de San Pedro de La Paz. Todo los cuales los sujetos pasivos no están obligados jurídicamente a soportar.

147.1.2 Vínculo causal: En los hechos, existe un vínculo causal entre el acto del órgano, cual es decretar la Zona de Catástrofe sin invocar a las Fuerzas Armadas, y consecuentemente no declarar el estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública, con los daños sufridos por los demandantes, quienes por lo demás no se encontraban en el imperativo jurídico de soportar las cargas impuestas por el actuar defectuoso del órgano.

147.1.3 Acto u omisión de un órgano de la Administración: Tanto el D.S. N° 150, como el D.S. N° 153 fueron dictados por la Presidenta de la República, en conjunto con el Ministro del Interior, coincidiendo así con la necesidad de consistir en un acto realizado por la Administración, el que, según se ha expuesto, generó un daño a los demandantes, quienes no estaban jurídicamente obligados a

soportarlo. A mayor abundamiento, puede considerarse que el haber omitido la declaración del estado de excepción correspondiente en los respectivos actos de autoridad, constituye una omisión de parte de la autoridad, constituyendo así la falta de servicio. Si bien la responsabilidad por falta de servicio es subjetiva, la determinación del daño se hace respecto de un patrón objetivo, comparando la conducta particular con la que debió emplearse. En el caso, la culpa no dice relación con el estado psicológico sino que se aprecia según un patrón de comportamiento abstracto, esto es, un comportamiento defectuoso de la Administración.

V.CONCLUSIÓN

A lo largo de este trabajo, se ha pretendido despejar las dudas relativas a la concurrencia de responsabilidad del Estado en relación a los perjuicios sufridos por quienes fueron víctimas de los saqueos ocurridos con posterioridad al terremoto de febrero de 2010 en Chile. En atención a lo expuesto, consideramos que la Administración del Estado efectivamente actuó [o no actuó] de manera tal, que se configuró su responsabilidad en el caso, debiendo haber respondido civilmente frente a los afectados. Esto se sustenta en la aplicación deficiente de las herramientas jurídico - administrativas de las cuales está dotada. Esto se sustenta en la exposición de las herramientas con las cuales contaba la Administración para hacer frente a la situación, las que en

armonía con los fines que deben cumplir los órganos de la Administración, demuestran que, al momento de decidir no convocar a las Fuerzas Armadas para que resguarden el orden público, se está contraviniendo con una potestad - deber que pesa sobre la autoridad.

Se puede especular que el rechazo del caso se debe a la sensibilidad política asociada al mismo y a las reacciones que podrían haberse generado de haber “sacado” a las Fuerzas Armadas a la calle, sin verificar a ciencia cierta que eran necesarias en las zonas de catástrofe. Sin embargo, en un Estado de Derecho, lo anterior no debe ser óbice a la aplicación irrestricta de la ley, la que se dirige a la protección de la ciudadanía evitando hechos nocivos, haciendo los esfuerzos posibles y disponibles para que no se verifiquen perjuicios a quienes no están obligados a soportar una determinada carga.

Por otro lado, si bien existe un margen de discrecionalidad presente en algunas potestades del Presidente de la República, esto está lejos de significar que no se puedan revisar los efectos de sus acciones, por estar éstas basadas en un ejercicio discrecional de sus atribuciones. El Mandatario no es un monarca absoluto (de ahí que no estamos frente a una monarquía), es electo

por los ciudadanos chilenos, quienes confían en él para representarlos y protegerlos de todo daño evitable, respondiendo cuando sea necesario.

En relación a lo anterior, resulta particularmente atingente lo dispuesto en el artículo 24 de nuestra Constitución Política de 1980, según el cual “[E]l gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado.

Su autoridad se extiende a todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República, de acuerdo con la Constitución y las leyes.

El 21 de mayo de cada año, el Presidente de la República dará cuenta al país del estado administrativo y político de la Nación ante el Congreso Pleno.”

En el caso, era perfectamente posible declarar tanto el estado de excepción como invocar la colaboración de las Fuerzas Armadas, sin que éstas se vieran obligadas a actuar al margen de la ley. Aún más, sabiendo de la existencia del mencionado Decreto N° 760 de 25 de febrero de 2010 y de la limitación que éste constituía, resulta evidente que la actuación de la Administración debió considerar la aplicación de todas las medidas a su disposición en pos de resguardar a la población.

