



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Público

**“RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ACTUACIÓN DE
LAS FFAA Y DE ORDEN Y SEGURIDAD PÚBLICA”**

Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales.

AUTOR

Jorge Esteban Navarro Suazo.

PROFESOR GUÍA: Sr. Cristián Román Cordero.

Santiago, Chile

2015

TABLA DE CONTENIDOS

Resumenix
Introducción.01
Capítulo I	
Las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública11
Generalidades y Singularidades.	
1. Generalidades o aspectos comunes	
1.1 Son instituciones de Derecho Público, de rango constitucional.13
1.2 Forman parte de la administración del Estado13
1.3 Actuación permanente y dañosidad14
1.3.1 Ámbito de acción y funciones asignadas a las Fuerzas Armadas.15
1.3.2 Ámbito de acción y funciones asignadas a Carabineros de Chile.17
1.3.3 Ámbito de acción y funciones asignadas a la Policía de Investigaciones de Chile.19
1.3.4 Dañosidad22
1.4 Subordinación y dependencia del personal.28
1.5 Relevancia de la obligación de obediencia y disciplina desde la perspectiva institucional.33

2. Singularidades o diferencias.34
2.1 Dependencia institucional.34
2.2 Normativa específica aplicable a cada uno34
2.2.1. Normativa específica aplicable a las Fuerzas Armadas35
2.2.2 Normativa aplicable a Carabineros de Chile.37
2.2.3 Normas aplicables a la Policía de Investigaciones de Chile.38

**CAPÍTULO II.- RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN POR ACTUACIONES DE LAS FUERZAS ARMADAS Y DE ORDEN Y SEGURIDAD PÚBLICA:
Legislación, doctrina y jurisprudencia.**

1. Legislación40
1.1 Normas constitucionales aplicables.44
1.2 Leyes orgánicas constitucionales aplicables46
1.3 Fuentes legales y reglamentarias específicas.47
1.3.1 Estatuto del personal de las Fuerzas Armadas48
1.3.2 El Código de Justicia Militar49

1.3.3 Reglamento de disciplina de las Fuerzas Armadas.49
1.3.4 Ordenanza de la Armada.50
1.3.5 Estatuto del personal de la Policía de Investigaciones.50
1.3.6 Estatuto del personal de carabineros de Chile.51
1.3.7 Reglamento de disciplina para la policía de investigaciones de Chile.51
1.3.8 Reglamento de disciplina para el personal de Carabineros de Chile.52
1.3.9 Reglamento de Organización de Carabineros de Chile53
1.3.10 Reglamento nº 14, de armamento y municiones para Carabineros.53
1.3.11 Reglamento nº 20 de vehículos para Carabineros de Chile.58
2. Doctrina.58
2.1 Teoría de la responsabilidad objetiva. Responsabilidad de Derecho Público.61
2.2 Teoría de la responsabilidad subjetiva con aplicación de reglas del Código Civil.68
2.3. Críticas a la idea de Falta de Servicio en la teoría de la responsabilidad subjetiva que aplica reglas del Código Civil.73
2.3.1 Sobre la insuficiencia de las normas de Derecho Público.75
2.3.2 La autosuficiencia del Derecho Público.76

2.4 Crítica al contenido y alcance que se da al término “Falta de Servicio”.82
2.5 Críticas sobre la procedencia de recurrir a normas Civiles para extraer un factor de atribución de responsabilidad.85
2.5.1 Ineptitud del artículo 2314 del Código Civil a efectos de fundar no sólo la responsabilidad de la administración, sino que también la de las personas jurídicas en general.89
3. Jurisprudencia.94
3.1 Etapa de aplicación exclusiva de normas de Derecho Público94
3.2 Aplicación de reglas del Código Civil95
3.3 Rechazo a la aplicación de normas del Código Civil a la determinación de la responsabilidad patrimonial de la administración. Votos de minoría del Ministro Sergio Muñoz.98
3.4 Jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones.111
3.4.1 Acerca de la naturaleza y fundamentos de la responsabilidad de la administración111
3.4.2 Sobre la posibilidad de aplicar normas de Derecho Civil.113
3.4.3 Acerca de la necesidad de identificar al funcionario que comete la Falta.114
4. Derecho comparado.115
4.1 España.115
4.1.1 Bases normativas de la responsabilidad del extracontractual del Estado en España.116

4.1.2	Desarrollo jurisprudencial español.120
4.2	Argentina.125
4.2.1	Ausencia de una solución normativa específica para el tema.126
4.2.2	Aplicación de reglas del Código Civil Argentino.127
4.2.3	Fundamento constitucional de la Responsabilidad del Estado.128
4.2.4	Elementos de la responsabilidad extracontractual.129
4.2.5	Criterios jurisprudenciales.130
4.2.6	El sacrificio especial.132
4.2.7	Ausencia de discusión acerca del caso particular de la responsabilidad por actos de las Fuerzas Armadas o de Policía.135

CAPITULO TERCERO

Aplicación del concepto “Falta de Servicio”, cuestiones prácticas.

1.- Falta de servicio, concepto y aplicación en la jurisprudencia.136
--	----------

2. La errada tesis de los “Usuarios del Servicio”.144
--	----------

CAPITULO CUARTO

La falta de servicio como factor de atribución de la responsabilidad patrimonial de la Administración por actuaciones de las FFAA y de Orden y Seguridad Pública: precisiones.149
--	----------

1. Aplicación del artículo 42 de la ley 18.575 en atención a lo dispuesto en el artículo 21 de la misma ley.149
--	----------

2. Carácter objetivo en la especie.151
-------------------------------------	----------

3. Régimen de presunciones en la especie.152
---	----------

3.1 Presunciones en la teoría de la responsabilidad objetiva.154
---	----------

3.2 Presunciones en la teoría de la responsabilidad por falta de Servicio que aplica reglas del Código Civil.154
---	----------

3.3 Presunciones en la jurisprudencia.156
--	----------

4. Casos en que debiera considerarse un estatuto especial.160
--	----------

4.1 Casos en los que la institución está en posición de custodia de un sujeto. (Detenidos, detenidos ebrios, soldados conscriptos).160
---	----------

4.1.1 Personas detenidas por el personal de Carabineros o Policía de Investigaciones.160
---	----------

4.1.2 La situación de los soldados conscriptos.166
---	----------

4.2 Porte y uso de armas de fuego.173
------------------------------------	----------

CONCLUSIONES.179
1. Insuficiencia de la legislación que regula la materia.179
2.- Insuficiencia de las soluciones propuestas por la doctrina.181
3.- Aplicación hegemónica de reglas de Derecho Civil a la determinación de la Responsabilidad patrimonial de la administración.187
4.- Necesidad de adecuación de la normativa.188
5.- Consideraciones acerca de una reforma legal que permita superar las problemáticas planteadas en este trabajo.190
Bibliografía196
Anexos204
I. Sentencias Corte Suprema.205
II. Sentencias Cortes de Apelaciones251

RESUMEN

Esta memoria se estructura en dos partes y cada una de ella cuenta con dos capítulos.

El primero trata de las generalidades y particularidades que caracterizan a las instituciones que integran las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública. Allí se destaca el hecho de tratarse de organismos que forman parte de la Administración Pública y el de poseer una especial característica en lo que concierne a la Responsabilidad del Estado: La frecuencia y gravedad con que, a propósito del desarrollo de sus actividades, se producen daños sobre las personas o sus bienes, cuestión que se ilustra con la mención de una serie de ejemplos concretos recogidos de la prensa. Se hace referencia también a su organización interna, en cuanto resulta pertinente al régimen de subordinación bajo el cual se desenvuelven sus agentes.

En el segundo capítulo se abordan tres temas: La legislación, la doctrina y la jurisprudencia que existe sobre Responsabilidad del Estado en relación a las instituciones materia del trabajo.

En el análisis de la legislación se revisa la situación normativa que constituye el marco de la discusión en torno al factor de atribución de responsabilidad. Para ello se analizan: Las normas constitucionales, orgánico constitucionales, legales y reglamentarias pertinentes. Con esto, se busca definir el contexto normativo en el que, al menos una parte de la doctrina y también nuestros tribunales de justicia, afirman tiene lugar este vacío de regulación.

En el segundo punto de este capítulo se analizan las distintas visiones con las que, desde la doctrina, se intenta resolver la problemática a que da origen la configuración del marco normativo de la responsabilidad del Estado. Estas visiones, con algunos matices entre sus distintos exponentes, se agrupan básicamente en dos frentes: La resolución del tema al interior del sistema de normas de derecho público, y otro, que plantean una solución en la que se utilicen, además de la normativa de Derecho público, normas de Derecho común de daños.

Luego, en el tercer punto de este segundo capítulo, se analiza la jurisprudencia existente en la materia, donde es posible distinguir tres etapas de aplicación de criterios jurisprudenciales. La primera, que se caracterizó por la aplicación exclusiva de normas de Derecho público, seguida por el periodo en el que se hace aplicación de la idea de Falta de Servicio en base a las reglas del Código Civil, idea que se impone hasta la fecha. Finalmente, se hace mención a los criterios introducidos por el Sr. Ministro y actual presidente de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, don Sergio Muñoz quien estima no corresponde aplicar reglas del Código Civil a la determinación de la Responsabilidad Patrimonial de la administración.

En un cuarto punto, como una forma de contrastar el estado del debate nacional en la materia, nos referimos de manera muy breve a la situación normativa y jurisprudencial en el Derecho comparado, refiriéndonos al estado de la materia en España y Argentina. El primero muestra un acabado desarrollo de la normativa pertinente, junto con un desarrollo acorde de la jurisprudencia, panorama en el que, no obstante, la armonía es algo solo aparente, al menos en lo que a la doctrina toca. Por su parte, el panorama de la normativa argentina no difiere en demasía de la situación

que se constata en nuestro país: No existe regulación específica en la materia y, en razón de ello, la doctrina llama la atención sobre las consecuencias negativas de aquello, similares a las que se acusan en nuestro país.

A continuación, se hace mención al desarrollo jurisprudencial que ha tenido la materia en las Cortes de Apelaciones de nuestro país. En las decisiones que se presentan, se puede apreciar un tránsito similar al descrito respecto de la Corte Suprema, se evidencia la aplicación constante de ciertos criterios y, en algunos casos es posible notar confusiones argumentativas a la hora de sostener las decisiones respecto de la responsabilidad de la administración en la materia.

Ya en la segunda parte, se dedica el capítulo tercero al análisis del concepto “Falta de servicio” desde la perspectiva de cuestiones prácticas que surgen de su aplicación, al efecto, se estudia la manera en que el concepto es aplicado en distintas decisiones de los tribunales superiores de justicia del país.

El capítulo cuarto se dedica a precisiones sobre algunos conceptos relevantes dentro de la materia, tales como el carácter objetivo que puede asignarse a la “Falta de servicio”, acerca de si existe un régimen de presunciones en la especie y la errada tesis de los “usuarios del servicio”. Se incluye en esta parte un breve análisis de algunos de los casos en que, en nuestra opinión, debiera considerarse un estatuto especial: La situación de los detenidos, los detenidos ebrios, los soldados conscriptos y el porte y uso de las armas de fuego por parte de los efectivos de estas instituciones.

Finalmente se presentan nuestras conclusiones, las que se referirán al actual estado de la legislación y a cuán competentes a la resolución satisfactoria del problema resultan las propuestas doctrinarias estudiadas.

INTRODUCCIÓN

Como lo anuncia su título, en este trabajo trata sobre la Responsabilidad Patrimonial del Estado que podría derivar de la actividad o inactividad de las Fuerzas Armadas y de orden. El desarrollo del tema se ha planteado de la siguiente manera: Comienza con una revisión de las características de las instituciones que integran las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, refiriéndolas como servicios públicos que forman parte de la administración del Estado, destacando a partir de esto el hecho de encontrarse bajo el imperio de los mismos principios y normas Constitucionales que rigen a los demás organismos que la integran. Asimismo le son aplicables también los principios contenidos en la ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado¹ y la ley n° 19.880, de Bases de los procedimientos Administrativos, entre otras.

En esta parte, además de fijar el marco normativo en que se desarrolla la problemática, se busca poner de relieve las características de estos organismos parte de la administración, que los diferencian de la generalidad de los

¹ Como se verá reiteradamente en el desarrollo de este trabajo, no son aplicables a las instituciones materia de este trabajo los títulos II y IV de esta ley.

integrantes del aparato estatal. La primera de ellas, y que constituye una de las motivaciones de este trabajo, es la notable aptitud que tienen para producir daños en el ejercicio de sus funciones, cuestión que está determinada en primer lugar por la naturaleza de las actividades que desarrollan y luego por los medios materiales de los cuales, necesariamente, deben valerse para llevarlas a cabo: Uso de vehículos especiales, utilización de armas de fuego, operación de aeronaves, uso y almacenamiento de explosivos, entre otros de una larga lista.

En este contexto la posibilidad de producirse daños en las cosas y lesiones o incluso la muerte de personas parecen ser, más que una eventualidad, una externalidad constante. Muchos de estos casos han alcanzado connotación pública, sólo a modo de ejemplo podemos mencionar: El caso del Avión Casa 212, de la Fuerza Aérea de Chile, estrellado cuando intentaba un aterrizaje frente a la Isla Juan Fernández, accidente en el que fallecieron tanto civiles como personal militar². Especialmente recurrentes también son los casos de accidentes de soldados conscriptos, lesiones e incluso muerte en el contexto de la manipulación de armamento o explosivos³, de amplio conocimiento público es el

2 NACION.CL, 2011. Avión FACH cae en Juan Fernández: 18 desaparecidos.(En línea) Diario La Nación en Internet, 02 de septiembre de 2011 <<http://www.lanacion.cl/avion-fach-cae-en-juan-fernandez-18-desaparecidos/noticias/2011-09-02/191443.html>> (consulta 22 de mayo de 2015)

3 LA TERCERA, 2008. Tres conscriptos heridos de gravedad tras detonar explosivo en regimiento de Calama. (En línea) diario La Tercera en Internet (08 de octubre de 2008) <http://www.latercera.com/contenido/25_60445_9.shtml> (consulta 22 de mayo de 2015).

caso de soldados conscriptos fallecidos durante su instrucción militar en Antuco⁴, entre otros muchos que se destacan la primera parte de este trabajo, en la que se explica la dañosidad como una característica inherente a estas instituciones.

Otra característica de estas instituciones es la “singularidad normativa” que las caracteriza y diferencia del resto de la administración: Las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad tienen expreso reconocimiento constitucional, se rigen por leyes Orgánicas Constitucionales específicas y, si bien forman parte de la administración del Estado, no les son aplicables los títulos II y IV de la Ley 18.575, lo que en términos prácticos importa la existencia de estatutos especiales respecto al personal y, en principio, un régimen particular de responsabilidad patrimonial

Dentro de esta materia, el estatuto de responsabilidad, este trabajo aborda un aspecto muy específico dentro de la variedad de temas que se pueden abarcar en el estudio de la Responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado, se trata del “factor de atribución”⁵ en base al cuál sería posible determinar que

4 E. ROSSEL / C. GALLEGOS, en Diario La Nación, 2005 El Desastre del Alto Antuco. (En línea) Diario La Nación en Internet (22 de mayo de 2005) <http://www.lanacion.cl/noticias/reportaje/el-desastre-del-alto-antuco/2005-05-21/214048.html> (Consulta 22 de mayo de 2015).

5 En razón de la extensión propia de este tipo de trabajos, se tomó la decisión de referirse solo a un tópico específico dentro la variedad de temas que comprende la materia. En consecuencia, no se abordan materias importantísimas como

surgirá para el Fisco, la obligación de indemnizar los perjuicios que sufra una persona por acciones u omisiones de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, es decir: Ejército, Armada, Fuerza Aérea, Carabineros de Chile y Policía de Investigaciones.

Dentro del trabajo se aborda la situación de los soldados conscriptos y los accidentes que sufren en el contexto del cumplimiento del Servicio Militar quienes son víctimas recurrentes de accidentes que ocurren en el marco de las actividades propias del entrenamiento a que son sometidos o con ocasión del mismo.

Una cuestión esencial en la discusión, es la situación que se crea a partir de lo dispuesto en el artículo 21 de la ley 18.575, texto que determina la exclusión de estos organismos de la aplicación de todo el título II de esta ley, título en el que se encuentra el citado artículo 42.

El legislador Orgánico, refiriéndose a una serie de instituciones, entre las que se encuentran aquellas materia de este trabajo, en el artículo 21 de la ley

el plazo de prescripción de las acciones, compatibilidad de una indemnización de perjuicios con otras medidas de mitigación de los perjuicios tales como pensiones y otros beneficios relacionados con la seguridad social, entre otros.

18.575, entregó a la Constitución y las leyes orgánicas pertinentes, la regulación de las materias a que se referían las normas del párrafo segundo, las que, cabe precisar, se refieren fundamentalmente a la organización, funcionamiento y carrera funcionaria al interior de las mismas.

Sin embargo, y a pesar de lo claro del tenor literal del recién citado artículo 21, existen cuestionamientos acerca de si esta exclusión alcanza al artículo 42 de dicha ley.

Como se verá en el desarrollo de este trabajo, no existe dentro esa regulación particular a que ordena atenderse el artículo 21 la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, un factor de atribución de responsabilidad para la instituciones materia de este trabajo, generándose con ello espacio para la interpretación, la que producto de la falta de consenso, tanto de la judicatura como de la doctrina, una parte de la doctrina acepta la idea que plantea que a estas instituciones les es aplicable la regla general de responsabilidad de la administración del Estado, la que operaría de acuerdo al factor de atribución "Falta de Servicio", concepto que se encuentra establecido en el artículo 42, título II de la ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, aunque no mediante la aplicación

directa del concepto, sino que a través de la extensión de las normas que el Código Civil chileno contempla en la materia.

En la parte en que se exponen, mediante fichas, los fallos más relevantes en la materia, se puede apreciar que existe un relativo en orden en cuanto los tribunales de primera instancia y Cortes de Apelaciones siguen y reproducen los criterios que la Corte Suprema plasma en sus decisiones a través de los fallos de recursos de Casación en el fondo, no obstante esto, no es posible identificar una línea argumentativa clara y constante, que permita dar certeza sobre los criterios de los que en definitiva podría valerse el tribunal para adoptar una decisión, cuestión que resulta fundamental a la hora de decidir ejercer la acción, establecer una estrategia, entre otras consecuencias que se destacan en las conclusiones de este trabajo.

Tanto en las referencias doctrinarias como jurisprudenciales que existen sobre la controversia, se podrá apreciar que, de fondo, se enfrentan posiciones en lo medular opuestas: La que plantea la aplicación exclusiva de normas de derecho público, y a través de ello un sistema de responsabilidad objetiva y, en la posición contraria, el planteamiento de la decisión a través de la aplicación de las reglas de responsabilidad del Derecho Civil. Sobre ambas se profundiza en el desarrollo de este trabajo.

En concreto, lo que ha quedado sin resolver es la definición de elementos que permitan: A la judicatura decidir, con relativa uniformidad, entre casos análogos, si dar o no lugar a las pretensiones de las víctimas de daños ocasionados por acciones de estos organismos de la administración; a los litigantes, decidir si se inicia o no un juicio, planificar adecuadamente su estrategia, y, por último, para las personas en general los elementos que les permitan decidir, por ejemplo, la contratación de un seguro, entre otras.

La problemática que subyace a la discusión acerca del factor de atribución de responsabilidad que deba aplicarse a estas instituciones no es una cuestión trivial. Además de los problemas prácticos recién anotados, la falta de certeza acerca, no del resultado del juicio, sino del Derecho aplicable, representa un problema mayor. La posibilidad de que casos con similar mérito en sus hechos sean finalmente resueltos en base a criterios distintos, es real, y sus consecuencias se extienden más allá del caso particular y sus involucrados directos. La percepción que la ciudadanía tenga de la administración de justicia, es la base de la confianza que la sociedad tendrá en estas instituciones y, por extensión sobre el aparato estatal en general. Actualmente, el Poder Judicial es una de las instituciones que menos menciones reciben a la hora de consultar a

las personas en que instituciones confían⁶. Una encuesta, relativamente reciente, aplicada a nivel nacional por el Centro de Estudios Públicos, CEP, ante la pregunta: “A continuación le voy a leer los nombres de algunas instituciones. De acuerdo con las alternativas de la tarjeta, ¿Cuánta confianza tiene Ud. en cada una de ellas?”, las personas encuestadas, de entre 18 opciones, donde el primer lugar representa a la institución en la cual más confianza se deposita, ubicaron a los tribunales de justicia en el lugar 17, superando sólo a los partidos políticos. La claridad acerca de los fundamentos de las decisiones que se pronuncian y la existencia de “fallos erráticos”, fenómeno que puede ser relacionado también con la sensación de igualdad ante la ley, se encontrarían dentro de las razones de esta baja valoración ciudadana.⁷

La discusión que se aborda en este trabajo resulta interesante también desde otros puntos de vista, por ejemplo: Aborda la discusión en la que se enfrentan posiciones que van más allá de la sola cuestión del factor de atribución de la responsabilidad, se discute acerca de: a) La naturaleza, fines y suficiencia

6 Centro de Estudios de la Realidad Contemporánea CERC. Barómetro de la política. Enero 2014. En Línea en www.cerc.cl http://www.cerc.cl/cph_upl/20140123102341_Barometro_de_la_politica_Diciembre-Enero_2014.pdf> Consulta julio de 2014

7 “Adicionalmente, es posible sostener que buena parte de la mala percepción del Poder Judicial obedece a otros factores no relacionados (lentitud, fallos erráticos, procedimientos inadecuados, etc.). Pero ellos deben ser asumidos como parte del problema, pues inciden igualmente en la percepción negativa que de la justicia tiene el ciudadano común”. LETURIA Francisco y CAVIEDES, Cristóbal en: Poder Judicial en Chile, Percepción de Corrupción y Deficiencias Estructurales. Serie Informe de Justicia N° 8, Instituto Libertad y Desarrollo. Santiago, 2012. P.1.

del Derecho Público Chileno, b) Acerca del rol del Estado y relación con los administrados, c) Función del Derecho Civil respecto de otras ramas del Derecho, punto este último que es puesto de relieve por el profesor Hernán Corral, de la siguiente manera:

“En la polémica sobre si el régimen que debe aplicarse a los daños causados por el Estado es de carácter civil o privado o más bien de índole constitucional o público, hay en juego interesantes cuestiones teórico dogmáticas, tales como la frontera entre Derecho público y Derecho privado, el primero regido por la justicia distributiva y el segundo por la conmutativa, la separación entre la responsabilidad centrada en la idea del daño y la restitución (atribuida al orden público) y la de responsabilidad fundamentada en la idea de sanción a una culpa (supuestamente propia del orden civil), la aplicabilidad directa de las normas constitucionales sin que sea necesario esperar su desarrollo legal, la negación del Derecho civil como regulación supletoria o de Derecho común, la aplicación del principio de igual repartición de las cargas públicas y un largo etcétera.”⁸

Se pretende que la lectura contribuya a entender, en primer lugar, el contexto normativo y de hecho que caracteriza a la determinación de responsabilidad para la administración, por actos u omisiones atribuibles a estas instituciones, luego, la exposición de los principales términos de la discusión

⁸ CORRAL TALCIANI, Hernán. La Responsabilidad de los Órganos del Estado: ¿Régimen Constitucional o Régimen Civil?, en BARAONA GONZALEZ, Jorge (Editor). Responsabilidad Civil de Entidades Corporativas. Cuadernos de Extensión Jurídica, N° 7, universidad de los Andes. Santiago, 2003. P.21

doctrinaria que existe al respecto y cómo estos elementos se han plasmado de distintas maneras en las decisiones de nuestros tribunales. El foco del análisis se ha puesto en analizar los alcances de la acogida o exclusión, total o parcial, de la aplicación de reglas de derecho civil a un problema que involucra instituciones y principios de Derecho Público. Finalmente, en las conclusiones, se plasman las apreciaciones, críticas y propuestas personales sobre la materia.

Capítulo I.

Las FFAA y de Orden y Seguridad Pública: Generalidades y singularidades.

Tanto de las Fuerzas Armadas como de las Fuerzas de Orden y Seguridad Públicas, son instituciones esenciales en la actual organización republicana de nuestro país. El Ejército y la Armada surgen de manera prácticamente simultánea a la república, año 1810 y 1818 respectivamente, un siglo después se crea la Fuerza Aérea. Actualmente el personal activo de estas instituciones es cercano a los 80 mil efectivos y el presupuesto para el año 2014 alcanzó los CL\$ 951.685.404.000.- (Novecientos cincuenta y un mil seiscientos ochenta y cinco millones cuatrocientos cuatro mil pesos)⁹. Carabineros de Chile es una institución creada en abril de 1927¹⁰, tiene una dotación cercana a los 50 mil efectivos¹¹ y un presupuesto para el año 2014 de CL\$ 822.781.939.000 (Ochocientos

9 Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda “Ley n° 20.713 publicada en el Diario Oficial el 18 de diciembre de 2013”, establece el presupuesto del sector público para el año 2014. (En línea) <http://www.dipres.gob.cl/594/articles-109104_Ley_de_Presupuestos_2014.pdf> (consulta 25 de julio de 2014)

10 Decreto con Fuerza de Ley N° 2484 de 27 de abril de 1927.

11 No es posible consignar con precisión el número de integrantes de estas instituciones, ya que la cifra exacta no es un dato de carácter público, esto, por disposición del artículo 436 del Código de Justicia Militar. Así se expresa en la resolución exenta n° 29 del 03 de marzo de 2014, en la que se deniega parcialmente información requerida acerca de la dotación de carabineros. “Carabineros de Chile” (En línea) <http://www.carabineros.cl/transparencia/Resoluciones_Denegatorias/2014/ResolEx29.pdf> (Consulta 12 de abril de 2014)

veintidós mil setecientos ochenta y un millones novecientos treinta y nueve mil pesos). La Policía de Investigaciones de Chile, fue creada el año 1832¹², al año 2012 contaba con una dotación de 11.598 personas. Para el año 2015 se aprobó un presupuesto de CL\$ 497.684.624.000.-

Todas ellas encuentran sus referencias normativas primarias en la Constitución Política de la República, específicamente en su capítulo XI. Dentro de este se encuentra el artículo 101, que las caracteriza de la siguiente manera:

a) Que las Fuerzas Armadas están constituídas única y exclusivamente por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. b) Que existen para la defensa de la Patria y son esenciales para la Seguridad Nacional. c) Que, por su parte, las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública están integradas sólo por Carabineros e Investigaciones¹³, que su finalidad consiste en dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior, tarea que deberán cumplir en la forma en que lo determinen las respectivas leyes orgánicas y que dependen del ministerio encargado de la seguridad pública.

12 Decreto supremo N° 5.115 de 26 de diciembre de 1932.

13 Artículo 101, inciso 2° de la Constitución Política de la República.

1. Generalidades o aspectos comunes.

1.1 Son instituciones de Derecho Público, de rango constitucional.

Su existencia y principales características se encuentran establecidas en la Carta Fundamental, por la que se rigen en primer lugar, además de serles aplicables lo que establezcan sus respectivas leyes orgánicas constitucionales y otras de rango legal y reglamentario.

1.2 Forman parte de la Administración del Estado.

Así lo establece expresamente el inciso segundo del artículo primero de la ley 18.575, Orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. De esto, se siguen importantes características, entre las que se encuentra el hecho de estar sujetas a la aplicación de los principios contenidos en el título I de la ley, tales como: El encontrarse al Servicio de la Persona Humana y la promoción del Bien Común, en el artículo 3º; Los principios de: Responsabilidad, enunciado en el artículo 4º; Eficiencia, en el artículo 5º; Eficacia, entre otros.

1.3 Actuación permanente y dañosidad.

Otro aspecto en común entre estas instituciones es su actuación permanente y la dañosidad como característica que recurrentemente acompaña a esa actuación.

La característica de un actuar constante, deriva de la naturaleza y finalidad de las múltiples funciones que les encomiendan la Constitución y las leyes, las que se traducen en la obligación de desplegar su actividad de manera permanente¹⁴. Esta característica de actuación permanente tiene directa relación con la dañosidad de su actuación, y con el hecho, también recurrente, de que los daños se produzcan en el ejercicio de las funciones propias o “con ocasión” del desarrollo de las mismas, cuestión que puede llegar a ser relevante a la hora de determinar si el acto y el daño que de este eventualmente se derive, es o no imputable a la institución.

¹⁴ Conclusión a la que se arriba tras considerar la naturaleza de sus funciones, ver páginas 20 y siguientes.

1.3.1 Ámbito de acción y funciones asignadas a las Fuerzas Armadas.

A las Fuerzas Armadas corresponde coadyuvar al resguardo de la soberanía y la integridad territorial, así como proteger a la población, las instituciones y los recursos vitales del país frente a cualquier amenaza o presión externa¹⁵.

Más allá de este enunciado general de sus funciones, el Ejército de Chile desarrolla actividades de carácter permanente a lo largo del país. Las tareas de preparación y entrenamiento constante de su personal junto con el patrullaje del territorio nacional implican el despliegue permanente de sus efectivos, el desplazamiento de aeronaves y vehículos de guerra, la mantención del armamento, las municiones, entre otras.

15 "(...) es posible concluir que las FF.AA. no poseen atribuciones para intervenir ordinariamente en materias relacionadas a la seguridad pública interna. Solo bajo circunstancias extraordinarias, y previa declaración de un estado de excepción constitucional de emergencia, es que se permiten ciertos grados de intervención". CLARO E, Eliana, GARCÍA G, José Francisco y KANGISER G, Pablo. En: Coordinación entre Fuerzas Policiales y FF.AA. para Ejecutar Misiones de No Guerra: Alcances, Marco Legal y Desafíos para el Sector Defensa. Serie: Informe Sociedad y Política. (En línea) <http://www.lyd.com/wp-content/files_mf/sip128coordinacionentrefuerzaspolicialesyffaaparaejecutarmisionesdenoguerraclaroifgarciaypkangiseriunio2012.pdf> (Consulta el 25 de marzo de 2014)

Por su parte, la Armada de Chile cuenta entre sus actividades la Seguridad en playas y balnearios¹⁶, Fiscalización; Búsqueda y rescate; Instrucción y capacitación marítima; Patrullaje marítimo; Control y fiscalización de la práctica de deportes náuticos; Actividades de fiscalización y control del Transporte marítimo; Labores de apoyo a la comunidad; Alerta de maremotos; Cartografía náutica; Astilleros navales; Señalización marítima, entre otras.

La Fuerza Aérea de Chile, por su parte, desarrolla una serie de funciones, entre las que se encuentra: El Servicio Aerofotogramétrico (SAF) y el Servicio Aéreo de Rescate (SAR).

Como ya se señaló, todas estas funciones requieren el desplazamiento constante de aeronaves, transporte, almacenamiento y uso de municiones, vehículos de guerra, traslado de personal dentro y fuera del territorio nacional, entre otras. Todas estas actividades implican riesgos, tanto para el personal como para la población civil. Del Listado de tareas precedente, llaman la atención también los deberes de actuación asociados a un rol de control o fiscalizador, destaca al respecto las labores asignadas a la Armada: Fiscalización, seguridad

16 Varias contenidas en el reglamento orgánico y de funcionamiento de la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante 7-50/2 de 2013. (En línea)

<http://transparencia.armada.cl/transparencia_activa/publicaciones/pdf/potestades/7-50-2reglamentoorganicoydefuncionamientoD.G.T.M.pdf> (Consulta: Septiembre de 2014)

en playas y balnearios, patrullaje marítimo, entre otros. Deberes cuya omisión, en cuanto importen la infracción de un mandato legal debieran servir de fundamento para atribuir responsabilidad patrimonial al Estado por los daños que de ello deriven.

1.3.2 Ámbito de acción y funciones asignadas a Carabineros de Chile.

La Ley Orgánica Constitucional N° 18.961 de 1990, Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile, los define como una Institución policial, técnica de carácter militar¹⁷. Establece también que su finalidad es “Garantizar y mantener el orden público y la seguridad pública interior en todo el territorio de la República y cumplir las demás funciones que le encomienden la Constitución y las leyes”

El artículo 2° de la misma ley lo define como un “cuerpo policial armado”, “esencialmente obediente, no deliberante, profesional, jerarquizado y disciplinado”. Entre otras varias funciones que se describen en esta norma, se encuentran:

¹⁷ Artículo 1° de la ley 18.961.-

- i) La protección de la persona del Presidente de la República y de los Jefes de Estado extranjeros en visita oficial, como asimismo la seguridad del Palacio de Gobierno y de la residencia de estas autoridades¹⁸.
- ii) La vigilancia policial de las fronteras, la vigilancia y control de las personas que desarrollen actividades de vigilancia privada¹⁹.
- iii) Obligación de prestar el auxilio de la fuerza pública, colaborar con los Fiscales del Ministerio Público en la investigación de los delitos²⁰.
- iv) Fiscalizar sobre el cumplimiento de las normas relativas al Control de Armas, en particular las referidas a la inscripción y autorización a poseedores a mantener armas dentro de los bienes raíces declarados ²¹.

Se observa que, al igual que ocurre con las Fuerzas Armadas, que Carabineros de Chile debe cumplir tareas de fiscalización y control, por lo que

18 Artículo 3° inciso 4° Ley N° 18.961 Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile.

19 Artículo 3° inciso final Ley N° 18.961 Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile.

20 Artículo 4° inciso 3° Ley N° 18.961 Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile.

21 Artículo 5° del Decreto 400 que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley n° 17.798, sobre control de armas.

consideramos que también es aplicable la idea que entiende posible haya lugar a Responsabilidad patrimonial del Estado, también por omisión en el cumplimiento de alguna obligación de hacer.

1.3.3 Ámbito de acción y funciones asignadas a la Policía de Investigaciones de Chile.

La normativa aplicable a la Policía de Investigaciones de Chile, está contenida en el Decreto Ley N° 2.460 de 1979, este define a la Policía de Investigaciones de Chile, como una Institución Policial de carácter profesional, técnico y científico, integrante de las Fuerzas de Orden, dependiente del ministerio de Defensa Nacional.

Señala en el mismo artículo primero que su personal estará sometido a un régimen jerárquico y disciplinario estricto.

Por su parte, el artículo 4° de esta ley señala que la misión fundamental de la Policía de Investigaciones es investigar los delitos de conformidad a las instrucciones que al efecto dicte el ministerio público, sin perjuicio de las

actuaciones que en virtud de la ley le corresponde realizar sin mediar instrucciones particulares de los fiscales.

En el artículo 5º, se señala también como funciones de la Policía de Investigaciones, el contribuir al mantenimiento de la tranquilidad pública; prevenir la perpetración de hechos delictuosos y de actos atentatorios contra la estabilidad de los organismos fundamentales del Estado; dar cumplimiento a las órdenes emanadas del ministerio público para los efectos de la investigación, así como las órdenes emanadas de las autoridades judiciales y de las autoridades administrativas en los actos en que intervengan como tribunales especiales; prestar su cooperación a los tribunales con competencia en lo criminal; controlar el ingreso y la salida de las personas de territorio nacional; fiscalizar la permanencia de extranjeros en el país, representar a Chile como miembro de la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL), y dar cumplimiento a otras funciones que les encomienden las leyes.

Todas las instituciones que integran las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad públicas señalan ser organismos de carácter “Profesional”, y esta, a nuestro juicio, es una característica que debiera ser considerada en la definición de un factor de atribución de responsabilidad. El término alude al concepto “profesión”, la palabra, en su sentido natural, es utilizada para referirse a la

actividad que requiere un conocimiento formal y específico, luego, un profesional, es quien ha recibido en su formación esos conocimientos.

¿De qué manera debiera influir esto en la atribución de responsabilidad patrimonial? Creemos que el carácter profesional de estas instituciones debiera operar como el fundamento de la exigencia de un alto deber de cuidado y diligencia en las tareas a ejecutar. Para explicar, podemos utilizar un ejemplo:

Durante manifestaciones en la vía pública ocurridas durante el discurso presidencial del 21 de mayo último en Valparaíso, un joven resultó seriamente lesionado tras ser golpeado por el chorro de agua lanzado por un carro de Carabinero. El funcionario de Carabineros que operaba la maquinaria con la que se dirige el chorro señaló, en declaraciones de prensa afirmó “No vi a Rodrigo, yo lo vi en el suelo”²². La situación descrita configuraría una hipótesis de responsabilidad patrimonial, toda vez que no es excusable una falta de cuidado de esa envergadura en el contexto de un servicio de carácter profesional. Cabría luego determinar de qué manera se verifica la infracción: ¿Es el funcionario quien no actúa de acuerdo a las instrucciones y entrenamiento recibido? O bien ¿Es la

²² El DINAMO. Carabinero dado de baja asegura que no vió a Rodrigo Avilés. 01 de junio de 2015 (En línea) <<http://www.eldinamo.cl/nacional/2015/06/01carabinero-dado-de-baja-asegura-que-no-vio-a-rodrigo-aviles/>> (Consulta el 05 de junio de 2015)

institución la que no cumple con instruir y entrenar acorde a estándares profesionales? Sea cual sea la hipótesis en que, en definitiva, se constate la infracción, la situación de la víctima no debiera variar.

1.3.4 Dañosidad.

La naturaleza de las funciones, esencialmente riesgosas, que por mandato legal les corresponde desarrollar a estas instituciones, es que comparten la característica de una especial aptitud para ocasionar daños, sea a su personal o a particulares o en sus bienes, de una manera mucho más frecuente y en mayor gravedad, que si les compara con los particulares.

Que mediante sus actuaciones u omisiones las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública produzcan regularmente daños en las personas o en su patrimonio es una consecuencia consustancial a las características básicas de las mismas. Por lo general el cumplimiento de la función institucional de cada uno de estos organismos involucra llevar a cabo acciones riesgosas: Conducción de vehículos motorizados, porte y uso de armas de fuego, almacenamiento y manejo de artefactos explosivos, desactivación de bombas, uso de aeronaves, animales, entre otras.

Esta aptitud para producir daños es, por cierto, demostrable desde un punto de vista empírico. En el mes de diciembre de 2012, el departamento de asesoría técnica parlamentaria de la Biblioteca del Congreso Nacional, publicó en su página web²³, un documento con el título “Accidentes de las Fuerzas Armadas”. En él se hace una recopilación, a través del relato de los medios de prensa, de los accidentes en que se han visto involucrados agentes de las Fuerzas Armadas. El informe, que abarca el periodo de tiempo que va desde el 1º de enero de 2000 hasta el día 08 de diciembre de 2011, destaca, sin perjuicio del posterior análisis del periodo completo, una serie de hechos que califica como emblemáticos.

a) Accidentes que involucran a las FFAA.

- El 02 de septiembre de 2012. Caída al mar de un avión Casa C-212, en el archipiélago de Juan Fernández, con un resultado de 21 víctimas fatales, entre las que se encontraban civiles y militares.

23 Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. “Accidentes en las Fuerzas Armadas, desde el 1º de enero del 2000 al 8 de diciembre de 2011. (En Línea) BCN Prensa, Diciembre de 2011.

<http://transparencia.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/13338/1/93199_BCN_GC_GG_InformePrensaAccidentesFuerzasArmadas_12.doc> (Consulta 25 de marzo de 2014)

- El 13 de agosto de 2010, mientras se realizaban ejercicios de instrucción naval en Puerto Aldea, se produjo un accidente que costó la vida del infante de Marina José Manuel Araya;

- El 12 de noviembre de 2006, la caída de un bus al río Tucapel, provocó el fallecimiento de 17 uniformados del Regimiento Reforzado N° 7 de Chacabuco.

- El 28 de septiembre de 2005, tres militares perdieron la vida al efectuar actividades de exploración y mantención de refugios en el territorio antártico,

- El 18 de mayo de 2005, en la que se ha llamado la “Tragedia de Antuco”, murieron congelados 45 conscriptos del Regimiento Reforzado N° 17 de Los Ángeles.

El resto del informe presenta datos concluyentes acerca de la frecuencia y numero en que ocurren incidentes con resultado de dañosos por parte de agentes de las fuerzas armadas. En aproximadamente una década, la prensa da cuenta de al menos de: 06 incidentes en que se provocaron daños materiales en la propiedad de civiles; 32 civiles como víctimas fatales; 33 militares heridos y 102 militares fallecidos.

También es posible encontrar ejemplos de daños ocasionados por agentes de Carabineros y Policía de Investigaciones de Chile.

b) Accidentes relacionados con Carabineros de Chile.

i) Joven estudiante es herido en la cabeza por balín disparado por funcionario de Carabineros, fallece días después. La muerte del joven ocurrió el 19 de mayo de 1999, luego de que un amplio contingente de Carabineros llegara a disolver una violenta manifestación en las afueras de la Universidad de Tarapacá.

En ese momento, el Mayor Norman Vargas efectuó un disparo en dirección al interior de la sede universitaria, a pesar de que no tenía buena visibilidad. La bala impactó en el cráneo del Daniel Menco, quien estudiaba Auditoría²⁴.

ii) Persona muere encontrándose detenida y bajo custodia de personal de carabineros. Raúl Palma Salgado, quien fue detenido el 12 de enero de

²⁴ El Mercurio. Fisco deberá pagar millonaria indemnización por muerte de universitario en una protesta. (En línea) emol.com 26 de septiembre de 2010 <<http://www.emol.com/noticias/nacional/2010/09/22/437341/fisco-debera-pagar-millonaria-indemnizacion-por-muerte-de-universitario-en-una-protesta.html>> (Consulta el 25 de marzo de 2014)

1998 por funcionarios de Carabineros de la Sub-Comisaría de Lo Lillo y entregado posteriormente a funcionarios de la Sección de Investigaciones Policiales (SIP) de Vitacura, quienes lo sometieron a torturas que le produjeron la muerte. Ello motivó que dichos funcionarios policiales fuesen condenados penalmente como autores del delito de violencia innecesaria causando muerte.²⁵

iii) Una patrulla de Carabineros se vio involucrada en un accidente de tránsito ocurrido en Gran Avenida, en el sector de la Estación de Metro Lo Vial, en la comuna de San Miguel. Un vehículo policial colisionó con un automóvil particular. Tres funcionarios de la institución resultaron heridos, al igual que el conductor del otro auto²⁶.

iv) Vehículo policial impacta contra poste dejando tres carabineros heridos.