Sin embargo, consideramos que las demandas interpuestas por parte de los locatarios afectados, podrían haberse planteado de la manera más adecuada, fundadas ya no en la oportunidad de interposición del estado de excepción de catástrofe por calamidad pública, sino que en el hecho de no haber aplicado en mayor medida todas las herramientas de las cuales está dotada la Administración para asegurar la seguridad ciudadana y la consecución del bien común.

Así las cosas, y en virtud de la corroboración de la hipótesis planteada, consideramos que este trabajo aporta una visión integral de la concurrencia de la responsabilidad del Estado, más allá de las interpretaciones o doctrinas en boga, sino que, concentrados en el caso concreto objeto de estudio, tomando en consideración los hechos particulares del caso, y su confrontación con el ordenamiento jurídico constitucional chileno.

VI.BIBLIOGRAFIA

Libros Consultados.

1. ALARCÓN, P. Discrecionalidad Administrativa. Un estudio de la Jurisprudencia Chilena. Editorial Conosur. Santiago. 2000.
2. AMUNATEGUI, L. El Terremoto del 13 de Mayo de 1647. Rafael Jover Editor. Santiago. 1882.
3. ARISTOTELES. La Política. Editorial Istmo. Colección Fundamentos. Madrid. 2005.
4. BARROS, E. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2010.
5. BERMUDEZ, J. Derecho Administrativo General. Abeledo Perrot. Santiago. Segunda Edición. 2011.
6. CEA, J.L. Derecho Constitucional Chileno. Tomos I y II. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago. Segunda Edición. 2002.
7. CEA, J.L. Teoría del Gobierno. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago. 2000.

8. CALDERA, H. Tratado de Derecho Administrativo. Tomos I y II. Ediciones Parlamento, Prösche, Infante & Fierro Editores. Santiago. 2001.
9. CAMPOS, F. Historia Constitucional de Chile. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Séptima Edición. 2005.
10. CORDERO, L. La Responsabilidad de la Administración del Estado. Bases para una Sistematización. Editorial Lexis Nexis. Santiago. 2003.
11. CORRAL, H. Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2003.
12. De TOCQUEVILLE, Alexis. La democracia en América. Editorial Trotta, Liberty Fund. Madrid. 2010.
13. Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésimosegunda edición. Madrid. 2001.
14. DORF, M. y MORRISON, T. Constitutional Law. The Oxford Introductions to U.S. Law. Nueva York. Oxford University Press. 2010.

15. FERNÁNDEZ, T. De la Arbitrariedad de la Administración. Thomson Civitas. Navarra. Quinta Edición. 2008.
16. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. FERNÁNDEZ, T.R. Curso de Derecho Administrativo I. y II. Thomson Reuters. Navara. Decimosexta Edición. 2013.
17. INSTITUTO GEOGRÁFICO MILITAR. Atlas Geográfico de Chile para la Educación. Instituto Geográfico Militar. Santiago. Quinta Edición. 1998.
18. HALL, K. (Editor). The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States. Oxford University Press. Nueva York. Segunda Edición. 2005.
19. HAMILTON, A., MADISON, J., JAY, J. The Federalist. Barnes and Noble Classics. Nueva York. 2006.
20. HUEPE, F. Responsabilidad del Estado, Falta de Servicio y Responsabilidad Objetiva en su Actividad Administrativa. Universidad de Concepción. Editorial Lexis Nexis. Santiago. 2006.

21. LETELIER, R. La Fuerza Mayor en la Responsabilidad Extracontractual de la Administración del Estado. Conosur Lexis Nexis Chile. Santiago. 2001.
22. LLEIXA, J. El Gobierno, en Manual de Ciencia Política. CAMINAL. M. Editor. Tecnos. Madrid. Segunda Edición. 2005.
23. LARA, J.; GARCIA – HUIDOBRO, L.E. 27-F ¿Terremoto en la Responsabilidad del Estado? Anuario de Doctrina y Jurisprudencia. Sentencias Destacadas 2013. Ediciones Libertad y Desarrollo. Santiago. 2014.
24. LOUGHLIN, M. Foundations of Public Law. Oxford University Press. Oxford. 2010.
25. MINISTERIO DEL INTERIOR. Oficina Nacional de Emergencias. Marco conceptual para la prevención y atención de desastres. Santiago. 1994.
26. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, GOBIERNO DE CHILE. La Reconstrucción de Chile. Santiago. 2013.

27. SANHUEZA, R. Responsabilidad Patrimonial del Estado Administrador Chileno. Lexis Nexis. Santiago. 2005.
28. SAAVEDRA, R. Discrecionalidad Administrativa. Abeledo Perrot. Santiago. 2011.
29. SILVA, A. Tratado de Derecho Constitucional, Tomo V. La Constitución de 1980. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Segunda Edición. 2004.
30. SILVA, A. Tratado de Derecho Constitucional, Tomo X Estados de Excepción Constitucional. Gobierno y Administración Interior del Estado. Reforma Constitucional. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Segunda Edición. 2004.
31. SILVA, A. Tratado de Derecho Constitucional, Tomo XIII Los Derechos y Deberes Constitucionales. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Segunda Edición. 2004.
32. SOTO, E. Derecho Administrativo, Bases Fundamentales. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1996.

33. SOTO, E. Derecho Administrativo, Temas Fundamentales. Thomson Reuters. Santiago. Tercera Edición. 2012.
34. VERDUGO, M., PFEFFER, E., NOGUEIRA, H. Derecho Constitucional. Tomos I y II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Segunda Edición. 1997.
35. CO, A. Curso de Derecho Constitucional. Tomo I. Bases conceptuales y doctrinarias del Derecho Constitucional. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago. 2002.

Artículos de Revista.

1. ALARCÓN, H. Prisión Preventiva, Terremoto y Saqueos: Comentario a las Sentencias de la Corte Suprema. Revista Ius et Praxis. Universidad de Talca. 16. (2) 2010. Pp.393-414.
2. ALVEAR, J. Responsabilidad extracontractual / responsabilidad constitucional del Estado: El nudo gordiano de dos doctrinas en pugna.

Revista Actualidad Jurídica Universidad del Desarrollo. 23. 2011. Pp. 69-108.

3. ANDRADE, C. Los Estados de Excepción Constitucional. La Regulación de los Estados de Excepción Constitucional, Primera Exposición. En: SEMINARIO INTERNACIONAL SOBRE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN CONSTITUCIONAL: 10, 11 y 12 de enero de 1994. Santiago, Universidad Andrés Bello, Facultad Ciencias Jurídicas y Humanidades. Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. 1996.
4. ANTELA, R. Ventajas y Dificultades del Sistema Presidencialista en Venezuela. Estudios Constitucionales 9 (2) 2011. Pp. 499-528.
5. AYALA, C. El Control Jurisdiccional de Los Estados de Excepción. La Regulación de los Estados de Excepción Constitucional, Segunda Exposición. En: SEMINARIO INTERNACIONAL SOBRE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN CONSTITUCIONAL: 10, 11 y 12 de enero de 1994. Santiago, Universidad Andrés Bello, Facultad Ciencias Jurídicas y Humanidades. Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. 1996.

6. BIDART, G. Fundamentos Teóricos de Los Estados de Excepción Constitucional a la luz de la doctrina de los Derechos Humanos, Tercera Exposición. En: SEMINARIO INTERNACIONAL SOBRE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN CONSTITUCIONAL: 10, 11 y 12 de enero de 1994. Santiago, Universidad Andrés Bello, Facultad Ciencias Jurídicas y Humanidades. Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. 1996.
7. CEA, J.L. Hermenéutica Constitucional, Soberanía Legal y Discrecionalidad Administrativa. Revista Chilena de Derecho, 11 (1) 1984 Pp. 7-16.
8. CEA, J.L. Teoría y Práctica de los Poderes de Crisis en América Latina, Fundamentos Teóricos de Los Estados de Excepción Constitucional a la luz de la doctrina de los Derechos Humanos, Primera Exposición. En: SEMINARIO INTERNACIONAL SOBRE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN CONSTITUCIONAL: 10, 11 y 12 de enero de 1994. Santiago, Universidad Andrés Bello, Facultad Ciencias Jurídicas y Humanidades. Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. 1996.

9. CIFUENTES, E. Los Estados de Excepción Constitucional en Colombia. *Revista Ius et Praxis*, 8 (1). 2002. Pp.117-146

10. CRUZ, P. Fundamentos Teóricos de Los Estados de Excepción Constitucional a la luz de la doctrina de los Derechos Humanos, Segunda Exposición. En: SEMINARIO INTERNACIONAL SOBRE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN CONSTITUCIONAL: 10, 11 y 12 de enero de 1994. Santiago, Universidad Andrés Bello, Facultad Ciencias Jurídicas y Humanidades. Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. 1996.

11. FERNANDEZ, M. A. Estados de Excepción y Reformas Constitucionales. *Ius et Praxis*. 8(1) 2002. Pp. 199-221.

12. FERRADA, J. Las potestades y privilegios de la Administración Pública en el régimen administrativo chileno. en *Revista de Derecho* XX (2). 2007 Pp.69-94.