Un radio patrulla provoca diversos daños al colisionar contra un poste de alumbrado público y arrancar un grifo. Un sector de la ciudad de Quillota quedó

25 Autos rol N° 9510-2009 caratulados "Palma Guerra Enzo con Fisco de Chile" sobre indemnización de perjuicios, Recurso de Casación en el fondo. Corte Suprema, cuatro de junio de 2012

26 Radio Cooperativa. Patrulla de Carabineros protagonizó accidente de tránsito en San Miguel. 16 de enero de 2014. (En línea) Cooperativa.cl <<http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/policial/accidentes-de-transito/patrulla-de-carabineros-protagonizo-accidente-de-transito-en-san-miguel/2014-01-16/071836.html>> (Consulta el 25 de marzo de 2014).

durante algunas horas sin suministro de energía y se derramó una gran cantidad de agua²⁷.

v) Una extranjera y tres carabineros heridos en choque entre auto particular y radiopatrulla. Accidente ocurrido en la comuna de San Miguel. Ambos conductores sufrieron lesiones²⁸.

c) Accidentes relacionados con Policía de Investigaciones.

i) Cuatro heridos tras colisión entre PDI y vehículo particular camino a Punucapa. Colisión entre un vehículo de la Policía de Investigaciones y camioneta particular en la ruta hacia Punucapa, región de Los Ríos, dejó cuatro personas lesionadas²⁹.

27 El Mercurio. Violento choque de vehículo policial contra poste deja tres carabineros heridos en Quillota. (En línea) Emol.com. 20 de marzo de 2014

<<http://www.emol.com/noticias/nacional/2014/03/20/650764/accidente-en-quillota.html>> (Consulta, 25 de marzo de 2014)

28 Águila Vega, Francisco. Una extranjera y tres carabineros heridos en choque entre auto particular y radiopatrulla (En línea) Emol.com. (consulta 16 de enero de 2014)

<<http://www.emol.com/noticias/nacional/2014/01/16/639963/una-extranjera-y-tres-carabineros-heridos-en-choque-entre-auto-particular-y-radiopatrulla.html>> (consulta, 25 de marzo de 2014)

29 CERNA, Cristián. 4 heridos tras colisión entre PDI y vehículo particular camino a Punucapa (En línea) Radio BíoBío. 07 de diciembre de 2013. <<http://www.biobiochile.cl/2013/12/07/4-heridos-tras-colision-entre-pdi-y-vehiculo-particular-camino-a-punucapa.shtml>> (Consulta el 25 de marzo de 2014)

- ii) Impacto de vehículo de PDI contra camión de pan deja 3 lesionados en La Pintana. Carro policial impacta violentamente contra un camión 3/4 repartidor de pan en la comuna de La Pintana, en Santiago³⁰.

- ii) Choque entre vehículo de la PDI y un taxi dejó 4 heridos en Autopista del Sol. Vehículo institucional habría sido afectado por una falla mecánica, a raíz del impacto taxi fue lanzado a un barranco ³¹.

1.4 Subordinación y dependencia del personal.

Otra característica común entre estos organismos, es el mandato de disciplina, obediencia y subordinación que deben observar los funcionarios respecto de sus superiores jerárquicos. Esta característica resulta relevante si se quiere determinar la procedencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración, en base a reglas del Código Civil.

30 VILLAGRA, Nicole. Impacto de vehículo de PDI contra camión de pan deja 3 lesionados en La Pintana. (En línea) Radio Biobío. 03 de mayo de 2012 <<http://www.biobiochile.cl/2012/05/03/impacto-de-vehiculo-de-pdi-contra-camion-de-pan-deja-3-lesionados-en-la-pintana.shtml>> (Consulta el 25 de marzo de 2014)

31 El Mercurio. Choque entre vehículo de la PDI y un taxi dejó 4 heridos en Autopista del Sol (En línea) 01 de mayo de 2012 (En línea) <<http://www.emol.com/noticias/nacional/2012/05/01/538294/detectives-de-lapdi-sufren-accidente-en-ruta-68.html>> (Consulta el 25 de marzo de 2014).

La ley Orgánica Constitucional de la Fuerzas Armadas, señala en su Artículo 2°: “El Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, como cuerpos armados, son esencialmente obedientes, no deliberantes, profesionales, jerarquizados y disciplinados”.

La idea es recogida, prácticamente en los mismos términos, por la normativa orgánica constitucional de Carabineros:

Artículo 2°.- Carabineros de Chile como cuerpo policial armado es esencialmente obediente, no deliberante, profesional, jerarquizado y disciplinado y su personal estará sometido a las normas básicas establecidas en la presente ley orgánica, su Estatuto, Código de Justicia Militar y reglamentación interna”.

En el Reglamento de disciplina del Ejército de Chile, se establece la obligación de cumplir “sin demoras ni reparos” las órdenes que reciban de sus superiores. Se establece la posibilidad de suspender la ejecución de la orden, la que, en el evento de ser insistida por el superior, deberá cumplirse de todas

maneras³². Esto último, corresponde a lo que en doctrina se llama “Obediencia Razonada” o también “Obediencia reflexiva”, teoría según la cual:

“el inferior que recibe una orden del servicio debe examinarla, si la estima ilegal no está obligado a cumplirla, teniendo el deber de suspender su cumplimiento y de representar a su superior la ilegalidad de la orden, si el superior insiste en ella el subalterno debe cumplirla, pero sólo el superior tendrá la responsabilidad penal por el delito cometido y para que tenga responsabilidad el inferior, es necesario que no represente la orden o bien que habiéndola representado la cumpla sin esperar la insistencia”³³.

La misma idea se reitera en el documento denominado "Ordenanza del Ejército, de la siguiente manera:

"Otra característica del Ejército de Chile es la de ser una institución jerarquizada. Ello significa que el cumplimiento de la función militar se asocia a una distribución piramidal de las

32 Artículo 20 inciso 2°: "Toda orden del servicio impartida por un superior debe cumplirse sin réplica, salvo si el inferior que ha recibido la orden sabe que el superior, al dictarla, no ha podido apreciar suficientemente la situación, o cuando los acontecimientos se hayan a la orden, o parezca que esta se ha obtenido por engaño, o se tema con razón que de su ejecución resulten graves males que el superior no pudo prever o la orden tienda notoriamente a la perpetración de un delito. En tales casos podrá el inferior suspender momentáneamente el cumplimiento de tal orden, y en casos urgentes modificarla, dando inmediatamente cuenta al superior. Si este insistiere en su orden, deberá cumplirse en los términos en que fue dada.

Las responsabilidades que pueden resultar del cumplimiento de las órdenes corresponden al superior que las dicta. Los subalternos no pueden reclamar de ellas ni comentarlas"

33 Considerando N° 102 de la sentencia de fecha cinco de enero de 2004, de la Quinta sala de la Última Corte de apelaciones de Santiago. Apelación de sentencia definitiva, causa Rol N° 11.821-2003

responsabilidades inherentes al mando, que son garantía para la existencia de controles internos que se ejecutan a lo largo de toda la línea o cadena de mando, circunstancia que no inhibe el ejercicio fiscalizador que establecen la constitución y las leyes”.

“En el Ejército de Chile estos conceptos de jerarquía y disciplina se ajustan a las normas de un sistema de toma de decisiones razonado, en el que cada miembro de la Institución puede hacer presente su opinión o parecer en un asunto concreto y propio de este proceso, sin que ello importe el abandono de la disciplina o la verticalidad del mando. El ejército combina, de esta manera, la disciplina y la jerarquía con la aplicación del discernimiento individual, así como también el buen criterio en el momento de tomar decisiones y el ejercicio del derecho del subalterno de exponer su propio discernimiento y buen criterio como parte del mismo proceso en que estas decisiones son adoptadas. Debe quedar claro en todo momento, empero, que es en el mando en quien recae, en última instancia, la responsabilidad de las decisiones adoptadas y que deberá responder por ellas ante distintas entidades, organismos e instancias, y que, a su vez, los subalternos deberán obedecer estas decisiones siempre que ello no importe la comisión de un delito o la transgresión de un reglamento. (El ennegrecido es nuestro).

En el documento denominado “Ordenanza de la Armada”, una idea similar es reiterada en varios artículos³⁴: 164, 172, 173, 180, 242, entre otros.

³⁴ A modo de ejemplo, en el artículo 172: “La subordinación militar se caracteriza por la obligación que tiene todo militar de obedecer una orden relativa al servicio que, en uso de atribuciones legítimas, le fuere impartida por un superior, siempre que no haya impedimento derivado de fuerza mayor”.

En el reglamento de disciplina del personal de la Policía de Investigaciones de Chile, su título I se denomina “Del régimen disciplinario y de la obligación de obediencia”, allí, es el artículo 4^{o35} el que expresa una idea similar a las contenidas en la normativa ya referida de las Fuerzas Armadas, empero, con el rasgo distintivo de señalar expresamente que, representada la orden que es estimada ilegal por el subordinado que la recibe, de insistir en la misma el superior que la ha impartido, se libera de responsabilidad penal el subordinado³⁶.

Sin estos matices, la idea obediencia es recogida también por el Reglamento de disciplina del cuerpo de Carabineros de Chile³⁷.

35 ARTÍCULO 4º. El funcionario que reciba una orden competente tiene el deber de cumplirla, pero si la estimare ilegal o antirreglamentaria deberá representarla por escrito, en forma respetuosa, si el Superior insiste, también por escrito, el funcionario procederá a ejecutarla, quedando exento de responsabilidad, la que recaerá íntegramente en quien la impartió. En casos graves y urgentes, tratándose de diligencias de carácter policial, en el terreno, la representación e insistencia podrá hacerse verbalmente.

Si el subalterno, en el momento de cumplir una orden comprobare que ésta ha sido impartida como consecuencia de un error o que su cumplimiento, por el tiempo transcurrido se hubiera hecho improcedente, suspenderá su ejecución, dando cuenta inmediata al superior que la dispuso. En lo demás se estará a lo dispuesto en el inciso primero.

36 Ver nota al pie N° 33

37 Artículo 7º.- El que recibe una orden de superior competente, debe cumplirla sin réplica, salvo fuerza mayor o cuando el subalterno sabe que el superior al dictarla no ha podido apreciar suficientemente la situación, o cuando los acontecimientos se hayan anticipado a la orden, o parezca que ésta se ha obtenido por engaño, o se tema con razón que de su ejecución resulten graves males que el superior no pudo prever, o la orden tienda notoriamente a la perpetración de un delito, en cuyo caso podrá el subalterno suspender el cumplimiento de tal orden o modificarla, según las circunstancias, dando inmediata cuenta al superior. Si éste insistiere en mantener su orden, el subalterno deberá cumplirla en los términos que la disponga, debiendo, sí, confirmarla por escrito.

El no representar al superior, con el debido respeto, las observaciones necesarias a aquellas órdenes que tiendan a alguna de las consecuencias señaladas, se tendrá como falta de interés por el servicio, aparte de clasificar esta omisión como falta grave, y sin perjuicio de las demás responsabilidades que de tal omisión puedan derivarse.

La ley Orgánica de la Policía de Investigaciones, señala en su artículo primero que su personal: “(...) estará sometido a un régimen jerárquico y disciplinario estricto”.

1.5 Relevancia de la obligación de obediencia y disciplina desde la perspectiva institucional.

Las ideas de obediencia y disciplina, como principios rectores de la conducta de los funcionarios de estas instituciones tienen, a nuestro juicio, una enorme importancia, también a la hora de identificar los contornos de los deberes de actuación institucional respecto de las actuaciones del subordinado. Que el funcionario sea esencialmente obediente, jerarquizado y disciplinado, impone entender que el margen de discrecionalidad en su actuar es mínimo, existiendo necesariamente como contrapartida un deber Institucional de instruir y dirigir de manera suficiente las acciones de sus subordinados, sea dictando instrucciones particulares a través de la cadena de mando, sea dictando instrucciones o directrices generales o particulares de conducta.

2. Singularidades o diferencias.

2.1 Dependencia institucional.

Otro punto donde es posible distinguir entre estas instituciones, es respecto de su dependencia. Mientras que las Fuerzas Armadas dependen del Ministerio de Defensa, las Fuerzas de orden y seguridad lo hacen del Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Sin embargo, esto no altera su carácter de organismos públicos ni la consiguiente posibilidad de comprometer la responsabilidad del Fisco por los daños que provoquen.

2.2 Normativa específica aplicable a cada uno.

Cada uno de los organismos que componen las Fuerzas Armadas y de orden se rigen, además de las normas constitucionales que les son aplicables, por normativa específica.

Además de las Leyes Orgánicas Constitucionales ya referidas, cada una de estas instituciones posee además reglamentos de disciplina internos, los que, salvo puntuales diferencias, recogen las mismas ideas generales.

2.2.1. Normativa específica aplicable a las Fuerzas Armadas.

a) La ley 18.948, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas.

Es la normativa que se encarga de regular una serie de materias, tales como: Dependencia, características generales; sobre la carrera profesional; sobre el mando; sobre el término de la carrera profesional y el régimen previsional y de seguridad social.

En lo pertinente a la determinación de la responsabilidad, resultan de interés las normas que hacen referencias explícitas al carácter subordinado y dependiente de los funcionarios de las Fuerzas Armadas. En el PARRAFO 5, que trata de la “Jerarquía, Grado, Antigüedad y Rango”, se encuentra el Artículo 35(36), que dispone:

"La jerarquía es el ordenamiento del que deriva la autoridad inherente de todo superior en razón de su grado o antigüedad.

Da primacía sobre quienes tengan grado o antigüedad inferior e implica respeto y obediencia, del subalterno. No interfiere ni se contrapone al mando militar".

La idea ya era enunciada en el Artículo 2°:

"El Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, como cuerpos armados, son esencialmente obedientes, no deliberantes, profesionales, jerarquizados y disciplinados".

Aunque ya hemos hecho referencia al rol que estimamos debieran tener estas ideas de obediencia y disciplina en un sistema de determinación de Responsabilidad Patrimonial del Estado, reiteramos en esta parte que tienen, a nuestro juicio, una doble incidencia: Desde el punto de vista del funcionario, debieran operar como una base clara de delimitación de su ámbito de conducta: No debiera, en principio, hacer nada fuera de aquello a que ha sido expresamente autorizado o instruido, ni tampoco ejecutarlo de una manera diversa. Desde la perspectiva de la institución, debieran operar como una obligación de hacer, en el sentido de dictar las instrucciones que resulten necesarias para que, los actos de sus agentes sean expresión de lo ordenado o, al menos, previsto por el órgano.

2.2.2 Normativa aplicable a Carabineros de Chile.

La ley Orgánica Constitucional N° 18.961 de 1990 se encarga de normar una serie de materias, tales como: Características y definiciones conceptuales acerca de la institución, sobre la carrera profesional, antigüedad, mando y sucesión de mando, previsión, del régimen presupuestario, entre otras.

Son aplicables también:

- El estatuto del Personal de Carabineros de Chile, decreto 412 de 1991.
- El decreto N° 294, Reglamento de Ejecución de Obras de Carácter Policial de Carabineros de Chile.
- El decreto N° 2226 de 1944, Código de Justicia Militar.
- El reglamento N° 1, de Organización de Carabineros de Chile.
- El reglamento N° 14, De Armamento y Municiones para Carabineros de Chile.
- El reglamento N° 11, de disciplina de Carabineros de Chile,
- El reglamento N° 20, de Vehículos para Carabineros de Chile.

La utilidad de estas normas a efectos de determinar la procedencia y alcance de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración se analiza en el Capítulo II de este trabajo.

2.2.3 Normas aplicables a la Policía de Investigaciones de Chile.

La normativa aplicable a la Policía de Investigaciones de Chile, está contenida en el Decreto Ley N° 2.460 de 1979. En él se trata una serie de materias: Organización, misión y funciones específicas, normas especiales de procedimiento, de la Dirección General, disposiciones generales, entre otras. Allí también se define a la Policía de Investigaciones de Chile, como una Institución Policial de carácter profesional, técnico y científico, integrante de las Fuerzas de Orden, dependiente del ministerio de Defensa Nacional.

Son aplicables también:

- Decreto Supremo N° 41, Reglamento Orgánico de la Policía de Investigaciones de Chile.
- Ley 19.586. Establece Plantas de la Policía de Investigaciones de Chile.
- Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 1980, Estatuto del Personal de la Policía de Investigaciones de Chile.
- Decreto N° 1 de 1982, Reglamento de Sumarios Administrativos e Investigaciones Sumarias de la Policía de Investigaciones de Chile.
- Decreto N° 40 de 1982, Reglamento de Disciplina del Personal de la Policía de Investigaciones de Chile,
- Orden General N° 2.186. Código de Ética de la Policía de Investigaciones de Chile.

Estas normas constituyen el marco normativo específico que rige a la institución, su incidencia en la determinación de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración se analiza en el Capítulo II de este trabajo.

CAPÍTULO II.- RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL FISCO POR ACTUACIONES DE LAS FUERZAS ARMADAS Y DE ORDEN Y SEGURIDAD PÚBLICA: Legislación, Doctrina y Jurisprudencia.

1. LEGISLACIÓN.

En esta parte se analiza el marco normativo aplicable a las Fuerzas Armadas y de Orden y seguridad pública. Se mencionan en primer lugar las normas de rango constitucional y legal, luego aquellas de aplicación particular a cada una de las instituciones, identificando dentro de ellas, las reglas que pudieran resultar pertinentes a la determinación de la responsabilidad extracontractual del fisco por actuaciones de estos organismos.

La primera referencia explícita a la Responsabilidad Patrimonial de la Administración, se encontraría³⁸ en el capítulo IV de la Constitución Política, específicamente en el artículo 38, inciso segundo. Este señala:

38 FIAMMA OLIVARES, Gustavo. "La acción Constitucional de responsabilidad y la responsabilidad por falta de servicio, en Revista Chilena del Derecho, vol. 16, 1989, P. 432.

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

No existen a nivel constitucional otras referencias a la Responsabilidad Patrimonial de la Administración, por lo que, teniendo en cuenta que, como ya se mencionó, el inciso segundo del artículo primero de la Ley 18.575 establece con claridad que tanto las Fuerzas Armadas como las de Orden y Seguridad forman parte de la administración del Estado, corresponde continuar la búsqueda de las fuentes legales de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración analizando en primer lugar el articulado de la ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

En la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, la primera referencia a "responsabilidad", se encuentra al comienzo del inciso segundo del artículo 3º de esta ley. Allí se le menciona entre los principios que debe observar en su actuación la administración del Estado.³⁹

39 Ley 18.575, Artículo 3º, inciso 3º: "La Administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas, y garantizará la debida autonomía de los grupos intermedios

Más adelante, en el artículo 4º, se señala que:

“El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que las hubiere ocasionado”.

Luego, en el título II de la misma ley, en el artículo 42, se señala:

"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".

Sin embargo, en el artículo 21, se excluye de la aplicación de las normas del Título II a una serie de organismos, encuentran, entre otros, Las Fuerzas Armadas. Y Las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública.

de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos, respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica en conformidad con la

Constitución Política y las leyes”.

El mismo artículo dispone que estos organismos se rijan por las normas constitucionales pertinentes y por sus respectivas leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado, según corresponda.

De esta manera, por expresa disposición legal, no puede aplicarse a las Fuerzas Armadas ni a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, ninguna de las normas del referido Título II, dentro del cual se encuentra el citado artículo 42 y consecuentemente tampoco la idea de "Falta de Servicio". En lugar de ello, debe recurrirse a las normas contenidas en otros cuerpos legales que allí mismo se indica⁴⁰.

Así, en la revisión de la normativa aplicable a estas instituciones, se debe seguir el orden de prelación que se expresa en el artículo 21 de la ley 18.575. Corresponde en primer lugar, ir sobre las normas constitucionales que sean aplicables.

⁴⁰ No obstante lo categórico de la redacción del artículo 21, existen posiciones que plantean que la exclusión de la aplicación de las normas del título II de la LOCBGAE respecto los organismos a que se refiere el citado artículo no tendría alcance sobre la regla de responsabilidad contenida en el artículo 42.

1.1. Normas Constitucionales aplicables.

Las normas referidas expresamente a las instituciones que nos ocupan, se encuentran en el Capítulo XI de la Constitución, el que se denomina “Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública” y que consta de, solamente, cinco artículos.

Hecho el ejercicio, puede afirmarse que, excluyendo al artículo 38, no existen en la Constitución, normas que se refieran de manera directa y específica, a la forma en que se determinaría la responsabilidad patrimonial del Estado a que podría dar lugar la actuación de estos organismos.

No obstante lo anterior, resulta pertinente la cita de algunos preceptos contenidos en el capítulo I, de “Bases de la Institucionalidad” los que, sin referirse directamente a las Instituciones que nos avocan, expresan una serie de principios que resultan pertinentes al tema que nos ocupa.

En el inciso tercero del artículo 1º:

“El Estado está al servicio de la persona humana (...)”

En el inciso final del artículo 5°:

“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber del Estado respetar y promover tales derechos (...)”

En el Artículo 7°:

“Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de la Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”.

Nos parece que los principios arriba enunciados, pueden ser citados como fundamento a la hora de sostener la procedencia de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración: El carácter servicial respecto de la persona humana, que debe tener la Administración del Estado es, sin duda el argumento que más directa aplicación tiene, primero como fundamento de la obligación del Estado de establecer un estatuto especial⁴¹ y como fundamento de la idea de un

⁴¹ Por ejemplo: Ferrada Borquez en: Las potestades y privilegios de la administración pública en el régimen administrativo Chileno. Rev. Derecho (Valdivia), dic. 2007, vol. 20, nº 2

sistema de responsabilidad de carácter objetivo 42. Por otra parte, el sometimiento de la acción de los organismos del Estado a la Constitución, es uno de los pilares de la Teoría de la Responsabilidad patrimonial del Estado, que sostiene que se regula de acuerdo a normas de Derecho Público. 43

1.2 Leyes orgánicas constitucionales aplicables.

Luego, siguiendo el orden establecido por el artículo 21 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, corresponde analizar lo dispuesto en las normativa orgánica constitucional que regulan a cada uno de estos organismos, esta corresponde a:

- Ley N° 18.948, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas.
- Ley 18.961, Orgánica Constitucional de Carabineros.
- Decreto Ley N° 2.460 de 1979, dicta ley orgánica de la Policía de Investigaciones de Chile.

42 Entre otros, Eduardo Soto Kloss, en: "La Responsabilidad del Estado es Objetiva" Derecho Administrativo, 120 años de Cátedra. Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2008.

43 Entre otros: Gustavo Fiamma en: "La acción Constitucional de responsabilidad y la responsabilidad por falta de servicio, en Revista Chilena del Derecho, vol. 16, 1989,

En todas estas normas no existen referencias a la responsabilidad patrimonial extracontractual que pudiera tener lugar con ocasión de los daños que provoquen las instituciones o sus agentes. Si se encuentran numerosas referencias al carácter obediente y subordinado de sus funcionarios, a ello ya se hizo referencia en el capítulo I de este trabajo⁴⁴.

1.3 Fuentes legales y reglamentarias específicas.

El artículo 21 de la Ley de Bases Generales de la Administración Del Estado ordena consultar una tercera fuente normativa “Las fuentes legales y reglamentarias específicas que existan y que sean aplicables a cada órgano en particular”. Teniendo claro que no podrían hallarse las bases normativas de un sistema de responsabilidad en un reglamento, creemos que resulta pertinente su análisis, a fin de identificar conceptos que puedan tener relación.

44 Página 27

1.3.1 Estatuto del personal de las fuerzas Armadas.

Corresponde al Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de octubre de 1968, cuya, última actualización data del año 1997. Contiene las disposiciones que regulan la vinculación jurídica entre el Estado y el personal de las Fuerzas Armadas, desde su ingreso a la institución, hasta el término de su carrera profesional. Aborda también este decreto, la relación entre el Estado y otras categorías de servidores.

En el capítulo V, denominado: “De las obligaciones, prohibiciones, incompatibilidades y responsabilidad del personal”, el artículo 138 establece:

“El personal estará sujeto a los deberes y restricciones inherentes a la profesión militar, contenidos en la Ley 18.948, en el mismo estatuto, en el Código de Justicia Militar en el reglamento de disciplina respectivo, y en la Ordenanza de la Armada”.

Dentro del mismo capítulo, se encuentra el párrafo IV, denominado “De las responsabilidades”, allí, en el artículo 153 se establece la procedencia de responsabilidad administrativa para aquellos que incumplan con sus obligaciones

y deberes funcionarios. Acto seguido, se enuncia la posibilidad de concurrencia entre responsabilidad civil, penal y administrativa.

1.3.2 El código de Justicia militar.

Contiene normas relativas a la organización y funcionamiento de los tribunales militares. No se encuentran normas que refieran a la responsabilidad que podría caber a la administración por los actos u omisiones de los agentes de las Fuerzas Armadas y de Orden. Dentro del libro primero, se encuentra el título III, denominado “Del procedimiento civil, de las acciones que nacen del delito”, sin embargo este consta de solo dos artículos, en los que se aborda la posibilidad de solicitar la restitución de una cosa que hubiere sido objeto de un delito (Artículo 178).

1.3.3 Reglamento de disciplina de las Fuerzas Armadas.

Corresponde al decreto supremo nº 1445 de 1951. Hace referencia a una serie de materias relativas a la disciplina interna, obligaciones, procedimiento y sanciones aplicables a la infracción de deberes y prohibiciones. No se encuentran

en su articulado, normas que regulen las consecuencias de los actos desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial de la administración.

1.3.4 Ordenanza de la Armada.

Aprobada por Decreto Supremo N° 1232, de octubre de 1986, contiene, con algunos matices, normas similares a las contenidas en el recién referido reglamento de disciplina de las fuerzas armadas. De la misma manera que en aquel, se omiten en este reglamento normas relativas a la determinación y procedencia de la responsabilidad patrimonial de la administración a que darían lugar las acciones u omisiones de la Armada o sus agentes.

1.3.5 Estatuto del personal de la Policía de Investigaciones.

Texto dictado en 1980, su última modificación data del año 2006. Se refiere principalmente a la relación interna entre la institución, su personal y entre sus integrantes. No contiene normas que permitan determinar en qué casos tendría lugar la responsabilidad patrimonial de la administración por actos u omisiones de la institución o sus agentes

1.3.6 Estatuto del Personal de Carabineros de Chile.

Fue promulgado el año 1968, su texto refundido, coordinado y sistematizado fue sancionado por un decreto con fuerza de ley del año 1992. Aborda principalmente materias de organización interna: Escalafones, grados, ascensos, gratificaciones. No se encuentran normas que permitan determinar alguno de los elementos de la Responsabilidad Patrimonial de la administración por actos u omisiones responsabilidad de la Institución o alguno de sus agentes.

1.3.7 Reglamento de disciplina para la Policía de Investigaciones de Chile.

Corresponde al decreto N° 40, del año 1981 del Ministerio de Defensa. Se refiere principalmente a normas de conducta y procedimientos que deben observar los funcionarios de la institución. Tampoco no se encuentran en el texto criterios o mecanismos que permitan determinar, de alguna forma, la procedencia de responsabilidad administrativa para la administración por actos u omisiones cometidos por la Institución a alguno de sus agentes.

1.3.8 Reglamento de disciplina para el personal de Carabineros de Chile.

Norma promulgada en el año 1967, su modificación más reciente corresponde al año 2000. Se refiere principalmente a deberes de conducta y las sanciones por su infracción, al trato entre sus miembros y otras materias afines. En lo relativo a la responsabilidad que hubiere de surgir de la acción u omisión de la Institución o alguno de sus agentes, resulta pertinente referirse solo al inciso segundo del artículo 13.⁴⁵

Finalizado el examen de, las normas constitucionales, de la normativa orgánica constitucional aplicable a las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, y de las demás leyes y reglamentos pertinentes, se puede afirmar que no existen reglas que se refieran de manera explícita a la determinación de la responsabilidad patrimonial de la administración que pueda derivar de las acciones u omisiones de sus agentes.

⁴⁵ Reglamento de disciplina de Carabineros de Chile, Artículo 13, inciso 2: "No obstante, la sanción administrativa es independiente de la responsabilidad penal y civil y, por tanto, la condena, el sobreseimiento o la absolución judicial, no excluyen la posibilidad de aplicar al funcionario una medida disciplinaria en razón de los mismos hechos".

1.3.9 Reglamento de Organización de Carabineros de Chile, N°1. Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Carabineros. Decreto N° 77 de 1989.

Texto que se refiere a la organización interna de Carabineros, fijando, de conformidad a su ley orgánica, una estructura jerárquica en razón de unidades con funciones y distribución territorial específica.

1.3.10 Reglamento n° 14, de armamento y municiones para Carabineros. Decreto N° 256 de 1981, de la Subsecretaría de Carabineros, del Ministerio de Defensa Nacional.

Según su artículo primero, trata de la “Planificación, dirección, administración interna, control y distribución del armamento, munición, elementos de protección, accesorios y herramientas de armamento, repuestos y útiles de conservación y aseo”.

En su desarrollo, el reglamento se refiere a la mantención, guarda y conservación y reparación del armamento institucional y a la organización administrativa del departamento encargado. No se encuentran directrices de uso

y tampoco normas o criterios que permitan delimitar conceptos relativos a la responsabilidad institucional o de los funcionarios, por los daños que se pudieren ocasionar con motivo del uso del armamento.

Existe, sin embargo, una directiva complementaria al recién referido reglamento 14, su denominación precisa es “Directiva complementaria al Reglamento de Armamento y Municiones para Carabineros de Chile, nº 14”, en cuanto a su contenido, de acuerdo a lo expresa en la sentencia en la causa de amparo rol C -2013, la directiva:

“(…) actualiza y refunde las variadas instrucciones institucionales pronunciadas sobre la materia, con miras a facilitar su conocimiento y aplicación por parte del personal de Carabineros, y a su vez, complementar las disposiciones del señalado reglamento. En este sentido, regla los supuestos de hecho que deben verificarse a efectos de mantener las armas utilizadas por el personal institucional en óptimas condiciones, y con ello asegurar la adecuada protección de su integridad física, así como el éxito de los procedimientos policiales en que a aquél toca intervenir. Asimismo, regula aspectos generales asociados al uso de armamentos. La señalada Directiva incluye, además, el Anexo N° 10 (denominado «Cartilla») que contiene recomendaciones especiales para el uso de las armas, refiriéndose en particular a determinado tipo de armas y a los procedimientos asociados a su uso”.

La Orden General N° 002197 de 21 de junio de 2013 de la Dirección General de Carabineros de Chile, dispuso que la referida directiva

complementaria tuviera carácter reservado, de acuerdo a lo establecido en el artículo 8° de la Constitución Política de la República⁴⁶, el artículo 436 N° 3 del Código de Justicia de Militar⁴⁷ y en el artículo 21 de la ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública⁴⁸.

46 Artículo 8°.- El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.

Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

El Presidente de la República, los Ministros de Estado, los diputados y senadores, y las demás autoridades y funcionarios que una ley orgánica constitucional señale, deberán declarar sus intereses y patrimonio en forma pública.

Dicha ley determinará los casos y las condiciones en que esas autoridades delegarán a terceros la administración de aquellos bienes y obligaciones que supongan conflicto de interés en el ejercicio de su función pública. Asimismo, podrá considerar otras medidas apropiadas para resolverlos y, en situaciones calificadas, disponer la enajenación de todo o parte de esos bienes.

47 Art. 436. Se entiende por documentos secretos aquellos cuyo contenido se relaciona directamente con la seguridad del Estado, la Defensa Nacional, el orden público interior o la seguridad de las personas y entre otros:

3.- Los concernientes a armas de fuego, partes y piezas de las mismas, municiones, explosivos, sustancias químicas y demás efectos a que se refiere la ley N° 17.798 usados por las Fuerzas Armadas o Carabineros de Chile (...)

48 Artículo 21.- Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes:

1. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente:

a) Si es en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un crimen o simple delito o se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales.

b) Tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquéllas sean públicos una vez que sean adoptadas.

c) Tratándose de requerimientos de carácter genérico, referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales.

2. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico.

3. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública.

4. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el interés nacional, en especial si se refieren a la salud pública o las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país.

Cabe hacer mención a lo debatido en la causa rol C-354-13, de amparo al derecho de acceso a la información, interpuesto por el abogado Pablo Ortiz Chamorro, quien el año 2013 solicitó a Carabineros de Chile los “protocolos de uso de armas letales en operativos de drogas; protocolos de uso de armas contra civiles, y protocolos de uso de armas letales en disturbios”. Mediante la Resolución Exenta N° 29, de 6 de marzo de 2013 Carabineros de Chile respondió denegando la información solicitada, argumentando su carácter reservado en razón de lo dispuesto en los artículos 21 N° 3 de la ley de Transparencia, lo establecido en el artículo 436 del Código de Justicia Militar, agregando que:

“La información solicitada dice relación con instrumentos que se utilizan para el control del orden público, por lo que resulta subsumible en la hipótesis descrita. En consecuencia, revelarla pondría en serio riesgo el éxito de los operativos en que deban ser utilizados los referidos protocolos, e iría en desmedro del personal policial y del adecuado mantenimiento del orden y la seguridad pública”.

En la decisión del referido amparo, se hace mención también a «Instrucciones de Operaciones con Carabinas Lanza Gases y Uso de Disuasivos Químicos». Se señala que el documento contempla: “(1) descripción detallada del armamento utilizado por Carabineros en disturbios, incluyendo su

5. Cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8° de la Constitución Política.

denominación técnica y condiciones de uso; y (2) manipulación o empleo táctico, mediante la indicación de aspectos sobre su uso estratégico”.

La decisión del Consejo para la Transparencia para este caso fue ordenar se hiciera entrega al solicitante de “Directiva Complementaria del Reglamento de Armamento y Municiones para Carabineros de Chile, N° 14, incluido el Anexo N° 10 (El que, como señalamos, contiene que contiene recomendaciones especiales para el uso de las armas, refiriéndose en particular a determinado tipo de armas y a los procedimientos asociados a su uso) y por otra parte, recomendó a Carabineros de Chile hacer entrega al solicitante de la Circular N° 001766 de 13 de marzo de 2013, la que “imparte instrucciones sobre el uso de la fuerza por el personal institucional”.

Ambos documentos mantienen su carácter reservado, por lo que difícilmente podrían ser utilizados por un litigante en una demanda de responsabilidad por daños ocasionados por actuaciones de Carabineros, cabe mencionar que, del análisis jurisprudencial realizado a propósito de este trabajo, no aparecieron fallos en los que se haya alegado por alguna de las partes o citado por el tribunal al emitir su decisión la normativa a que nos hemos referido.

**1.3.11 Reglamento N° 20 de vehículos para Carabineros de Chile.
Decreto n° 339 de 1979, de la subsecretaría de Carabineros del Ministerio
de Defensa Nacional.**

Rige, según su artículo 1º, la adquisición, clasificación, altas, mantención, uso, traslados, bajas y enajenaciones de los vehículos de Carabineros de Chile. En su directiva complementaria, es destacable el numeral 4º, letras a), b) y c) en las que se remarca la obligación de los conductores de vehículos policiales, de respetar, sin excepción, la normativa de tránsito contenida en la Ley 18.290.-

2. Doctrina.

Lo primero que debe decirse respecto de la discusión doctrinaria que existe en torno a la identificación de un factor de atribución de la responsabilidad extracontractual para la administración del Estado, es que esta, trasciende la problemática que plantea el caso de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública que da motivo a este trabajo.

Existen, respecto de la idea de responsabilidad del Estado en general, distintas aproximaciones doctrinarias, las que reconocen distintos fundamentos y abrazan conceptos que importan consecuencias muy disímiles entre sí.

En el estudio de la responsabilidad del Estado, se analiza la posibilidad de que esta se genere en las distintas facetas que adopta el Estado: Estado Legislador, Estado Juez o responsabilidad por actividad jurisdiccional, y responsabilidad de la administración dentro de estatutos específicos, entre los que destacan la responsabilidad por falta de servicio en las más diversas materias: Vías públicas, servicios médicos y otros casos específicos, dentro de los que podemos ubicar el caso de las instituciones materia de este trabajo.

Como ya se ha adelantado en la primera parte de este trabajo, las referencias normativas en torno a la responsabilidad del Estado que se pueden encontrar en la Constitución son escasas en número (Pero contundentes para un sector de la doctrina). A las ya mencionadas, algunos autores agregan el derecho a la propiedad y el principio de igualdad en la repartición de las cargas públicas consagradas en la carta fundamental.

Las referencias más directas y explícitas sólo se hayan una vez inmersos en el texto de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, N° 18.575.- La primera de ellas se encuentra en el artículo 4º, el que señala que el Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de la responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que las hubiere ocasionado. La siguiente referencia se encuentra en el artículo 42, el que, reiterando la idea de responsabilidad a que se refiere el artículo 4º, le añade un requisito la “falta de servicio”.

Si bien ninguna de las dos posiciones doctrinarias existentes al respecto, reduce el fundamento de lo que plantea la letra de alguno de estos dos artículos, si se puede afirmar que lo que se señala en ellos, o mejor dicho, la diferencia entre uno y otro, es decisiva para la discusión: En el artículo 4º recién citado, se habla de responsabilidad del Estado por actos de la administración y no se hace mención a más requisitos, la lectura de esto, en conjunto con lo que señala el inciso 2º del artículo 38 de la Constitución, además de lo señalado en los artículos 6º y 7º de la carta fundamental, constituyen la base de la teoría de la responsabilidad objetiva del Estado. Por su parte, el artículo 42 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, al referirse a la responsabilidad del Estado, introduce el concepto de "Falta de servicio" como

requisito, lo que constituye el punto de partida de los planteamientos de la doctrina que plantea la responsabilidad por falta de servicio. A continuación se explican más en extenso dichas posturas.

2.1 Teoría de la responsabilidad objetiva. Responsabilidad de Derecho Público.

En la tesis que plantea el carácter objetivo de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración se pueden identificar varias ideas fundamentales:

- i) La responsabilidad del Estado está regulada por normas y principios de Derecho público.**

La idea fundamental es que la procedencia y determinación de la responsabilidad del Estado se encontraría suficientemente regulada en la Constitución. Lo dispuesto en los artículos:

- a) 6°. Que habla de la aplicabilidad directa de las normas de la Constitución y la responsabilidades que genera su infracción,
- b) Por el inciso 3° del artículo 7°, que reitera la idea de la responsabilidad que genera la infracción al texto constitucional.
- c) Y el inciso 2° del artículo 38, que se refiere explícitamente a la responsabilidad y a la posibilidad de reclamarla ante los tribunales de justicia.

ii) La posibilidad de establecer acciones judiciales a nivel constitucional.

Uno de los fundamentos de esta posición, corresponde a considerar que es posible establecer directamente en la Constitución una acción judicial. La afirmativa, se apoya en varios preceptos constitucionales: En primer lugar, se cita el artículo 19 n° 3, que, en su inciso primero, asegura el derecho a accionar judicialmente y también en los incisos finales de los artículos 6° y 7° de la Constitución que se refieren a la responsabilidad que surge de la contravención de los preceptos de la Constitución. Sin embargo, previene el profesor Gustavo

Fiamma⁴⁹, sobre la improcedencia de aplicar esta acción general de responsabilidad para los casos en que el legislador ha contemplado una acción especial, situación que, en opinión del autor ocurriría con lo establecido en el artículo 38 inciso 2º, cuyo texto señala:

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

Para quienes plantean esta doctrina, el tenor literal de la norma resulta fundamental para sostener sus planteamientos: El establecimiento de una acción judicial directamente en la Constitución y el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración.

Para Gustavo Fiamma, la existencia de un derecho a la acción en esta materia, fluye del texto de la norma, en la parte que señala: “Cualquier persona (...) podrá reclamar ante los tribunales contencioso-administrativos que determine la ley”⁵⁰, mientras que el carácter reparatorio de la misma estaría

49 FIAMMA OLIVARES, Gustavo, Op Cit P. 432.

50 La norma citada por el profesor, fue modificada por el artículo único, nº 17 de la ley de reforma constitucional nº 18.825, de 17 de agosto de 1989.

recogido en la parte en que se afirma “Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la administración del Estado” y también en la parte en que señala “ Sin perjuicio de la responsabilidad del funcionario que hubiere causado el daño”⁵¹.

iii) No se requiere acreditar la antijuricidad del daño. No sería necesario que el daño que sirva de fundamento a la petición de reparación sea susceptible de ser calificado como “antijurídico”. Un ejemplo práctico de esta idea estaría representado por lo señalado en el artículo 19 n° 24 de la Constitución en el que se establece la procedencia de indemnización en caso de expropiación, caso en el que el daño, de momento en que está autorizado por la ley, no sería antijurídico.⁵² Un caso en el que se aplicaría este principio sería en el fallo de “Comunidad Galletué con Fisco”⁵³. En contra de esta idea, se considera que en este caso se habría vulnerado el principio de igualdad ante la ley, en particular, la igualdad en la repartición de las cargas públicas, y que de esta manera, igualmente se habría configurado el requisito de antijuricidad⁵⁴.

51 Fiamma, Ob Cit. P. 432.

52 CORRAL TALCIANI, Hernán. La Responsabilidad de los Órganos del Estado: ¿Régimen Constitucional o Régimen Civil?, en BARAONA GONZALEZ, Jorge (Editor). Responsabilidad Civil de Entidades Corporativas. Cuadernos de Extensión Jurídica, N° 7, universidad de los Andes. Santiago, 2003. P. 24

53 Corte Suprema. 7 de Agosto de 1984, Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 81, sec 5ª, p 81

54 CORRAL TALCIANI, Hernán. Ob. Cit.

iv) Relación de causalidad.

Debe acreditarse relación de causalidad entre el daño sufrido y la acción u omisión en que haya incurrido la administración. Esto fluye del mismo texto del artículo 38 de la Constitución.

v) Extensión del daño a reparar. Se abraza la idea de la reparación integral del daño. Al no introducir el constituyente distinciones al respecto, deben repararse tanto los perjuicios patrimoniales como morales.

Acercas de la concordancia de las normas constitucionales con lo establecido en la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, coincidiendo con lo que plantea el profesor Fiamma, el profesor Soto Kloss considera que, la ley 18.575, en su Título I sobre "Normas Generales" con el texto de su artículo 4º: "El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere

ocasionado”, lo que hace es reiterar la idea expresada en el inciso 2º del artículo 38 de la Constitución⁵⁵.

El profesor Soto Kloss explica, además, cómo se relaciona la idea expresada en los artículos anteriores, con lo dispuesto en la norma del inciso 1º del artículo 42 de Ley de Bases Generales de la Administración del Estado: “Los órganos del Estado serán responsables del daño que causen por falta de servicio”. A juicio del profesor, este artículo, en armonía con las demás disposiciones que consagran la Responsabilidad objetiva, lejos de establecer una regla general acerca de un factor de atribución, solo se referiría de manera puntual a una de las posibles hipótesis en que se haría lugar a la responsabilidad, la omisión de la prestación, expresada con el término “Falta de servicio”^{56 57}.

55 Soto Kloss, Eduardo. “La Responsabilidad del Estado es Objetiva” Derecho Administrativo, 120 años de Cátedra. Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2008, p.401-402.

56 “No se ve antinómica la idea de “falta de servicio”, entendida correctamente como “omisión”, “inactividad”, “ausencia de actuación” con el *carácter objetivo* de esta responsabilidad, objetividad que emana de la propia naturaleza de los órganos de la Administración del Estado (...)” Soto Kloss, Eduardo. En: “La responsabilidad del Estado es objetiva” Derecho Administrativo, 120 años de cátedra. Editorial jurídica de Chile.

57 Se aparta en este punto de lo planteado por Gustavo Fiamma, quien derechamente considera inconstitucional lo dispuesto por el artículo 42 de la LOCBGAE, por cuanto introduciría a la forma en que debe responder la Administración, más requisitos que los que contempló el constituyente.

Sin embargo, como ya señalamos, por disposición del artículo 21 de la LOCBAGE, las normas de su título II no son, en principio, aplicables a las instituciones materia de este trabajo, no obstante lo cual, la mención es pertinente por cuanto el citado profesor la refiere como una manera de resaltar que el conjunto de normas es coherente entre sí y con la Teoría de la responsabilidad objetiva.

De esta manera, considerando especialmente el hecho, (a esta altura tantas veces reiterado), de encontrarse las FFAA y de Orden y seguridad pública excluidas de la aplicación del título II de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado (que es donde se encuentra el artículo 42, que es el que se refiere a la “Falta de Servicio”), a lo que debe añadirse la ausencia de reglas que se refieran a la materia en las respectivas leyes orgánicas y simplemente legales y reglamentarias aplicables a estas instituciones, es plausible sostener que: **No existen obstáculos para la aplicación directa a las FFAA y de Orden y seguridad, de la regla del artículo 38 inciso 2º y del artículo 4º de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, configurándose de esa manera un sistema de responsabilidad directa, objetiva y de Derecho Público.**

2.2 Teoría de la responsabilidad subjetiva con aplicación de reglas del Código Civil.

Esta posición doctrinaria es sostenida fundamentalmente por el profesor Pedro Pierry, idea que, además, se ha impuesto como criterio de decisión de estas materias en la Tercera Sala de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia. Los supuestos de este planteamiento son:

- i) La Constitución política no define un sistema de responsabilidad para el Estado.** En primer lugar, esta doctrina estima que el artículo 38, inciso 2º de la Constitución. solamente se refiere a la posibilidad que los particulares reclamen de la lesión de sus derechos que deriven de algún acto de la administración del Estado, otorgando competencia, para conocer de estas pretensiones, a los tribunales de justicia, y que no corresponde extraer de esta disposición referencias al contenido o alcance de la responsabilidad extracontractual de la administración.

- ii) Previo a la dictación de la ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración se aplicaban reglas**

civiles a la administración. Que, previo a dictarse la ley 18.575 de 1986, se aplicaba a las materias de responsabilidad del Estado la normativa contenida en el Código Civil.

- iii) **Debe aplicarse el concepto de responsabilidad por “Falta de servicio” desarrollado por el Derecho francés.** Que el régimen francés de responsabilidad del Estado se basa en la idea de “Falta de servicio” y que, con el texto del actual artículo 44 de la ley 18.575.-“(…) se incorporó al derecho público chileno el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado elaborado por el derecho administrativo francés, principalmente a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado, que, en opinión de la mayoría de los autores constituye la mejor solución lograda por el Derecho, para asegurar un debido equilibrio entre los derechos de los particulares y los intereses públicos”⁵⁸.

58 Pierry Arrau, PEDRO. La responsabilidad extracontractual del Estado por Falta de Servicio, En línea en [www.cde.cl<https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/bd5cef7b-c2fe-45db-9a61-a3e6648a6db2/Rev_1_+2LA+RESPONSABILIDAD+EXTRACONTRACTUAL.pdf?MOD=AJPERES>](https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/bd5cef7b-c2fe-45db-9a61-a3e6648a6db2/Rev_1_+2LA+RESPONSABILIDAD+EXTRACONTRACTUAL.pdf?MOD=AJPERES) (Consulta, Julio de 2014)

Según Pierry⁵⁹, todo el sistema de responsabilidad francés de la responsabilidad extracontractual del Estado “habría quedado resumido en las dos frases que constituyen el artículo 44 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado:

“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”.⁶⁰

Luego, Pierry estima que el artículo 18 (actual 21) introdujo un grave problema para el tratamiento de la Responsabilidad Extracontractual del Estado respecto de los servicios que excluye de la aplicación del título II de la ley 18.575.- sobre las que regiría únicamente el artículo 4º de la misma ley, el que, como ya se señaló, para este autor solo establecería un principio general de responsabilidad⁶¹, e insiste que contribuye a la confusión, lo que él considera la poco clara redacción del inciso segundo del artículo 38 , que en su concepto, tenía por misión establecer una acción contencioso administrativa, idea que

59 Pierry, Ob cit.

60 Pierry, Ob cit.

61 Corral Talciani, HERNAN. La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio

quedó sin sustento con la modificación introducida por la Ley de reforma constitucional n° 18.825, con la que se suprimió la referencia a esos tribunales⁶².

Así, en vista de que el artículo 21 de la ley 18.575 excluye de la aplicación de las normas del título II a una serie de instituciones, entre las que se encuentran las que son materia de este trabajo.- para el profesor Pierry, nos encontraríamos frente a varias alternativas de solución:

- a)** Aplicar (A pesar de lo prescrito por el artículo 21) el artículo 44 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, a partir de lo que dispone el artículo 4° de la misma ley.

- b)** Aplicar el artículo 2320 del Código Civil, exigiendo con ello, se identifique al funcionario responsable, y se acredite su culpa o dolo. Tesis que en lo normativo considera plenamente plausible, pero que estima inconveniente por cuanto, las dificultades probatorias que introduce para la víctima, significarían un retroceso de la institución.

62 Pierry Arrau, Ob Cit.

- c) Aplicar directamente los artículos, 38 de la Constitución, y 4º de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, 18.575.-
- d) La aplicación literal del artículo 4º de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, lo que importaría acoger la idea de responsabilidad objetiva, pero sólo en los casos en que se trate de órganos del Estado actuando en el ejercicio de sus funciones, hipótesis en la que deberían excluirse los daños ocasionados cuando el funcionario actúe fuera de su ámbito de competencia⁶³.
- e) O bien, (Tesis que finalmente prefiere) hacer aplicación de un solo sistema de responsabilidad para toda la administración del Estado, sin desconocer la inaplicabilidad del artículo 44 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, a las instituciones excluidas por el artículo 21 de la misma ley. **Esto puede concretarse aplicando la institución de la “Falta de Servicio” a partir del artículo 2314 y también del artículo 2329, ambos del Código Civil, el que debiera considerarse “El Derecho común en la materia”.**

⁶³ Cabe reflexionar acerca de si esta idea acerca de “Actuación dentro de la esfera de competencia” sería coincidente con el criterio jurisprudencia de los “usuarios del servicio”.

El profesor Pierry considera que el Estado, en cuanto persona jurídica, es capaz de cometer delito o cuasidelito civil y que, a partir de aquello estaría obligado a indemnizar por los daños que, concurriendo dolo o culpa, ocasionen los agentes que obren en su nombre o representación

Ambos extremos doctrinarios son objeto de mutuas críticas, a ellas se hace referencia en el Capítulo III, donde se efectúa un análisis crítico de ambas.

2.3 Críticas a la idea de Falta de Servicio en la teoría de la responsabilidad subjetiva que aplica reglas del Código Civil.

Como ya se ha señalado, la idea de “Falta de Servicio” es un concepto que se introduce en el artículo 42 de la ley 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. No se encuentra dentro de esa norma una definición del concepto. Si se puede hallar una definición en la Ley N° 18.695.- Orgánica Constitucional de Municipalidades, la que en su artículo 62, inciso final, señala:

"La responsabilidad extracontractual procederá principalmente para indemnizar los perjuicios que sufran uno o más usuarios de

los servicios municipales cuando éstos no funcionen, debiendo hacerlo, o lo hagan en forma deficiente."

Así, esta falta de definición legal para el caso específico de las Fuerzas Armadas y de Orden y en general para los demás órganos de la administración del Estado, ha dejado el espacio que da cabida a distintas aproximaciones doctrinarias al concepto. En la primera parte de este trabajo fueron reseñadas aquellas con relevancia práctica a efectos de determinar la procedencia de Responsabilidad Patrimonial de la Administración por actuaciones u omisiones de la Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública.

En esta parte de la investigación, se presenta un análisis crítico de la del concepto de Falta de Servicio, en la particular forma en que es entendido en la teoría de la responsabilidad subjetiva que aplica reglas del Código Civil.

2.3.1 Sobre la insuficiencia de las normas de Derecho Público.

Esta crítica obedece diferencias dogmáticas más profundas que la sola discrepancia acerca del alcance y sentido que tendría el artículo 38 de la Constitución Política de la República. En efecto, un sector de la doctrina, el que postula la idea de responsabilidad objetiva de la Administración, estima que esta se encuentra regulada en el citado artículo, el que, por su tenor literal, (sin establecer más requisitos que la sola producción del daño y vínculo causal) le asignaría un carácter directo y objetivo. Se añade que esta idea se reiteraría en el artículo 4º de la Ley 18.575 y que el artículo 42 de la misma ley, al hablar de "Falta de Servicio", entendiéndolo como omisión del servicio, vendría a enunciar sólo una de las hipótesis en las que habría lugar a la Responsabilidad de la Administración⁶⁴ o bien, se le podría considerar inconstitucional por establecer para la responsabilidad de la administración, requisitos que desvirtuarían el sentido que el constituyente quiso dar a la institución, opinión de Gustavo Fiamma⁶⁵.

64 Ver nota al pie nº 38

65 FIAMMA OLIVARES, Gustavo. "La Acción constitucional de Responsabilidad y la Responsabilidad por Falta de Servicio

". Revista Chilena de Derecho, volumen 16. p 438.

Por su parte, quienes sostienen la teoría de la Falta de Servicio con aplicación de reglas del Código Civil, postulan que su regulación no se encontraría en la Constitución sino que, como corresponde a su carácter de "ley fundamental" correspondería, y que así se hizo, se regule por el legislador⁶⁶.

Es en este punto donde es pertinente revisar los argumentos que se encuentran en la doctrina en torno a la autonomía y suficiencia del Derecho Público. Nos referiremos a ellos muy brevemente.

2.3.2 La autosuficiencia del Derecho Público.

Un postulado básico de quienes propugnan la aplicación de normas de Derecho Civil a la determinación de un factor de atribución de Responsabilidad Patrimonial Extracontractual para la Administración, que tenga aplicación para los organismos del artículo 21 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, sería la insuficiencia del sistema de normas de Derecho Público, a

⁶⁶ Idea que parece plausible respecto de las reglas establecida en la ley 18.575.- de 1986, pero que se torna difícil de sostener frente a la normativa contenida en nuestro Código Civil, promulgado en 1855, el que data de hace más de 150 años.

tales efecto, o bien, dicho de otra manera, se encontraría el intérprete frente a una “Laguna”.

Según explica el profesor Jorge Bermúdez Soto, siguiendo a Carlos Santiago Nino⁶⁷ “(...) existirá una laguna jurídica en el derecho, en los casos en que el ordenamiento jurídico carece de toda solución normativa”⁶⁸

El mismo autor refiere la posición contraria, citando a Hans Kelsen:

“El orden jurídico no puede tener lagunas. Si el juez está autorizado a resolver, como legislador, una determinada controversia, en la hipótesis de que el ordenamiento jurídico no contenga ninguna norma general que obligue al demandado a la conducta reclamada por el actor, no llena una laguna del derecho realmente en vigor, sino que añade a éste una norma individual, a la que no corresponde ningún precepto general”⁶⁹, lo que, explicado en otras palabras, mientras el juez resuelva la falta de norma expresa, en base a algún principio del

67 La referencia es hecha a: NINO, Carlos Santiago. Introducción al análisis del Derecho, editorial Ariel Derecho. Barcelona, 1983, p. 281.

68 BERMUDEZ SOTO, Jorge. Las relaciones entre el Derecho administrativo y el Derecho común. Abeledo Perrot-Thomson Reuters. Santiago de Chile, 2012. P. 9.

69 LA referencia es hecha a: KELSEN, Hans. Teoría General del Derecho y del Estado. Ed. UNAM, 1995, p. 175.

ordenamiento, se puede afirmar que nunca se estuvo realmente frente a una laguna⁷⁰.

Finalmente se afirma que, doctrinariamente la posición más aceptada estaría por reconocer la existencia de lagunas, Bermúdez cita nuevamente a Carlos Santiago Nino “del hecho de que haya remedios jurídicos para solucionar los casos de lagunas no se puede inferir que estas no existan”⁷¹

En síntesis, según Bermúdez, la doctrina más aceptada hoy, sería la que postula que tendrá sentido hablar de lagunas de una ley “(...) cuando esta aspira a una legislación completa, en cierta medida, para un determinado sector”⁷².

Luego de estas explicaciones, en una nueva cita a Karl Larenz, se define “Laguna del Derecho” como:

71 La referencia es hecha a: NINO, Carlos Santiago, ob cit. P. 74.

72 La referencia es hecha a: LARENZ, Karl, Metodología de la ciencia del Derecho, Ed. Ariel Derecho, Barcelona, 1994, p. 366.

(El caso en que) “La ley deja de regular legalmente todo un sector que precisa una regulación o no contiene un instituto jurídico que debía con tener atendiendo una necesidad imprescindible del tráfico o a un principio jurídico afirmado por la conciencia jurídica en general”⁷³.

Así, no parece ser necesario profundizar en el estudio particular del concepto de “laguna del derecho”, para concluir que la situación existente en torno a la definición de un factor de atribución de responsabilidad para los órganos indicados en el artículo 21 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado y, en particular aquellos materia de esta memoria, es calificable como una situación de “Laguna jurídica” en consecuencia, es innegable también que la respuesta deberá alcanzarse mediante un mecanismo de integración de lagunas jurídicas.

Es en este punto donde analizamos los argumentos de quienes plantean: Por una parte, que no existe tal laguna, y por otra que, de existir, los mecanismos de integración de las mismas debieran recurrir, en primer lugar a otras normas y principios de Derecho Público.

⁷³ Bermúdez en cita a: LARENZ, Karl, Metodología de la ciencia del Derecho, Ed. Ariel Derecho, Barcelona, 1994, p. 368.

La idea de normas de Derecho Público conformando un sistema autónomo e independiente, es defendida desde el planteamiento que considera esta especialidad y autonomía como algo necesario. Para explicar este punto es útil citar a Juan Carlos Ferrada Bórquez⁷⁴:

“(…) En suma, parece incontrovertible que para hacer una lectura moderna y actual de las prerrogativas de la Administración Pública se requiere con urgencia en nuestro derecho una justicia administrativa eficaz, ya que de otro modo aquellas no tienen contrapeso y se tornan para un buen sector de la doctrina no sólo exorbitantes, sino irresistibles”.

Así, no podría dejar de atenderse esta necesidad de una regulación especial y autónoma, habida consideración de la entidad de los sujetos involucrados en la relación: Por una parte la Administración del Estado, dotada de considerables prerrogativas y recursos, al mismo tiempo que adscrita a una finalidad específica: “Estar al servicio de la persona humana”, frente al individuo, que no tiene ni los recursos ni las prerrogativas que detenta la Administración del

74 FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos. Las potestades y privilegios de la administración pública en el régimen administrativo Chileno. Rev. Derecho (Valdivia), dic. 2007, vol. 20, nº 2 p 90.

Estado y mucho menos se encuentra ceñido a la finalidad de estar al servicio del Estado.

Y en consecuencia, vistas así las cosas, resultaría imperativo buscar una solución, al interior del conjunto de normas de Derecho Público, ejercicio en el que se afirma por al menos parte de la doctrina, efectivamente es posible alcanzar una solución normativa a la tarea de encontrar fundamento a un factor de atribución de responsabilidad para la administración. La referida solución, encontraría su fundamento en la Constitución Política de la República, encontrándose suficientemente regulada en su artículo 38 y, además, en el artículo 4º de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, los que deben ser interpretados en concordancia con otras normas constitucionales ya citadas⁷⁵.

En el sentido opuesto, encontramos la opinión del profesor Jorge Bermúdez Soto:

75 Artículos 5º y 6º en conjunto con varias de las garantías del artículo 19 de la Constitución Política de la República

“El Derecho Administrativo tiene una relación ineludible con el Derecho Constitucional y sobre esa base se ubica siempre dentro de las ramas del Derecho Público. Sin embargo no implica que opere como un compartimiento o estanco aislado de aquello que denominamos como el ordenamiento jurídico. Si así lo hiciera, probablemente estaríamos ante una situación de autarquía normativa, que lejos de otorgar soluciones, se distanciaría de la búsqueda de la justicia, que es a lo que, en definitiva, debe tender la aplicación del Derecho”⁷⁶

2.4 Crítica al contenido y alcance que se da al término “Falta de Servicio”.

Dentro de esta teoría se arguye como una razón para aplicar reglas del Código Civil, el supuesto de haberse incorporado a nuestro ordenamiento jurídico junto con la promulgación de la ley de Bases Generales de la Administración del Estado, el sistema de responsabilidad del Estado elaborado por el Derecho Administrativo francés⁷⁷ y que ello se concretaría a través del texto del actual artículo 42 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado.

76 BERMUDEZ SOTO, Jorge. Las relaciones entre el Derecho Administrativo y el Derecho común. Derecho positivo, doctrina y jurisprudencia. Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile. Santiago de Chile, 2012. P. 55.

77 Ver “Seguel Cares con Fisco” en el anexo de este trabajo, en la ficha N° 16 de la segunda parte. También “De Lorenzo Galilea con Fisco” en la ficha N° 16 de la 1ª parte.

Este punto es criticado por el profesor Soto Kloss, quien considera incorrecta la afirmación que sostiene que el Derecho administrativo francés gira sobre la base de la “falta de servicio” como fundamento de la responsabilidad del Estado Administración. Explica esto señalando que, la correcta traducción del francés “*faute du service*” sería “Culpa del Servicio” y entender que tal sería el sentido que se pretendía recoger con la mención a “Falta de servicio” en el texto del artículo 42 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado es, en opinión del profesor Soto Kloss, un error. Esto por una serie razones:

El artículo 42 literalmente señala: Falta “de” servicio, lo que no puede entenderse de una manera distinta que ausencia u omisión de lo que se debe prestar. El precepto no habla de falta “del” Servicio, caso en el que si podría resultar admisible entenderse hecha la referencia a algo similar a la culpa.

En segundo lugar señala: Que la teoría de la falta de servicio en Francia, tal como fue concebida en 1873, con el fallo “*Blanco*” resulta consustancial a aceptar que la responsabilidad del Estado no sería general ni absoluta, tesis que sería inadmisibles en el marco de nuestro ordenamiento, ya que con ella se contrariaría lo establecido en el artículo 38 inciso 2º, en el que se establece que esta responsabilidad tiene un carácter objetivo.

Refuta también el profesor Soto, la idea de ser la Falta de Servicio el fundamento hegemónico de la responsabilidad administrativa en Francia, cita al respecto, el “*Arret Principe*” como un caso en el que se ejemplificaría la idea de responsabilidad “*Sans Faute*” “Sin Culpa”. Menciona además una serie de casos en los que la responsabilidad de la administración se sostendría en base a otros fundamentos, tales como: El Riesgo, la igualdad en la distribución de las cargas públicas, no entregar la información debida, entre otras.

Hace presente también, que la finalidad fundante del concepto de “Falta de Servicio” en la jurisprudencia francesa, sería una totalmente distinta a la que en la materia, inspira a nuestra Constitución Política de 1980. Para los franceses, el objetivo primordial habría sido proteger al Estado, mientras que, por el contrario, en nuestro país, la finalidad a que adscribe nuestra carta fundamental es proteger los derechos de las personas frente a la administración. Tal finalidad sería consecuencia de la aplicación de los principios de “supremacía de la persona humana” y “Servicialidad de la Administración”.

Añade que, además debe tenerse en cuenta que el término “*Faute du service*” conoce más de un acepción: Se encontrarían en la jurisprudencia ejemplos de aplicación como falta personal, falta grave, falta simple, falta de naturaleza susceptible de comprometer la responsabilidad del Estado, falta

presumida, falta probada, falta caracterizada (por omisión de la debida información), falta manifiesta y falta de excepcional gravedad, y la falta Objetiva o *Sui generis*.

Además de lo anterior, dirige una crítica a lo inconveniente y poco favorable que este sistema resulta a la víctima, por cuanto bajo su operación, se le exigiría probar la “culpa” del servicio.

2.5 Críticas sobre la procedencia de recurrir a normas Civiles para extraer un factor de atribución de responsabilidad.

Ya señalamos que el artículo 21 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado excluye de la aplicación de su título 2º a una serie de organismos, entre los que se encuentran aquellos materia de este trabajo y que, es en el mismo título 2º donde se encuentra el artículo 42, que establece el concepto de “falta de servicio” como presupuesto de la responsabilidad patrimonial de la administración.

No obstante, actualmente la Tercera Sala de la Corte Suprema, a la hora de decidir si cabe responsabilidad patrimonial a la administración del Estado por

daños originados en la acción u omisión de las FFAA y de Orden y Seguridad o de alguno de sus agentes aplica el concepto de "Falta de Servicio", entendiéndolo como "culpa del servicio".

Volvemos sobre los argumentos expresados en "Seguel Cares con Fisco", para recordar las razones a que recurre la Corte:

- i) Al encontrarse excluidas las Fuerzas Armadas y de Orden de la aplicación del artículo 42 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, y al no contemplarse en las normas que regulan de manera específica a tales organismos criterio alguno que permita determinar la procedencia de la responsabilidad patrimonial de la administración, no habrían norma aplicable al caso.
- ii) Que previo a la dictación de la ley 18.575, la responsabilidad del Estado se determinaba a través de la aplicación del artículo 2320 del Código Civil, pero que junto con su dictación se habría incorporado al Derecho Público Chileno el sistema de la responsabilidad del Estado elaborado por el Derecho administrativo

francés principalmente a través de la jurisprudencia del consejo de Estado. Que ello se concretó a través de la incorporación del artículo 42 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado.

- iii) Que, ante la inexistencia de una norma de Derecho Público que permita decidir el asunto, debe recurrirse a las normas que en la materia contempla el Código Civil, en particular la regla de su artículo 2314.

Todas estas razones son también refutadas:

Soto Kloss y Huepe Artigas, entre otros, discrepan de la conclusión que da por sentada la inexistencia de normas de Derecho Público en base a las cuales determinar si en un caso existe responsabilidad patrimonial para la administración frente a los perjuicios derivados de acciones u omisiones de las FFAA y de Orden. Descartada la existencia de criterios en las normas que regulan de manera específica a tales instituciones, cabría aplicar lo dispuesto en el artículo 38 inciso 2º de la Constitución Política de la República y el artículo 4º de

la ley 18.575, en el que se establecería el carácter objetivo de la responsabilidad del Estado.

Por otra parte, tampoco sería efectivo que, previo a la entrada en vigencia de la ley 18.575, el régimen aplicable a la responsabilidad patrimonial del Estado haya estado determinado en base a lo dispuesto el artículo 2320 del Código Civil, al efecto, el profesor Soto Kloss, afirma que existen decenas de fallos que contradicen esta afirmación “(...) desde mediados del siglo XIX, hasta 1986”.⁷⁸

La decisión de aplicar reglas del Código Civil en materia de Responsabilidad de la Administración se sostiene en, además de los argumentos que ya han sido abordados, la idea de considerar las reglas del Código Civil como norma de Derecho común en materia de responsabilidad.

Esta afirmación también es objeto de críticas por parte de un sector de la doctrina.

⁷⁸ SOTO KLOSS, Eduardo. “¿Es la falta de servicio el régimen francés de la responsabilidad del Estado Administración?”

Ius Publicum N° 28 (2012) p.106

2.5.1 Ineptitud del artículo 2314 del Código Civil a efectos de fundar no sólo la responsabilidad de la administración, sino que también la de las personas jurídicas en general.

En este sentido, Huepe Artigas⁷⁹, siguiendo a Javier Barrientos Grandón, argumenta llamando la atención sobre la inspiración que tendría la norma, señalando que esta que no provendría del Código Civil Francés, sino que estaría inspirada en las “7 partidas” y en las ideas jurídicas dominantes en Chile en la época de su dictación. En base a tales argumentos, explica que se atribuyen a los ilícitos que causan daño consecuencias de dos tipos: Civiles y penales. Se trataría entonces de una regla que solo “opera en relación con los hechos ilícitos que causan daño cuando ellos están penados legalmente, es decir cuando se trata de delitos o cuasidelitos en su concepción tradicional restringida”.

Comparte esta visión el profesor Pablo Rodríguez Grez para quien el artículo 2314 del Código Civil “parece referirse más al caso de los ilícitos penales

79 HUEPE ARTIGAS, Fabián. ¿Es procedente fundar la responsabilidad del Estado en el artículo 2314 del Código Civil respecto de las instituciones excluidas de la Falta de Servicio? Análisis Crítico. Ius Publicum N° 28, año 2012. P.125

que, en razón del daño patrimonial que causan, configuran además un ilícito civil, dando lugar a una acción penal y una acción civil”⁸⁰,

Se critica también la aptitud de la norma para servir de fundamento al establecimiento de responsabilidad directa de las personas jurídicas. La tesis que Huepe Artigas mantiene al respecto, es que aquello no sería posible, ya que la norma habría sido diseñada para establecer la responsabilidad, no de las personas jurídicas, sino que exclusivamente la de las personas naturales, punto que sostiene en el tenor literal de la misma y explica de la siguiente manera:

En el artículo se utiliza la frase “(...) sin perjuicio de las penas que le impongan las leyes a esa persona por el delito o cuasidelito”, “Es decir por el mismo delito o cuasidelito civil que a la vez constituye el delito o cuasidelito penal”. Luego, como a la fecha de dictación de la norma, las personas jurídicas no podían ser sujetos de responsabilidad penal y por el hecho de utilizarse la frase “sin perjuicio”, fluye que se hacía referencia a hechos que pudieran revestir al mismo tiempo el carácter ilícito penal, por lo que no tendría sentido una interpretación en la que se entienda se quiso hacer referencia también a las personas jurídicas.

⁸⁰ Citado por Huepe Artigas. Ob Cit. P. 126

A esto, se suma el análisis que al autor hace de las demás normas que sobre la materia contiene el Código Civil, examen tras el cual concluye: No existe (a partir del artículo 2314 del Código Civil) cabida a la determinación de la responsabilidad directa de las personas jurídicas, por una parte, porque se trata de personas ficticias y por otra, porque, en la teoría de la representación, no cabe representación respecto de actos ilícitos.

Las críticas también hacen referencia a la idea de la representación y la teoría del órgano.

De acuerdo a la “Teoría del Órgano”, para que haya lugar a la Responsabilidad Civil Extracontractual de la persona jurídica, es necesario que esta derive de un acto que haya sido ejecutado por alguno de sus “órganos” es decir por la persona natural, consejo o asamblea que, de acuerdo a la ley o los estatutos de la persona jurídica, expresen la voluntad de la misma. Ejemplo de ello son: Los administradores, la junta de accionistas, el liquidador de una sociedad, el presidente, el directorio y la asamblea de socios de una corporación, fundación, asociación de canalistas, sindicato, el vicepresidente ejecutivo y el consejo de una institución semifiscal, etc.”.

Todos los ejemplos hacen referencia a sujetos o grupos de sujetos, instituidos por la ley o los estatutos de la persona jurídica, de la capacidad de expresar la voluntad de la misma.

De esta manera, quedaría demostrado lo improcedente de fundar la responsabilidad patrimonial de la administración en el artículo 2314, ya que en la generalidad de los casos, los perjuicios que se busque indemnizar provendrán de acciones u omisiones de agentes que no tengan la capacidad de representar la voluntad de la persona jurídica. La conclusión se ve reforzada por la idea de que no cabe la representación respecto de actos ilícitos⁸¹.

Se critica también el recurso a las normas del Código Civil, negando que estas tengan asignado un carácter supletorio, considerando que ello se fundaría en una errónea interpretación del artículo 4º del mismo Código.

81 Lo cierto es que no se trata de un planteamiento que resulte inaplicable del todo, ya que puede darse el caso en que, el daño derive de una actuación lícita. Un ejemplo es lo ocurrido y la decisión adoptada en "Galletué con Fisco de Chile", caso en el que se dio lugar a una indemnización por el daño originado en una actuación perfectamente lícita.

En opinión de Vergara⁸², el artículo 4 del Código Civil, no es una regla de supletoriedad o subsidiaridad sino que de especialidad. Funda esta conclusión en la revisión de la historia fidedigna del establecimiento de esta norma y en la letra del texto, en la que, recalca el autor “(...) no se hace referencia a lagunas sino a disposiciones que se contienen en leyes especiales que se contraponen al código Civil”⁸³. Agrega que la supletoriedad requeriría norma expresa que la permitiera, tal como ocurre en el caso del artículo 2º del Código de Comercio.

En último término, se reitera lo dicho respecto de la procedencia: Para que haya lugar a la supletoriedad, debe existir en primer lugar un vacío normativo, cosa que, como ya se señaló, no ocurre respecto de las instituciones excluidas de la aplicación del título II de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, por cuanto existen normas que les son aplicables, a saber, el artículo 38 inciso de la Constitución Política de la República, entre otros.

82 VERGARA BLANCO, Alejandro. El Derecho Administrativo como Sistema Autónomo. El mito del Código Civil como Derecho común. Abeledo Perrot, Santiago de Chile. 2010. P. 53 y siguientes.

83 VERGARA BLANCO, Ob Cit.

3.- JURISPRUDENCIA.

En la decisión de este tipo de causas, los tribunales de nuestro país han recogido ambos extremos argumentativos (y en ocasiones llegan a confundirlos), al menos a nivel de tribunales de primera instancia y Cortes de Apelaciones.

El punto de mayor interés al analizar la jurisprudencia de nuestros tribunales en la materia, es el relativo a la naturaleza de la responsabilidad de la Administración, y más específicamente la definición en torno a si esta se regula exclusivamente por reglas de derecho público o bien, cabe la aplicación de otros estatutos. Al respecto, pueden identificarse en los fundamentos de nuestros tribunales superiores de justicia, líneas de razonamiento distintas entre sí, las que han ido variando a lo largo de distintas épocas:

3.1 Etapa de aplicación exclusiva de normas de Derecho Público.

Durante las décadas de los años 80 y los años 90, se entendió que no cabía la aplicación de las normas del Código Civil a la resolución de los casos en que se demandaba la responsabilidad del Fisco.

La doctrina se muestra de acuerdo al respecto⁸⁴, y cita, a modo de demostración, casos como:

Galletué con Fisco (1984), Hexagón con Fisco (1984) y Quintana Olivares con Servicio Agrícola y Ganadero (2001).

3.2 Aplicación de reglas del Código Civil.

El enfoque descrito en el punto anterior se mantuvo como una constante en las decisiones de la Corte Suprema, hasta 2002, año en que se dictó una sentencia que, el profesor Eduardo Soto Kloss, cita como un hito de este cambio jurisprudencial. Se trata de la sentencia pronunciada en el recurso de casación deducido en la causa caratulada “Domic Bezic, Maja y otros con Fisco de Chile⁸⁵” en la que se aplica el artículo el artículo 2497 del Código Civil y, a través de él, las reglas de la prescripción civil, razonamiento que, más allá de lo estrictamente

84 A modo de ejemplo: Urbano Marín Vallejo, en: Aspectos de la Falta de Servicio como fuente de la Responsabilidad Estatal, en Revista de Derecho N° 25, Consejo de Defensa del Estado. Junio 2011 y Eduardo Soto Kloss, en “La Responsabilidad del Estado Administración es objetiva”, Derecho Administrativo, 120 años de Cátedra.

85 Corte Suprema, Rol N° 4753-2001, Sentencia de 15 de mayo de 2002 pronunciada por la Sala integrada por los Ministros Marcos Libedinsky Tschorne, José Benquis Camhi, Urbano Marín Vallejo y por los Abogados Integrantes Patricio Novoa Fuenzalida y Fernando Castro Álamos.

relacionado con la prescripción, destaca por cuanto aplica directamente a la responsabilidad de la administración, reglas del Código Civil.

Así, a partir de entonces, se torna regular la fundamentación de las decisiones recurriendo a normas del Código Civil, hasta el punto en que se transforma en una constante la aplicación del artículo 2314 y otros, por parte de la Tercera Sala de la Excelentísima Corte Suprema, decisiones que se sostienen en los fundamentos del profesor y ministro integrante de la tercera sala de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, Pedro Pierry. El fallo que inicia esta línea jurisprudencial y que es citado en las sucesivas decisiones es “Seguel Cares con Fisco” causa en la que se conoció de la demanda de indemnización de perjuicios interpuesta por un soldado conscripto que, mientras cumplía con su Servicio Militar, sufrió lesiones producto de un disparo percutado por otro conscripto,. En lo medular, el fallo establece:

“Que en efecto, hasta antes de la dictación de la Ley N°18.575 la responsabilidad del Estado se determinaba a través de la aplicación del artículo 2320 del Código Civil, sin embargo la situación varía con la promulgación de la Ley de Bases de la Administración del Estado el 5 de diciembre de 1986 que incorporó al Derecho Público chileno el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado elaborado por el derecho administrativo francés, principalmente a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado, que en opinión de la mayoría de los autores, constituye la mejor solución lograda por el derecho, para asegurar un debido equilibrio entre los

derechos de los particulares y los intereses públicos. La ley contempló entonces el artículo 44 -hoy 42- que prescribió que “Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal” Sin embargo se excluyó de la aplicación del título II sobre normas especiales, donde había quedado ubicado el artículo 44, a la Contraloría General de la República, al Banco Central, a las Fuerza Armadas y de Orden y Seguridad, a las Municipalidades, al Consejo Nacional de Televisión y a las empresas públicas creadas por ley. Todo ello en el inciso segundo de su artículo 18 -actual 21-.

Que entonces cabe dilucidar qué sistema resulta aplicable a las instituciones excluidas, y en el caso particular a las Fuerzas Armadas; para ello ha de recurrirse al derecho común, teniendo presente que precisamente el desarrollo del derecho administrativo, allí donde ha ocurrido, ha sido a partir de la distinta interpretación de las normas de derecho común para el Estado y para las relaciones entre particulares, permitiendo de esta forma la conciliación de la actuación estatal, dotada de imperio público, como guardiana del interés colectivo, con la protección de los derechos de los ciudadanos, de tal suerte que cabe aceptar la aplicación en nuestro país a partir del artículo 2314 del Código Civil, de la noción de falta de servicio. En efecto al Estado como a los otros entes públicos administrativos, pueden serle aplicados de manera diversa las normas del Título XXXV del Código Civil, sin que esto implique desde luego, una errada interpretación de las mismas. Es así que las personas jurídicas son capaces de culpa, aunque carezcan de voluntad propia. La culpa civil como señalan los hermanos Mazeaud y André Tunc, “no requiere la voluntad, ni siquiera el discernimiento, no es necesariamente una culpa moral; es suficiente con comportarse de manera distinta a la que habría observado en parecidas circunstancias un individuo cuidadoso”. De acuerdo con este razonamiento y ampliándolo, puede no exigirse para la responsabilidad de la persona jurídica Estado la culpa o dolo de sus órganos o representantes; basta con que el comportamiento del servicio público fuera distinto al que debiera considerarse su comportamiento normal; o sea basta con probar una falta de servicio. Por otra parte la culpa de funcionarios anónimos puede presumirse, como ha hecho en ocasiones la

jurisprudencia, en estos casos la culpa del órgano, que se presume de los hechos mismos, constituye la culpa del Estado.

Que del modo que se ha venido razonando, es acertada la aplicación del artículo 2314 del Código Civil y la institución de la falta de servicio a la litis planteada, por cuanto permite así uniformar el sistema de responsabilidad extracontractual para todos los entes de la Administración del Estado”.

3.3 Rechazo a la aplicación de normas del Código Civil a la determinación de la responsabilidad patrimonial de la administración. Votos de minoría del Ministro Sergio Muñoz.

El recién referido criterio de aplicación de reglas del Código Civil a la determinación de la responsabilidad patrimonial de la administración, mantuvo su hegemonía hasta mayo de 2012, fecha en que en la sentencia del recurso de casación del fallo “Segura Soto, Pabla con Fisco de Chile” el ministro Sergio Muñoz, en un voto de minoría, estuvo por rechazar el recurso de casación en el fondo deducido por el Fisco de Chile en contra de la sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago que, a su vez había revocado la sentencia de primera instancia en la que se acogía la excepción de prescripción opuesta por el fisco, dando con ello lugar a la indemnización de perjuicios solicitada por el actor.

En una extensa argumentación, el ministro Muñoz, desarrolla las siguientes ideas:

- i) En el considerando primero.

Nuestro sistema jurídico se basa en la aplicación, por parte de los tribunales, de un derecho escrito, dado fundamentalmente por el parlamento, con anterioridad a la controversia.

Que los tribunales son garantes de los principios de supremacía individual y de supremacía constitucional, consagrados en la Carta Magna y en la Carta de Filadelfia, respectivamente. Que, asimismo, es una idea afianzada en nuestro sistema jurídico, la supremacía de los derechos consagrados en la constitución y que ello se confirma con la existencia de una serie de controles de constitucionalidad, “a priori o a posteriori, políticos o jurisdiccionales, por los tribunales ordinarios o especiales, difuso o concentrado” para llegar a la siguiente conclusión: “toda interpretación debe efectuarse considerando la norma fundamental, buscando y prefiriendo la que mejor resguarde los derechos garantizados por la Constitución.”

ii) En el considerando segundo.

Señala que, evidencia de la evolución descrita, es el tránsito desde la regla “*The King can do no wrong* hasta el principio de responsabilidad de todas las autoridades y particulares al interior del país”.

Cita el ministro Muñoz en su fallo de minoría, parte de los argumentos contenidos en la sentencia del caso Rothschild, (Consejo de Estado, 6 de diciembre de 1855) “(...) las relaciones, derechos y obligaciones que emergen entre los agentes de la administración y los particulares que aprovechan sus servicios no pueden estar regidos según los principios y disposiciones del derecho civil, que son de particular a particular; que, en especial, en lo que toca a la responsabilidad del Estado en caso de falta, de negligencia o de error cometidos por un agente de la administración, esta responsabilidad no es ni general, ni absoluta, sino que se modifica siguiendo la naturaleza y las necesidades de cada servicio”.

En el mismo sentido, cita la sentencia del caso “Blanco” (Consejo de Estado, 8 de febrero de 1873), decisión en la que se expresa: “(...) que la responsabilidad que puede incumbir al Estado, por los daños causados por los

hechos de las personas que él emplea en el Servicio Público, no puede estar regida por los principios que están establecidos en el Código Civil, para las relaciones de particular a particular; que esta responsabilidad no es ni general ni absoluta, sino que tiene sus reglas especiales que varían siguiendo las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados".

Luego, este voto de minoría, en su considerando tercero, analiza la evolución jurisprudencial, en torno a esta materia.

Se refiere a una etapa en que las decisiones en torno a la responsabilidad del Estado se fundan exclusivamente en principios de Derecho Público. Ejemplos de esta posición serían las sentencias pronunciadas en los casos "Sociedad Fuchs y Plath con Fisco", de 11 de enero de 1908 y "Lapostol con Fisco", de 08 de enero de 1930, como ejemplo más reciente, cita "Hexagón con Fisco" de 28 de julio de 1987, decisión en la que, expresamente se declaran inaplicables las normas del Código Civil, en el mismo sentido se razonaría en "Baltra con Fisco" de 12 de agosto de 1998⁸⁶.

86 El considerando 6º de la sentencia de "Hexagón con Fisco" (cita textual en el voto de minoría del ministro Muñoz) señala: "Que, en consecuencia, la sentencia ha dado aplicación lisa y llana a las normas del Derecho Común, sin reparar

Como conclusión, el Ministro Muñoz afirma que no admite duda la posibilidad de aplicar a las Fuerzas Armadas y también a las de Orden y Seguridad Pública el régimen de responsabilidad a que se refiere el artículo 4º de la ley 18.575. Este voto de minoría, pronunciado a propósito de la discusión sobre la aplicación del 2497 del Código Civil⁸⁷, y con ello la prescripción a favor del Fisco en una causa en la que se reclamaba una indemnización de perjuicios por hechos ocurridos en la década del 70, ha servido de base para sucesivos votos de minoría del mismo ministro⁸⁸, argumentos en base a los cuales rechaza la aplicación de reglas del Código Civil a la decisión de las causas en las que se reclama sean indemnizados perjuicios que hayan tenido su origen en acciones u omisiones de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública.

A los argumentos expresados, se han agregado otros que se resumen en las siguientes conclusiones:

que la naturaleza de los vicios que afectan a los decretos impugnados hacen improcedente estimar que puedan sanearse por el transcurso del tiempo, especialmente si se considera que la disposición constitucional en cuya virtud se ha declarado la nulidad no contiene remisión expresa alguna que permita aplicar las reglas de prescripción que el fallo invoca; y la naturaleza de la nulidad que se ha declarado impide integrar o complementar la norma constitucional con preceptos comunes, ya que el texto de la primera excluye toda posibilidad de saneamiento desde que dispone que los actos que la infringen son nulos *per se*, sin necesidad de declaración alguna, impidiendo así que la voluntad de las partes o el transcurso del tiempo puedan convalidarlos".

87 Artículo 2497, Código Civil Chileno: "Las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado, de las iglesias, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales, y de los individuos particulares que tienen la libre administración de lo suyo".

88 Ver: Considerando 4º, en causas "Díaz Romero Paulina con Fisco de Chile" Rol N° 791-2010; "Llanca Viguera, Cecilia del Carmen con Fisco de Chile" Rol N° 8.044-2010; "Palma Guerra Enzo, Palma Guerra Elsa de las Mercedes con Fisco de Chile" Rol N° 9510-2009. Todas de la Corte Suprema.

iii) La responsabilidad como principio general.