13. GARCIA, B. y RASCADO, J. La revisión Constitucional de la Legislación de los Estados de Excepción. Una nueva figura en el Derecho Procesal Constitucional Mexicano. *Revista de Estudios Constitucionales*, 11 (2). 2013. Pp. 547–574.

14. GODOY, O. Parlamento, Presidencialismo y Democracia Protegida. Revista de Ciencia Política. XXIII (2). 2003. Pp.7-42.
15. Informe de la Comisión Especial Investigadora del Estado de la Institucionalidad en relación a su Capacidad de Respuesta frente a Desastres Naturales. Emitido el 28 de septiembre de 2010. Disponible en www.camara.cl
16. Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana y de Drogas, constituida en Investigadora de los hechos sucedido en las horas posteriores al Terremoto y Maremoto del 27 de febrero de 2010. Emitido 3 de Julio de 2012. Disponible en www.camara.cl
17. MELÉNDEZ, F. El régimen presidencial de Chile: Algunos elementos para su interpretación. Revista de Derecho Público.76. 2012. Pp.215-227.
18. NICOLAS, J. Mecanismos de Control de Los Estados de Excepción Constitucional. Funcionamiento Práctico, Segunda Exposición. En: SEMINARIO INTERNACIONAL SOBRE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN CONSTITUCIONAL: 10, 11 y 12 de enero de 1994.

Santiago, Universidad Andrés Bello, Facultad Ciencias Jurídicas y Humanidades. Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación.1996. Pp.232-240.

19. NIKKEN, C. Aproximación Crítica a la Regulación de los Estados de Excepción en Venezuela. 2002. [en línea] *Ius et Praxis*.8 (1) < http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000100011&lng=en&nrm=iso&tlng=en [consulta: 19 febrero 2015].
20. NOGUEIRA, H. Informe de la Comisión Especial de Modernización del Régimen Político Chile sobre Perfeccionamiento del Sistema Constitucional, con especial énfasis en el tipo de Gobierno. *Estudios Constitucionales*. Universidad de Talca. 6. (2). 2008. Pp. 503-525.
21. PALLAVICINI, J. El principio de juridicidad en tiempo de catástrofe. *Revista de Derecho Público*. 77. 2012. Pp. 185-199.
22. PIERRY, P. La Responsabilidad Extracontractual del Estado por Falta de Servicio. Consejo de Defensa del Estado. <https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/bd5cef7b-c2fe-45db-9a61->

[a3e6648a6db2/Rev_1_+2LA+RESPONSABILIDAD+EXTRACONTRACTUAL.pdf?MOD=AJPERES](#) [consulta: 2 marzo 2015].

23. PIERRY, P. El control de la Discrecionalidad Administrativa, Universidad Católica de Valparaíso, Universidad de Valparaíso. Revista de Derecho 8. 1984. Pp. 161-183.
24. PFEFFER, E. Estados de Excepción Constitucional y Reforma Constitucional. Ius et Praxis. 8(1). 2002. Pp. 223-250.
25. PRECHT, J. La Declaración de los Estados de Excepción como un Acto Institucional. Mecanismos de Control de Los Estados de Excepción Constitucional. Funcionamiento Práctico, Tercera Exposición. En: Seminario Internacional sobre Los Estados de Excepción Constitucional: 10, 11 y 12 de enero de 1994. Santiago, Universidad Andrés Bello, Facultad Ciencias Jurídicas y Humanidades. Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. 1996. Pp. 241-250.
26. QUINTANILLA, A. Responsabilidad del Estado por actos ilícitos. Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado. 1 (2). 2000
<https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/99b12adc-8960-41b7-b73e->

[76f018d52544/Rev_1_3_RESPONSABILIDAD_DEL_ESTADO_POR ACTOS LICITOS.pdf?MOD=AJPERES](https://www.leychile.cl/TextoCarpeta/ccp/76f018d52544/Rev_1_3_RESPONSABILIDAD_DEL_ESTADO_POR_ACTOS_LICITOS.pdf?MOD=AJPERES) [consulta: 3 marzo 2015].