“La responsabilidad se establece como un principio general que orienta también ampliamente la organización y funcionamiento de la Administración del Estado. Es así que se hace referencia "al principio de la responsabilidad del Estado por los daños que causen los órganos de la Administración".

iv) Existe un sistema general de responsabilidad de la administración.

La Administración debe observar el principio de responsabilidad, puesto que el Estado "será responsable por los daños que causen" sus órganos. Se regula directa y particularmente el principio de responsabilidad de los órganos de la Administración en "ejercicio de sus funciones", sin desconocer que puedan existir otros sistemas. Expresamente se hace referencia al principio general de "responsabilidad del Estado", el cual tiene lugar "por los daños que causen los órganos de la Administración".

v) Existe una concepción “pro-administrado”.

“Si bien el proyecto habla de la responsabilidad general del Estado por los daños que causen sus órganos, se refiere a un aspecto más concreto aun, puesto que detrás de ella hay toda una fundamentación importante, en cuanto favorece la posición del administrado frente a la Administración, de manera que se traduzca en un medio eficaz para resarcirlo de los daños que le puedan causar los servicios de la Administración”.

vi) Se consagra un nuevo sistema de responsabilidad.

“En el Mensaje del Ejecutivo la responsabilidad se entiende que es civil y por falta de servicios. A lo anterior se agrega que en un principio la responsabilidad es extracontractual. Posteriormente se la considera simplemente como responsabilidad civil del Estado. Por último se deja expresa constancia que no se utiliza la expresión "responsables civilmente", a fin de evitar confusiones con la responsabilidad civil consagrada en el Código Civil, por lo que se entiende que no se rige por esta normativa, con la cual no puede vincularse. Se "está consagrando una nueva idea de responsabilidad que sólo tiene precedente positivo en la Ley de Municipalidades”.

vii) Responsabilidad funcionaria.

“Extiende la responsabilidad a los funcionarios, a quienes responsabiliza civilmente por los perjuicios que ocasionen mediante sus actuaciones constitutivas de falta personal. Posteriormente se expresará que es el Estado el que repetirá en contra del funcionario, de manera que es el Estado el cual responde de manera directa y principal. Se establece la responsabilidad solidaria entre Administración y funcionario, pero, en definitiva solo es el Estado el que podrá repetir en contra del funcionario, sin que el particular tenga acción directa en su contra”.

viii) Nuevo Sistema de responsabilidad.

1.-Se establece un criterio nuevo de responsabilidad, que no es el tradicional de la responsabilidad subjetiva basada en el dolo a la culpa de un denominado funcionario, sino que atiende a un elemento objetivo que es la falta de servicio público. En este sentido se la considera "claramente" como un sistema de responsabilidad objetiva. Se la califica como "responsabilidad objetiva del Estado, derivada de la falta de servicio".

2.- En un principio considera útil la noción de falta de servicios comprendida en la Ley de Municipalidades, esto es cuando los servicios "no funcionen, debiendo hacerlo, o lo hagan en forma deficiente".

3.- Por la referencia a la definición francesa y luego como texto del proyecto al concepto de falta de servicios se incorpora la noción de un correcto funcionamiento, pero tardío.

4.- Por último, se desestimó la posibilidad de definir la falta de servicio, pues ello podría provocar dificultades en la aplicación de esta norma. Se ha considerado más conveniente dejar entregado a la jurisprudencia la determinación de cuando se configura la "falta de servicio", pues son numerosos y complejos los casos en que tal situación puede producirse.

5.- Solamente se exige "que acreditando el afectado que un servicio público no ha funcionado, debiendo hacerlo, o que ha funcionado de modo tardío o deficiente, y probar que a raíz de lo anterior se le ha causada un daño, está en situación de exigir indemnización de parte del Estado".

6.- La responsabilidad se extiende tanto a la actuación administrativa de carácter jurídica y material, como aquella requerida, previa petición del interesado o desarrollada por la Administración Pública por propia iniciativa en cumplimiento de sus funciones.

7.- La responsabilidad que se regula puede estar generada por el Estado, como por las personas jurídicas que lo integran”.

Así, en base las razones que expone, el ministro Sergio Muñoz termina por concluir:

Que respecto de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública el factor de atribución por el que ha optado el legislador es la “Falta de Servicio”, y que este concepto debe ser entendido de acuerdo lo dispone el artículo 42 de la ley 18.575.

Que se encuentra excluida “toda posibilidad de reconducción al Código Civil” que no corresponde adicionar exigencias relacionadas con el dolo o la culpa del funcionario, ni corresponde requerir se establezca la negligencia,

imprudencia, impericia o inobservancia de reglamentos por parte de la administración o el funcionario.

Que de la misma forma no procede requerir la individualización del funcionario.

ix) Sobre el patrón de comparación en base al cual determinar si la actuación del servicio se ajusta a un estándar de normalidad.

Reflexiona el ministro en torno a los parámetros en base a los cuales se puede determinar, por medio de la comparación, si la actuación del servicio se ajusta a un criterio de normalidad.

Afirma, que para determinar dicho parámetro, puede recurrirse a dos enfoques: A partir de un criterio de normalidad en el cual bastaría acreditar que el daño fue producido por una actuación de la administración, quedando en esta la carga de probar: Que su actuación u omisión corresponden a una actuación normal y que, en consecuencia “el daño sufrido por el particular queda

comprendido dentro del que debe soportar normalmente una persona que viva en sociedad”.

Que otra posibilidad consiste en considerar una noción de “falta de servicio” en que esta se verifica exenta de aspectos subjetivos, tales como equivocación, desacierto, incorrección, etc.

Que, en definitiva, a efectos de determinar la procedencia de la responsabilidad de la administración, resulta primordial establecer, en primer lugar si la administración actuó, no lo hizo o lo hizo en forma tardía.

“El sólo hecho de no actuar o hacerlo de manera tardía es suficiente para establecer la falta de servicio de la Administración, su defensa se radicará en la ausencia de otros de los presupuestos de la responsabilidad. Cuando la Administración actuó, se investigará o mejor dicho se comparará ese actuar con el exigido a un servicio moderno, conforme a los recursos técnicos y humanos con que debe contar”.

x) Conclusiones finales del voto del ministro.

“No corresponde en este nuevo sistema de responsabilidad hacer aplicación de las normas de los artículos 2314 y 2315 del Código Civil. "Cabe hacer presente que no se utilizó la expresión "responsables civilmente", a fin de evitar confusiones con la responsabilidad civil consagrada en el Código Civil" se indica textual y expresamente en el Informe de la Cuarta Comisión Legislativa (página164).

"En consecuencia, se consagra en este artículo un criterio nuevo de responsabilidad, que no es el tradicional de la responsabilidad subjetiva basada en el dolo a la culpa de un denominado funcionario, sino que atiende a un elemento objetivo que es la falta de servicio público", como también lo indica expresamente el Informe de la Cuarta Comisión Legislativa (página 175).

De esta forma, "acreditando el afectado que un servicio público no ha funcionado, debiendo hacerlo, o que ha funcionado de modo tardío o deficiente, y probar que a raíz de lo anterior se le ha causada un daño, está en situación de exigir indemnización de parte del Estado", lo deja consignado el legislador en sus argumentaciones y fundamentos al aprobar la norma respectiva (página 176 del Informe de la Cuarta Comisión Legislativa)".

3.4 Jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones.

A grandes rasgos, se puede afirmar que las Cortes de Apelaciones siguen el criterio que, según la época, expresa la Corte Suprema. Sin embargo, es posible constatar una enorme disparidad de criterios e incluso decisiones basadas en fundamentos contradictorios entre sí.

3.4.1 Acerca de la naturaleza y fundamentos de la responsabilidad de la administración.

Una sentencia del año 2012, “Luis Pavez Jorquera con Fisco de Chile y otro⁸⁹”, pronunciada por la Quinta sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, sostiene, entre sus fundamentos:

Que la Responsabilidad del Estado es de naturaleza extracontractual y subjetiva, y tiene su fuente en las disposiciones del Código Civil.

⁸⁹ Ficha N° 1, 2da parte, Anexo Jurisprudencia.

Que la Responsabilidad del Estado requiere que el acto u omisión dañosa haya sido ejecutado por alguno de sus agentes, debe existir culpa o daño en el actuar y debe haber actuado dentro del ejercicio de sus funciones.

El año 2010, la Corte de Apelaciones de Concepción, en la sentencia del caso “Llanca Viguera Cecilia del Carmen con Fisco de Chile⁹⁰”, afirma que la responsabilidad del Estado tiene carácter objetivo.

La Ilustrísima Corte de apelaciones de Talca en “Violeta Fernández Rodríguez y otros con Fisco de Chile”⁹¹, en 2008, sostiene la idea de que la responsabilidad del Estado tiene fundamentos constitucionales, pero es desarrollada por la ley.

En 2007, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, en “Quezada Sandoval Bernarda del Carmen y otros contra Fisco de Chile”⁹² señalaba que la Responsabilidad Extracontractual del Estado está reglada por normas de Derecho Público, las que se encuentran principalmente en la Constitución.

90 Corte de Apelaciones de Concepción. Ficha N° 3, 2da parte Anexo Jurisprudencia.

91 Corte de Apelaciones de Talca, Ficha N° 8, 2da parte anexo de jurisprudencia.

92 Corte de Apelaciones de Concepción. Ficha N° 17, 2da parte Anexo de jurisprudencia.

Estos casos, citados solo a modo de ejemplo, dejan en evidencia que no existe una línea argumentativa clara en torno a la definición conceptual de la naturaleza, fuentes y forma de desarrollo de la responsabilidad patrimonial de la administración.

3.4.2 Sobre la posibilidad de aplicar normas de Derecho Civil.

Salvo la sentencia de apelación del caso “Quezada Sandoval Bernarda del Carmen y otros contra Fisco de Chile” de mayo de 2007, pronunciada por la Ilustrísima. Corte de Apelaciones de Concepción, que se niega a la aplicación supletoria de reglas del Código Civil, se puede afirmar que no existe discusión en torno a la aplicación del Derecho común y que la aplicación de reglas del Código civil es un mecanismo totalmente aceptado.

En la sentencia del caso de “Erwin Candía Hernández con Fisco de Chile⁹³”, pronunciada por la Corte de Apelaciones de Temuco, se sostiene que procede aplicar el artículo 2330 del Código Civil y rebajar indemnización de perjuicios a familia de soldado conscripto fallecido, debido a exposición imprudente al riesgo de la víctima.

93 Corte de Apelaciones de Temuco. Ficha Nº 8, 2da parte Anexo de jurisprudencia.

En “Moreno con Fisco de Chile⁹⁴”, pronunciada por la Corte de Apelaciones de Concepción el año 2009, se afirma que el concepto de falta de servicio se puede aplicar a partir de lo dispuesto en el artículo 2314 del Código Civil.

La Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, en la causa “Luis Pavez Jorquera con Fisco de Chile y otro⁹⁵” sostiene que la Responsabilidad del Estado es de naturaleza extracontractual y subjetiva, y tiene su fuente en las disposiciones del Código Civil.

3.4.3 Acerca de la necesidad de identificar al funcionario que comete la Falta.

Se reconoce con relativa regularidad, la idea que plantea que la Falta de Servicio no requiere identificar a la persona del funcionario que comete la falta, así por ejemplo en la sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Talca en la causa “Violeta Fernández Rodríguez y otros con Fisco⁹⁶”, en la que se señala que para demandar la responsabilidad del Estado, no es necesario

94 Corte de Apelaciones de Concepción, Ficha Nº 6. 2da parte Anexo jurisprudencia.

95 Corte de Apelaciones de Santiago, Ficha Nº 1, 2da parte Anexo jurisprudencia.

96 Corte de Apelaciones de Talca, Ficha Nº 11, 2da parte Anexo jurisprudencia.

señalar a la persona del funcionario que comete la falta. Su identidad es solo relevante para la Administración a efectos de repetir lo pagado.

4. Derecho comparado.

4.1 España.

El sistema de responsabilidad extracontractual en el derecho español se caracteriza por tener aplicación general, también por su naturaleza directa y objetiva^{97 98}.

97 En este sentido, por ejemplo. GONZÁLEZ PEREZ, Jesús, en: Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas. P 136 y SS. también García de Enterría

98 Conclusión, vale señalar, no pacífica en la doctrina, en la posición contraria, negando la fundamentación de un régimen objetivo de responsabilidad estatal en la legislación española, véase especialmente a Oriol Mir Puigpelat en “La responsabilidad patrimonial de la administración, hacia un nuevo sistema” obra en la que desarrolla, entre otros temas: El criterio de riesgo especial, el principio de igualdad ante las cargas públicas, el principio de garantía patrimonial de los administrados, el artículo 106.2 de la Constitución Española, afirmando que ninguno de ellos da suficiente sustento a la idea de responsabilidad objetiva de la administración. En un orden de ideas similar, se puede consultar: PANTALEON PRIETO, FERNANDO, LOS ANTEOJOS DEL CIVILISTA: HACIA UNA REVISIÓN DEL REGIMEN PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS, EN DA, nº 237-238, enero, junio de 1994, también GARRIDO FALLA en “El derecho a indemnización por limitaciones o vinculaciones impuestas a la propiedad privada, en Revista de Administración Pública nº 81, septiembre-diciembre de 1976. Ambos citas pertenecen a Mir Puigpelat, en la referida obra.

4.1.1 Bases normativas de la responsabilidad extracontractual del Estado en España.

Como bases normativas de la responsabilidad extracontractual del Estado en España, podemos identificar, sin perjuicio de la existencia aislada de normas particulares, principalmente:

a) La Constitución política española de 1978: En particular lo dispuesto en:

Artículo 9, numeral 1º, que se refiere a la sujeción de los ciudadanos y la administración y el numeral 2º del mismo artículo, en el que se menciona, la responsabilidad, entre los principios que garantiza la Constitución.

Artículo 24, numeral primero, que se refiere a la tutela judicial de los derechos

El artículo 106⁹⁹, que es el que se refiere de manera directa al tema:

99 Artículo 106 de la C.E: "1. Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican". "2. Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos".

“Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

El artículo 149¹⁰⁰. Que se refiere a la competencia estatal para establecer un régimen jurídico que regule a las administraciones del Estado garantizando a los administrados “un tratamiento común ante ellas”

b) La ley 30/1992. Ley de “Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, la que contempla normas relativas al régimen de responsabilidad de las administraciones públicas.

Esta norma, equivalente a nuestra Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, contempla un Capítulo I, denominado

100 Artículo 149.1.18 de la C.E “1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (18ª) Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas.

“Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública”. Dentro de ella destacan especialmente los artículos:

Art.139, Que se refiere a los principios de la responsabilidad de la administración¹⁰¹

Art. 141, Que se refiere a la procedencia y cuantía de las indemnizaciones¹⁰².

1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

3. Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos.

4. La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la Ley Orgánica del Poder Judicial.

5. El Consejo de Ministros fijará el importe de las indemnizaciones que proceda abonar cuando el Tribunal Constitucional haya declarado, a instancia de parte interesada, la existencia de un funcionamiento anormal en la tramitación de los recursos de amparo o de las cuestiones de inconstitucionalidad.

El procedimiento para fijar el importe de las indemnizaciones se tramitará por el Ministerio de Justicia, con audiencia al Consejo de Estado.

102 1. Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existente en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.

2. La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado.

3. La cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al índice de precios al

Art. 142¹⁰³, que se refiere a los “Procedimientos de responsabilidad patrimonial”.

consumo, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley General Presupuestaria.

4. La indemnización procedente podrá sustituirse por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado.

103 1. Los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas se iniciarán de oficio o por reclamación de los interesados.

2. Los procedimientos de responsabilidad patrimonial se resolverán, por el Ministro respectivo, el Consejo de Ministros si una Ley así lo dispone o por los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas o de las Entidades que integran la Administración Local. Cuando su norma de creación así lo determine, la reclamación se resolverá por los órganos a los que corresponda de las Entidades de Derecho Público a que se refiere el artículo 2.2 de esta Ley.

3. Para la determinación de la responsabilidad patrimonial se establecerá reglamentariamente un procedimiento general con inclusión de un procedimiento abreviado para los supuestos en que concurran las condiciones previstas en el artículo 143 de esta Ley. En el procedimiento general será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado o, en su caso, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma cuando las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 € o a la que se establezca en la correspondiente legislación autonómica.

4. La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, pero si la resolución o disposición impugnada lo fuese por razón de su fondo o forma, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la Sentencia definitiva, no siendo de aplicación lo dispuesto en el punto 5.

5. En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

6. La resolución administrativa de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada, de que derive, pone fin a la vía administrativa.

7. Si no recae resolución expresa se podrá entender desestimada la solicitud de indemnización.

4.1.2 Desarrollo jurisprudencial español.

Respecto de la aplicación práctica de estos preceptos a la solución de casos en los que se reclame la responsabilidad de la administración del Estado Español por actuaciones, podemos citar casos en que esta se da por establecida, existiendo los supuestos de hecho, como resultado de razonamientos de poca complejidad, cuestión que, a nuestro juicio, es indicativa de la claridad normativa que existe al respecto. A modo de ejemplo, podemos citar:

La sentencia pronunciada por la sala de lo penal del tribunal Supremo de Madrid, conociendo del recurso de casación número 364/2012, en la que no obstante se descarta la responsabilidad de la administración, por haberse producido el daño con un arma de propiedad del funcionario, distinta de aquella que le proporciona el servicio, resulta de todas maneras interesando lo razonado en ella, por cuanto arroja luces sobre los límites de la responsabilidad de la administración, en particular respecto de las armas que pone a disposición de los funcionarios:

“aún sin llegar al límite del concepto jurídico de "responsabilidad objetiva", es realmente aperturista y progresiva la interpretación

del referido precepto con ánimo de que en el área de las consecuencias económicas que puedan inferirse de una acción criminal se evite a los perjudicados situaciones de desamparo producidas por la circunstancia, tantas veces observada en la práctica, de la insolvencia total o parcial de los directamente responsables. En este sentido se ha llegado a declarar la responsabilidad civil subsidiaria, basada ya no en la culpa "in eligendo", "in vigilando" o "in educando", sino en el principio de creación del riesgo".

También ilustra acerca del tema, lo razonado en la sentencia de la Audiencia provincial de Huesca, en recurso nº 2/2011, en la que el tribunal se pronuncia sobre el caso del homicidio en de un soldado a manos de otro soldado en estado de ebriedad, al interior de un recinto militar. En ella podemos apreciar como la sentencia discurre acerca de los requisitos que han de verificarse para dar por establecida la responsabilidad de la administración por daños que se produzcan en recintos de su dependencia:

En el considerando séptimo:

“(…) Así las cosas, y de cara a precisar los fundamentos o presupuestos de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, conviene recordar que las dos acusaciones apuntaron en apoyo de su tesis el art. 120.3 del Código Penal, según el cual son responsables civilmente, siempre en defecto de quienes lo sean criminalmente, **las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las**

disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción. Es importante destacar, por tanto, que tiene que haberse cometido un delito en un establecimiento de titularidad pública, lo que sin duda aconteció, y que ha de existir una infracción de ciertas disposiciones reglamentarias, además de lo cual, y éste es un aspecto importante, tiene que haber una relación entre el hecho punible y la infracción reglamentaria". (El destacado y el subrayado es nuestro).

Otra sentencia que, sobre la base de hechos distintos, también razona acerca de la responsabilidad de la administración por los daños que acontecen en recintos que se encuentran bajo su vigilancia, este fallo en particular se refiere al caso de la indemnización que reclaman los familiares que se suicida utilizando el arma que había proporcionado el servicio. En el **considerando segundo**, el tribunal se refiere a los requisitos generales que la jurisprudencia exige para dar por establecida la responsabilidad de la administración:

"(...) En la interpretación de estas normas, el Tribunal Supremo -entre otras, Sentencias de 5 de diciembre de 1.988 , 12 de febrero , 21 y 22 de marzo y 9 de mayo de 1.991 , o 2 de febrero y 27 de noviembre de 1.993 -,ha estimado que para exigir responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de los servicios públicos es necesario que concurrieran los siguientes requisitos o presupuestos: 1. hecho imputable a la Administración, 2. lesión o perjuicio antijurídico efectivo, económicamente evaluable e individualizado en relación a una persona o grupo de personas, 3. relación de causalidad entre hecho y perjuicio, y 4. que no concurra fuerza mayor u otra causa de exclusión

de la responsabilidad. O, como señala el mismo Alto Tribunal en sus Sentencias de 14 de julio y 15 de diciembre de 1.986 , 29 de mayo de 1.987 , 17 de febrero o 14 de septiembre de 1.989 , para que nazca dicha responsabilidad era necesaria "una actividad administrativa (por acción u omisión –material o jurídica-), un resultado dañoso no justificado y relación de causa a efecto entre aquélla y ésta, incumbiendo su prueba al que reclama; a la vez que es imputable a la Administración la carga referente a la existencia de la fuerza mayor cuando se alegue como causa de exoneración".

En el mismo considerando segundo, unos párrafos después, el tribunal identifica lo que será, para el caso particular, el hecho en base al cual podría determinarse la existencia de la falta de servicio:

“(…) La cuestión que se suscita en el presente proceso viene referida, esencialmente, a la existencia o no de relación causal entre el funcionamiento de los servicios públicos y el daño, en concreto, si ha existido un defectuoso funcionamiento de los servicios públicos en **el hecho de no adoptarse por la Administración militar las medidas necesarias para evitar el suicidio, atendidos los datos que constaban sobre la situación de enfermedad psíquica que presentaba el fallecido, y su previos intentos de suicidio**, lo que ha motivado su continuidad en el Ejército y que dispusiera de un medio para poner fin a su vida, su arma reglamentaria para cumplir el servicio de guardia”.

Ya en el considerando cuarto, el tribunal se refiere en concreto a la determinación de la relación causal y su aptitud para dar con ella por establecida la responsabilidad de la administración, explorando los límites del concepto “relación causa efecto” identificando claramente la intervención del “propio dañado” como un elemento excluyente de la misma.

“CUARTO.- Conjugando la anterior doctrina jurisprudencial con los hechos que resultan probados del expediente administrativo y de la prueba aportada en el proceso y que, resumidamente, se han expuesto en el primero de los antecedentes de esta sentencia, entiende la Sección que debe convenirse con la Administración en la falta de relación causal, incluso mediata o indirecta, entre el funcionamiento de los servicios públicos y el perjuicio ocasionado al demandante por el fallecimiento de su hijo.

En efecto, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1.987, **es preciso que en la relación de causa a efecto entre lesión y funcionamiento de los servicios públicos no intervenga la conducta culposa del perjudicado, pues si esta intervención es tan intensa que el daño no se hubiese producido sin ella, es obvio que no puede imponerse a la Administración el resarcimiento de una lesión económica cuya causa evidente es imputable al propio dañado**”, de tal modo que, según sentencia del mismo Tribunal de 7 de julio de 1.993, no existe relación causal cuando se constata “un acto suficiente voluntario y libre del fallecido”, o, como se dice la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1.999, “el necesario nexo de causalidad entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y la producción del daño puede no existir cuando el resultado dañoso se deba exclusivamente a la actuación del administrado”.

En suma, a pesar de tratarse de una muestra jurisprudencial breve, es posible arribar a algunas conclusiones acerca de la posibilidad de dar por establecida la responsabilidad de la administración por daños que se hayan ocasionado por actuaciones u omisiones de las fuerzas armadas o policiales españolas, en el entendido en que estas son consideradas parte de la administración.

Por una parte, existe una clara definición a nivel normativo –constitucional y legal- de los requisitos e hipótesis en que ha de darse por establecida la responsabilidad de la administración.

Por otra, la existencia de una base normativa definida, es complementada con la aplicación de otras normas, las que se refieren a aspectos específicos de un tema.

4.2 Argentina.

Un breve estudio del panorama legal y jurisprudencial argentino en esta materia, permite presentar algunas conclusiones de interés acerca del régimen aplicable a la responsabilidad del extracontractual del Estado en ese país,

respecto del caso particular de los daños que hayan de producirse con ocasión de actuaciones u omisiones de las Fuerzas Armadas o de policía:

4.2.1 Ausencia de una solución normativa específica para el tema.

No existe en la legislación argentina una regulación orgánica, unitaria y sistemática de la responsabilidad estatal, en palabras del autor Pablo Perrino “Solo median previsiones normativas en áreas específicas y respecto de aspectos muy puntuales de esta materia, como ocurre por ejemplo con los daños ocasionados en el marco de las relaciones contractuales, empleo público, error judicial en materia penal, y los generados por requisiciones de bienes por razones de seguridad nacional.¹⁰⁴” La reparación de los daños atribuibles a las entidades estatales, en su situación actual, presenta el rasgo de apoyarse en una base jurisprudencial, toda vez que el legislador (en las órbitas nacional y local) no ha

104 PERRINO, Pablo Esteban. La responsabilidad extracontractual del Estado por actividad ilícita en el Derecho Argentino. IV congreso Nacional de Derecho de Administrativo. En línea en: [www.cassagne.com.ar](http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Perrino/responsa-conferencia-Espana%202003.pdf) <http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Perrino/responsa-conferencia-Espana%202003.pdf>. (Consulta, Septiembre 2014)

asumido una regulación general u orgánica de la materia, sin perjuicio de que rijan ordenamientos aislados referidos a cuestiones puntuales.¹⁰⁵

4.2.2 Aplicación de reglas del Código Civil Argentino.

Se describe una situación similar a la que ocurre en nuestro país, en lo que dice relación con la aplicación supletoria de normas de Derecho Civil, ante la ausencia de normas específicas. Se sostiene que los tribunales de justicia, asumiendo como Derecho común la regulación Civil, sostenidamente han aplicado a la materia el artículo 43 del Código Civil Argentino, que se refiere a la responsabilidad de las personas jurídicas¹⁰⁶.

105 CAPUTI, Claudia. La responsabilidad del Estado en la Argentina- Una reseña panorámica de sus principales cuestiones en la actualidad. En línea en: www.patriciomaraniello.com.ar <<http://patriciomaraniello.com.ar/doctrina/TRABAJO%20LA%20RESPONSABILIDAD%20DEL%20ESTADO%20EN%20ARGENTINA.pdf>> (Consulta, Septiembre 2014)

106 Pierrino, Ob Cit

4.2.3 Fundamento constitucional de la Responsabilidad del Estado.

Al tiempo que los autores están de acuerdo en la ausencia de una regulación específica sobre la responsabilidad extracontractual del Estado, le reconocen, sin embargo, un carácter especial y el hecho de hallarse sus fundamentos a nivel Constitucional:

“(...) la naturaleza pública de la institución de la responsabilidad, la cual no puede regirse directamente por las prescripciones del Código Civil (que han sido pensadas para regir otra clase de relaciones jurídicas) salvo la posibilidad de aplicación analógica de este último para cubrir los vacíos del ordenamiento administrativo”¹⁰⁷.

La idea del fundamento constitucional de la institución, es explicada también de la siguiente manera:

107 CASSAGNE, Juan Carlos. Reflexiones sobre los factores de atribución en la responsabilidad del Estado por la actividad de la Administración. En línea en: [www.cassagne.com.ar](http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Cassagne/REFLEXIONES%20SOBRE%20LOS%20FACTORES%20DE%20ATRIBUCION%20EN%20LA%20RESPONSABILIDAD%20DEL%20ESTADO.pdf)
<http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Cassagne/REFLEXIONES%20SOBRE%20LOS%20FACTORES%20DE%20ATRIBUCION%20EN%20LA%20RESPONSABILIDAD%20DEL%20ESTADO.pdf> (Consulta, Septiembre 2014).

“No puede suponerse que el fundamento de la responsabilidad, en el derecho público, sea el daño, sino básicamente, principios de derecho natural, incorporados al plano positivo o constitucional, como es el de la igualdad ante las cargas públicas prescripto en el art. 16 CN; este precepto, por lo demás, integra el complejo de principios que conforman el Estado de Derecho, el que para nuestro recordado maestro Marienhoff, constituía el fundamento mismo de la responsabilidad. Dicho fundamento se complementa con la garantía de la propiedad establecida por el art. 17 CN de la cual se desprende el deber de reparar los daños impuestos por razones de utilidad pública. La existencia, a nivel de la carta fundamental argentina, de los fundamentos de la responsabilidad extracontractual del Estado por los daños ocasionados a los particulares. Se afirma que esta encontraría sustento en la “(...) garantía de la inviolabilidad de la propiedad que establecen los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional”¹⁰⁸.

4.2.4 Elementos de la responsabilidad extracontractual.

Jurisprudencialmente, por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha establecido los elementos que deben concurrir a efectos de dar por

108 CASSAGNE, Juan Carlos. Reflexiones sobre los factores de atribución en la responsabilidad del Estado por la actividad de la administración. P.3. En línea en: [www.cassagne.com.ar](http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Cassagne/REFLEXIONES%20SOBRE%20LOS%20FACTORES%20DE%20ATRIBUCION%20EN%20LA%20RESPONSABILIDAD%20DEL%20ESTADO.pdf)
<http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Cassagne/REFLEXIONES%20SOBRE%20LOS%20FACTORES%20DE%20ATRIBUCION%20EN%20LA%20RESPONSABILIDAD%20DEL%20ESTADO.pdf> (Consulta en septiembre de 2014)

establecida la responsabilidad patrimonial extracontractual de la administración, a saber:

- a) La producción de un daño o perjuicio;
- b) La posibilidad de imputar jurídicamente ese daño a la persona estatal que lo causó;
- c) El nexo causal o relación de causalidad; y
- d) La existencia de un factor de atribución.

Se señala además que, “la responsabilidad del Estado es siempre directa habida cuenta que el agente público no es un dependiente sino un órgano de la persona jurídica Estado”¹⁰⁹

4.2.5 Criterios jurisprudenciales.

Asimismo, es posible identificar dos criterios de decisión de gran relevancia en la jurisprudencia argentina

- 1) La doctrina expresada en la decisión del caso “Ferrocarril Oeste” en la que, en palabras simples, se admite la aplicación de normas que exógenas al

109 Cassagne, Ob Cit, P.4

sistema normativo propio de la administración pública, cuando con la aplicación de las mismas se concreten de mejor manera principios de equidad y justicia.

- 2) Se esboza como un factor de atribución de la responsabilidad de la administración por los daños ocasionado por las actuaciones de agentes policiales, la idea de la *“Culpa in eligendo”*.

Merthekian lo explica de la siguiente manera:

“(…) Como consecuencia de la doctrina imperante y de los fundamentos legales esgrimidos, el Tribunal reitera la teoría de la responsabilidad in eligiendo, propia de la responsabilidad subjetiva del Código Civil, en cuanto afirma que todos los que emplean a otras personas para el manejo de un negocio, o para determinada función, llevan la responsabilidad de su elección y son pasibles de los perjuicios que estas ocasionares a terceros en el desempeño de su función”.

Cierta jurisprudencia expresa, sin dejar espacio a dudas, la existencia del deber de indemnizar que surge para la administración, como consecuencia de los daños que se sigan de la ejecución de una actividad donde el riesgo es inherente a la naturaleza de la actividad:

“ningún deber es más primario y substancial para el Estado que el de cuidar de la vida y seguridad de los gobernados y si, para llenar estas funciones se ha valido de agentes o elementos que resulten de una peligrosidad manifiesta, como la que acusa el hecho de que se trata, las consecuencias de la mala elección, sea o no excusable, deben recaer sobre la entidad pública que la ha realizado”¹¹⁰

4.2.6 El sacrificio especial.

Otro criterio de decisión recurrente en las decisiones de los tribunales argentinos es la idea del “Sacrificio Especial”.

Merthekian explica este concepto haciendo referencia al autor alemán MAYER¹¹¹ según el cual, la obligación de indemnizar que recae sobre el Estado encontraría su fundamento en la existencia de un “perjuicio desigual y

110 Parte de los argumentos de la sentencia del caso “Echegaray María e hijos” del 3 de septiembre de 1941, que se pronuncia acerca de la indemnización de perjuicios solicitada por la cónyuge e hijos de un hombre que muere producto de un disparo percutado por agentes de policía. Merthekian. Ob cit. Páginas 341 y ss

111 Mayer, Otto. Derecho administrativo alemán en la relación entre el Estado y el súbdito, se trata no de pérdidas y de ganancias reciprocas sino del efecto que surte la actividad del Estado sobre los individuos. Esto no ocurre sin que los individuos sufran algunos perjuicios, pero ellos entran en las condiciones de existencia del Estado al cual los individuos pertenecen; por lo tanto, nada se puede cambiar, Pero a partir del momento en que eso perjuicios afectan a un individuo de manera desigual y desproporcionada, empieza a actuar la equidad y cuando el perjuicio se traduce en un daño material correspondiente al pasaje de valores que se halla en la repetición de lo indebido, habrá lo que se llama el sacrificio especial, que corresponde al enriquecimiento sin causa y que debe indemnizarse. La compensación se hace aquí por medio de una indemnización pagada por la caja común, lo que significa la generalización del sacrificio especial, correspondiente a la restitución de valores que han pasado en pugna con la equidad”. Citado por Merthekian en Ob. Cit

desproporcionado en cabeza de un individuo respecto de los demás integrantes del grupo social”.

“En ese orden de ideas, no debe omitirse que la ley y los reglamentos que regulan la actuación policial y el desempeño de la actuación policial y el desempeño de las fuerzas de seguridad, por lo general imponen a los agentes públicos afectados a dichas funciones la obligación de prevenir el delito en cualquier circunstancia en la que se encuentren; con ello, la obligación añadida de portar armas de fuego como instrumentos de dicha obligación, sin perder ni por un instante que la finalidad de todo ello no es otra que la preservación de la vida y de los bienes de las personas. **En la medida en que la ley no imponga el deber de soportar el sacrificio, es el propio Estado, como instrumento de la comunidad, el que debe afrontar las consecuencias del daño irrogado a quienes en definitiva resultan ser víctimas inocentes del empleo de la propia fuerza estatal** (Arg. Art 19, Const. Nac), sin perjuicio de la eventual responsabilidad personal del agente cuando este hubiere obrado con culpa, negligencia o dolo” (El destacado es nuestro)¹¹².

En otra sentencia reitera la misma idea:

“No existiendo culpa en el accionar de la víctima, la Corte en su mayoría resuelve hacer lugar a la demanda y reitera que **“si en el ejercicio del poder de la policía de seguridad se crea un riesgo cierto por las exigencia que impone, y ese riesgo se manifiesta en un daño, es justo que sea toda la comunidad, en cuyo beneficio se haya organizado el servicio, la que contribuya a su reparación y no el sujeto sobre el que recae**

112 Merthekian, Ob Cit. P 340

el perjuicio, que no tiene el deber de soportar (Fallos 318:385)¹¹³ (El destacado es nuestro).

Rodolfo Barra, “la situación del administrado queda individualizada, destacada respecto del resto de la comunidad en lo que al soporte de dichas cargas se refiere. Las exigencias de la justicia distributiva imponen, entonces, la obligación de reparar”¹¹⁴.

Merthekian, comentando el caso Rebesco (1995) destaca:

“En cuanto al caso concreto, entiende que la comunidad debe afrontar los daños provocados por el accionar policial, aun cuando sean legítimos, por que el sujeto sobre el que recae el daño, no tiene el deber jurídico de soportarlo, siendo que **la no admisión de la reparación significaría un gravamen desproporcionado que excede la cuota normal de sacrificio que supone la vida en comunidad**, principio que se sustenta en las garantías constitucionales (Arts. 16 y 17, Const. Nac) **en cuanto las cargas de la participación necesaria para el logro de una utilidad colectiva deben distribuirse entre los miembros del cuerpo social y no deben recaer en uno solo de ellos, sin resultar necesario indagar en la existencia de factores subjetivos de atribución de la responsabilidad**”. (El destacado es nuestro).

113 Parte de la sentencia del caso Toscano de 7 de febrero de 1995 “Toscano, Gustavo con provincia de Buenos Aires. Sobre el caso en que una persona resulta herida por un disparo percutado por la policía, en el contexto de control de manifestaciones de protesta. Citada por Merthekian, ob cit _ Página 356.)

114 La referencia es hecha a Barra, Rodolfo. Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos, ED, t 122 p. 859. Citado por Merthekian

4.2.7 Ausencia de discusión acerca del caso particular de la responsabilidad por actos de las Fuerzas Armadas o de Policía.

De la doctrina y jurisprudencia revisadas, no es posible desprender que exista una discusión similar a la que existe en nuestro país acerca de la determinación un factor de atribución de Responsabilidad Extracontractual para la Administración, que haya de tener aplicación particular para los casos de daños ocasionados por actuaciones de las Fuerzas Armadas o policía, por el contrario, no parecen existir distinciones entre órganos de la administración Estado, manteniéndose la discusión en los puntos ya reseñados^{115 116}

115 En una apreciación más cercana al tema que en particular nos convoca, se estima que el Estado debe responder por el hecho del dependiente cuando se desvirtúa el fin para el cuál se lo armó, como es el de lesionar a las personas ajenas al hecho delictivo, con el arma de la repartición utilizada “en servicio” como se dijo, pues como dueño o guardián de tal cosa peligrosa, le resulta aplicable la doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia de la provincia (S.C.B.A. Acs 20066, 20147, 20464,2112,39440,40143, etc.; art. Inc. 4º acápite “a” de la Constitución de la provincia de Buenos Aires)

116 “En principio, el Estado responde por los daños causados por agentes policiales con el arma reglamentaria mientras se encuentran fuera de servicio, por tratarse de menoscabos causados en ocasión de la función, encuadrables en las previsiones de los artículos 43 y 1113 del Cód. Civil, cuya aplicación supletoria se impone en el terreno del derecho público” (Pizarro, Ramón Daniel, Responsabilidad patrimonial del Estado por daños causados por agentes policiales con el arma reglamentaria con particular referencia a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba /

CAPÍTULO TERCERO

APLICACIÓN DEL CONCEPTO FALTA DE SERVICIO, CUESTIONES PRÁCTICAS.

1.- Falta de Servicio, concepto y aplicación en la Jurisprudencia.

En este punto debemos recordar que no existe una definición legal del concepto Falta de Servicio y que las referencias que sobre el existen, se encuentran en la doctrina. Volvemos brevemente sobre ellas.

i) Falta de Servicio en el concepto de Pedro Pierry: El profesor Pierry señala que la idea de Falta de Servicio es construida por el Derecho francés a partir del fallo Blanco, al propósito de hacer la distinción entre falta de servicio y falta personal lo que permitió “considerar a la Administración como responsable sin recurrir a la noción de culpa o dolo por parte del funcionario o agente público”¹¹⁷

117 PIERRY ARRAU, Pedro. LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO POR FALTA DE SERVICIO. En línea. www.cde.cl <https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/bd5cef7b-c2fe-45db-9a61-a3e6648a6db2/Rev_1_+2LA+RESPONSABILIDAD+EXTRACONTRACTUAL.pdf?MOD=AJPERES> consulta el 02 de octubre de 2014. P. 2

Señala el citado profesor señala que “La Falta de Servicio así considerada la constituye una mala organización o funcionamiento defectuoso de la Administración”¹¹⁸

En la tarea de caracterizarla señala también:

- a) Que la persona del funcionario es irrelevante¹¹⁹.**
- b) La noción de mal funcionamiento del Servicio Público es variable según las características del servicio de que se trate y de la gravedad.**

Al respecto acuña una idea trascendental:

“Lo anterior es importante, ya que la aplicación indiscriminada de la teoría¹²⁰ cada vez que se ocasione un daño a un particular por el mal funcionamiento de un servicio podría resultar ilusoria, atendidos las condiciones

118 PIERRY, Ob Cit. P. 2

119 PIERRY Ob Cit. P.2 “(...) La persona del funcionario no interesa, ya que este no es responsable civilmente ante la víctima ni ante la administración y para el caso en que sea perfectamente individualizable, su acción u omisión puede o no ser constitutiva de una falta administrativa, siendo este hecho, en todo caso, independiente de la falta de servicio”.

120 Refiriéndose a la Teoría de la Falta de Servicio.

y los medios con que deben funcionar muchos servicios públicos en países donde no se cuenta con los recursos económicos adecuados”¹²¹.

iv) Idea de falta de Servicio en el profesor Eduardo Soto Kloss:

Este profesor discrepa de las ideas sostenidas por el profesor Pierry, por cuanto considera que la correcta traducción del francés “*faute du service*” sería “Culpa del Servicio”, idea que al mismo tiempo es consustancial a aceptar que la responsabilidad del Estado no es general ni absoluta.

Dicho esto, el profesor Soto Kloss entiende el significado de “Falta de Servicio “ a que se refiere el artículo 42 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado debe ser entendido de manera literal, es decir simplemente como ausencia de servicio o prestación.

iii) Recepción de la idea de Falta de Servicio en la Jurisprudencia

Cabe ahora, revisar en qué términos es recogido y aplicado el concepto por la jurisprudencia. Citamos, a fin de ilustrar esto, algunos fallos.

121 PIERRY, Ob Cit. P.2

a) En “Díaz Romero Paula con Fisco de Chile”.¹²²

“(…) existe falta de servicio cuando éste ha funcionado deficientemente, no ha funcionado debiendo hacerlo, lo ha hecho en forma tardía o es el conjunto de la organización institucional el que no ha respondido de manera adecuada”.

Se puede afirmar que los elementos que se identifican no se bastan, en cuanto precisan de otros factores para poder afirmar una conclusión:

Así, para utilizar la idea de un funcionamiento deficiente, se requiere precisar un estándar de eficiencia.

No haber funcionado debiendo hacerlo, o lo ha hecho de manera tardía (requiere precisar existencia de un deber de actuación).

Lo mismo ocurre cuando el supuesto de hecho de la responsabilidad sea la circunstancia de no haber respondido de manera adecuada el conjunto de la organización institucional.

¹²² Ver ficha n°1 de Sentencias Corte Suprema en el anexo de jurisprudencia de este trabajo.

b) En Llanca Viguera Cecilia del Carmen con Fisco de Chile¹²³

En el considerando décimo tercero.

“En el fundamento anterior se precisó que de las evidencias probatorias aportadas al proceso “resulta claramente establecida la negligencia con que actuó una dependiente del Hospital Naval de Talcahuano, lo que ocasionó las quemaduras de la Sra. Llanca, lesiones que mantuvieron a ésta hospitalizada por más de un mes y con molestias y lesiones por cerca de un año. Ello implica una falta de servicio del establecimiento de salud, ya que éste es responsable de la actuación negligente de su dependiente y el Servicio demandado debe responder por la actividad de uno de sus órganos”

En este fallo se toma como hecho base, la negligencia de un dependiente, (negligencia que se consideró un error grave) del servicio y con ello se tiene por establecida la “Falta de Servicio”. En este caso nuevamente se aprecia que el concepto falta de servicio se construye en base a un estándar de conducta específico para el caso.

c) En “Urzúa Ramírez Gloria Con Fisco De Chile”.

En el considerando 4° del voto de minoría:

¹²³ Ver ficha n°3 de Sentencias Corte Suprema en el anexo de jurisprudencia de este trabajo.

“Que por su parte, el hecho que la víctima caminara por el andamio mientras se realizaban las labores de desarme sólo es demostrativo de la falta de capacitación e instrucción por parte de la demandada a los trabajadores, pese al gran riesgo que la tarea a desarrollar por éstos importaba, atendidas las características en que debía realizarse, especialmente la altura de la antena a reparar, falta de capacitación que, junto a otras circunstancias, constituyó la falta de servicio en que aquella incurrió, y que fue la causa del resultado dañoso cuya indemnización se le ha ordenado reparar. De esta forma no resulta exigible a quien no ha recibido instrucción acerca de las medidas de seguridad a adoptar ni de la forma en que debe llevar a cabo tareas tan peligrosas como lo de autos, que se mantuviera quieto en su posición en vez de caminar hacia su compañero de labores para apoyarlo en la tarea de desarme del andamio en cuestión”.

En este caso se aprecia que, lo que da lugar a la falta de servicio, es la inobservancia de un deber de acción de la institución, deber que es definido en relación, al parecer, al sentido común.

d) En Palma Guerra, Enzo con Fisco de Chile¹²⁴.

En el considerando 7°:

¹²⁴ Ver ficha n°4 de Sentencias Corte Suprema en el anexo de jurisprudencia de este trabajo

“Que sobre la base de tales antecedentes de hecho y de derecho, los sucesos a que se refiere la presente causa tienen la connotación necesaria para ser calificados como generadores de responsabilidad, puesto que fueron perpetrados por agentes del Estado, en ejercicio de funciones públicas, en dependencias policiales, en que estuvo ausente todo control a su respecto, circunstancia que permitió se produjera la conducta reprochada. Hay una falta de servicio evidente y directa, puesto que la institución Carabineros de Chile obró de manera negligente, sin controles eficaces de la actuación de algunos de sus efectivos que en cumplimiento de la función de orden y seguridad pública, en un procedimiento policial, que fue llevado adelante en diferentes cuarteles y con medios proporcionados por la institución, actuando ilegítimamente ocasionaron el resultado que motiva esta causa”.

Este fragmento refiere como el hecho que configura la falta de servicio, la falta de un debido control de la institución sobre sus dependientes.

e) En el fallo de la corte de apelaciones de Concepción, Parada Ambiado, Miriam con Carabineros de Chile, Fisco de Chile¹²⁵.

En el considerando décimo se señala:

“Que, atendidas las circunstancias en que ocurrieron los hechos, y sin que exista prueba alguna que lleve a concluir de manera irrefutable que Carabineros de Chile actuó de una manera contraria a lo normal, que configurara un actuar, siquiera, culposos que permita tener por configurada su

¹²⁵ Ver ficha n°2 de Sentencias Corte de apelaciones en el anexo de jurisprudencia de este trabajo

responsabilidad civil en los hechos, la demanda no puede ser acogida”.

Vista la forma en que argumentan los tribunales superiores de justicia, creemos que no es posible identificar un concepto de “Falta de Servicio” que resulte omnicomprendivo de todas las definiciones y aplicaciones que puedan otorgarle los jueces, sin embargo, es posible identificar, a modo de conclusión, algunos tópicos.

Los jueces entienden la falta de servicio como la falta de apego por parte de la administración, sea en la acción u omisión, a un estándar o deber de diligencia que es construido de las más diversas maneras:

- En base a un criterio de “normalidad” en el funcionamiento del servicio.
- En base a criterio de “diligencia”, es decir una valoración del nivel de calidad que es exigido al servicio.
- En otras, el criterio podría ser establecido en referencia a un estándar normativo.

2. La errada tesis de los “Usuarios del Servicio”.

La tesis de los usuarios del servicio, hace referencia al criterio en base al cual se resolvió el caso: “Arévalo Bascuñan, Paula con Fisco de Chile”¹²⁶, el que trata del caso de una mujer que sufrió graves lesiones (Paraplejia) producto de los disparos percutados por un gendarme que perseguía a un reo en fuga en la ciudad de Tocopilla, en un intento de impedir consumara su fuga. La Corte Suprema, conociendo del recurso de casación interpuesto en contra de la sentencia de la corte de apelaciones de Antofagasta, revocó el fallo, negando la indemnización por daños y perjuicios morales que le había sido concedida a raíz de las graves lesiones sufridas, argumentando para ello que no correspondía alegara “Falta de Servicio” por quien no reviste la calidad de usuario directo del mismo.

El fallo desarrolla varias ideas que es pertinente analizar:

¹²⁶ Ver ficha N° 13 sección 1° del anexo.

La idea de "ámbito de acción de un servicio", concepto a partir del cuál se definiría a quienes alcanza la calidad de "usuario del servicio". Viene al caso citar lo expresado en el considerando 14°:

"En efecto, Gendarmería de Chile no está obligada a prestar servicio concreto alguno a la comunidad, como no sea en una forma totalmente indirecta, ya que su función primordial es la custodia de los reclusos que se encuentran a disposición de los tribunales de justicia, por lo que no se hallaba en situación de incurrir en este tipo de responsabilidad".

15°) Que la circunstancia de efectuarse disparos en la forma como quedó establecido que ocurrió, no puede sino constituir un acto que, de mediar culpa, sería cuasidelito civil, porque habría negligencia e imprudencia. En todo caso, una situación de esta naturaleza debería ser materia de la prueba que rindieren las partes, sin que ella pudiese derivarse del mero hecho de tratarse de un agente del Estado que ocasionó daño".

En el considerando 17° se concluye:

"Que, en resumen, habiendo sido invocada en la demanda, como única causa de pedir, la responsabilidad civil derivada de la falta de servicio, que se ha demostrado ser improcedente, resulta procesalmente imposible acoger las pretensiones indemnizatorias de la actora, (...)"

Este razonamiento de la Corte, nos parece lamentable desde al menos dos puntos de vista:

En primer lugar, por delimitar arbitrariamente el ámbito de sujetos respecto de los cuales pesaría sobre la administración la obligación de indemnizar en el caso de ocasionar daño, restringiéndolo solo a aquellos quienes tengan la calidad de "usuarios inmediatos del servicio".

Acogiendo tal planteamiento, desaparecería para la administración, todo incentivo orientado a tomar medidas tendientes a evitar daños a los "no usuarios", no habría necesidad de instruir protocolos de actuación, carecería de sentido destinar recursos en implementos o bienes tendientes a evitar daños, etcétera.

En segundo lugar, el desarrollo del concepto "función primordial" del Servicio, de momento que este se toma como el criterio a partir del cual delimitar el ámbito de acción en que podría reclamarse la responsabilidad por los daños ocasionados por la acción u omisión de un Servicio Público. Tal como está planteado en la sentencia, el concepto deja fuera una serie de hipótesis en las que perfectamente la administración puede producir daño valiéndose de la posición, medios y ocasión que derivan de las funciones que les corresponde desempeñar y en las que, sea que se traten o no de actos u omisiones enmarcables dentro de la función primordial del servicio, no desaparecen las razones que justifican la aplicación de un estatuto especial, nos referimos a la

especial dañosidad, magnitud y riesgo que los distinguen de los actos de los particulares.

Si bien “Arévalo con Fisco” se refiere a hechos perpetrados por el funcionario de Gendarmería, institución que no se encuentra entre aquellas de que se trata este trabajo, es procedente su cita y análisis por cuanto este razonamiento es recogido posteriormente en la decisión de causas referidas a las instituciones materia de este trabajo. Así es como, el mismo criterio de resolución se aplicó en la decisión de la Corte de Apelaciones de Concepción en el caso “Yáñez Melita Leonardo con Fisco de Chile”¹²⁷, en la sentencia del veintidós de enero de dos mil ocho, en la que se descartó la Falta de Servicio como factor de atribución por las mismas razones en que se funda “Arevalo con Fisco”, sin embargo en este caso si se hace lugar a la indemnización de perjuicios, situando el factor de atribución en la infracción de las normas de tránsito.

Algo similar ocurre en “Bustos Riquelme, María Angélica con Fisco”¹²⁸, sentencia en recurso de casación en el fondo de enero de 2005, decisión en la

127 Corte de Apelaciones de Concepción. Ficha nº 15, 2º parte del anexo de jurisprudencia.

128 Corte Suprema. Ficha Nº 14, 1º parte del anexo de jurisprudencia.

que se sostiene la idea de que no puede aplicarse la idea de “Falta de Servicio” al personal de las FFAA y que estas se rigen por el estatuto de personal con que cuentan.

Capítulo IV.- La falta de servicio como factor de atribución de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración por actuaciones de las FFAA y de Orden y Seguridad Pública: precisiones.

1. Aplicación del artículo 42 de la ley 18.575 en atención a lo dispuesto en el artículo 21 de la misma ley.

Según lo visto hasta ahora, la doctrina se divide en torno a la aplicación del concepto de Falta de Servicio como factor de atribución de responsabilidad para las FFAA y de Orden y seguridad, desde el punto de vista de la teoría de la responsabilidad objetiva, este concepto no tendría aplicación, por el contrario, para quienes postulan determinar la Responsabilidad patrimonial de la Administración a través de la aplicación de las reglas de responsabilidad que contempla el Código Civil, si procedería atribuir responsabilidad a través de la idea de Falta de Servicio, pero no a través de la aplicación del artículo 42 de la ley 18.575.

Si bien el tenor literal del artículo 21 de la ley 18.575 parece no dejar espacio a dudas acerca de la imposibilidad de aplicar el artículo 42 a las

instituciones que allí mencionan, entre las que se encuentran las que son materia de este trabajo, surgen voces que plantean lo contrario.

Por el detalle con que se refiere a este planteamiento, nos referiremos nuevamente a las consideraciones vertidas en los votos de minoría del ministro Sergio Muñoz, quien al respecto señala:

“Quien suscribe este voto particular, por la enunciación de los párrafos 1° y 2° del Título II de la Ley 18.575, como por las materias de que trata, entiende que igualmente se aplica el artículo 42 a las reparticiones excluidas en el inciso segundo del artículo 21, según se ha indicado con anterioridad. Es así como el artículo 42, en correspondencia con el artículo 4°, dispone que los "órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio". En todo caso, de estimarse excluida de aplicación de esta norma, debe regirse por el artículo 4°, el que singularmente, sin el complemento del artículo 42, podría entenderse que establecería una responsabilidad objetiva derivada únicamente de constatar un derecho lesionado que ocasione daños al administrado, circunstancia que corresponde descartar”¹²⁹.

Tiene sentido el planteamiento del ministro Muñoz, teniendo en cuenta que el título segundo de la ley 18.575 se refiere fundamentalmente a materias

129 Considerando 10° del voto de minoría del Ministro Muñoz en la sentencia de casación de “Palma Guerra Enzo con Fisco de Chile” Rol: 9510-2009, Corte Suprema.

relacionadas al estatuto del personal y la carrera funcionaria, materias a las que si se refieren la normativa particular de cada uno de los organismos a los que está vedado aplicar dicho título.

Sin embargo, lo que podría considerarse una solución sensata a un error de técnica legislativa, carece de argumento de texto suficiente para contrarrestar lo categórico de lo planteado por el artículo 21 de la misma ley.

2. Carácter objetivo en la especie.

El concepto “Falta de Servicio” admite ser concebido también desde una perspectiva objetiva. Entendido de esta manera, habría “Falta de Servicio” en todos los casos en que la administración no funcione, no funcione correctamente o de hacerlo, su actuación ocurra de manera tardía y que eso provoque daño en la persona o patrimonio de una persona. Bajo esta perspectiva, correspondería a el o los afectados probar solamente la existencia del daño y la relación causal entre este y la actuación u omisión del servicio, quedando de cargo de la administración probar que actuó de manera diligente y eximirse de esa manera de la responsabilidad. La aplicación del concepto, entendido de esta manera se sostendría en la interpretación conjunta del artículo 38, inciso 2º de la

Constitución Política de la República y de los artículos 4º y 42 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado.¹³⁰

El concepto resulta aún más claro si se compara con lo que correspondería a la concepción subjetiva de la “Falta de Servicio” que es aquella que resulta de la aplicación conjunta de las normas de derecho público con las normas de Responsabilidad del Código Civil, concepción bajo la cual no bastaría solo con acreditar que existió un obrar defectuoso, sino que también habría existido culpa o dolo en el agente que ocasiona el daño.

3. Régimen de presunciones en la especie.

Establecer una presunción consiste, en términos simples, en: A partir de hechos que son conocidos y de los que se tiene certeza, dar por establecido un hecho que es desconocidos del que no se tiene certeza. Los primeros son los hechos "base de la presunción", el segundo es el "Hecho presumido".

130 La aplicación a las Fuerzas Armadas y de Orden del concepto “Falta de Servicio” entendido de esta manera, implica entender que el la norma del artículo 21 de la ley 18.575 no impide que le sea aplicado el artículo 42 de la misma ley. Esta idea es desarrolla por el ministro Sergio Muñoz.

Las presunciones se pueden clasificar en varios tipos: Según quien las establezca: En legales, judiciales o convencionales; Según el valor probatorio que se les otorgue, en presunción de Derecho o presunción legal.

Las presunciones judiciales: Son aquellas que establece el juez que, dentro de su competencia, conoce de un asunto en particular. Encuentran su regulación básica en los artículos 426 y siguientes del CPC y el artículo 1712 del Código Civil.

Las presunciones de carácter convencional: Son aquellas que establecen las partes, en el marco de sus negocios, haciendo uso de su autonomía privada.

Luego, la respuesta a la pregunta: ¿Existen presunciones de responsabilidad patrimonial para la administración por actuaciones de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad?, dependerá de la perspectiva que se adopte para analizar el tema, por lo que, para ello resulta clave ir sobre los elementos que cada teoría reconoce forman parte de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración.

3.1 Presunciones en la teoría de la responsabilidad objetiva.

Para la teoría de la responsabilidad objetiva, no habría más elementos que la existencia de daño y causalidad entre este y una actuación u omisión de la administración. Luego, desde este punto de vista, se puede afirmar que no se han establecido presunciones sobre estos elementos, pues siempre debe probarse el daño y la causalidad (Evitabilidad para el caso de las omisiones).

3.2 Presunciones en la teoría de la responsabilidad por falta de Servicio que aplica reglas del Código Civil.

En la teoría de la responsabilidad por culpa, que aplica reglas del Código Civil, es precisamente por el hecho de aplicar estas reglas, que se abre paso a una serie de presunciones establecidas en artículos que resultan aplicables a situaciones que hipotéticamente podrían afectar a la administración:

a) En el artículo 2320 de Código Civil. Que se refiere a la responsabilidad por el hecho de los dependientes, se establece una presunción simplemente legal sobre un sujeto: "El no haber vigilado de manera adecuada a las personas que,

estando a su cargo, han ocasionado un daño". Aquí, los hechos base de la presunción son dos:

- i) El encontrarse una persona (a) a cargo de otra (b);
- ii) Que (a) haya causado un daño.

El hecho presumido es la falta de vigilancia de (b) sobre (a). A partir de este hecho presumido, el mismo artículo impone la consecuencia de la responsabilidad para (b) por el hecho de (a).

b) En el Art. 2322¹³¹ del Código Civil: Se establece la presunción simplemente legal, ya que se admite prueba en contrario, de que los criados o sirvientes han actuado de manera adecuada y que los amos tenían la posibilidad de prever o impedir las actuaciones que causaron el daño. Sobre la presunción de estos hechos se da lugar a la responsabilidad de los amos por el hecho de

131 Los amos responderán de la conducta de sus criados o sirvientes, en el ejercicio de sus respectivas funciones; y esto aunque el hecho de que se trate no se haya ejecutado a su vista.

Pero no responderán de lo que hayan hecho sus criados o sirvientes en el ejercicio de sus respectivas funciones, si se probare que las han ejercido de un modo impropio que los amos no tenían medio de prever o impedir, empleando el cuidado ordinario, y la autoridad competente. En este caso toda la responsabilidad recaerá sobre dichos criados o sirvientes.

sus sirvientes. Los hechos base de la presunción serían: i) (a) son criados o sirvientes de (b), ii) Se ha ocasionado un daño producto de una conducta de (a); Los hechos presumidos son dos: i) Que la conducta de (a) ha sido adecuada y ii) Que (b) tenía la posibilidad de prever o impedir las actuaciones que causaron el daño.

De lo expuesto, queda en evidencia que no existen presunciones de responsabilidad de orden legal que se refieran de manera específica a alguno de los elementos de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración y que la aplicación de presunciones tiene lugar a través de la aplicación de las reglas del Código Civil a la materia.

3.3 Presunciones en la jurisprudencia.

Dada la falta de definiciones expresas en la materia, existe espacio para que en sus decisiones, los tribunales interpreten la normativa existente y puedan establecer presunciones de algunos de los elementos de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración.

Resulta de interés analizar lo señalado en el considerando trigésimo primero del fallo pronunciado en “Violeta Fernández Rodríguez y otros con Fisco de Chile¹³²”, Rol: 2112-2003 de la Ilustre Corte de Apelaciones de Talca.

“Que se encuentra acreditado en autos que la causa de las lesiones que causaron la muerte a los conscriptos fue la explosión de una bomba, la que necesariamente tuvo que ser lanzada por funcionarios del Ejército, en el ejercicio de sus funciones, que los hechos materia de autos tuvieron lugar en el interior del Polígono de Tiro General José María Bari, de la Escuela de Artillería de la ciudad de Linares, esto es, un recinto perteneciente al Ejército, que las víctimas fallecieron efectuando ejercicios militares como parte del entrenamiento al que debían ser sometidos para cumplir con el servicio militar obligatorio, por lo que, de acuerdo con lo señalado, en el mismo fallo antes citado, por la Excelentísima. Corte Suprema, no cabe sino concluir que el Estado debe responder por el daño irrogado, ya que estamos frente a un riesgo causado por la propia Administración del Estado, quien debe garantizar las condiciones mínimas de seguridad respecto de las víctimas del accidente, por lo que procede acceder a las demandas de fojas 8 y 91, de acuerdo con lo que se precisará en los considerandos siguientes”.

La lectura aislada del considerando reproducido, podría llevarnos a pensar que se establece una presunción de responsabilidad por riesgo creado. Sin embargo tal conclusión debe descartarse al tomar en cuenta lo expresado en el considerando 29º del mismo fallo, en el que los jueces de la causa se pronuncian respecto de una de las defensas del Fisco, en la que alega que el hecho que

132 Corte de Apelaciones de Talca. Ficha N° 11. 2da parte del anexo de Jurisprudencia.

provocó el daño correspondía a un “Caso Fortuito”, alegación que finalmente es descartada no por improcedente, sino que por no haberla acreditado mediante la prueba rendida¹³³, cuestión que resulta incongruente con la idea planteada en el considerando 31º, en orden a dar por establecida la responsabilidad, por el solo hecho de crear el riesgo¹³⁴.

Un razonamiento similar, pero sin las contradicciones recién anotadas, se encuentra en los considerandos 10º y 11º de la sentencia de casación pronunciada en los autos caratulados “Caro Silva, Juan Guillermo con Fisco de Chile¹³⁵”, sentencia de 19 de octubre de 2005.

Décimo: Que en el caso de autos, la forma como ocurrieron los hechos, ya reseñados en el fundamento cuarto de esta sentencia; la relación de subordinación entre el autor del hecho y la víctima, quien era soldado conscripto, que a la sazón tenía 19 años y que cumplía con el Servicio Militar Obligatorio, es indubitable que el Estado debe responder por el daño irrogado. Porque se trata de un riesgo causado por la propia Administración del Estado, quien debe garantizar las condiciones mínimas de seguridad respecto de quien cumplía con el deber militar que le corresponde a todo varón mayor de

¹³³ Vigésimo noveno: Que, el Fisco de Chile no logró acreditar mediante la prueba rendida que el accidente en cuestión haya sido provocado como consecuencia de un caso fortuito, pues siempre, incluso en el peritaje que rola a fojas 1.140 y siguientes, se plantean y reconocen una serie de hipótesis por las cuales se pudo haber producido el accidente, sin descartar ninguna totalmente y de acuerdo con el principio general contenido en el artículo 1698 del Código Civil, correspondía al Fisco su prueba, pues no puede presumirse que el caso fortuito ha actuado como principal dentro de una serie de hipótesis igualmente factibles.

¹³⁴ Recurriendo el Fisco de Casación en el fondo, la Corte Suprema confirmó en sentencia de fecha 24 de marzo de 2011 (autos rol nº 1760-2009), confirmó el fallo, señalando que a la decisión eran aplicables las normas del Código Civil, en particular la regla del artículo 2314 del Código Civil.

¹³⁵ Corte de Apelaciones de Rancagua. Ficha Nº 18, 2da parte, anexo de jurisprudencia

18 años; servicio que persigue como fin preparar al contingente necesario para la defensa del país y, consecuentemente, permitir al Estado cumplir con el deber de resguardo de la seguridad nacional que le impone la Carta Fundamental”.

“ Undécimo: Que, conforme ha quedado establecido, el Estado no cumplió ni adoptó esas condiciones de seguridad al permitir que un miembro de las Fuerzas Armadas, abusando de la autoridad que le otorgaba el grado asignado, en estado de ebriedad y de servicio, procedió a maltratar a quien cumplía con su servicio militar, hasta causarle la muerte.”

Otra ejemplo de presunción, es el que podemos encontrar en “Seguel Cares con Fisco”, reiterada, como ya se ha dicho, también en otros fallos¹³⁶.

"Considerando décimo quinto: De acuerdo con este razonamiento y ampliándolo, puede no exigirse para la responsabilidad de la persona jurídica Estado la culpa o dolo de sus órganos o representantes; basta con que el comportamiento del servicio público fuera distinto al que debiera considerarse su comportamiento normal; o sea, basta con probar una falta de servicio. Por otra parte, la culpa de funcionarios anónimos puede presumirse, como ha hecho en ocasiones la jurisprudencia y en estos casos la culpa del órgano, que se presume de los hechos mismos, constituye la culpa del Estado. (El destacado es nuestro)

¹³⁶ “Moris Amaya con Fisco” Rol N° 9162-2011 Corte Suprema; “Fernández Rodríguez Violeta y otros con Fisco de Chile”, Rol N° 1760-2009, Corte Suprema.

4.- Casos en que debiera considerarse un estatuto especial.

4.1.- Casos en que se está en posición de custodia de un sujeto (detenidos, detenidos ebrios, soldados conscriptos).

Dentro de la variedad de situaciones y formas en que se exteriorizan las acciones u omisiones de las instituciones materia de este trabajo, nos encontramos con situaciones que revisten características especiales, las que, en nuestra opinión, merecen una atención especial.

4.1.1 Personas detenidas por personal de carabineros o Policía de Investigaciones.

Debemos entender por detención, cualquier privación de libertad ambulatoria de una persona, diferente de la prisión preventiva o de la ejecución de una pena privativa de libertad bajo la invocación de un fin previsto y permitido en el orden jurídico.

En cuanto al antecedente que las hará proceder, podemos distinguir entre:

- a) Detención judicial:** Aquella que según el artículo 127 del Código Procesal Penal (CPP) podrá ser ordenada por el tribunal a solicitud del ministerio público, con la finalidad de que el imputado sea conducido a su presencia, sin previa citación, cuando de otra manera la comparecencia pudiera verse demorada o dificultada.
- b) Detención decretada por cualquier tribunal:** El artículo 128 del CPP autoriza a cualquier otro tribunal, aunque no ejerza jurisdicción en lo criminal, para que dicte órdenes de detención contra las personas que dentro de la sala de su despacho, cometieren algún crimen o simple delito.
- c) Detención en caso de flagrancia:** Efectuada por la policía o cualquier otra persona. A ella que se refiere el artículo 129 del CPP, en donde se autoriza a cualquier persona a detener a quien sorprendiere en delito flagrante, debiendo entregar inmediatamente al aprehendido a la policía, al ministerio público o a la autoridad judicial más próxima. Este mismo artículo establece la obligación para las policías de detener a quienes sorprendan *in fraganti* en la comisión de un delito¹³⁷.

137 La policía deberá, asimismo, detener al sentenciado a penas privativas de libertad que hubiere quebrantado su condena, al que se fugare estando detenido, al que tuviere orden de detención pendiente, a quien fuere sorprendido en violación flagrante de las medidas cautelares personales que se le hubieren impuesto, al que fuere sorprendido

Lo expuesto debe entenderse en concordancia con lo establecido en el Artículo 4° inciso 3° Ley N° 18.961 Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile, que dispone para carabineros “La obligación de prestar el auxilio de la fuerza pública, además de colaborar con los Fiscales del Ministerio Público en la investigación de los delitos”, una obligación similar para la policía de investigaciones establece el artículo 5° del Decreto Ley N° 2.460 de 1979, que hace las veces de ley orgánica de la Policía de Investigaciones de Chile.

Identificado el marco normativo, cabe ahora ir sobre las implicancias materiales de este tipo de actuaciones.

A partir del acto mismo de la detención, y durante todo el tiempo que medie entre esta y la puesta a disposición de la persona detenida a las autoridades judiciales, el individuo queda bajo el cuidado de quien lo ha detenido: Durante el traslado en vehículos policiales y su estadía en comisarías o cuarteles policiales.

infringiendo las condiciones impuestas en virtud de las letras a), b), c) y d) del artículo 17 ter de la ley N° 18.216 y al que violare la condición del artículo 238, letra b), que le hubiere sido impuesta para la protección de otras personas.

En los casos de que trata este artículo, la policía podrá ingresar a un lugar cerrado, mueble o inmueble, cuando se encontrare en actual persecución del individuo a quien debiere detener, para el solo efecto de practicar la respectiva detención.

No existe normativa que regule el proceder ni establezca pautas de cuidado de las personas en esta situación, tampoco existe una regla de responsabilidad que se haga cargo de lo especial de la situación. La excepción está dada por la ley de alcoholes, que se verá más adelante

Los casos de muertes bajo estas circunstancias son de muy común ocurrencia, solo a modo de ejemplo, podemos señalar algunos casos informados por la prensa.

Caso en que una persona fallece al encontrarse detenido al interior de una comisaría en Lota ¹³⁸.

También podemos destacar el caso de un hombre que falleció al interior de un furgón policial en la ciudad de Rancagua¹³⁹.

138 <http://redvalparaiso.com/detenido-muere-al-interior-de-calaboso-en-la-3-comisaria-de-lota/>

139 <http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/ff-aa-y-de-orden/carabineros/detenido-murio-al-interior-de-un-furgon-de-carabineros-en-rancagua/2014-02-18/073225.html>

También el caso de una persona de 39 años de edad que falleció al interior de la tercera comisaría de Chile Chico, donde la causa aparente de muerte habría sido el suicidio mediante ahorcamiento con una polera del mismo fallecido¹⁴⁰.

El caso de un hombre que fallece víctima de un paro cardíaco encontrándose al interior de la 38ª comisaría de puente alto. En este caso en particular, la familia del fallecido alegó falta de auxilio¹⁴¹.

De mayor cuidado, resulta ser la situación de las personas que son sorprendidas en estado de ebriedad, situación que obedece a varias situaciones previstas en la ley de alcoholes¹⁴².

Como adelantáramos, por disposición del artículo 27 de la citada norma el personal policial deberá conducir a dichas personas a un cuartel policial para dar cumplimiento a los trámites que indica la ley “y para proteger su salud e integridad”

140 <http://www.radiosantamaria.cl/policial/2565-muerte-en-comisaria-de-chile-chico-carabinero-puesto-en-prision-preventiva-por-violencia-innecesaria-con-causa-de-muerte>

141 <http://www.chilevision.cl/noticias/chvnoticias/nacional/hombre-murio-de-un-paro-cardiaco-en-una-comisaria-de-puente-alto/2014-09-14/211609.html>

142 Ley n° 19.925 publicada el 19 de enero de 2004

En esta materia, la citada ley, si establece pautas de cuidado. El mismo artículo 27 señala que:

- Si la persona no tuviere control sobre sus actos, podrá ser mantenido en esas dependencias hasta que lo recupere con un plazo máximo de seis horas.
- Si estuviere en riesgo de salud, deberá ser conducido a un Servicio de Salud.

Sin embargo, en el análisis jurisprudencial realizado, no se han podido identificar referencias a estas normas como el fundamento de un estándar de cuidado o como una pauta de procedimiento, para los casos en que se ha reclamado la responsabilidad patrimonial de la administración por haber acaecido situaciones de estas características.

Así, por ejemplo, en: Díaz Alfaro con Fisco de Chile¹⁴³, que trataba del reclamo de una indemnización por daño moral para los familiares de una persona que falleció por intoxicación alcohólica aguda mientras se encontraba detenido

143 Corte Suprema, sentencia de casación en causa 3959-2005. Ficha N° 12 del anexo de jurisprudencia.

en un cuartel de carabineros. Para este caso se descartó en todas las instancias la procedencia de una indemnización de perjuicios. Conociendo de la casación en el fondo, la Excelentísima Corte estimó: **“No puede darse por establecida la Responsabilidad del Estado si no se acredita vínculo de causalidad entre el resultado y la Falta de Servicio”**.

En este caso, a nuestro juicio, la corte prescinde en su razonamiento de una norma (la recién citada ley de alcoholes), aunque precaria, tiene carácter expreso en el sentido de establecer un deber de conducta respecto de un sujeto en una situación de especial cuidado, directriz que si es considerada junto al mandato institucional de proteger a la ciudadanía, sirve de base suficiente para dar por establecida la responsabilidad de la administración, no por acción, sino que por omisión de una conducta que resulta del todo exigible.

4.1.2 La situación de los soldados conscriptos.

Las bases normativas de esta institución se encuentran principalmente en el decreto n° 2306 “Sobre reclutamiento y movilización de las fuerzas armadas” que data de agosto de 1978 y su más importante modificación a través de la ley 20.045.

A través de esta ley, el año 2005, el sistema de reclutamiento morigeró su carácter obligatorio, para dar prioridad a las postulaciones voluntarias¹⁴⁴.

El periodo de instrucción puede durar hasta dos años y se efectúa en el Ejército, la Armada, la Fuerza Aérea y en la Defensa Civil.

La finalidad de la instrucción es que los soldados conscriptos reciban entrenamiento básico como soldados o marineros y en atención a tal fin participan de actividades propias de las instituciones en que se imparte, las que, como ya se explicó, son intrínsecamente peligrosas¹⁴⁵.

En la jurisprudencia podemos encontrar algunos casos que tratan sobre daños sufridos por soldados conscriptos:

144 "Artículo 29.- Para la realización del servicio militar se seleccionará preferentemente a las personas que hayan manifestado su decisión de presentarse voluntariamente a su cumplimiento o de efectuarlo voluntariamente, y que cumplan con los requisitos legales, reglamentarios y de salud. En el caso de que los voluntarios varones no sean suficientes para enterar el contingente a que alude el artículo 20, se completará la cantidad faltante mediante los sorteos que contempla esta ley."

El más reciente corresponde a la causa caratulada “Ossa Infante, Ramón Angel, con Fisco de Chile”. Que resuelve otorgar una indemnización de perjuicios a favor de 27 sobrevivientes de la tragedia de Antuco. La excelentísima Corte, tuvo por acreditada la falta de servicio por la actuación negligente de personal del ejército. La corte acogió como doctrina, la idea de que la noción de falta de servicio para estas instituciones debe ser aplicada sobre la base de los artículos 2320 o 2322 del Código Civil".

En un fallo anterior, caratulado “Erwin Candia Hernández y otra con Fisco de Chile” La Excelentísima Corte, conociendo del recurso de casación en el fondo interpuesto en contra de la sentencia en la que se abordó el caso de un conscripto que falleció producto de las lesiones provocadas por cabo segundo, en medio de una pelea, encontrándose ambos bebiendo alcohol mientras se encontraban acuartelados en dependencias militares, resolvió que no resultaba aplicable al caso el artículo 42 de la ley 18.575 y que, en cambio, debía aplicarse lo dispuesto en el título xxxv del libro cuarto del Código Civil referente a los delitos y cuasidelitos y, en particular, lo establecido en los artículos 2320 y 2314 y asimismo, discurre la obligación del servicio de responder de la falta personal del funcionario, cuando su accionar no se encuentra desvinculado con el servicio que le corresponde desarrollar.

En Fernández “Rodríguez Violeta con Fisco de Chile”, fallo en el que el tribunal de casación conoció el caso de tres soldados conscriptos que, participando de un ejercicio de entrenamiento, fallecen producto de la detonación de una bomba de mortero que explota al interior de un área definida como Zona de Seguridad. El fallo razona afirmando la procedencia de aplicar las normas del Código Civil, título xxxv, libro IV, y siguiendo el criterio presente en “Seguel Cares con Fisco” afirma que, para las fuerzas armadas, la noción de falta de servicio debe ser aplicada en base al artículo 2314 del Código Civil.

En “Caro Silva, Juan Guillermo con Fisco de Chile”, en el que la excelentísima Corte se pronuncia conociendo de un recurso de casación, sobre el caso de un soldado conscripto que fallece producto de las lesiones ocasionadas por los golpes propinados por un superior. En líneas generales, en este fallo el tribunal acoge la doctrina que plantea la responsabilidad de la Administración como una institución regida por normas de Derecho Público y que, al menos en este caso, la responsabilidad del Estado viene determinada por el hecho de ser la Administración un agente generador de riesgo:

“Porque se trata de un riesgo causado por la propia Administración del Estado, quien debe garantizar las condiciones mínimas de seguridad respecto de quien cumplía con el deber militar que le corresponde a todo varón mayor de 18 años; servicio que persigue como fin preparar al contingente

necesario para la defensa del país y, consecuentemente, permitir al Estado cumplir con el deber de resguardo de la seguridad nacional que le impone la Carta Fundamental”.¹⁴⁶

Hemos reseñado de manera muy breve algunos casos, y en ellos podemos constatar que el razonamiento del más alto tribunal de la República ha transitado en un sentido opuesto al que nos parecería el más adecuado a la naturaleza de las situaciones analizadas.

Mientras el recién referido fallo “Caro Silva, Juan Guillermo con Fisco de Chile” recoge la idea del riesgo creado por el Estado, al establecer un sistema semi-obligatorio de entrenamiento de jóvenes ciudadanos, a fin de que estos adquieran habilidades militares, el más reciente fallo referido un tema relacionado con daños sufridos por soldados conscriptos únicamente se circunscribe a subsumir la conducta de un dependiente de la institución en las normas civiles relativas a la responsabilidad por el hecho ajeno, dejando pasar la oportunidad de haber desarrollado alguna idea en torno a la especial situación de vulnerabilidad de los soldados conscriptos en situación de entrenamiento.

¹⁴⁶ En el considerando décimo de la sentencia.

El caso de los soldados víctimas de la tragedia de Antuco, resulta especialmente apropiado para desarrollar nuestro parecer sobre esta materia.

Se trata del caso de un batallón de conscriptos que, por instrucciones de un mayor de Ejército y un comandante, emprendieron una marcha en la ladera norte del Volcán Antuco.

Los conscriptos recibieron la instrucción de realizar la marcha bajo condiciones y premunidos de vestimentas que no eran las adecuadas.

Tal como revisamos en el primer capítulo de este trabajo, las instituciones de las Fuerzas Armadas se desenvuelven y rigen su funcionamiento bajo un esquema de mando caracterizado por la aplicación de conceptos tales como: Obediencia, disciplina y verticalidad de mando. Es un hecho indiscutido que el mismo esquema de funcionamiento se aplica durante el entrenamiento que reciben los soldados conscriptos. En ese contexto, las ordenes que se reciben de los superiores a cargo, deben ser ejecutadas sin que aparezca como una posibilidad real la idea de cuestionar una instrucción o, derechamente, oponerse.

Y así ocurre en la generalidad de los casos de accidentes sufridos por soldados conscriptos: El soldado que se encuentra en instrucción no se encuentra en posición de decidir el participar de una actividad, no podrá decidir acerca de la manera en que esta se llevará a cabo, no podrá elegir su equipamiento ni determinar por su voluntad alguna otra de las circunstancias en que se desarrollará su entrenamiento.

Atendido lo anterior, es que nos parece acertado el razonamiento vertido en 2005 en el ya citado fallo “Caro Silva con Fisco de Chile” en el que la Excelentísima Corte razona a partir de la idea de “Riesgo creado” por la administración, el que, como hemos explicado, resulta ser especialmente intenso en el caso de las actividades desarrolladas por las Fuerzas Armadas.

Sin perjuicio de considerar que este riesgo, inherente a la misión institucional de las fuerzas armadas y de orden, bastaría para construir un factor de imputación de responsabilidad, creemos que al menos aparece como indiscartable a la hora de decidir acerca de la responsabilidad patrimonial del fisco, atendida la circunstancia de encontrarse los soldados conscriptos en una situación que podría considerarse como “Bajo la custodia” de las instituciones encargadas de impartir su entrenamiento.

Custodiar significa “Guardar con cuidado y vigilancia”.¹⁴⁷ Fundamos la afirmación de que los soldados conscriptos se encuentran bajo el cuidado y vigilancia de la institución en la que reciben su entrenamiento en una cuestión de hecho: Los soldados conscriptos, una vez insertos en el entrenamiento, no tienen la posibilidad, real ni teórica, de exponerse o restarse de las situaciones de riesgo que involucra su instrucción, y es la institución la que tiene la posibilidad y el deber de tomar las precauciones que se hagan necesarias a fin de resguardar la integridad de los conscriptos sea que esto deba concretarse a través de instrucciones, directrices, vigilancia, prohibiciones, entrega de elementos de seguridad, de equipamiento adecuado a las actividades que se haya de realizar (Triste ejemplo de una situación en la que el Estado no cumplió con esta obligación es la ya revisada tragedia de Antuco),

4.2 Porte y uso de armas de fuego.

La naturaleza de sus funciones, impone a las instituciones en estudio la tenencia y eventualmente el uso de armas de fuego.

¹⁴⁷ <http://lema.rae.es/drae/srv/search?key=custodiar>

Las referencia normativa más directa a su utilización, la encontramos en la ley 17.798, ley de control de armas.

Esta ley, en su artículo primero, señala que el ministerio de defensa nacional a través de la dirección general de movilización nacional estará a cargo de la super vigilancia y control de las armas y explosivos, fuegos artificiales y artículos pirotécnicos y otros elementos similares de que se trata esta ley.

Luego, en el artículo 2º especifica que quedarán sometidos a este control

- a) El material de uso bélico, entendiéndose por tal las armas, cualquiera sea su naturaleza, sus municiones, explosivos o elementos similares construidos para ser utilizados en la guerra por las fuerzas armadas, y los medios de combate terrestre, naval y aéreo, fabricados o acondicionados especialmente para esta finalidad;
- b).- Las armas de fuego, sea cual fuere su calibre, y sus partes, dispositivos y piezas;
- c).- Las municiones y cartuchos;
- d) Los explosivos y otros artefactos de similar naturaleza de uso industrial, minero u otro uso legítimo que requiera de autorización, sus partes, dispositivos y piezas, incluyendo los detonadores y otros elementos semejantes;

e).- Las sustancias químicas que esencialmente son susceptibles de ser usadas o empleadas para la fabricación de explosivos, o que sirven de base para la elaboración de municiones, proyectiles, misiles o cohetes, bombas, cartuchos, y los elementos lacrimógenos o de efecto fisiológico;

f) Los fuegos artificiales, artículos pirotécnicos y otros artefactos de similar naturaleza, sus partes, dispositivos y piezas. En este caso no será aplicable lo dispuesto en los artículos 8° y 14 A;

g) Las instalaciones destinadas a la fabricación, armaduría, prueba, almacenamiento o depósito de estos elementos, y

h) Las armas basadas en pulsaciones eléctricas, tales como los bastones eléctricos o de electroshock y otras similares.

Luego, en el artículo tercero se establece la prohibición general de poseer armas de fuego o modificaciones de las mismas, asimismo se prohíbe tener o portar artefactos fabricados sobre la base de gases asfixiantes, paralizantes o venenosos, entre tipos de elementos nocivos, así como también artefactos incendiarios.

Sin embargo, el mismo artículo exceptúa de esta prohibición a las Fuerzas Armadas y a Carabineros de Chile. Por otra parte, a La Policía de Investigaciones de Chile, Gendarmería de Chile y la Dirección General de Aeronáutica Civil, estarán exceptuadas sólo respecto de la tenencia y posesión de armas

automáticas livianas y semiautomáticas, y de disuasivos químicos, lacrimógenos, paralizantes o explosivos y de granadas, hasta la cantidad que autorice el Ministro de Defensa Nacional.

El artículo cuarto se refiere a las instalaciones destinadas a la fabricación, armaduría, almacenamiento o depósito de armas y otros materiales indicados en el artículo segundo de la ley, indicando que para su construcción se requerirá autorización de la Dirección General de Movilización Nacional.

La parte final de este artículo cuarto, exceptúa de manera expresa a las Fuerzas Armadas y a Carabinero de Chile de las autorizaciones y controles a que se refiere el mismo artículo, excepción que se extiende a lo que las fábricas y maestranzas del Ejército, Astilleros y maestranzas de la Armada y la Empresa Nacional de Aeronáutica produzcan para el uso de las instituciones de la defensa nacional.

En el artículo 6º de la ley se establece la prohibición general de transportar armas de fuego fuera de los lugares indicados en el artículo 5º (En general: Bien raíz de residencia del autorizado o su lugar de trabajo) y, en el mismo artículo se establece la excepción de esta regla para las Fuerzas Armadas y a Carabineros

de Chile. También para la Policía de Investigaciones de Chile, Gendarmería de Chile y la Dirección General de Aeronáutica Civil, pero sólo respecto de la tenencia y posesión de armas automáticas livianas y semiautomáticas, y de disuasivos químicos, lacrimógenos, paralizantes o explosivos y de granadas¹⁴⁸

En el análisis del cuerpo legal completo, se puede constatar que no existen normas que digan relación con algún deber de cuidado especial para las Instituciones que Integran las Fuerzas Armadas, Carabineros o Policía de investigaciones, por el contrario, y por razones evidentes, se las exceptúa de manera expresa de algunas obligaciones y sujeciones a control de la autoridad. Estas excepciones, perfectamente razonables atendidas las funciones que corresponde desarrollar a estos organismos, dan cuenta de la intensidad del uso que las mismas dan a las armas de fuego.