27. RESTREPO, C. Mecanismos de Control de Los Estados de Excepción Constitucional. Funcionamiento Práctico, Primera Exposición. En: Seminario Internacional sobre Los Estados de Excepción Constitucional: 10, 11 y 12 de enero de 1994. Santiago, Universidad Andrés Bello, Facultad Ciencias Jurídicas y Humanidades. Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. 1996.
28. RIOS, L. Defensa Judicial de los Derechos Humanos en los Estados de Excepción. Estudios Constitucionales. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca 7(1). 2009. Pp. 277 -296.
29. RIOS, L. La gran reforma de la ley 20.050 a la Constitución Política de Chile. Gaceta Jurídica. (307). 2005. Pp. 7-21.
30. RIOS, L. El presidencialismo en la República de Chile, Revista de Derecho Público 79. 2013. Pp. 145-175.
31. RIOS, L. Los Estados de Excepción Constitucional en Chile. Ius et Praxis. 8(1). 2002. Pp. 251-282.

- 32.ROMAN, C. Bernardino Bravo con Fisco de Chile. Apuntes sobre la evolución histórica de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración del Estado en Chile. Estudios en Homenaje a Bernardino Bravo. Revista Chilena de Historia del Derecho 22. 2010.Pp. 1021-1046.
- 33.RUIZ – TAGLE, P. “El presidencialismo chileno: evolución de sus atribuciones constitucionales y propuestas de reformas”, Revista de Derecho Público, 76. 2012. Pp. 229-247.
- 34.SOTO, E. Suspensión, Restricción. Nociones claves para la debida defensa de los Derechos Fundamentales. Gaceta Jurídica. (174). 1994. Pp. 7-19.
- 35.SOTO, E. La Servicialidad del Estado, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile 57/58. 1995. Pp. 13-28.
- 36.ZÚÑIGA, F. Responsabilidad Patrimonial del Estado Administrador (Algunas notas acerca de las Obligaciones Legales Compensatorias). Boletín de la Facultad de Derecho, UNED, España 26. 2005. Pp. 13-152

37. ZÚÑIGA, F. El Derecho de Excepción y la Responsabilidad del Estado: Falta de Servicio y Acto de Gobierno. Comentario de la Sentencia e Casación ROL N° 4029-2013 de la Corte Suprema, de 24 de Diciembre de 2013. Estudios Constitucionales, 12 (1). 2014. Pp. 503-526.

Jurisprudencia Citada:

1. Tribunal Constitucional, sentencia de 7 de julio de 1985, recaída en los autos Rol N° 29, relativo al proyecto de ley sobre los estados de excepción, enviado al Tribunal Constitucional para realizar el control de constitucionalidad de la norma.
2. Corte Suprema. Abalos con Fisco. Sentencia N° 5.185 Gaceta de los Tribunales Año 49 (1890), N°3.001, 7.2. 1890
3. Corte Suprema. Campos Herrera, Rebeca Patricia con Fisco de Chile. 24 de diciembre de 2013. Rol n° 4029-2013.

4. Corte Suprema. Valenzuela Flores, María del Carmen y otros con Fisco de Chile. 18 de diciembre de 2013, Rol n° 1629-2013.
5. Corte de Apelaciones de Concepción. Campos Herrera, Rebeca Patricia con Fisco de Chile. 17 de mayo de 2013. Rol n° 1727-2012.
6. Corte de Apelaciones de Santiago. Sociedad Fuchs y Plath con Fisco. 11 de enero de 1908. Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 5 (1908), II. 2.
7. Corte de Apelaciones de Concepción. Valenzuela Flores, María del Carmen y otros con Fisco de Chile. 18 de enero de 2013, Rol n° 1269-2012.
8. Tercer Juzgado de Letras de Concepción. Valenzuela Flores, María del Carmen y otros con Fisco de Chile . 13 de junio de 2012, Rol n° 5269-2010.
9. Tercer Juzgado de Letras de Concepción. Campos Herrera, Rebeca Patricia con Fisco de Chile. 31 de octubre de 2012, Rol n° 8129-2010.

10. Primer Juzgado Civil de Concepción. Aravena con Fisco. Causa Rol N° 8093-2010.

11. Segundo Juzgado Civil de Concepción. Jaque con Consejo de Defensa del Estado. Causa Rol N° 2594-2010.

12. Tercer Juzgado Civil de Concepción. Campos con Fisco. Causa Rol n° 8129-2010.

13. Dictamen N° 42.822, 10 de octubre de 2008. Contraloría General de la República de Chile. Disponible en:
<http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/FrameSetConsultaWebAnonima?OpenFrameset>

Recursos Electrónicos

1. <http://ciperchile.cl/2010/06/29/saqueadores-ladrones-de-ocasion/>
2. <http://www.leychile.cl/Navegar?idLey=20050>
3. http://www.sismologia.cl/pdf/difusion/001_terremotos_y_sismicidad_chile.pdf

4. <https://www.youtube.com/watch?v=42bh1-jFQVA>