Sin embargo el legislador no se hace cargo del riesgo implícito que encierra el uso que a las armas de fuego dan estas instituciones. No existe normativa que reglamente con especial de dedicación el uso de armas y

¹⁴⁸ Inciso tercero del artículo 6° de la ley 17.798.- “No requerirá este permiso el personal señalado en el inciso cuarto del artículo 3°, sin perjuicio de lo que disponga la reglamentación institucional respectiva. Asimismo, no requerirán este permiso, los aspirantes a oficiales de Carabineros ni los aspirantes a oficiales de la Policía de Investigaciones, que cursen tercer año en las Escuelas de Carabineros y de Investigaciones Policiales, durante la realización de las respectivas prácticas policiales”.

explosivos por parte de estas instituciones. Sólo en el caso de Carabineros de Chile podemos citar el reglamento N° 14, de armamento y municiones para Carabineros. Decreto N° 256 de 1981, de la Subsecretaría de Carabineros, del Ministerio de Defensa Nacional, pero, como explicamos en la página 60, este no introduce ninguna directriz respecto del uso, ni contiene otros elementos que permitan configurar a partir de ellos alguna regla especial de cuidado o responsabilidad.

CONCLUSIONES.

1.- Insuficiencia de la legislación que regula la materia.

La primera conclusión que surge de este trabajo, es que nos encontramos ante una normativa que regula la institución de la responsabilidad de una manera que resulta ser, sin dudas, insuficiente.

La normativa aplicable a la materia, tanto a nivel constitucional como legal no es categórica en sus planteamientos y su insuficiencia se verifica de momento que deja a la interpretación un espacio tal, que permite que, a partir de las mismas normas se construyan teorías respecto a la naturaleza y forma en que ha de determinarse la responsabilidad patrimonial de la administración por los actos u omisiones de las Fuerzas Armadas y de Orden, que asumen supuestos y tienen consecuencias radicalmente distintas una respecto de la otra.

Esta laxitud interpretativa a que deja espacio la normativa se ha expresado con holgura en la jurisprudencia de nuestros tribunales y, por supuesto, en el espacio argumentativo en que se desenvuelven las alegaciones y defensas jurídicas de los litigantes.

Por otra parte, se puede afirmar que la legislación es también insuficiente en la definición y conceptualización de los elementos en base a los cuales determinar la procedencia de la responsabilidad patrimonial de la administración. Sea cual sea la posición doctrinaria desde la cual se examine el marco normativo de este tipo de responsabilidad, forzoso es concluir que no existe claridad respecto del tema.

Respecto al punto anterior, resulta pertinente la mención al trabajo de quien dirige esta memoria, quien se refirió al tema en un artículo publicado en la Revista de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en el año 2004¹⁴⁹. El profesor Román plantea que el análisis de los presupuestos de la Responsabilidad patrimonial de la administración debe realizarse identificando y definiendo sus elementos desde dos perspectivas y, en tal sentido, propone distinguir: Una “Matriz horizontal”, en la que se han de enumerar cada uno de los presupuestos que se requiere concurren para dar por establecida la responsabilidad y, junto con esto, la definición de una “Matriz vertical”, en la que debe precisarse el alcance conceptual de cada uno de los presupuestos que integran la matriz horizontal.

149 ROMAN CORDERO, Cristian. En “La Responsabilidad Patrimonial de la Administración del Estado y su necesaria modelación legal en base a la enumeración y delimitación conceptual de sus presupuestos” Revista de Derecho Público, Vol. Nº 66 Universidad de Chile, Santiago, 2004.

En suma, se puede afirmar que las falencias del marco normativo de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración que está disponible para ser aplicado respecto de los actos u omisiones de las FFAA y de Orden y Seguridad Pública, quedan en evidencia, tanto desde un punto de vista conceptual como práctico.

Así, y a pesar de lo relevante de la materia, no existe norma que la regule de manera expresa e inequívoca. Las opciones doctrinarias disponibles proponen soluciones alcanzadas a través de la interpretación hecha desde ópticas muy distintas. Ambas nos parecen también insuficientes.

2.- Insuficiencia de las soluciones propuestas por la doctrina.

La propuesta de aplicación de reglas del Código Civil a la determinación de la responsabilidad patrimonial de la administración no resuelve adecuadamente una serie de situaciones que obedecen, fundamentalmente, a las singularidades de uno de los sujetos involucrados, la administración.

El Estado es un ente con características notablemente distintas de aquellas que poseen los sujetos administrados, desde más de un punto de vista:

En cuanto a los medios materiales y económicos con los que cuenta (cuestión que guarda directa relación con las posibilidades que tiene de observar estándares de cuidado e indemnizar).

En cuanto a la finalidad a la que está adscrito, los principios que, por mandato legal expreso está obligado a observar¹⁵⁰.

A lo anterior debe añadirse, que en lo pertinente a este trabajo, se trata de instituciones aún más especiales (por el exacerbado riesgo inherente a la naturaleza de las funciones que desarrollan, lo que se traduce en una aptitud para producir daños, muy superior, tanto en intensidad como en frecuencia, si se la compara con un particular).

El desafío consiste entonces, en establecer los lineamientos del mecanismo que permitirá dar solución a la situación en que este especialísimo ente, la administración, a través de unas instituciones aún más especiales, las FFAA y de Orden y Seguridad, lesione a las personas, naturales o jurídicas. Tarea que, a nuestro parecer y en concordancia con la doctrina a que nos

150 Como ya se ha referido a lo largo de este trabajo, de acuerdo a la Carta fundamental, el Estado está al Servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común. A esto, deben sumarse los principios que rigen el actuar de la administración (responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas) a los que hace referencia el inciso 2º del artículo 3º de la ley 18.575.-

referimos en el capítulo tercero de la segunda parte de este trabajo, no se completa satisfactoriamente con el recurso a las normas de Derecho Civil. El punto es desarrollado extensamente en el recién referido capítulo, de todas maneras, es posible resumir lo allí planteado mediante la referencia al hecho de tratarse la normativa Civil, de un estatuto diseñado para regular la relación entre sujetos situados en un plano de relativa igualdad, visión en la que evidentemente no encaja la figura del Estado Administrador, menos aún tratándose de las instituciones materia de este trabajo.

Las dificultades probatorias que surgen en torno a la prueba de los elementos que exige la responsabilidad civil, ponen a la víctima en una situación de injusta desventaja. Queremos ilustrar esto con un ejemplo:

En la causa rol nº 643-2006, caratulada “Violeta Fernández Rodríguez y otros con Fisco de Chile¹⁵¹”, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Talca debió pronunciarse sobre el recurso de apelación deducido por el Fisco respecto de la decisión del tribunal de primera instancia que entregó sendas indemnizaciones a los padres de un soldado conscripto que falleció producto del estallido de una bomba de mortero que, lejos del blanco que se pretendía alcanzar, impactó dentro de lo que se había definido como zona de seguridad.

151 Fichas nº 8 de la 1º parte y ficha nº 11 de la 2da parte del Anexo de jurisprudencia.

Si bien la Corte decidió este caso, atribuyendo responsabilidad al Estado, la defensa fiscal requería la aplicación de reglas de responsabilidad civil y, en razón de ello promovió durante la secuela del juicio se debatiera en base a argumentos y elementos probatorios de un nivel de complejidad tal, que resultan especialmente ilustrativos del punto que queremos destacar, la desventaja en que se encuentran las víctimas en un escenario de este tipo:

“(…) En lo que concierne a la responsabilidad del artículo 2320 del Código Civil, es decir, la responsabilidad por el hecho ajeno, deben concurrir en ella los requisitos generales de la responsabilidad extracontractual civil, esto es: tratarse de una persona subordinada, existir un hecho dañoso, provenir éste de dolo o culpa y la existencia de una relación de causalidad entre la conducta y el resultado.

“Además no se habría probado el dolo o culpa de los supuestos subordinados, lo anterior igualmente consecuencia de la falta de individualización de dichas partes. **Enfatiza que a este respecto tampoco se ha precisado en qué consistió la culpa en el proceder de las personas que dispararon la bomba de mortero, toda vez que el Fisco habría desvirtuado cualquier tesis en tal sentido con la copia del Informe Técnico DAM N° 1.02/2001, evacuado por el IDIC del Ejército en sumario seguido por la Fiscalía Militar de Talca, Rol N° 241 200, el que teniendo carácter de instrumento público no fue objetado, excluyendo el mismo la hipótesis de error de puntería”.**

“(…) **Concluye manifestando que no existen antecedentes que prueben que la muerte de los conscriptos se debió a una impericia de algún militar, por lo que faltando un elemento esencial de la responsabilidad fiscal procede rechazar la demanda”.**

“Manifiesta que el accidente de autos no se produjo a raíz de un error de puntería, extremo que señala acreditado en autos con los medios de prueba, sino que éste habría sido producto de un caso fortuito, toda vez que el daño denunciado en la demanda se debió a que una de las cargas explosivas de la bomba estaba húmeda, inerte o talló por algún otro motivo, lo cual influyó en la propulsión del proyectil, que cayó a 400 metros del lugar de su destino, alcanzando así sus esquirlas a las víctimas, caso que no habría ocurrido de no fallar una de las señaladas cargas. Hace presente que el sentenciador desestimó el caso fortuito, por considerar que si tal situación ya había ocurrido en el pasado, bien pudo preverse en el presente caso, desapareciendo así la imprevisibilidad del hecho, con lo cual no pudo generarse tal caso fortuito. A lo anterior, el recurrente responde relatando una vez más todos los medios de prueba aportados por él, concluyendo que disiente del planteamiento del tribunal, que no dio por probado el caso fortuito en razón de no haberse indicado en el peritaje cuál habría sido la causa precisa del accidente, refiriéndose, en cambio, a una serie de hipótesis igualmente probables”.

En un caso en el que el sentido común expresaría una conclusión cercana en la obviedad (La procedencia de la indemnización), nuestro objetivo es llamar la atención acerca de la complejidad de los argumentos a los que abre espacio el recurso a reglas civiles por parte de la defensa fiscal. La posibilidad de controvertirlos en relativa igualdad es casi nula, sea por la complejidad de la materia, sea por los recursos con que cuenta el Fisco para obtener y preparar prueba.

Por su parte, tampoco la teoría de la responsabilidad objetiva del Estado responde satisfactoriamente a la tarea de establecer los elementos de la responsabilidad de la administración.

La idea de dar por establecida la Responsabilidad Patrimonial de la Administración, bastando para ello la sola constatación de la relación causal entre daño y actuación u omisión de la administración nos parece descartable por varias razones:

Primero, porque un sistema de responsabilidad en el que la posibilidad de obtener una indemnización de perjuicios de parte de la administración no contemple ninguna posibilidad de exoneración por parte del demandado y sólo baste con demostrar daño y causalidad, es un tremendo incentivo al litigante temerario. Resultaría, en la práctica, en una verdadera avalancha de demandas de Responsabilidad Patrimonial en contra del Estado. Huelga cualquier explicación acerca de lo insostenible que esto resultaría desde un punto de vista económico^{152 153}.

152 MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración, hacia un nuevo sistema. Editorial B de F. Buenos Aires, Argentina. 2012. P.198.

153 En cita de MIR PUIGPELAT: PANTALEÓN PRIETO, Fernando. "Los anteojos del Civilista, hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. En Derecho administrativo n° 237-238, enero-junio de 1994.

También, por cuanto propone un sistema de responsabilidad al que le resultan irrelevantes la observancia de estándares de conducta y cuidado, cuestión que lo que hace, en buenas cuentas, es desincentivar la observancia de los mismos.

En definitiva, no parece razonable que la aplicación de principios como la primacía de la persona humana por sobre el Estado y la servicialidad de la administración se concrete, en la práctica, en soluciones que, lejos de propender a un funcionamiento armónico de la vida en sociedad, incentiven precisamente lo contrario.

3.- Aplicación hegemónica de reglas de Derecho Civil a la determinación de la Responsabilidad patrimonial de la administración.

Parte de este trabajo consistió en un estudio de la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia respecto de la materia. En el capítulo segundo, se muestra un panorama general de la misma. De este ejercicio es posible concluir que, en el panorama de confusión conceptual y argumentativa que existe a nivel de cortes de apelaciones, destaca la aplicación constante, a la hora de decidir el caso, de normas de Derecho Civil en materia de Responsabilidad Extracontractual, la que tiene, desde hace por lo menos 10 años un carácter

hegemónico. En medio de este panorama, se destacan los argumentos del ministro y actual presidente de la Corte Suprema, Ministro Sergio Muñoz, quien en sendos votos de minoría, se manifiesta en contra de la aplicación de normas del Código Civil a la determinación de la Responsabilidad de la Administración por actuaciones de las Fuerzas Armadas y de Orden.

4.- Necesidad de adecuación de la normativa.

La tarea de determinar los elementos de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración exige conciliar las finalidades e intereses de los actores que se ven involucrados. Por una parte la administración del Estado, sujeto – especialmente para el caso de las instituciones materia de este trabajo- con especiales características de dañosidad, patrimonio y por supuesto una muy importante finalidad "atender al bien común respetando la primacía de la persona humana", y por el otro, los particulares, en que la capacidad y recursos para precaver el daño son, en la mayoría de los casos, muy inferiores.

También los distintos operadores del sistema judicial necesitan desenvolverse dentro de ciertos márgenes de certeza jurídica. Lo necesitan quienes decidan ejercer o no las acciones en virtud de las cuales pretenden obtener reparación de los perjuicios. Lo precisan también los jueces, quienes en

definitiva aplican el derecho y son los llamados a dar a la ciudadanía, la certeza de la efectividad del derecho como garante del correcto funcionamiento de la sociedad.

Tanto la claridad como la certeza acerca de la normativa aplicable a la decisión de una situación, son pilares de la seguridad jurídica y esta es, a su vez, base de la confianza de la ciudadanía en las instituciones y en el Estado de Derecho¹⁵⁴.

Ya hemos hecho notar las consecuencias de esta incertidumbre, sin perjuicio de ello, volvemos sobre el punto. La falta de reglas claras implica un defectuoso funcionamiento del sistema. Decisiones que son revocadas constantemente, decisiones diversas para casos análogos, decisiones apoyadas en fundamentos contradictorios, hipótesis de irresponsabilidad de la administración, desincentivo a la participación actores como aseguradoras y en

¹⁵⁴ La seguridad es, sobre todo y antes que nada, una radical necesidad antropológica humana y el «saber a qué atenerse» es el elemento constitutivo de la aspiración individual y social a la seguridad; raíz común de sus distintas manifestaciones en la vida y fundamento de su razón como valor jurídico (A. E. Pérez Luño, *La seguridad jurídica*, Barcelona: Ariel, 1991, p. 8).

En el mismo sentido: “La seguridad se convierte en asunto cuando la inseguridad se extiende. Y cuanto más inseguras son las circunstancias en la modernidad mayores son las expectativas de seguridad de los hombres [A. Schrimm-Heins, «Gewissheit und Sicherheit: Geschichte und Bedeutungswandel der Begriffe “certitudo” und “securitas” (Teil 2)», *Archiv für Begriffsgeschichte*, Bonn: Bouvier, 35, 1992, p. 204]. citado en *Teoría de la Seguridad Jurídica*. Avila, Humberto, Cátedra de Cultura Jurídica, Marcial Pons 2012. Ambos citados en: *Teoría de la Seguridad Jurídica*. Ávila, Humberto, Cátedra de Cultura Jurídica, Marcial Pons 2012.

definitiva, la pérdida de confianza en el Derecho como instrumento orientador de la vida en sociedad y mecanismos de solución adecuada de los conflictos.

Todas estas razones, a nuestro juicio, determinan la necesidad de una respuesta legal expresa que establezca criterios que, junto con establecer de manera inequívoca los elementos que permitan a la judicatura resolver con justicia las situaciones que sean sometidas a su conocimiento, al mismo tiempo establezca los incentivos correctos que determinen a los distintos actores del sistema a actuar con cautela, a adoptar medidas de cuidados de acuerdo al riesgo que implique cada actividad que desarrollen y a litigar responsablemente, pues no debe olvidarse que el Derecho es, al mismo tiempo que herramienta para resolver conflictos, faro orientador para evitarlos.

5.- Consideraciones acerca de una reforma legal que permita superar las problemáticas planteadas en este trabajo.

¿Bastaría con que el legislador, o bien el constituyente, decidieran sobre el punto optando por alguna de las dos posiciones que hemos revisado en este trabajo? Nos inclinamos por la negativa..

En nuestra opinión, una respuesta adecuada al problema requiere hacerse cargo de los matices que se pueden hallar dentro de la variada casuística a que puede dar lugar la relación entre estas instituciones y los particulares.

Sobre este punto, el profesor Enrique Barros¹⁵⁵, refiere:

“lo normal es que el Estado esté sujeto a distintos criterios de atribución de responsabilidad, que se hacen cargo de la diversidad de actividades y funciones asumida por las administraciones modernas”.

Sin embargo, la jurisprudencia, siguiendo el camino señalado de manera consistente por la tercera sala de la Corte Suprema, apunta en el sentido contrario, en cuanto busca: “uniformar el sistema de Responsabilidad Extracontractual para todos los entes de la administración del Estado¹⁵⁶”

155 BARROS BOURIE, Enrique. Tratado de responsabilidad extracontractual. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006 p. 484. en cita a: FERRADA, Juan. La responsabilidad patrimonial de la administración del Estado de Chile: Una breve discusión del estado actual de la discusión, 107. En MARIN, Juan Carlos. La responsabilidad Patrimonial del Estado. México, Porrúa.

156 Idea planteada consistentemente por el profesor Pedro Pierry, por ejemplo en: "La Responsabilidad Extracontractual del Estado por Falta de Servicio", Revista de Derecho. Consejo de Defensa del Estado. Julio 2000, N°1, página 34, presente en el ya tantas veces citado fallo "Seguel Cares con Fisco", doctrina seguida casi invariablemente por las Cortes de Apelaciones, solo a modo de ejemplo: Moreno con Fisco de Chile, rol 516-2009 de la Iltma Corte de Apelaciones de concepción.

Nuestro parecer es que La idea de “uniformar” el régimen de responsabilidad patrimonial de la administración en torno al factor de atribución “falta de servicio” no es una idea acertada.

“con ello se desconocen las particularidades de ciertos órganos y actuaciones de la administración, que exigen distintos regímenes de responsabilidad, como podría entenderse ha sido el objeto que el legislador tuvo presente al excluir a las FFAA de la aplicación de la falta de servicio, conforme precisa el artículo 21 inciso 2º de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, al establecer un régimen de responsabilidad por falta de servicio relativo para las municipalidades, al disponer el artículo 142 de la LOCM que éstas responden principalmente por falta de servicio; y al reivindicar para los órganos de la Administración “ en materia sanitaria” el régimen por falta de servicio, conforme precisa el artículo 38 de la LAUGE, concibiendo un subsistema muy bien delineado en comparación con el general”¹⁵⁷

Sin duda existirán hipótesis en las que parezca meritorio establecer un régimen de responsabilidad objetivo, fundamentalmente sobre las situaciones en que se cree de manera evidente un riesgo para las personas, solo a modo de ejemplo: Soldados conscriptos, almacenamiento de explosivos, pilotaje de aeronaves, navíos, vehículos de artillería pesada, vehículos policiales, utilización de armas de fuego, entre otras.

157 ROMAN CORDERO, Cristian. Responsabilidad patrimonial de la administración por falta de servicio (Responsabilidad objetivada). Derecho Público Iberoamericano N° 1. Revista del Centro de justicia constitucional

Esto parece razonable hasta el punto de la obviedad cuando se trata de instituciones donde el riesgo es consustancial a las actividades que por mandato legal les corresponde desarrollar. Y es que actualmente, respecto de otras áreas de la vida en sociedad que cuentan con estatutos especiales de responsabilidad, en los que si bien no se ha consagrado un régimen de responsabilidad objetiva absoluta, si se abandona el tradicional esquema de culpa o dolo, para avanzar hacia nociones objetivizadas de la culpa^{158 159}.

Cabe aún, hacer presente que no bastará la creación de estatutos normativos particulares creados en razón de la institución de que se trate, sino que, creemos deberán abordarse además situaciones específicas, tales como la situación de la custodia de detenidos por la policía, los detenidos en estado de ebriedad, el caso de los soldados conscriptos, el manejo de armas de fuego, la situación de los vehículos, naves y aeronaves que circulen sobre poblados, áreas urbanas o en general, fuera de áreas de seguridad preestablecidas y debidamente señalizadas, casos en los que necesariamente debiera considerarse el exacerbado riesgo que involucran.

158 TOCORNAL COOPER, Josefina. RESPONSABILIDAD CIVIL POR INFECCIONES INTRAHOSPITALARIAS. *Rev. chil. derecho*. 2010, vol.37, n.3 [citado 2014-04-16], pp. 477-504. [En línea]: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372010000300004&lng=es&nrm=iso>

159 CORRAL TALCIANI, Hernán. En "RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA CONSTRUCCIÓN DE VIVIENDAS, REFLEXIONES SOBRE LOS RÉGIMENES LEGALES APLICABLES A LOS DAÑOS PROVOCADOS POR EL TERREMOTO DEL 27 DE FEBRERO DE 2010. [En Línea] <<http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v37n3/art03.pdf>>

Se trata en definitiva de una materia de suma importancia, por la magnitud de los daños involucrados, por las instituciones de que trata y por los intereses que en definitiva afecta.

Creemos, además, que una adecuación o novedad normativa sobre esta materia, debiera hacerse cargo también, y de manera especial, de aquellos casos que en la última parte de este trabajo hemos caracterizado como merecedores de atención especial, particularmente el caso de aquellos sujetos que, desde nuestro punto de vista, se encuentran en situación de ser custodiados por la autoridad: Las personas que se encuentran detenidas por funcionarios de carabineros o de la Policía de Investigaciones, sea que se encuentren en recintos o vehículos institucionales, lo mismo respecto de las personas que son detenidas por encontrarse en estado de ebriedad en la vía pública. Dentro de estos casos, creemos que se debe considerar muy especialmente las personas que reciben instrucción militar de acuerdo a la normas sobre Movilización Nacional, pues, como se explicó, de acuerdo al contexto de disciplina y autoridad en que reciben instrucción, ven disminuidas y, hasta cierto punto anuladas, las posibilidades de conducir sus acciones, tomar resguardos o evitar los peligros que acontecen como consecuencia directa de su condición de soldados conscriptos.

Es necesaria y hasta cierto punto urgente, la intervención del legislador en esta materia. La interpretación judicial resulta útil y necesaria para resolver de

manera acertada y precisa el caso concreto, pero excede los límites que a su labor corresponde en un sistema jurídico como el nuestro¹⁶⁰ cuando se pone a su cargo una tarea que, y en esto no hay discusión, corresponde sea realizada por el legislador¹⁶¹.

160 "(...) Que en lo relativo a la generación del Derecho se han establecido diversos sistemas jurídicos, los cuales tienen sus raíces en el common law, derecho continental romano – germánico y religioso. La preocupación fundamental en todos ellos ha sido el establecimiento o creación de los principios, normas y reglas de Derecho y la seguridad jurídica derivada de la unidad de criterios en su aplicación en las decisiones particulares de los tribunales. Estos factores de creación y aplicación del Derecho se confunden en los derechos de la familia del common law, los cuales se radican principalmente en los tribunales. En el derecho continental se desarrollan por instituciones y de manera separada: las normas legales emanan del parlamento y la aplicación de ellas la efectúan los tribunales. Nuestro país tiene sus raíces en un sistema romano – germánico de normas objetivas dictadas por el legislador con anterioridad a la controversia, las que corresponde sean aplicadas por los tribunales a los casos concretos. Es un Derecho escrito dado fundamentalmente por el Parlamento". Considerando 1º de la prevención del Excmo Ministro Sr. Sergio Muñoz Gajardo, en la causa Rol Nº 9510-2009 de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

161 Esta afirmación debe ser comprendida a la luz de la idea de inexcusabilidad de la función jurisdiccional, principio consagrado a nivel constitucional en el artículo 76 de la Constitución Política de la República, inciso segundo: "Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión". Al respecto puede consultarse: MARTINEZ BENAVIDES, Patricio. EL PRINCIPIO DE INEXCUSABILIDAD Y EL DERECHO DE ACCIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL. *Rev. chil. derecho* [online]. 2012, vol.39, n.1 [citado 2014-06-13], pp. 113-147. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372012000100006&Ing=es&nrm=iso>. ISSN 0718-3437. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372012000100006>.

BIBLIOGRAFIA.

Libros y Artículos.

1. ALDUNATE LIZANA, Eduardo. Consecuencias constitucionales de la doctrina sobre responsabilidad objetiva del Estado. Revista de Derecho. Consejo de Defensa del Estado. Año I, N° 2. Santiago, 2000.
2. ALESSANDRI RODRIGUEZ, ARTURO. De la responsabilidad Extracontractual en el Derecho Chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
3. BARROS BOURIE, Enrique. "Responsabilidad del Estado", Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Edit. Jurídica de Chile, Santiago de Chile 2006
4. BARROS BOURIE, Enrique. La culpa en la responsabilidad civil. Ensayo Jurídicos, Universidad Alberto Hurtado. Santiago de Chile. 2005.
5. BELADIEZ ROJO, Margarita. Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos, Tecnos, 1997.
6. BIDART HERNÁNDEZ, José. Sujetos de la acción de responsabilidad extracontractual, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1985.
7. BRANTT ZUMARÁN, María Graciela. El caso fortuito y su incidencia en el derecho de la responsabilidad civil contractual: concepto y función del caso fortuito en el código civil chileno. Editorial Legal Publishing. Santiago de Chile, 2010.
8. DE LA CRUZ MILLAR, Alicia La responsabilidad por las actuaciones de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden. La falta de servicio. Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2012.
9. DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. La falta de servicio desde el análisis económico del derecho. La falta de servicio. Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2012.
10. FERRADA BÓRQUEZ, JUAN CARLOS. "Las potestades y privilegios de la Administración Pública en el régimen administrativo chileno", en: Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Vol. XX, N° 2. Valdivia, 2007.

11. CALDERA DELGADO, HUGO. Sistema de Responsabilidad Extracontractual del Estado en la Constitución Política de 1980. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1982.
12. CORDERO VEGA, Luis. La responsabilidad por falta de servicio y la jurisprudencia de la Corte Suprema. La falta de servicio. Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2012.
13. CORDERO VEGA, Luis. La Responsabilidad de la Administración del Estado. Bases para una Sistematización. Editorial Lexis Nexis, Santiago 2003.
14. CORDERO VEGA, Luis. Bases de comprensión de la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de responsabilidad extracontractual de la Administración del Estado. Revista de Derecho Público N° 67. Santiago 2004.
15. CORRAL TALCIANI, Hernán Felipe, Lecciones de responsabilidad civil extracontractual. Legal Publishing Chile. Santiago de Chile 2013.
16. CORRAL TALCIANI, Hernán. "Responsabilidad civil en la construcción de viviendas, reflexiones sobre los regímenes legales aplicables a los daños provocados por el terremoto del 27 de febrero de 2010". Recurso electrónico, disponible en:
<http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372010000300003&lng=es&nrm=iso>
17. CORRAL TALCIANI, Hernán. La Responsabilidad de los Órganos del Estado: ¿Régimen Constitucional o Régimen Civil?, en BARAONA GONZALEZ, Jorge (Editor). Responsabilidad Civil de Entidades Corporativas. Cuadernos de Extensión Jurídica, N° 7, universidad de los Andes. Santiago, 2003.
18. FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. Falta de servicio y responsabilidad por actos administrativos. La falta de servicio. Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2012.
19. FERRADA BÓRQUEZ, JUAN CARLOS. Las potestades y privilegios de la administración pública en el régimen administrativo chileno. Revista de Derecho (Valdivia), Dic 2007, vol.20, no.2.
20. FIAMMA OLIVARES, GUSTAVO. La acción constitucional de responsabilidad y la responsabilidad por falta de servicio. Revista Chilena

de Derecho Vol. 16, No. 2. Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago, 1989.

21. FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo. El principio de precaución frente a los viejos conceptos de la Responsabilidad Civil, Cuadernos de análisis jurídicos. Colección Derecho privado 1, Ediciones Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho Santiago de Chile 2004.
22. GARRIDO FALLA, Fernando. La Constitucionalización de la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado", Estudios Sobre la Constitución Española (Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría), Civitas, 1991.
23. HUEPE ARTIGAS, Fabián. "¿Es procedente fundar la responsabilidad del Estado en el artículo 2314 del Código Civil respecto de las instituciones excluidas de la falta de servicio? Análisis Crítico. Ius Publicum N° 28. Santiago, 2012.
24. HUEPE ARTIGAS, Fabián. La falta de servicio en la responsabilidad sanitaria. La falta de servicio. Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2012.
25. HUEPE ARTIGAS, Fabián. Responsabilidad objetiva del Estado en su actividad administrativa. Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N° 212, Volumen II, año LXX. Concepción, 2002.
26. LETELIER WARTENBERG, Raúl. La falta de Servicio: Aciertos y desafíos pendientes. La falta de servicio. Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2012.
27. MARÍN VALLEJOS, Urbano. Responsabilidad estatal por falta de servicio: dificultades de su incorporación al sistema nacional. La falta de servicio. Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2012.
28. MARIN VALLEJO, Urbano. "Aspectos de la Falta de Servicio como fuente de la responsabilidad Estatal" Revista de Derecho N° 25. Consejo de Defensa del Estado. Santiago, 2011.
29. MARTINEZ ESTAY, Ignacio. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado por Infracción al Principio de Igualdad y al Derecho de Propiedad en el Derecho Público Chileno*, en LOPEZ SANTA MARIA, Jorge (Editor). Derecho de Daños. Editorial Lexis Nexis, Santiago 2002

30. MARTINEZ BENAVIDES, Patricio. "El principio de inexcusabilidad y el derecho de acción desde la perspectiva del Estado Constitucional". Revista chilena de Derecho, volumen N° 39. Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago, 2012.
31. MEDINA ALCOZ, Luis. El problema de la culpa en el derecho de daños. La falta de servicio. Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2012.
32. MIR PUIGPELAT, O. La responsabilidad patrimonial de la Administración, Civitas. 2002.
33. MONTT OYARZÚN, Santiago. ¿Para qué tenemos un sistema de responsabilidad patrimonial del Estado? : reflexiones extrínsecas sobre la falta de servicio (algunas preguntas, pero ninguna respuesta) La falta de servicio. Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2012.
34. OELCKERS CAMUS, Orlando. "La responsabilidad civil extracontractual del Estado administrador en la Constitución política de 1980 y su imputabilidad por falta de servicio", RCHDUC N° especial. Santiago de Chile, 1998.
35. PANTALEON PRIETO, Fernando. *Los Anteojos del Civilista: Hacia Una Revisión del Régimen de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. RDCDE, N° 2, año 1, diciembre 2000.
36. PIERRY ARRAU, Pedro. "Algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual del estado por falta de servicio", Revista del Consejo de defensa del Estado N° 1, año 2000.
37. PIERRY ARRAU, PEDRO. ¿Es objetiva la responsabilidad del Estado? Estado actual de la jurisprudencia. Revista de Derecho del Consejo de defensa del Estado N°10, Santiago, 2003.
38. PIERRY ARRAU, Pedro. Algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo XCII N° 2, mayo-agosto 1995. También en "La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio". Revista de Derecho. Consejo de Defensa del Estado. Año 1. N° 1. Julio 2000.
39. PIZARRO WILSON, Carlos. La responsabilidad civil de las personas sin fines de lucro. Cuadernos de análisis jurídicos. Colección Derecho privado 1, Ediciones Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho Santiago de Chile 2004.

40. QUINTANA OTÁROLA, Carmen Gloria. Responsabilidad civil por vicios en la construcción. Editorial Librotecnia. Santiago de Chile. 2007.
41. RODRIGUEZ GREZ, Pablo. Nuevas tendencias de la Responsabilidad. Editorial Legal Publishing. Santiago, 2011.
42. ROJAS VARAS, Jaime. *Bases de la Responsabilidad Extracontractual del Estado Administrador*. Revista Chilena de Derecho, número especial. Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago, 1998.
43. ROMAN CORDERO, Cristian. “La Responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado y su necesaria modelación legal en base a la enumeración y delimitación conceptual de sus presupuestos” Revista de Derecho Público. Nº 66. Universidad de Chile. Santiago, 2004.
44. ROMAN CORDERO, Cristian. “La responsabilidad patrimonial de la administración del Estado y su necesaria modelación legal en base a la enumeración y delimitación conceptual de sus presupuestos”, Revista de Derecho Público. Nº 67. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, 2005.
45. ROMAN CORDERO, CRISTIAN. “Inactividad administrativa y responsabilidad del Estado”, Revista de Derecho Publico. Nº 67. Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, 2005.
46. ROMAN CORDERO, CRISTIAN. “Comentario Nº 1 “Seguel con Fisco de Chile” La Responsabilidad del Estado-Administración: ¿Una “Perinola Jurisprudencial”?”, Revista de Derecho Público. Nº 71. Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
47. SILVA CIMMA, Enrique. Derecho Administrativo chileno y Comparado, “El servicio público”, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995.
48. SOTO KLOSS, Eduardo. “Es la falta de Servicio el régimen francés de la responsabilidad del Estado Administración?” Ius Publicum Nº 28. Universidad Santo Tomás. Santiago, 2012.
49. SOTO KLOSS, Eduardo. Responsabilidad del Estado/Administración: las consecuencias perversas de otro "injerto extranjerizante" Ius Publicum Nº 25, Universidad Santo Tomás. Santiago, 2010.
50. SOTO KLOSS, Eduardo. “La responsabilidad del Estado es objetiva” Derecho Administrativo, 120 años de Cátedra. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2008.

51. SOTO KLOSS, Eduardo. Derecho Administrativo, Bases Fundamentales, Principio de la Juridicidad, T. II. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile 1996.
52. SOTO KLOSS, Eduardo, Derecho Administrativo, Bases Fundamentales. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993.
53. TARUFFO, Michele. "El vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil" Palestra Editores, Lima, Perú, 2005.
54. TOCORNAL COOPER, Josefina. "Responsabilidad civil por infecciones intrahospitalarias" Revista Chilena de Derecho, Volumen N° 37. Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago, 2010.
55. VALDIVIA, José Miguel., "Nuevas fronteras de la falta de servicio", Gaceta Jurídica N° 301. Santiago de Chile 2005.
56. VALDIVIA OLIVARES, José Miguel. Orígenes de la noción de falta de servicio. La falta de servicio. Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2012.
57. VALDIVIA OLIVARES, José Miguel. Teoría del órgano y responsabilidad pública en la ley de bases de la administración del estado. Revista de Derecho (Valdivia), Diciembre 2006.

Otros.

1. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. "Accidentes en las Fuerzas Armadas, desde el 1° de enero del 2000 al 8 de diciembre de 2011. (En Línea) BCN Prensa, Diciembre de 2011.

http://transparencia.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/13338/1/93199_BC_N_GC_GG_InformePrensaAccidentesFuerzasArmadas_12.doc (Consulta 25 de marzo de 2014)

2. El Mercurio. Fisco deberá pagar millonaria indemnización por muerte de universitario en una protesta. (En línea) emol.com 26 de septiembre de 2010
<http://www.emol.com/noticias/nacional/2010/09/22/437341/fisco-debera-pagar-millonaria-indemnizacion-por-muerte-de-universitario-en-una-protesta.html>
(Consulta el 25 de marzo de 2014)

3. Autos rol N° 9510-2009 caratulados “Palma Guerra Enzo con Fisco de Chile” sobre indemnización de perjuicios, Recurso de Casación en el fondo. Corte Suprema, cuatro de junio de 2012
4. Radio Cooperativa. Patrulla de Carabineros protagonizó accidente de tránsito en San Miguel. 16 de enero de 2014. (En línea) Cooperativa.cl
<<http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/policial/accidentes-de-transito/patrulla-de-carabineros-protagonizo-accidente-de-transito-en-san-miguel/2014-01-16/071836.html>> (Consulta el 25 de marzo de 2014).
5. El Mercurio. Violento choque de vehículo policial contra poste deja tres carabineros heridos en Quillota. (En línea) Emol.com. 20 de marzo de 2014
<<http://www.emol.com/noticias/nacional/2014/03/20/650764/accidente-en-quillota.html>> (Consulta, 25 de marzo de 2014)
6. Águila Vega, Francisco. Una extranjera y tres carabineros heridos en choque entre auto particular y radiopatrulla (En línea) Emol.com. 16 de enero de 2014
<<http://www.emol.com/noticias/nacional/2014/01/16/639963/una-extranjera-y-tres-carabineros-heridos-en-choque-entre-auto-particular-y-radiopatrulla.html>> (consulta, 25 de marzo de 2014)
7. CERNA, Cristián. 4 heridos tras colisión entre PDI y vehículo particular camino a Punucapa (En línea) Radio BíoBío. 07 de diciembre de 2013.
<<http://www.biobiochile.cl/2013/12/07/4-heridos-tras-colision-entre-pdi-y-vehiculo-particular-camino-a-punucapa.shtml>> (Consulta el 25 de marzo de 2014)
8. VILLAGRA, Nicole. Impacto de vehículo de PDI contra camión de pan deja 3 lesionados en La Pintana. (En línea) Radio BíoBío. 03 de mayo de 2012
<<http://www.biobiochile.cl/2012/05/03/impacto-de-vehiculo-de-pdi-contra-camion-de-pan-deja-3-lesionados-en-la-pintana.shtml>> (Consulta el 25 de marzo de 2014)
9. El Mercurio. Choque entre vehículo de la PDI y un taxi dejó 4 heridos en Autopista del Sol (En línea) 01 de mayo de 2012 (En línea)
<<http://www.emol.com/noticias/nacional/2012/05/01/538294/detectives-de-lapdi-sufren-accidente-en-ruta-68.html>> (Consulta el 25 de marzo de 2014).
10. CLARO E, Eliana, GARCÍA G, José Francisco y KANGISER G, Pablo. En: Coordinación entre Fuerzas Policiales y FF.AA. para Ejecutar Misiones de No Guerra: Alcances, Marco Legal y Desafíos para el Sector Defensa. Serie: Informe Sociedad y Política. (En línea) <<http://www.lyd.com/wp->

[content/files_mf/sip128coordinacionentrefuerzaspolicialesyffaaparaejecutarmisionesdenoguerraclaroifgarciaypkangiserjunio2012.pdf](#)>

(Consulta el 25 de marzo de 2014)

ANEXOS

I. Sentencias Corte Suprema.

1.-

Partes	:	Ossa Infante Ramón Ángel con fisco de Chile.
Tribunal	:	Corte Suprema
Rol	:	24984-2014
Tipo de Sentencia	:	Definitiva
Fecha sentencia	:	12 de marzo de 2015
Hechos	:	Sentencia ordena indemnización a 27 soldados conscriptos sobrevivientes a una marcha realizada en los faldeos del volcán Antuco, durante su instrucción en el servicio militar. En la marcha fallecieron 44 de los integrantes del grupo.
Palabras Claves	:	Ejército, Soldados conscriptos, falta personal, falta de servicio, daño moral.
Doctrina: 1.- La falta personal del funcionario compromete la responsabilidad de la administración cuando la actuación no está desprovista de vínculo con la función.		

2. La noción de falta personal aplicable a las fuerzas armadas se aplica a partir de lo dispuesto en el artículo 2320 o 2322 del Código Civil.

Noveno: Que la aplicación de la noción de “falta personal” a las Fuerzas Armadas y Carabineros ha quedado sentada por la jurisprudencia de esta Corte Suprema. Así, en el fallo dictado en autos rol N° 7919-2008 caratulados “Morales Gamboa Edith del Carmen con Fisco”, de 14 de enero de 2011, se señaló que: “A la noción de falta de servicio, aplicable a las Fuerzas Armadas y Carabineros a través del artículo 2314 del Código Civil, se le debe complementar la noción de falta personal, ya que la distinción capital en materia de responsabilidad extracontractual del Estado es precisamente entre falta de servicio y falta personal, la que por lo demás recoge el artículo 42 de la Ley de Bases de la Administración del Estado y el artículo 141 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades. Dicha falta personal compromete la responsabilidad del Estado cuando no se encuentra desprovista de vínculo con la función, lo que ocurre cuando ella se ha cometido en ejercicio de la función o con ocasión de la misma.

Ahora bien, la noción de falta personal aplicable a las Fuerzas Armadas y Carabineros se debe hacer a partir del artículo 2320 o 2322 del Código Civil, entendiéndose que la contemplan, para que de este modo, como se señaló en el fallo “Seguel con Fisco” ya citado, permita uniformar el sistema de responsabilidad extracontractual para todos los entes de la Administración del Estado” (considerando décimo tercero).

2.

Partes	:	"Díaz Romero Paulina con Fisco de Chile"
Tribunal	:	Corte Suprema, Tercera Sala
Rol	:	791-2010
Tipo de Sentencia	:	Casación de Oficio, sentencia de reemplazo
Fecha sentencia	:	Nueve de noviembre de dos mil doce

Hechos	:	Aeronave (Helicóptero) de la Armada de Chile se precipita al mar, fallecen dos de sus ocupantes, se demanda indemnización de perjuicios.
Palabras Claves	:	Falta de Servicio; Fisco de Chile; Falta personal: Falta de Servicio; Cúmulo de faltas

Doctrina:

- 1. Se puede distinguir entre la Falta de Servicio y la Falta Personal, en razón de la ligazón que pueda establecerse entre el hecho y las funciones que corresponde realizar a la institución de que se trata.**

En el considerando tercero: “(...) existe falta de servicio cuando éste ha funcionado deficientemente, no ha funcionado debiendo hacerlo, lo ha hecho en forma tardía o es el conjunto de la organización institucional el que no ha respondido de manera adecuada. Si por esta falta de servicio se ocasiona un daño a un particular, la Administración debe indemnizarlo. La falta personal, en cambio, es aquella separable del ejercicio de la función ya sea por tratarse de hechos realizados por el funcionario fuera del ejercicio de sus funciones, por ejemplo en el ámbito de su vida privada, o por tratarse de actos que obedecen a móviles personales, como cuando el funcionario obra con la intención de agraviar, apartándose de la finalidad de su función, o cuando ha existido por parte de éste una grave imprudencia o negligencia.

- 2. La existencia de una falta personal como causa del daño, cumplidos ciertos requisitos, no excluye la responsabilidad del Servicio. Se produce “Cúmulo de Responsabilidad”.**

En el considerando cuarto: “Aun cuando se excluya esta última (Falta de Servicio) y sólo exista una falta personal se produce un cúmulo de responsabilidad sin cúmulo de faltas, puesto que la personal se habría cometido en el ejercicio de la función o con ocasión de ésta”.

3. En el considerando quinto:

Varias citas fallo “Seguel Cares con Fisco” (Ver ficha nº)

4. En el considerando sexto:

Varias citas fallo “Morales Gamboa Edith del Carmen con Fisco” (Ver ficha nº)

5. Hay voto de minoría del ministro Sergio Muñoz

3.-

Partes	:	Elizabeth Moris Amaya con Fisco de Chile
Tribunal	:	Corte Suprema Tercera Sala
Rol	:	9162-2011
Recurso	:	Casación en el fondo
Fecha sentencia	:	Treinta de diciembre de dos mil once
Hechos	:	Cabo de Carabineros recibe impacto de bala que luego de atravesar el casco que utilizaba, le impacta en el cráneo provocándole la muerte. Se determina que institución no le hizo entrega de casco adecuado y que, de haberlo hecho, no se habría producido el resultado de muerte y que, además era previsible el riesgo de ser impactado por proyectiles en el contexto de disturbios. Se reclama indemnización de perjuicios.

Palabras Claves	:	Carabineros de Chile; Funcionario de la Institución; previsibilidad del daño; Deber de cuidado; Estándar de conducta.
<p>Doctrina:</p> <p>1. Se puede establecer la culpa del Servicio comparando la conducta efectivamente desplegada con el estándar de conducta que debió observar.</p> <p>2. Existe una obligación de seguridad de la Administración, respecto de sus funcionarios y esta surge de manera implícita de lo establecido en el estatuto orgánico de la institución y también de la particular relación jurídica que los vincula.</p> <p><u>En el considerando sexto:</u> “Que de los términos expuestos cabe señalar que los jueces del fondo han efectuado una correcta aplicación de la normativa que rige el caso. En efecto, el tribunal sentenciador hizo responsable a la demandada de los perjuicios resultantes por haber incurrido en culpa, para lo cual comparó la acción reprochada con el estándar de conducta que debió ejecutar la institución de Carabineros, señalando que era del todo previsible que los funcionarios policiales se enfrentarían a ataques con armas de fuego, como lo demuestra la circunstancia que hayan sido premunidos de chalecos antibalas”.</p> <p>Se cita fallo “Seguel Cares con Fisco de Chile”</p>		

4.-

Partes	:	“Cea Segura Alex con Fisco de Chile”
Tribunal	:	Corte Suprema, Tercera Sala
Rol	:	830-2010
Tipo de Sentencia	:	Casación
Fecha sentencia	:	Veintisiete de septiembre del año dos mil doce.
Hechos	:	Funcionario perteneciente a la Fuerza Aérea de Chile es dado de baja por la institución a raíz del hecho de ser portador de VIH y calificando esto como enfermedad invalidante. Afectado reclama indemnización de perjuicios.
Palabras Claves	:	Responsabilidad del Estado, Derecho Civil.

Doctrina:

1.- Fuerzas Armadas y Carabineros se encuentra excluidas de la aplicación del Artículo 42 de la ley 18.575

En el considerando séptimo: Que en cuanto al régimen jurídico inherente a la litis, sabido es que las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile se encuentran excluidos de la aplicación del artículo 42 de la Ley N° 18.575, por lo que en la especie habrá de regir el Título XXXV del Libro IV del Código Civil referente a los delitos y cuasidelitos.

En el considerando octavo: Cita fallo “Seguel Cares con Fisco de Chile”

2. Procede aplicar el artículo 2314 del Código Civil a la determinación de la Responsabilidad patrimonial de la Administración

En el considerando duodécimo: “los sentenciadores infringen lo establecido en los preceptos citados al concluir que la exoneración del actor es contraria al ordenamiento jurídico, pues dicho órgano administrativo cumplió con la normativa vigente, lo que impide se genere la responsabilidad extracontractual del Estado por su falta de servicio, pues de acuerdo a lo establecido en el artículo 2314 del Código Civil falta el elemento básico, cual es el hecho o acto generador de la misma”.

5.-

Partes	:	“Llanca Viguera, Cecilia del Carmen con Fisco de Chile”
Tribunal	:	Corte Suprema, Tercera Sala
Rol	:	8044-2010
Recurso	:	Casación
Fecha sentencia	:	Cuatro de septiembre de dos mil doce.
Hechos	:	Actora se sometería a intervención quirúrgica en Hospital Naval de Talcahuano, en dicho contexto, y producto de una acción negligente de un funcionario dependiente del centro asistencial sufre quemaduras que le provocan lesiones y molestias que se extienden durante largo tiempo. Reclama indemnización de perjuicios. Corte de apelaciones de Concepción revocó el fallo de primera instancia, dando lugar a las

		indemnizaciones. Fisco deduce casación de forma y fondo
Palabras Claves	:	Responsabilidad Objetiva; lesiones, prestación médica, negligencia médica, centro asistencial, presunciones judiciales

Doctrina:

En el considerando décimo séptimo: cita “Seguel Cares con Fisco”

1.- Artículo 42 de la ley 18.575 no es aplicable a las Fuerzas Armadas

En el considerando décimo noveno: “Que así, conforme a lo razonado, si bien yerran los sentenciadores al hacer aplicable en la especie el artículo 42 de la Ley N° 18.575 a una entidad dependiente de la Armada de Chile, tal equívoco no tiene influencia en lo dispositivo del fallo, pues, conforme a los hechos fijados en la instancia, el Estado de Chile es responsable por cuanto se ha demostrado la concurrencia de una falta personal de una dependiente del establecimiento asistencial de acuerdo a lo que el Derecho Administrativo entiende por dicho concepto, y la relación de causalidad entre aquella y el resultado dañoso, comprometiendo así la responsabilidad estatal, de acuerdo al estatuto jurídico de responsabilidad extracontractual del Código Civil”.

Hay prevención del ministro Sergio Muñoz, no obstante compartir la decisión de rechazar el recurso de casación en el fondo.

5.-

Partes	:	Palma Guerra Enzo con Fisco de Chile
Tribunal	:	Corte Suprema. Tercera Sala
Rol	:	9510-2009
Recurso	:	Casación
Fecha sentencia	:	Cuatro de junio de dos mil doce
Hechos	:	Persona es detenida por funcionarios de Carabinero de Chile, en estas circunstancias es sometido a torturas por parte de los funcionarios de la institución, producto de la gravedad de las lesiones, fallece. Cónyuge e hijos ejercen acción reclamando indemnización de perjuicios
Palabras Claves	:	Carabineros de Chile; apremios ilegítimos, aplicación del Código Civil.

Doctrina :

1.- La Responsabilidad del Estado no es de carácter objetivo. Se rige por las normas del Título XXXV del libro IV del Código Civil.

En el considerando duodécimo:

“Que tal como ha dicho esta Corte Suprema en casos anteriores, la responsabilidad del Estado no es de carácter objetivo. En efecto, sabido es que las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile se encuentran excluidos de la

aplicación del artículo 42 de la Ley N° 18.575, por lo que en la especie ha de aplicarse el Título XXXV del Libro IV del Código Civil referente a los delitos y cuasidelitos, y para el caso en cuestión los artículos 2320 y 2322 del mismo Código que establecen la responsabilidad por el hecho ajeno, en la forma que se señala a continuación.

En el considerando décimo tercero: cita fallo “Seguel Cares con Fisco”.

En el considerando décimo cuarto: Cita fallo “Morales Gamboa Edith del Carmen con Fisco”

2. No puede separarse la responsabilidad del servicio, de la falta personal de uno de sus dependientes.

En el considerando décimo séptimo: Que así, conforme a lo razonado, si bien yerran los sentenciadores al estimar que asiste al Fisco de Chile una responsabilidad de carácter objetivo en los hechos acaecidos, no es menos cierto que tal equívoco no tiene influencia en lo dispositivo del fallo, pues, conforme a los hechos fijados en la instancia, el Estado de Chile es responsable por cuanto se ha demostrado la concurrencia de una falta personal de agentes del Estado y de la cual el servicio no puede separarse, comprometiendo así la responsabilidad estatal.

Existe prevención del Ministro Sergio Muñoz, quien no obstante comparte la decisión de rechazar el recurso de casación interpuesto por el fisco, difiere en los fundamentos de tal decisión.

6.-

Partes	:	Erwin Candia Hernández y Otra con Fisco de Chile
Tribunal	:	Corte Suprema. Tercera Sala
Rol	:	Rol 9318-2009
Recurso	:	Casación
Fecha sentencia	:	Veintitrés de mayo dos mil doce.
Hechos	:	Soldado conscripto fallece producto de las lesiones provocadas por cabo segundo, en medio de una pelea, encontrándose ambos bebiendo alcohol mientras se encontraban acuartelados en dependencias militares
Palabras Claves	:	Artículo 42 ley 18.575

Doctrina:

1.- El artículo 42 de la ley 18.575 no es aplicable a las fuerzas Armadas y de Orden

En el considerando quinto:

“Que en cuanto al régimen jurídico aplicable a la litis, sabido es que las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile se encuentran excluidos de la aplicación del artículo 42 de la Ley N° 18.575, por lo que en la especie habrá de aplicarse el Título XXXV del Libro IV del Código Civil referente a los delitos y cuasidelitos, y

para el caso en cuestión los artículos 2320 y 2322 del Código Civil que establecen la responsabilidad por el hecho ajeno, en la forma que se señala a continuación”.

En el considerando sexto: Cita “Seguel Cares con Fisco”

En el considerando séptimo: Cita “Morales Gamboa Edith con Fisco”

2.- Deben aplicarse, a la falta personal y a la falta de servicio, las disposiciones de los artículos 2320 y 2314 del Código Civil respectivamente.

En el considerando octavo:

“Que de esta forma en la especie y en general en la responsabilidad extracontractual de las Fuerzas Armadas y Fuerzas de Orden y Seguridad Pública a que se refiere el artículo 21 de la Ley N° 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado, cabe aceptar la aplicación de las nociones de falta de servicio y de falta personal a partir de los artículos 2314 y 2320 del Código Civil respectivamente”.

3.- El Estado debe responder por el daño que tiene su origen en la falta personal del funcionario cuando esta se encuentra vinculada con el servicio, ya sea porque se ha cometido en el ejercicio de la función o con ocasión de la misma o con los medios proporcionados por el servicio.

En el considerando noveno:

“Que la distinción entre falta de servicio y falta personal constituye el elemento diferenciador fundamental sobre el que se construye la responsabilidad extracontractual del Estado. Tratándose de falta de servicio responde el Estado y no el funcionario. Cuando existe falta personal responde el funcionario, pero cuando esta falta personal se encuentra vinculada con el servicio, ya sea porque se ha cometido en el ejercicio de la función o con ocasión de la misma o con los medios proporcionados por el servicio, el Estado también responde, sin perjuicio de poder repetir posteriormente contra el funcionario, por la totalidad del monto que el Estado ha debido desembolsar. Se dice que aquí existe cúmulo de responsabilidad sin cúmulo de faltas, por cuanto tanto el Estado como el funcionario son responsables, cúmulo de responsabilidad, pero únicamente hay una falta personal y no una falta de servicio; o sea no existe cúmulo de faltas.

4.-“Puede existir cúmulo de responsabilidad con cúmulo de faltas”.

En el considerando noveno:

“(…) Que sin perjuicio que las situaciones señaladas constituyen las más frecuentes en esta materia, también existen casos, en que existe cúmulo de responsabilidad con cúmulo de faltas, en que el daño producido ha sido la consecuencia de una falta personal del funcionario y también de una falta de servicio por parte de la Administración. Así, en los inicios de la construcción de la doctrina francesa sobre la materia, creadora de la institución adoptada por la legislación chilena, se citan los famosos fallos del Conseil d' Etat Anguet y Lemmonier, de 1911 y 1918 respectivamente, que consagraron hace ya casi cien años, la posibilidad del cúmulo de responsabilidades.

5. -“Que la falta de servicio de la institución se determina de acuerdo al artículo 2314 del Código Civil y la falta personal que ocasiona el daño es apreciada conforme al artículo 2320 del mismo código”

En el considerando duodécimo:

“Que de acuerdo a lo anterior, concurren en este caso como elementos causales del daño producido, la muerte del conscripto Candia, tanto una falta de servicio cometida por la Administración, consistente en la falta de vigilancia del Campamento, como una falta personal, cometida por el conscripto Cabezas que golpeó a la víctima en la cabeza, la primera en virtud de lo dispuesto en el artículo 2314 del Código Civil, en la forma que se explicó en el considerando sexto, y la segunda en virtud de lo dispuesto en el artículo 2320 del Código Civil, en la forma que se explicó en el considerando séptimo; y sin perjuicio de lo expresado en el primer párrafo del considerando undécimo”.

7.-

Partes	:	Jorge Delorenzo Galilea con Fisco de Chile
Tribunal	:	Corte Suprema, Tercera Sala.
Rol	:	8.400-2009
Tipo de Sentencia	:	Casación
Fecha sentencia	:	veintiséis de octubre de dos mil once

Hechos	:	Demandante reclama indemnización de perjuicios sufridos con ocasión de accidente aéreo sufrido en circunstancias de encontrarse rindiendo examen de re validación de habilitación de vuelo por instrumentos. Examen se rendía utilizando objeto que le obstruía la visión permitiéndole tener a la vista solamente los instrumentos de navegación, maniobra era vigilada por piloto inspector de la Dirección de Aeronáutica Civil.
Palabras Claves	:	Aeronave, Dirección general de aeronáutica
<p>Doctrina:</p> <p>1. La exclusión de las Fuerzas Armadas de las normas de responsabilidad de la ley 18.575 no permite sostener la completa falta de responsabilidad de las mismas</p> <p><u>En el considerando quinto:</u></p> <p>(...)Ello es así porque si bien es cierto que las normas de la Ley N° 18.575 no son aplicables a las Fuerzas Armadas, no lo es menos que sólo se trata de una norma de exclusión de dicho cuerpo legal, y no de un precepto que permita sostener la completa falta de responsabilidad. Ante la inaplicabilidad de la norma especial -aquella de la referida ley- el caso ha de ser resuelto por los preceptos generales de la responsabilidad extracontractual</p>		

2.- Las Fuerzas Armadas y de Orden están sujetas a aplicación de las reglas generales de responsabilidad, las que corresponde a la normativa del Código Civil

En el considerando séptimo:

“Que en cuanto a la aplicación del artículo 2314 del Código Civil, esta Corte ha sostenido que las instituciones exceptuadas de la preceptiva referida quedan sujetas a las reglas generales de responsabilidad”.

Cita fallo “Seguel Cares con Fisco de Chile”

8.-

Partes	:	Fernández Rodríguez Violeta y otros con Fisco de Chile
Tribunal	:	Corte Suprema Tercera Sala
Rol	:	1760-2009
Tipo de Sentencia	:	Casación
Fecha sentencia	:	veinticuatro de marzo de dos mil once
Hechos	:	Tres soldados conscriptos fallecen producto de la detonación de una bomba de mortero que explota al interior de un área definida como Zona de Seguridad. Se reclama indemnización

		de perjuicios por parte de víctimas indirectas del daño.
Palabras Claves	:	Soldados conscriptos; Responsabilidad del Estado, falta de servicio, Derecho común en materia de responsabilidad, normas del Código Civil

Doctrina:

1. Que estando las Fuerzas Armadas, excluidas de la aplicación del artículo 42 de la ley 18.575, cabe aplicar a estas, en materia de responsabilidad, cabe aplicar a ellas el Derecho Común en materia de responsabilidad, el que está constituido por las normas del Título XXXV del libro IV del Código Civil.

En el considerando séptimo: “Que luego cabe dilucidar qué sistema resulta aplicable a las instituciones excluidas y, en el caso particular, a las Fuerzas Armadas. Para ello ha de recurrirse al derecho común, teniendo presente que precisamente el desarrollo del derecho administrativo, allí donde ha ocurrido, lo ha sido a partir de la distinta interpretación de las normas de derecho común para el Estado y para las relaciones entre particulares, permitiendo de esta forma la conciliación de la actuación estatal, dotada de imperio público, como guardiana del interés colectivo, con la protección de los derechos de los ciudadanos, de tal suerte que cabe aceptar la aplicación en nuestro país a partir del artículo 2314 del Código Civil de la noción de falta de servicio. En efecto, al Estado, como a los otros entes públicos administrativos pueden serle aplicadas de manera diversa las normas del Título XXXV del Código Civil, sin que esto implique desde luego una errada interpretación de las mismas. Es así que las personas jurídicas son capaces de culpa, aunque carezcan de voluntad propia. La culpa civil como

señalan los hermanos Mazeaud y André Tunc, "no requiere la voluntad, ni siquiera el discernimiento, no es necesariamente una culpa moral; es suficiente con comportarse de manera distinta a la que habría observado en parecidas circunstancias un individuo cuidadoso". De acuerdo con este razonamiento y ampliándolo, puede no exigirse para la responsabilidad de la persona jurídica Estado la culpa o dolo de sus órganos o representantes; basta con que el comportamiento del servicio público fuera distinto al que debiera considerarse su comportamiento normal; o sea, basta con probar una falta de servicio. Por otra parte, la culpa de funcionarios anónimos puede presumirse, como ha hecho en ocasiones la jurisprudencia y en estos casos la culpa del órgano, que se presume de los hechos mismos, constituye la culpa del Estado".

2. La noción de Falta de Servicio, debe ser determinada a partir de la norma del artículo 2314 del Código Civil

En el considerando octavo: "Que de esta forma en la especie cabe aceptar la aplicación en nuestro país, a partir del artículo 2314 del Código Civil, de la noción de falta de servicio".

Cita fallo Seguel Cares con Fisco.

9.-

Partes	:	Morales Gamboa Edith del Carmen con Fisco de Chile.
Tribunal	:	Corte Suprema, Tercera Sala.
Rol	:	7919-2008
Tipo de Sentencia	:	Casación

Fecha sentencia	:	catorce de enero de dos mil once
Hechos	:	Carabinero, encontrándose al interior de una unidad policial, fallece producto de un impacto de bala percutado accidentalmente por otro carabinero, quien utilizaba su arma particular.
Palabras Claves	:	Carabinero, falta personal, arma particular, acto de servicio: obligación de permanecer en el cuartel

Doctrina:

1. Que, mediando la obligación de los funcionarios de permanecer en el lugar, debe estimarse que los hechos han ocurrido con ocasión del servicio, por lo que no puede la institución desligarse de responsabilidad de los mismos

En el considerando noveno:

“Que en efecto, el hecho ocurre durante la noche del 10 de septiembre de 1994 en un recinto policial, esto es la Tenencia de Carabineros de El Belloto Quilpué, en el dormitorio de los funcionarios y mientras éstos se encontraban de servicio disponible acuartelados en segundo grado y dada la condición de solteros de ambos con la obligación de permanecer en el cuartel, por lo que derechamente existe un entorno que está vinculado al servicio policial del que formaban parte los funcionarios intervinientes en estos hechos.

En el considerando décimo:

“Que en esta perspectiva, el Estado no puede desvincularse de la falta personal en que ha incurrido uno de sus agentes, por cuanto ha sido el mismo Estado quien ha instalado a ambos funcionarios en una determinada misión -de servicio disponible y acuartelados en segundo grado- y les ha impuesto además la

obligación de permanecer en el cuartel, de modo que la acción desplegada por el funcionario Osorio Tapia no se encuentra desprovista de vínculo con el servicio. En efecto, los dos funcionarios residían en la Tenencia dada su condición de carabineros solteros, los dos estaban esa noche allí dado el acuartelamiento dispuesto, por lo que claramente la falta personal de Osorio es de aquellas que dan lugar a la responsabilidad estatal.

2.- A propósito de la exclusión de la aplicación del artículo 42 de la ley 18.575, la responsabilidad de las Fuerzas Armadas y de Orden, debe determinarse de acuerdo a las normas contenidas en el Título XXXV del Libro IV del Código Civil

En el considerando Undécimo: Que en cuanto al régimen jurídico aplicable a la litis, sabido es que las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile se encuentran excluidos de la aplicación del artículo 42 de la Ley N° 18.575, por lo que en la especie habrá de aplicarse el Título XXXV del Libro IV del Código Civil referente a los delitos y cuasidelitos, y para el caso en cuestión los artículos 2320 y 2322 del Código Civil que establecen la responsabilidad por el hecho ajeno, en la forma que se señala a continuación.

3.- La falta persona del funcionario compromete la responsabilidad de la administración, salvo que se encuentre desprovista de vinculo con la función

4.- La noción de falta personal aplicable a las Fuerzas Armadas y Carabineros se debe determinar a partir de lo señalado en los artículos 2320 ó 2322 del Código Civil.

En el considerando décimo tercero: Que a la noción de falta de servicio, aplicable a las Fuerzas Armadas y Carabineros a través del artículo 2314 del Código Civil, se le debe complementar la noción de falta personal, ya que la distinción capital en materia de responsabilidad extracontractual del Estado es precisamente entre falta de servicio y falta personal, la que por lo demás recoge el artículo 42 de la Ley de Bases de la Administración del Estado y el artículo 141 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades. Dicha falta personal compromete la responsabilidad del Estado cuando no se encuentra desprovista de vínculo con la función, lo que ocurre cuando ella se ha cometido en ejercicio de la función o con ocasión de la misma. Ahora bien, la noción de falta personal aplicable a las Fuerzas Armadas y Carabineros se debe hacer a partir del artículo 2320 ó 2322 del Código Civil, entendiéndose que la contemplan, para que de este modo, como se señaló en el fallo "Seguel con Fisco" ya citado, permita uniformar el sistema de responsabilidad extracontractual para todos los entes de la Administración del Estado.

10.-

Partes	:	Yáñez Melita Leonardo con Fisco de Chile
Tribunal	:	Corte Suprema
Rol	:	1999-2008
Tipo de Sentencia	:	Casación
Fecha sentencia	:	veintinueve de septiembre de dos mil nueve
Hechos	:	Motociclista de Carabineros de Chile, que se dirigía a un procedimiento y conduciendo a una velocidad superior a la permitida, arrolló a un

		peatón que cruzó la vía en una zona no permitida, causándole lesiones que motivaron la amputación de sus extremidades inferiores. La víctima reclama indemnización de perjuicios.
Palabras Claves	:	Carabineros de Chile; accidente de tránsito; aplicación del Código Civil.
<p>Doctrina :</p> <p>1.La CPR ha remitido a la ley la determinación del estatuto de responsabilidad de la administración. El Artículo 38 de la CPR es una norma de competencia.</p> <p><u>En el considerando noveno:</u> Refiriéndose al artículo 38 de la CPR “(...) En consecuencia, si bien el aludido precepto constitucional reconoce el principio de la responsabilidad del Estado, en modo alguno establece su naturaleza, remitiendo a la ley su determinación.</p> <p>En efecto, el ordenamiento jurídico no encierra disposiciones de carácter general que establezcan responsabilidades objetivas para los particulares o el Estado; y, por ende, esta clase de responsabilidad requiere de una declaración explícita del legislador que describa las circunstancias precisas que puedan generarla”.</p> <p>“(...) En este sentido, el artículo 38 inciso segundo de la Constitución Política de la República no constituye el fundamento de la responsabilidad del Estado, sino tan sólo da la posibilidad de ejercer la acción en contra de éste. Visto de esta forma, no puede sino considerarse una norma de competencia”.</p>		

2. Deben aplicarse a la determinación de la responsabilidad de la administración las normas de Derecho común en materia de responsabilidad extracontractual, las que corresponden a la normativa que el Código Civil contempla en la materia

En el considerando duodécimo:

“Que entonces cabe dilucidar qué sistema resulta aplicable a las instituciones excluidas y en el caso particular a Carabineros de Chile. Para ello ha de recurrirse al derecho común, teniendo presente que precisamente el desarrollo del Derecho Administrativo, allí donde ha ocurrido, ha sido a partir de la distinta interpretación de las normas de derecho común para el Estado y para las relaciones entre particulares, permitiendo de esta forma la conciliación de la actuación estatal, dotada de imperio público como guardiana del interés colectivo, con la protección de los derechos de los ciudadanos. De tal forma en la especie cabe aceptar la aplicación en nuestro país, a partir del artículo 2314 del Código Civil, de la noción de falta de servicio.

11.-

Partes	:	Muñoz Cobos con Fisco de Chile
Tribunal	:	Corte Suprema
Rol	:	1067-2005

Tipo de Sentencia	:	Sentencia de Casación en el fondo.
Fecha sentencia	:	Seis de septiembre de 2006
Hechos	:	<p>Cónyuge de la actora es víctima de cuasidelito de lesiones por parte de un funcionario del Ejército de Chile.</p> <p>Se demanda indemnización de perjuicios, esta es rechazada por el Juez de Letras, acogiendo la excepción de prescripción del Fisco. Apelada, es confirmada por la Corte de Apelaciones. Se deduce Casación en el fondo. Se rechaza.</p>
Palabras Claves	:	Indemnización de perjuicios, prescripción, aplicación del Código Civil.

Doctrina:

1. La acción de indemnización de perjuicios contra el Estado está sujeta a prescripción de cinco años.

En el considerando sexto: “(...) En efecto, el hecho de que no exista norma expresa que diga explícitamente que se puede demandar en sede civil los perjuicios provenientes de un ilícito penal de carácter militar, no es óbice para deducir tal acción, toda vez que, a diferencia de lo que se señala en el recurso, lo excepcional -y en consecuencia lo que requiere de norma expresa- es la posibilidad de interponer una acción civil en sede penal, situación enteramente opuesta a la que nos ocupa;

En el considerando octavo: “Que así, habiéndose notificado la demanda de autos casi cinco años después de ocurrida la colisión que motivó las lesiones sufridas por el cónyuge de la actora, hecho que da origen a la acción interpuesta, no cabe sino concluir, como lo hicieron los sentenciadores del grado, que ésta se encontraba prescrita a la fecha de la interposición del libelo, por lo que no ha

existido infracción de derecho que deba enmendarse por esta vía; 9°) Que por lo antes expresado el recurso de casación en el fondo no puede prosperar, y debe ser desestimado.

12.-

Partes	:	Jiménez Rodríguez y otro con Fisco de Chile
Tribunal	:	Corte Suprema
Rol	:	3037-2003
Tipo de Sentencia	:	Sentencia definitiva, Casación en el fondo.
Fecha sentencia	:	09 de julio de 2008
Hechos	:	Funcionario de carabineros propinó impacto de bala a una persona que huía luego de ser sorprendido rayando una pared. La persona falleció.
Palabras Claves	:	Carabineros, uso de arma de fuego, uso de la fuerza,

Doctrina:

- 1. El Estado es responsable por los daños que causaren los órganos de la administración en el ejercicio de sus funciones, lo que no excluye aquellos actos que sean consecuencia de un hecho ilícito del agente.**
- 2. El Estado es responsable por los daños que causaren los órganos de la administración, por aplicación del artículo 4º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado.**

En el considerando décimo: Que el Fisco de Chile rechaza su responsabilidad civil, aduciendo que como el autor del delito no actuó en ejercicio de sus funciones

propias, ni estuvo en él radicada la voluntad y representación del cuerpo de carabineros, su comportamiento no podría comprometer la responsabilidad del Estado.

Al respecto, basta recordar que el artículo 4º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado hace responsable al Estado de los daños que causaren los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, lo que no excluye aquellos actos que sean consecuencia de un hecho ilícito del agente, sin perjuicio de la responsabilidad personal que a este último pueda corresponder. En este caso, la Administración del Estado, encargada de adoptar las medidas necesarias para la adecuada protección de los ciudadanos y del respeto de sus derechos fundamentales, debe responder de la acción delictiva del carabinero que, mientras debía cumplir una ronda de vigilancia, abusando de su autoridad, incurrió en violencia innecesaria, disparando su arma de fuego y causando la muerte de Osman Yeomans

13.-

Partes	:	Díaz Alfaro, Jessica con Fisco de Chile
Tribunal	:	Corte Suprema
Rol	:	3959-2005
Tipo de Sentencia	:	Sentencia de Casación
Fecha sentencia	:	18 de mayo de 2006
Hechos	:	Persona Fallece por intoxicación alcohólica mientras permanecía detenido en retén de Carabineros. Demandada indemnización de perjuicios, esta fue rechazada por el Juez civil y

		apelada, la misma fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Valdivia, contra esta se deduce Casación de forma y fondo
Palabras Claves	:	Carabineros de Chile; Responsabilidad del Estado; Relación de causalidad, Falta de Servicio
<p>Doctrina:</p> <p>1. No puede darse por establecida la Responsabilidad del Estado si no se acredita vínculo de causalidad entre el resultado y la Falta de Servicio.</p> <p><u>En el considerando décimo quinto:</u> “Que habiendo quedado como un hecho inamovible para esta Corte de casación que no ha existido una relación de causalidad entre la intoxicación aguda alcohólica que causó la muerte de Alejandro Duarte Cares y una posible falta de servicio de parte de funcionarios del Estado, resulta que éste no es responsable del deceso de dicha persona y, por consecuencia, la sentencia recurrida no ha podido quebrantar las normas sustantivas invocadas como segundo y tercer error de derecho en el recurso, ya que no ha podido imputársele a culpa de los agentes del Estado en la muerte del referido Sr. Duarte y por lo tanto, el aludido arbitrio deberá ser desestimado</p>		

14.-

Partes	:	Caro Silva, Juan Guillermo con Fisco de Chile
Tribunal	:	Corte Suprema, cuarta sala
Rol	:	4004-2003
Tipo de Sentencia	:	Sentencia de Casación
Fecha sentencia	:	diecinueve de octubre de dos mil cinco
Hechos	:	<p>Soldado conscripto fallece producto de las lesiones ocasionadas por los golpes propinados por un superior. Se demanda indemnización de perjuicios.</p> <p>Primera instancia acoge la demanda de indemnización de perjuicios. En sede de apelación, se confirmó con declaración, elevando el monto.</p>
Palabras Claves	:	Responsabilidad del Estado (fuente); Aplicación de principios de Derecho Público.
<p>Doctrina:</p> <p>1.- La Constitución consagra el principio de Responsabilidad del Estado, pero queda a la ley determinar su naturaleza. Cumple con esto la ley 18.575.</p> <p><u>En el considerando sexto:</u> “Que, como lo ha sostenido reiteradamente esta Corte, el principio de la responsabilidad del Estado, si bien se encuentra consagrado en el inciso segundo del artículo 38 de la Constitución Política de la República, no indica cual es su naturaleza, de suerte que para determinarla debe necesariamente recurrirse a la ley, en este caso, el artículo 4º del D.F.L. 1</p>		

? 19.653, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado”.

2.- La responsabilidad del Estado está determinada en la ley, pero dada su naturaleza, debe regirse por normas y principios de Derecho Público.

En el considerando séptimo: “Que esta responsabilidad del Estado que se consagra en el precepto legal referido en el fundamento anterior, como lo ha sostenido esta Corte, es de carácter genérico, pues emana de la naturaleza misma de esa actividad estatal, en cuanto organización jurídica y política de la comunidad de las variadas acciones que debe desarrollar en el ámbito de las funciones que le corresponde llevar a cabo para el cumplimiento de las funciones y deberes reconocidos en el artículo 1° de la Carta Política, para lo cual debe hacer uso de todas las potestades y medios jurídicos y materiales que ella le otorga, lo que hace que las distintas responsabilidades que puedan causar esas acciones, se sometan a normas y principios de la rama del Derecho Público”.

3.- Para que se de por establecida la responsabilidad Estatal, no hace falta individualizar al funcionario, ni examinar si la actuación de la administración fue lícita o ilícita, o si constituyó un hecho material o un hecho administrativo.

En el considerando noveno: “Que, en ese sentido, entre otros autores, don Enrique Silva Cimma señala que para que sea procedente la responsabilidad estatal de Derecho Público, que establecen las disposiciones relacionadas en el motivo anterior, “no es necesario siquiera individualizar a la persona natural que

con su acción u omisión causó el perjuicio, ni probar la culpa o daño de su conducta, ni tampoco discernir si la actuación de la administración fue lícita o ilícita o si se materializó en un hecho material o en un acto administrativo” (“Derecho Administrativo Chileno y Comparado, El Control Público”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994. Pág. 217)”

4.- Que el daño tenga su origen en una falta personal del funcionario, no excluye la responsabilidad de la Administración.

En el considerando octavo: “Que no es valedero sostener, como se plantea en el presente recurso, que en la especie el Fisco estaría libre de responsabilidad porque el funcionario autor de un delito dañino no puede ser calificado como un órgano estatal que haya actuado en el campo de su competencia legal. En efecto, el citado artículo 4° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, al configurar la responsabilidad estatal por los daños que causen los órganos de su Administración, no la excluye porque ella puede ser consecuencia de una falta personal del agente público cuya acción u omisión provoca el perjuicio indemnizable, recogiendo la misma noción que se consigna en el inciso segundo del artículo 38 de la Carta Política Nacional”.

5.- El hecho de ser el agente generador de un riesgo, determina la responsabilidad del Estado.

En el considerando décimo: “(...) es indubitable que el Estado debe responder por el daño irrogado. Porque se trata de un riesgo causado por la propia Administración del Estado, quien debe garantizar las condiciones mínimas de seguridad respecto de quien cumplía con el deber militar que le corresponde a

todo varón mayor de 18 años; servicio que persigue como fin preparar al contingente necesario para la defensa del país y, consecuentemente, permitir al Estado cumplir con el deber de resguardo de la seguridad nacional que le impone la Carta Fundamental”.

15.-

Partes	:	Albornoz Amaya con Ortiz Farías Miguel
Tribunal	:	Corte Suprema
Rol	:	4006-2003
Tipo de Sentencia	:	Definitiva casación de fondo.
Fecha sentencia	:	04 de marzo de 2005.
Hechos	:	Persona no involucrada en los hechos que motivan el procedimiento, resulta herida por disparo realizado por funcionario de la Policía de Investigaciones.
Palabras Claves	:	Policía de Investigaciones, armas de fuego, tercero no involucrado.

Doctrina:

1.- La responsabilidad objetiva, impone su reparación al autor del daño aunque no haya culpa, sea que se ocasione por su actuación o por las cosas que le pertenecen o están bajo su cuidado.

En el considerando primero: “Que la responsabilidad extracontractual objetiva es aquella en que el agente del daño viene obligado a repararlo, aunque no haya culpa, si sobreviene a

consecuencia de su actuación o de cosas que le pertenecen o están bajo su cuidado. El fundamento de dicha responsabilidad objetiva estriba en la necesidad social de realizar una serie de actividades peligrosas o riesgosas, deviniendo, necesario reconocer, el derecho de los perjudicados a la indemnización”.

2. Dentro de la actividad reglada que desarrollan los funcionarios, solo puede existir responsabilidad si el funcionario excede sus atribuciones, que las funciones están claramente deslindadas y señaladas en la ley, reglamento, decreto u otra resolución, y en tal caso la responsabilidad es en principio del funcionario.

3. En los actos discrecionales del servicio público que ocasionen un daño, el Estado debe responder objetivamente, porque en el fondo, toda responsabilidad de persona jurídica lo es, pero siempre naturalmente que se trate de un hecho ilícito cometido por el funcionario.

En el considerando segundo: Que para determinar la responsabilidad extracontractual objetiva del Estado es menester distinguir entre la actividad reglada y discrecional de los funcionarios. En la primera sólo puede existir responsabilidad si el funcionario excede sus atribuciones, que están claramente deslindadas y señaladas en la ley, reglamento, decreto u otra resolución, y en tal caso la responsabilidad es en principio del funcionario. Distinta es la situación en los actos discrecionales del servicio público, en que si se causa un daño a terceros, el Estado debe responder objetivamente-porque en el fondo toda responsabilidad de persona jurídica lo es-, pero siempre naturalmente que se trate de un hecho ilícito cometido por el funcionario.

4. Si el Estado, con su actividad, genera un riesgo de daños ilegítimos a los particulares, producidos estos, debe indemnizarlos. Esta obligación tiene su fuente en la disposición del n° 20 del artículo 19 de la Constitución (Igual repartición de las cargas públicas).

En el considerando tercero: Que, según lo apreciado en la definición de la responsabilidad objetiva, el Estado con su actividad administrativa crea un riesgo de daños ilegítimos a los particulares, y si ellos se producen debe indemnizarlos en virtud del principio constitucional establecido en el artículo 19 N° 20 de la Constitución Política de la República, de la igual repartición de las cargas públicas, ya que en el caso sublite, la acción del agente del estado impuso una carga a la familia del occiso que ésta no estaba jurídicamente obligada a soportar, produciendo un desequilibrio inaceptable en la relación entre el particular y el Estado, por lo cual a fin de garantizar también el principio establecido en el artículo 19 N° 2 de nuestra Carta Fundamental- la igualdad ante la leyes menester compensar la carga impuesta ilegítimamente, mediante el mecanismo de reparación integral que establecen los principios generales de nuestra legislación que se traducen en la obligación de indemnizar a los actores por la muerte de don Hernán Aguilera Burdiles.

16.-

Partes	:	Bustos Riquelme, María Angélica con Fisco
Tribunal	:	Corte Suprema, Cuarta sala
Rol	:	3354-2003

Tipo de Sentencia	:	Sentencia de casación
Fecha sentencia	:	Veintiséis de enero de dos mil cinco
Hechos	:	Joven conscripto es gravemente lesionado por cabo de ejército, se demanda indemnización de perjuicios. Primera instancia la rechaza, acogiendo excepción de prescripción, la Corte de Apelaciones la revoca, haciendo lugar a la demanda. La demandada deduce casación en el fondo.
Palabras Claves	:	Fuerzas Armadas; Aplicación al personal del concepto de falta de servicio; Usuarios del Servicio; Naturaleza de Derecho Público de la responsabilidad.

Doctrina:

1.- No procede aplicar a las Fuerzas Armadas el concepto de “Falta de Servicio”, al personal de las mismas se aplica el Decreto Fuerza de Ley (G) N° 1, de 1.968, del Ministerio de Defensa Nacional.

En el considerando noveno: “Que este argumento deberá igualmente desestimarse desde que la norma del artículo 44 recién citada, no es aplicable a las Fuerza Armadas, a las que pertenecían tanto el autor del daño -Cabo del Ejército-, como la víctima -Conscripto-, por expresa disposición del inciso segundo del artículo 18 de la Ley N° 18.575, a cuyo personal, por el contrario, se rige por el Decreto Fuerza de Ley (G) N° 1, de 1.968, del Ministerio de Defensa Nacional”.

2.- La idea de Falta de Servicio solo es aplicable a los usuarios del mismo, no se aplica a la dotación del mismo.

En el considerando Décimo: “Que, por otro lado, la noción de la falta de servicio como vertiente específica de responsabilidad estatal por actos u omisiones de su administración juega en el plano de las actividades de los organismos que la integran respecto de los usuarios o destinatarios de los servicios correspondientes y no se aplica en las relaciones de esos entes con sus dotaciones”.

3.- La determinación de la responsabilidad del Estado es una cuestión que debe someterse a las normas y principios de Derecho Público.

En el considerando Undécimo: “Que la responsabilidad del Estado por actos de la Administración, consagrada genéricamente en el artículo 4º de la Ley N° 18.575, emana de la naturaleza misma de esa actividad estatal, en cuanto organización jurídica y política de la comunidad y de las variadas acciones que debe desarrollar en el ámbito de las funciones que le corresponde llevar a cabo para el cumplimiento de los fines y deberes reconocidos en el artículo 1º de la Constitución Política, para lo cual debe hacer uso de todas las potestades y medios jurídicos y materiales que ella le otorga, lo que hace que las distintas responsabilidades que puedan causar esas acciones, se sometan a normas y principios de la rama del Derecho Público”.

4.- El Estado debe responder del daño causado cuando este tiene su origen en un riesgo causado por el mismo.

En el considerando 12º: “(...), es indudable que el Estado debe responder por el daño irrogado, ya que se trata de un riesgo causado por la propia Administración del Estado, quien debe garantizar las condiciones mínimas de seguridad, respecto de quien cumplía con el deber militar que le corresponde a todo varón mayor de 18 años; servicio que persigue como fin preparar el contingente necesario para la defensa del país y, consecuentemente, permite al Estado cumplir con el deber de resguardo de la seguridad nacional que le impone la Carta Fundamental”.

17.-

Partes	:	Meza Figueroa, Marco Antonio Con Fisco De Chile
Tribunal	:	Corte Suprema
Rol	:	4558-2003
Tipo de Sentencia	:	Sentencia de Casación
Fecha sentencia	:	Trece de julio de 2004
Hechos	:	Persona muere tras ser atropellada por vehiculo policial conducido por cabo de carabineros. Se concede indemnización de perjuicios por el juez civil, apelada la sentencia es revocada. El demandante deduce casación.

Palabras Claves	:	Accidente de tránsito; falta personal, funcionario; Falta de Servicio; tesis usuario del servicio.
<p>Doctrina:</p> <p>1. Administración podría responder por el hecho del funcionario en calidad de empleador y, en el caso, en su calidad de propietario del vehículo.</p> <p><u>En el considerando octavo:</u> “Que, como se ha visto, en la demanda se incurrió en el error de invocar diversas fuentes de donde emanaría la responsabilidad del Estado en el hecho que le sirve de fundamento, en circunstancias que, atendida su naturaleza, sólo podría derivarse, para el conductor participante una responsabilidad subjetiva, por su conducta culposa y, establecida ésta, afectaría también al Estado de Chile en su doble calidad de propietario del vehículo y de empleador del referido conductor”.</p> <p>2. Falta de Servicio puede ser alegada sólo por quienes requieren y son destinatarios de una prestación por parte de la administración;</p> <p><u>En el considerando noveno:</u> “Que el fallo de segundo grado, en tanto, advirtió que el furgón policial que atropelló a doña Claudia Salinas no prestaba a la víctima servicio alguno que pudiera estimarse deficiente o como fuente de origen de la responsabilidad del Estado, según la Ley N°18.575. Agregó enseguida, que las responsabilidades que emanan de los hechos a que se refiere el motivo primero del mismo fallo, deben ser resueltas a la luz de las disposiciones contenidas en la Ley N° 18.290 sobre tránsito, en cuanto establece responsabilidades para el conductor y propietario, de donde surgiría la responsabilidad del Fisco, en caso de probarse su calidad de dueño del vehículo</p>		

participante en los hechos, la que estima debe ir unida a la "culpabilidad del Chofer, la que sólo es posible tenerla por establecida mediante la existencia de una sentencia ejecutoriada que así lo resuelva, resultando del todo insuficiente la fotocopia del auto de procesamiento acompañado en esta instancia que rola a fs.411". Añade que "En el caso de autos, no existe antecedente alguno en la causa que a la fecha de la dictación de este fallo se haya cumplido con este requisito y, por tanto, no es posible sostener que en tales condiciones se pueda condenar al demandado al pago de perjuicio alguno"; 10º) Que, así, la sentencia recurrida centró adecuadamente el asunto: se trata de un accidente de tránsito, que debe ser resuelto, en lo penal y civil, en torno a las disposiciones de la Ley de Tránsito, N°18.290 y del Código Penal, artículos 490 y 492. Asimismo, en lo civil, resultarían aplicables las disposiciones de los artículos 2314 y siguientes del Código de esta especialidad. Cabe, en este punto, recordar que el Código Orgánico de Tribunales entrega normas sobre competencia civil de los tribunales en lo criminal y el artículo 171 dispone que "La acción civil derivada de un delito (o cuasidelito, como sería el caso) podrá ejercitarse ante el tribunal que conoce del respectivo proceso criminal...". El artículo 172 establece que "El tribunal que conoce del proceso criminal es competente para resolver acerca de la responsabilidad civil que pueda afectar a terceros a consecuencia de un delito...";

3.- Para hacer efectiva la responsabilidad de la Administración, se requiere demostrar la culpabilidad del funcionario que ha ocasionado el daño.

En el considerando décimo cuarto: "Que la conclusión de todo lo que se ha manifestado consiste en que no se han producido las infracciones de ley denunciadas, porque los jueces que dictaron el fallo cuestionado centraron como correspondía el asunto, y sobre dicha base, resolvieron adecuadamente la cuestión controvertida, al señalar que no está establecida por sentencia ejecutoriada la responsabilidad del chofer participante del accidente de tránsito

antes aludido y, por lo tanto, no es el momento de presentar una demanda civil que aparece, por tal razón, anticipada; 15º) Que lo expuesto hace innecesario analizar una a una las disposiciones que se mencionaron en la casación, recurso que, por todo lo expuesto, no puede prosperar y debe ser desestimado. De conformidad, asimismo, con lo que disponen los artículos 764, 767 y 805 del Código de Procedimiento Civil, se declara que se rechaza el recurso de casación en el fondo interpuesto en lo principal de la presentación de fs.420, contra la sentencia de diecisiete de septiembre del año dos mil tres, escrita a fs.418”.

18.-

Caratulado	:	Contra Carlos Vargas Lagos y Marcelo Concha Orellana
Tribunal	:	Corte Suprema. Segunda Sala (Crimen)
Rol	:	4961-2003
Tipo de Sentencia	:	Casación
Fecha sentencia	:	Tres de mayo de dos mil cuatro
Hechos	:	Homicidio de joven detenido en estado de ebriedad en la ciudad de San Antonio, se determinó la responsabilidad de funcionarios de Carabineros. Se discute carácter solidario de obligación respecto del Fisco.
Palabras Claves	:	Responsabilidad del Estado, Derecho Público; Aplicación del Código Civil.

Doctrina:

1. Normas constitucionales sobre responsabilidad del Estado, en razón de su especialidad y carácter de norma de orden público, tienen rango superior y deben preferirse a las civiles en la materia

En el considerando octavo:

“Que, resulta claro que los jueces del fondo, para disponer la solidaridad del Fisco de Chile en el cumplimiento de su obligación de pago de una indemnización por daño moral a favor del actor, tuvieron en especial consideración las normas de los artículos 38 de la Constitución Política de la República y 4 de la Ley 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado”.

“(…)Es decir, los jueces fundaron su decisión en normas de rango superior a las normas civiles que refiere el recurso como conculcadas, además de orden público y de carácter especial y que por tanto priman sobre éstas y de las cuales, sin lugar a dudas, se desprende la asignación de responsabilidad objetiva del Fisco aún en la forma de cumplimiento del pago de una obligación civil por la cual el Estado se ha impuesto la responsabilidad original, principal y básicamente completa, sin perjuicio de su derecho a repetir en contra de sus co obligados”.

Voto en contra del ministro Nivaldo Segura.

2. Sin cuestionar el carácter especial y preeminente de las normas constitucionales en materia de Responsabilidad, cierto es que estas nada dicen respecto de la solidaridad en materia de obligaciones, circunstancia

que obliga a recurrir a las normas que el derecho común (Civil) establece en la materia. Esto por aplicación del artículo 4º del Código Civil.

2º.- Que, hecha la anterior precisión, es pertinente tener en consideración que los artículos 38 de la Constitución Política de la República, y 4º de la Ley N° 18.575 no se han referido en modo alguno al tema traído a colación por medio del recurso del Fisco, de suerte que, aún reconociendo que forman parte de lo que se conoce como Régimen Público de Responsabilidad del Estado, estas normas no deciden si responde en forma solidaria, conjunta o de otro modo.

19.-

Partes	:	Uribe fuentes Margarita y Otros
Tribunal	:	Corte Suprema, Cuarta Sala
Rol	:	2347-2002
Tipo de Sentencia	:	Casación
Fecha sentencia	:	Nueve de julio de dos mil tres
Hechos	:	Menores de edad ingresan a regimiento y sustraen material explosivo consistente en cartuchos lacrimógenos y dos grandas de fusil. Una vez en el exterior, uno de los menores activó una de las granadas, la que explotando le provocó la muerte instantánea. Se discute la responsabilidad estatal en relación a las medidas de seguridad en el almacenamiento de material potencialmente peligroso

Palabras Claves	:	Fuerzas Armadas; Falta de Servicio, Artículo 44 ley 18.575, aplicación; Responsabilidad Objetiva, Responsabilidad Directa.
------------------------	---	--

Doctrina:

1.- No corresponde aplicara las FFAA el artículo 44 de la ley 18.575.

En el considerando 4º: “Que de la simple lectura de la sentencia impugnada se advierte que en el fundamento 4º los sentenciadores desestimaron expresamente la aplicación de la norma contenida en el artículo 44 de la Ley N° 18.575, y para ello argumentaron que tal disposición no resulta pertinente por cuando dicho precepto legal al estar ubicado dentro del Título II el cual está referido a Normas Especiales no se aplica -entre otros organismos- a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los cuales se rigen, en la materia en estudio, por las disposiciones generales, es decir, los artículos 6º, 7º y 38 inciso segundo de la Constitución Política de la República y artículo 4º de la Ley de Bases”.

Voto en contra de los ministros Urbano Marín y Jorge Medina

2. No es posible sostener en el artículo 4º de la ley 18.575 la existencia de un régimen objetivo de la responsabilidad del Estado

Que el citado precepto legal no establece una responsabilidad objetiva para el Estado, por los daños que causen los órganos de su administración en el

ejercicio de sus funciones, tal como tampoco lo hace el inciso segundo del artículo 38 de la Constitución Política de la República, luego de la reforma que le introdujo el N° 17 del artículo único de la Ley N° 18.825, al franquear a cualquiera persona que sea lesionada en sus derechos por la administración estatal, sus organismos o las municipalidades, la posibilidad de reclamar ante los Tribunales que determine la ley”

3.- En nuestro Derecho Nacional no existen normas generales de responsabilidad, sino que, en los casos en que se ha establecido, ha sido objeto de una disposición legal expresa.

“2°.- Que, en efecto, el régimen jurídico nacional no contiene disposiciones de orden general que impongan responsabilidad de orden objetivo tanto para el Estado como para los particulares, sino que ella ha sido objeto siempre de una norma legal explícita, como ocurre, entre otros casos, en los previstos en los artículos 8° del decreto ley N° 3557, de 1981 y 50 y 52 de la Ley N° 18.302 y 2327 y 2328 del Código civil”

3. A través de la aplicación conjunta de los artículos 4° de la ley 18.575 y 38 de la CPR, se puede establecer la responsabilidad directa del Estado.

20.-

Partes	:	Arévalo Bascuñán Paula con Fisco de Chile
Tribunal	:	Corte Suprema
Rol	:	3876-2001
Tipo de Sentencia	:	Casación de fondo
Fecha sentencia	:	Veintisiete de agosto del año dos mil tres
Hechos	:	---
Palabras Claves	:	Usuarios del Servicio, Falta de Servicio, Responsabilidad Civil

Doctrina:

1.- No es correcto afirmar que, en todos los casos la administración será responsable de los actos del funcionario

12º) Que, de esta manera, el fallo de primer grado, confirmado por el de segundo, sustenta la teoría de que cualquiera sea el sistema de responsabilidad por el que se opte, de todas maneras el Estado ha de responder por la actuación del funcionario de Gendarmería anteriormente señalado, que ocasionó severas lesiones a la demandante;

13º) Que lo expresado precedentemente no puede ser aceptado por este Tribunal de casación, puesto que la demanda presentada a fs.3 dejó delimitado claramente el campo de acción de los tribunales cuando basó su pretensión en la responsabilidad que se ha denominado por falta de servicio y que se fundó en que la demandante fue lesionada por un funcionario del Estado y que

esa actuación tuvo su origen en falta de servicio, haciendo ver lo que indicó como deficiente funcionamiento de la Unidad Penal: ubicación riesgosa, falta de personal para la custodia de los reclusos y la circunstancia de haber estado terminada una nueva unidad penal, que no estaba en funcionamiento. Vinculó la responsabilidad indicada a los artículos 6, 7

y 38 de la Constitución Política de la República, 4 y 44 de la Ley N°18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado;

2.- No cabe establecer falta de servicio respecto de individuos que no sean usuarios directos del órgano de la administración que ha causado el daño. Ámbito en el que despliega sus funciones el organismo delimita al mismo tiempo el ámbito en el que puede verificarse la Falta de Servicio.

En el considerando 14º: “(...)En efecto, Gendarmería de Chile no está obligada a prestar servicio concreto alguno a la comunidad, como no sea en una forma totalmente indirecta, ya que su función primordial es la custodia de los reclusos que se encuentran a disposición de los tribunales de justicia, por lo que no se hallaba en situación de incurrir en este tipo de responsabilidad;”

En el considerando 15º: “Que la circunstancia de efectuarse disparos en la forma como quedó establecido que ocurrió, no puede sino constituir un acto que, de mediar culpa, sería cuasidelito civil, porque habría negligencia e imprudencia. En todo caso, una situación de esta naturaleza debería ser materia de la prueba que rindieren las partes, sin que ella pudiese derivarse del mero hecho de tratarse de un agente del Estado que ocasionó daño. Lo anterior queda ratificado con las copias de sentencias acompañadas por la propia parte recurrente en el escrito de fs.496 bis, y que se advierten a fs.497 y siguientes, del Juzgado del Crimen de Tocopilla, dictadas en la causa rol N°10.534, mediante la cual el Gendarme Alberto Benito Méndez Pizarro fue

condenado, como autor del cuasidelito de lesiones graves a la actora del presente proceso, además del cuasidelito de homicidio en la persona de Cristián Antonio Carmona González;”

3.- Juez no puede dar por establecida responsabilidad del Estado si los hechos no constituyen estrictamente Falta de Servicio.

En el considerando 17º: Que, en resumen, habiendo sido invocada en la demanda, como única causa de pedir, la responsabilidad civil derivada de la falta de servicio, que se ha demostrado ser improcedente, resulta procesalmente imposible acoger las pretensiones indemnizatorias de la actora, por mucho que la responsabilidad pudiera ser en definitiva la extracontractual en el presente asunto normada en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil;

ANEXO SENTENCIAS CORTES DE APELACIONES.

1.-

Partes	:	Luis Pavez Jorquera con Fisco de Chile y otro
Tribunal	:	Corte de Apelaciones de Santiago. Quinta Sala
Rol	:	4500-2011
Tipo de Sentencia	:	Apelación de sentencia definitiva
Fecha sentencia	:	Dieciséis de octubre de dos mil doce
Hechos	:	---
Palabras Claves	:	Responsabilidad del Estado, requisitos, naturaleza jurídica.

Doctrina:

1. La Responsabilidad del Estado es de naturaleza extracontractual y subjetiva, y tiene su fuente en las disposiciones del Código Civil.

2. La Responsabilidad del Estado requiere que el acto u omisión dañosa haya sido ejecutado por alguno de sus agentes, debe existir culpa o daño en el actuar y debe haber actuado dentro del ejercicio de sus funciones

En el considerando 2º: Que, comparte esta Corte la tesis del Fisco, resultando indiscutible que, en la especie, la responsabilidad del Estado que

es de naturaleza extracontractual y subjetiva, se origina en las disposiciones del Código Civil, en sus artículos 2314 y siguientes, persona jurídica que la adquiere cuando el acto u omisión dañosa ha sido ejecutada por alguno de sus agentes, existiendo culpa o daño en el actuar y dentro del ejercicio de sus funciones, presupuestos que se configuran en el caso, pues se acreditó que un agente del Estado, por su actuar culpable, ocasionó el daño motivo de la pretensión y susceptible de ser resarcido.

2.-

Partes	:	Rivera Caamaño con Fisco de Chile
Tribunal	:	Corte de Apelaciones de Concepción
Rol	:	479-2011
Tipo de Sentencia	:	Apelación
Fecha sentencia	:	27 de julio de 2011
Hechos	:	Jóvenes resultan heridos producto de una balacera con carabineros
Palabras Claves	:	Carabineros, Armas de Fuego, lesiones.
<p>Doctrina:</p> <p>1. Responsabilidad del Estado es de Carácter contractual y se rige por lo dispuesto en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil</p>		

La responsabilidad del Estado es, primero que todo, de carácter extracontractual, en el sentido que no hay un vínculo jurídico anterior, como ocurre en la responsabilidad contractual y si bien no existen normas especiales en esta materia, toda vez que, conforme lo señala el artículo 21 de la misma ley, no puede aplicarse el artículo 42 de la Ley Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado, resultan aplicables las normas contenidas en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil.

3-.

Partes	:	Parada Ambiado, Miriam con Carabineros de Chile, Fisco de Chile
Tribunal	:	Corte de Apelaciones de Arica
Rol	:	689-2010
Tipo de Sentencia	:	Apelación de sentencia definitiva
Fecha sentencia	:	Catorce de diciembre de 2010
Hechos	:	Persona fallece en procedimiento policial. Se demanda indemnización de perjuicios, la que es concedida por el juez civil. Demandante y demandado apelan, el primero solicitando se eleve el monto de la indemnización, el segundo solicita que se rechace
Palabras Claves	:	Responsabilidad del Estado; Aplicación del Código Civil; Culpa o dolo del agente, prescendencia.

Doctrina:

1.- Es aplicable a la determinación de la responsabilidad del Estado las normas del artículo 2314 Código Civil.

2. Puede no exigirse para la responsabilidad de la persona jurídica Estado la culpa o dolo de sus órganos o representantes; basta con que el comportamiento del servicio público fuera distinto al que debiera considerarse su comportamiento normal.

En el considerando sexto: “Que el artículo 38 de la Constitución Política de la República dispone que cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño, norma recogida en el artículo 4° de la ley N° 18.574, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado y no existiendo normas especiales en la materia, resultan aplicables aquellas contempladas en el Código Civil. En efecto, la Excma. Corte Suprema ha señalado “cabe aceptar la aplicación en nuestro país a partir del artículo 2314 del Código Civil, de la noción de falta de servicio” y ha agregado que “Es así que las personas jurídicas son capaces de culpa, aunque carezcan de voluntad propia. La culpa civil como señalan los hermanos Mazeaud y André Tunc, “no requiere la voluntad, ni siquiera el discernimiento, no es necesariamente una culpa moral; es suficiente con comportarse de manera distinta a la que habría observado en parecidas circunstancias un individuo cuidadoso. De acuerdo con este razonamiento y ampliándolo, puede no exigirse para la responsabilidad de la persona jurídica Estado la culpa o dolo de sus órganos o representantes; basta con que el comportamiento del servicio público fuera distinto al que debiera considerarse su comportamiento normal; o sea basta con probar una falta de servicio. Por otra parte la culpa de funcionarios anónimos puede presumirse, como ha hecho en ocasiones la

jurisprudencia, en estos casos la culpa del órgano, que se presume de los hechos mismos, constituye la culpa del Estado” (rol 371-2008, sentencia de 30 de julio de 2009)”.

3.- En todos los casos, deben probarse los elementos constitutivos de la falta de servicio.

En el considerando séptimo: “Que lo señalado no exime, sin embargo, a la demandante de la carga de la prueba de los elementos que configuran la falta de servicio alegada, esto es, que el órgano del Estado no actuó como debía o, lo que es lo mismo, lo hizo de manera irregular”.

En el considerando décimo: “Que, atendidas las circunstancias en que ocurrieron los hechos, y sin que exista prueba alguna que lleve a concluir de manera irrefutable que Carabineros de Chile actuó de una manera contraria a lo normal, que configurara un actuar, siquiera, culposo que permita tener por configurada su responsabilidad civil en los hechos, la demanda no puede ser acogida”.

4.-

Partes	:	Llanca Viguera Cecilia del Carmen con Fisco de Chile
Tribunal	:	Corte de Apelaciones de Concepción
Rol	:	2030-2009
Tipo de Sentencia	:	Apelación sentencia definitiva
Fecha sentencia	:	ocho de septiembre de dos mil diez

Hechos	:	Actora se sometería a intervención quirúrgica en Hospital Naval de Talcahuano, en dicho contexto, y producto de una acción negligente de un funcionario dependiente del centro asistencial sufre quemaduras que le provocan lesiones y molestias que se extienden durante largo tiempo. Reclama indemnización de perjuicios. Demanda en rechazada en primera instancia
Palabras Claves	:	Lesiones, prestación médica, falta personal, Falta de Servicio.
<p>Doctrina:</p> <p>1. Que la responsabilidad del Estado tiene carácter objetivo.</p> <p><u>En el considerando 8º:</u> Que, entonces, de acuerdo a la doctrina administrativa, se ha consagrado un tipo de responsabilidad objetiva para la existencia de la cual basta que el ente administrativo cause un daño en el ejercicio de sus funciones, sin que aparezca necesario individualizar a la persona natural que con su acción u omisión causó el perjuicio, ni tampoco probar la culpa o dolo de la conducta, ni que sea necesario discernir si la actuación de la Administración fue lícita o ilícita o si se materializó en un hecho o en un acto administrativo. Basta, por tanto, la causalidad material como factor de atribución de la responsabilidad. La falta de servicio es un resultado, es lo mismo que la ineficacia o ineficiencia (citando al tratadista Eduardo Soto Kloss). La falta de servicio es la ineficiencia externa del Estado o de los servicios</p>		

descentralizados (Responsabilidad por falta de Servicio, Casuística Chilena Reciente, R.D. y J. t. XCIV, N° 1, págs. 31 y sgtes.).

De acuerdo a ello, el centro asistencial es una empresa de servicios sanitarios y, por tanto, debe responder civilmente de acuerdo al principio del riesgo de la empresa.

En la parte resolutive:

Por estas argumentaciones y lo dispuesto en los artículos 1437, 1547, 1698, 1699, 1700, 1702, 1704, 1706, 1712, 2314 y siguientes del Código Civil y 144, 169, 254, 341, 342, 346, 384 y 426 del Código de Procedimiento Civil; 38 de la Constitución Política de la República y 4 y 44 de la Ley 18.575, SE REVOCA la sentencia de veintisiete de octubre de dos mil nueve, escrita de fojas 127 a 132, y en su lugar se declara que SE ACOGE la demanda interpuesta en lo principal del escrito de fs. 19, sólo en cuanto se condena al FISCO DE CHILE, representado legalmente por el Consejo de Defensa del Estado, a pagar a la actora, doña Cecilia del Carmen Llanca Viguera la suma de VEINTICINCO MILLONES DE PESOS (\$25.000.000) por concepto de daño moral.

5.-

Partes	:	Fisco de Chile contra Menco Menco, Héctor Alfredo y otros
Tribunal	:	Corte de Apelaciones de Arica
Rol	:	4-2010
Tipo de Sentencia	:	Apelación sentencia definitiva
Fecha sentencia	:	Veintisiete de agosto de dos mil diez
Hechos	:	Joven estudiante muere en medio de disturbios, producto del impacto de balines metálicos disparados por un funcionario de Carabineros de Chile.
Palabras Claves	:	Carabineros de Chile; Falta de Servicio; Falta personal.

Doctrina:

1. Nuestro ordenamiento jurídico no contempla cláusulas generales de responsabilidad, su establecimiento requiere mención legal expresa.

En el considerando séptimo: "Ya antes, en el caso "Domic con Fisco", había expresado que el ordenamiento jurídico no encierra disposiciones de carácter general que establezcan responsabilidades objetivas para los particulares y el Estado y que, por ende, esta clase de responsabilidad requiere de una declaración explícita del legislador que describa las circunstancias precisas

que puedan generarla, como ocurre en algunos casos excepcionales que allí se mencionan”.

2.- La Falta de servicio si exige actividad probatoria.

Se debe demostrar que el servicio no funcionó en la forma en que tenía que hacerlo o que lo hizo en forma antijurídica.

No hace falta identificar al funcionario.

En el considerando séptimo: “Se propugna entonces, desde la máxima magistratura, que lo que se establece en el artículo 42 de la Ley Orgánica de Bases de la Administración del Estado es la responsabilidad por falta de servicio, que sí exige actividad probatoria en el sentido de demostrar que el servicio público no funcionó como se suponía que debía hacerlo, o lo hizo en forma antijurídica, siendo esta falta la que causa el daño. No interesa la persona del funcionario, el que podrá o no estar identificado (por lo general no se pronuncia acerca de la culpa o dolo del funcionario específico), lo que interesa es la falta del servicio, o sea un reproche o reparo de ilegitimidad fundado en ella. La exigencia de probar el mal funcionamiento del servicio o el no funcionamiento del mismo, descarta la idea de responsabilidad objetiva, ya que en ella la responsabilidad se compromete sin necesidad de falta, bastando para ello que el daño exista y que exista la relación de causalidad entre éste y la acción del Estado”.

3. De existir falta personal, el Estado es igualmente responsable y esto obedece al hecho de haber puesto a disposición del funcionario los elementos para cometerla.

En el considerando séptimo: “Es preciso, además, distinguir entre la falta de servicio y la falta personal, donde sí existe un funcionario individualizado, que ha actuado con negligencia o dolo, en cuyo caso el Estado debe responder por haber puesto a disposición del funcionario los elementos para poder cometerla, sin perjuicio de poder repetir posteriormente contra el funcionario. Tampoco aquí hay una responsabilidad objetiva, sólo una apreciación objetiva de ella”.

4.- Aplicando a la administración la regla del artículo 2314 del Código Civil, se la hace responsable como institución, por un hecho propio, por lo que no requiere acreditarse la culpa del funcionario.

En el considerando séptimo: Efectuadas tales precisiones generales, ahora debemos abocarnos a la situación específica que nos convoca. Siguiendo al profesor Pedro Pierry, en el caso de las Fuerzas Armadas y Carabineros, su exclusión del régimen general regulatorio de la actividad administrativa, no implica la atribución de una responsabilidad objetiva, extraída desde la norma del artículo 38, inciso 2°, de la Constitución Política de la República, tampoco una remisión total al estatuto normativo de los privados. Atendida la naturaleza de las instituciones involucradas, esto es, entes públicos, que forman parte de la organización estatal, debe concluirse - desde una perspectiva sistemática - que es aplicable el mismo sistema de responsabilidad que al resto de la Administración, esto es, el de la falta de servicio, y que la mejor manera de hacerlo es a partir de la razón jurídica contenida en el artículo 2314 del Código Civil, aplicado en este caso al Estado como responsable por el hecho propio (artículo 4° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado), sin necesidad de probar culpa o dolo del funcionario. Añade que resultaría inconsecuente la aplicación de dos sistemas diversos dentro de la misma Administración del Estado (En "Responsabilidad extracontractual del Estado

por falta de servicio", Revista de Derecho. Consejo de Defensa del Estado. Año 1 N° 1. Julio 2000; también en "¿Es objetiva la responsabilidad del Estado? Estado actual de la Jurisprudencia", misma Revista N° 11).

En ese sentido se pronuncia la Tercera Sala de la Excma. Corte Suprema, en causa rol N° 371-2008, por sentencia de 30 de julio de 2009, considerandos decimoquinto y decimosexto.

5.- Se consideran requisitos de la responsabilidad del Estado:

La ocurrencia de un daño o perjuicio, Que exista Falta de Servicio

Que exista relación de causalidad entre los daños y la falta de servicio.

En el considerando octavo: "Que, asumida la inteligencia precedente, al momento de efectuar la calificación jurídica de los hechos objeto del presente juzgamiento, debemos precisar los requisitos que hacen procedente la pretensión indemnizatoria de los demandantes, a saber: en primer lugar, la concurrencia de un daño o perjuicio para los actores; enseguida, la concurrencia de falta de servicio por parte del Estado, y finalmente, que los daños reclamados sean atribuibles a esa falta de servicio".

6.-

Partes	:	Dodero Arroyo, Raúl con Fisco de Chile
Tribunal	:	Corte de Apelaciones de Concepción
Rol	:	1090-2009
Tipo de Sentencia	:	Apelación sentencia definitiva

Fecha sentencia	:	Dieciocho de agosto de dos mil diez
Hechos	:	Sargento segundo del Ejército de Chile fallece al explotar una granada.
Palabras Claves	:	Responsabilidad del Estado, Falta de Servicio, culpa del funcionario

Doctrina:

1. Concepto de falta de servicio contenido en el artículo 42 de la ley 18.575 no es aplicable a las FFAA.

En el considerando sexto: “En consecuencia, no ha podido prosperar la demanda, por este concepto, porque la responsabilidad por falta de servicio no se aplica, entre otros, a las Fuerzas Armadas”.

2.- No es requisito para demandar la Responsabilidad del Estado el identificar ni acreditar la culpa del funcionario que concurre a la producción del daño.

En el considerando octavo: “Que, en cuanto a las alegaciones del demandado en el sentido que no es posible hacer efectiva la responsabilidad del Fisco de Chile por cuanto no se ha individualizado a los agentes de éste que habrían incurrido en eventuales incumplimiento de deberes, motivo que originó el accidente, sea por no haber revisado y dado de baja el material ya envejecido o por la errónea manipulación previa del mismo, lo cierto es que tales argumentaciones serán desestimadas, desde que no parece como requisito esencial determinar quienes han sido los agentes del Estado que han incurrido

en acciones u omisiones que originan la responsabilidad del Fisco de Chile por hecho ajeno.

En efecto, siguiendo en esta materia al profesor Pierry, es posible afirmar que si bien no es aplicable a las Fuerzas Armadas el régimen de responsabilidad establecido en la Ley General de bases de la Administración, como ya se ha visto, por mandato expreso de esa misma normativa, lo cierto es que es posible aplicar al estado el régimen de responsabilidad extracontractual del Código Civil (artículos 2314 y 2329) "...sobre la base de la antigua teoría de la responsabilidad civil de las personas jurídicas por la actuación de sus órganos, llegando así a la elaboración de una culpa en la organización (en la que no es necesario identificar al funcionario culpable) que se identificaría con el concepto de falta de servicio del artículo 44 de la Ley de Bases..." (Citado en Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual. Hernán Corral Talciani. Editorial Jurídica de Chile, febrero de 2004, pag. 307)".

7.

Partes	:	Moreno con Fisco de Chile
Tribunal	:	Corte de Apelaciones de Concepción
Rol	:	516-2009
Tipo de Sentencia	:	Apelación de sentencia definitiva
Fecha sentencia	:	veinticuatro de noviembre de dos mil nueve
Hechos	:	Persona es detenida en su lugar de trabajo, se determina error en el procedimiento. Tanto el lugar donde se produce la detención como el dar a conocer los motivos de la misma en dicho

		lugar, configuran el daño que se solicita indemnizar,
Palabras Claves	:	Policía de Investigaciones de Chile, Orden de detención, daño moral, responsabilidad del Estado.

Doctrina :

1. El concepto de responsabilidad del Estado establecido en el artículo 4º de la ley 18.575, tiene carácter genérico.

En el considerando 2º:

Que la Excma. Corte Suprema ha dicho que la responsabilidad consagrada en el artículo 4º de la Ley N° 18.575, es de carácter genérico, pues emana de la naturaleza misma de esa actividad estatal, en cuanto organización jurídica y política de la comunidad de las variadas acciones que debe desarrollar en el ámbito de las funciones que le corresponde llevar a cabo para el cumplimiento de las funciones y deberes reconocidos en el artículo 1º de la Carta Política, para lo cual debe hacer uso de todas las potestades y medios jurídicos y materiales que ella le otorga, lo que hace que las distintas responsabilidades que puedan causar esas acciones, se sometan a normas y principios de la rama del Derecho Público (Sentencia de 19.10.2005. Rol 4004-03).

2. La responsabilidad del Estado dimana de disposiciones constitucionales, las que tienen rango y jerarquía superiores a la ley, por lo que deben preferirse a esta.

En el considerando 7º:

Que es importante consignar que la falta de servicio encuentra sustento constitucional en el artículo 38 inciso 2º de la Carta Fundamental, y en los artículos 4 y 42 de la Ley N° 18.575.

La responsabilidad del Estado dimana de disposiciones constitucionales, las que por su rango y jerarquía superior a la ley común, prefieren sobre ésta.

El inciso 2º del artículo 5º de la Carta Fundamental expresa que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.

3.- El concepto de falta de servicio puede aplicar a partir de lo dispuesto en el artículo 2314.

En el considerando 8º: "El Estado, conforma una persona jurídica capaz de cometer delito y cuasidelito civil, y por lo mismo obligado a indemnizar por los daños ocasionados con dolo o culpa de las personas naturales que obren en su nombre o representación.

El Ministro de la Excma. Corte Suprema don Pedro Pierry Arrau sostiene que "La aplicación al Estado de la noción de falta de servicio puede hacerse a partir de los artículos 2314 y 2329 del Código Civil, permitiendo uniformar el sistema

de responsabilidad extracontractual para todos los entes de la Administración del Estado" (En "La Responsabilidad Extracontractual del Estado por Falta de Servicio", Revista de Derecho. Consejo de Defensa del Estado. Julio 2000, N°1, página 34)"

8.-

Partes	:	Cea Segura, Alex Fabián contra Fisco de Chile".
Tribunal	:	Corte de Apelaciones de Santiago. Segunda Sala
Rol	:	2981-2008
Tipo de Sentencia	:	Apelación de sentencia definitiva
Fecha sentencia	:	cuatro de noviembre de dos mil nueve
Hechos	:	Funcionario perteneciente a la Fuerza Aérea de Chile es dado de baja por la institución a raíz del hecho de ser portador de VIH y calificando esto como enfermedad invalidante. Afectado reclama indemnización de perjuicios.
Palabras Claves	:	Responsabilidad del Estado, Código Civil
Doctrina:		
<p>1.- Corresponde aplicar normas del Código Civil a la responsabilidad del Estado, en particular la regla del artículo 2314.</p>		

En el considerando 5º:

“Que, en principio, eso gatilla lo que preceptúa el artículo 2314 del Código Civil, potenciando las indemnizaciones que se persigue, a saber, el daño emergente por \$ 88.700, el lucro cesante por \$ 100.000.000 y el daño moral por \$ 200.000.000”.

9.-

Partes	:	Erwin Candia Hernández con Fisco de Chile
Tribunal	:	Corte de Apelaciones de Temuco
Rol	:	688-2009
Tipo de Sentencia	:	Apelación de sentencia definitiva
Fecha sentencia	:	Once de noviembre de dos mil nueve
Hechos	:	Soldado conscripto fallece producto de las lesiones provocadas por cabo segundo, en medio de una pelea, encontrándose ambos bebiendo alcohol mientras se encontraban acuartelados en dependencias militares
Palabras Claves	:	Soldado Conscripto, exposición imprudente al riesgo, aplicación del Código Civil.
Doctrina:		

1. Procede aplicar artículo 2330 del Código Civil y rebajar indemnización de perjuicios a familia de soldado conscripto fallecido, debido a exposición imprudente al riesgo de la víctima.

En el considerando tercero: Que de los hechos antes expuestos aparece claramente que la víctima se expuso imprudentemente al daño sufrido, toda vez que luego de haber estado ingiriendo alcohol y con ocasión de una discusión, provocó al soldado Cabezas al propinarle un golpe de puño quien reaccionó golpeándolo y provocándole la muerte. Así las cosas la culpa del occiso contribuyó a la producción del hecho dañoso, motivo por el cual la apreciación de ese daño está sujeta a reducción, en el porcentaje que se indicará en lo resolutivo de este fallo, conforme a lo señalado en el artículo 2330 del Código.

10.-

Partes	:	Cortés Cortés, Lorena contra Fisco de Chile
Tribunal	:	Corte de Apelaciones de Antofagasta
Rol	:	435-2008
Tipo de Sentencia	:	Apelación de sentencia definitiva
Fecha sentencia	:	Cinco de mayo de dos mil nueve
Hechos	:	Mujer sufre graves lesiones al ser impactada por vehículo fiscal conducido por carabinero.

Palabras Claves	:	Vehículo fiscal, accidente de tránsito, responsabilidad del Estado, ley de tránsito, ley 18.575.-
------------------------	---	---

Doctrina:

1.-Debe resolverse conforme al principio de igualdad de partes el conflicto en el que se reclama una indemnización por parte del Estado.

2.- La responsabilidad del Estado surge de la ley, en este caso, de lo dispuesto en la ley 18.290.

TERCERO: Que de conformidad con los artículos 1, 12 y 38 de la Constitución Política de la República puede inferirse para este caso concreto inequívocamente que toda persona lesionada en sus derechos por la actividad del Estado, sea mediante entes fiscales u organismos de la administración del Estado, como Carabineros, es titular del derecho subjetivo para acudir a los Tribunales y reclamar la indemnización correspondientes a consecuencia de los daños causados por la actividad de estos órganos, de manera que el órgano jurisdiccional debe actuar como una entidad imparcial resolviendo el conflicto jurídico bajo el principio de la igualdad de partes frente a lo cual le es aplicable todo el ordenamiento jurídico y, sin perjuicio, de lo dispuesto por la doctrina o la jurisprudencia en lo referente a la responsabilidad extracontractual del Estado por la conducta de sus funcionarios, en este caso particular, según lo dispuesto en el artículo 1.437 del Código Civil, la obligación que justifica acceder a la acción indemnizatoria surge de la Ley, conforme lo estatuye el artículo 174 de la Ley 18.290, porque no es asunto controvertido en estos autos que el Carabinero Mario Enrique Cepeda Romero fue sancionado en su calidad de conductor de

un vehículo fiscal como autor de los cuasidelitos de lesiones graves en perjuicio de Lorena Cortés Cortés, Natalia Fuentes Cortés y Carlos Barrientos, mediante sentencia ejecutoriada dictada en la causa rol 137-03 del Primer Juzgado Militar de Antofagasta, quien además, no tenía licencia de conducir y era segunda vez que manejaba un vehículo policial en esas condiciones.

3.- Debe prescindirse de la aplicación de la regla del artículo 44 de la ley 18.575, sólo en lo referente a las normas especiales dispuestas entre los artículo 21 y 51, lo que significa que la norma general del artículo 4° rige a todos los entes u órganos de la Administración del Estado,

En el considerando quinto: Que, no obstante lo anterior, yerra el Fisco de Chile al entender que el otrora artículo 18 de la Ley 18.575 exime a las Fuerzas Armadas de Orden y Seguridad de la aplicación del antiguo artículo 44 de la misma Ley, porque el Estado es responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que lo hubiere ocasionado, norma objetiva consagrada en el artículo 4° del DFL N° 1 que Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado y que vinculada con el artículo 38 de la Constitución Política de la República, permite concluir indiscutiblemente y fuera de toda duda de que en este caso concreto el Fisco de Chile es responsable solidariamente por los daños causados a las actoras, debiendo en consecuencia confirmarse la sentencia en este aspecto, sin que sea aplicable el otrora artículo 18 "hoy 21 de la Ley-, porque el texto refundido dejó claramente establecido que se prescinde de la aplicación de la misma, sólo en lo referente a las normas especiales dispuestas entre los artículo 21 y 51, lo que significa que la norma general del artículo 4° rige a todos los

entes u órganos de la Administración del Estado, que por lo demás según el artículo 2, su acciones están sometidas a la Constitución Política de la República y las Leyes, debiendo actuar dentro de su competencia y no tienen más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico, dejándose estatuido "que todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes".

11.-

Partes	:	Miguel Ángel Olave Pérez con Fisco de Chile”
Tribunal	:	Corte de Apelaciones de Arica
Rol	:	416-2008
Tipo de Sentencia	:	Apelación de sentencia definitiva
Fecha sentencia	:	Uno de diciembre de dos mil ocho
Hechos	:	Persona es detenida y sometida a apremios ilegítimos por parte de carabineros. Reclama indemnización de perjuicios.
Palabras Claves	:	Falta de servicio; Naturaleza Jurídica de la Responsabilidad del Estado.
Doctrina:		

1. Para acreditar la falta de servicio no interesa la persona del funcionario que comete la falta.

2. La responsabilidad del Estado no es objetiva y tampoco subjetiva.

En el considerando cuarto: Si la falta del servicio es la causa del daño, no interesa ya la persona del funcionario propiamente tal, sino únicamente la falta de servicio que admite siguiendo a la Excelentísima Corte Suprema un reproche o un reparo de ilegitimidad. Dicha calificación supone comparar el servicio efectivamente prestado con el que se debió ejecutar por el órgano de la administración del Estado.

En consecuencia esta responsabilidad no es objetiva, porque no basta acreditar que el daño fue causado por la acción u omisión del demandado, sino supone un juicio de valor acerca del nivel y calidad del servicio que era exigible. Por otra parte, tampoco es subjetiva como el sistema clásico de responsabilidad del Código Civil porque para acreditarla no es necesario el juicio de reproche a la persona que realizó la acción u omisión sino que basta comparar el servicio que se debió prestar con el efectivamente ejecutado y efectuar un juicio de valor sobre la conducta del funcionario.

12.-

Partes	:	Violeta Fernández Rodríguez y otros con Fisco de Chile.
Tribunal	:	Corte de Apelaciones de Talca
Rol	:	643-2006
Tipo de Sentencia	:	Apelación de sentencia definitiva
Fecha sentencia	:	Cinco de diciembre de dos mil ocho
Hechos	:	Tres soldados conscriptos fallecen producto de la detonación de una bomba de mortero que explota al interior de un área definida como Zona de Seguridad. Se reclama indemnización de perjuicios por parte de víctimas indirectas del daño.
Palabras Claves	:	Soldados conscriptos, culpa del agente, fundamentos de la responsabilidad, aplicación del artículo 2314.
Doctrina:		
<p>1. La responsabilidad del Estado tiene fundamentos constitucionales, pero es desarrollada por la ley.</p> <p><u>En el considerando 4º:</u> Que en lo que respecta a la responsabilidad de la Administración por actos de sus órganos o personas dependientes de ella, es obvio que la respuesta debe buscarse en las normas que regulan el funcionamiento de dicho ente público y al tenor de las mismas generar la exégesis de la cuestión planteada en este juicio. En efecto, las normas que</p>		

tratan de la pertinente materia se encuentran estatuidas con carácter general en los artículos 6º y 38 de la Constitución Política, previniendo el primero que los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, a la vez el inciso tercero de igual disposición prescribe que la infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley. A su turno el inciso segundo del artículo 38 de la comentada Carta Fundamental, establece que cualquiera persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera afectar al funcionario que hubiere causado el daño. De lo anterior se infiere que el texto patrio de más alto rango legal implemento explícitamente un sistema de responsabilidad para los órganos del Estado en su desempeño institucional; corresponde ahora averiguar de qué manera lo desarrolló la ley y por ende cuál es su modalidad.

En el considerando 5º: “(...) este sentido cabe igualmente señalar que la disposición del artículo 42 de la comentada ley N° 18.575 en nada obsta a la responsabilidad, que con carácter general le impone la ley a la Administración y que ha sido establecida en las normas previamente citadas, toda vez que el referido artículo se circunscribe a los daños por falta de servicio de aquellos órganos a que se refiere el artículo 21 incluido en el mismo título que el aludido 42 de dicha ley orgánica, otorgándole así una connotación especial a las funciones que acometen dichos órganos; pero sin que ello implique necesariamente que los demás que forman parte de la Administración queden excluidos de responsabilidad por actos realizados en el ejercicio de sus propias funciones, pues ello importaría la irresponsabilidad de dichos órganos, supuesto adverso a lo establecido por las citadas normas”.

2. La responsabilidad del Estado no tiene carácter objetivo, para que esta se pueda determinar, se requiere acreditar la culpa o dolo del agente.

En el considerando 5º: Que en lo concerniente a la responsabilidad objetiva a que se refiere el apelante en su recurso, es claro que la legislación patria no la reconoce en dichos términos, es decir: aquella constituida por el simple resultado dañoso. Contrariamente, las normas reguladoras de la responsabilidad exigen una relación entre la acción u omisión y su resultado, debiendo para ello mediar el elemento subjetivo en la conducta del agente, esto es, dolo o culpa. Coherente con lo anterior, no cabría imputar al caso fortuito ningún orden de responsabilidad, como así parece querer calificar el apelante la ocurrencia de los hechos fundamento de la demanda de autos. Sin embargo, entendida la responsabilidad civil sobre la base de lo expuesto precedentemente, importa averiguar cuáles serían las normas de pertinente aplicación para el autor de alguna conducta dolosa o culposa con resultado de daño para un tercero. Sin duda que la adecuada respuesta se encuentra en las normas del derecho común, como a continuación se explica.

3. Tiene cabida, a la hora de determinar la responsabilidad del Estado, la figura de la responsabilidad por el hecho ajeno contemplada en el Derecho Civil.

En el considerando 8º: “En efecto, el artículo 2320 del Código Civil dispone que toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieran a su cuidado. Como queda de manifiesto, la disposición en comento no discrimina en relación al sujeto responsable, sino que se hace extensiva su aplicación al actuar de toda persona; por consiguiente, aparece obvio que el Estado, en su condición de persona jurídica de derecho público, se encuentre incluido en dicha generalidad y, por ende, le sea de

aplicación el principio de la responsabilidad por actos ajenos consagrado en dicha norma”.

En el considerando noveno: “Que, habida consideración de que los presente hechos se enmarcan en la figura de la responsabilidad extracontractual por hechos ajenos, habiendo además quedado acreditado el proceder negligente del personal militar encargado de la maniobra de tiro que culminó con la vida de los tres conscriptos, según lo informan los considerandos precedentes de este fallo, opera la presunción de responsabilidad por tales hechos en contra del civilmente responsable, invirtiéndose así la carga de la prueba, circunstancia que libera a la víctima de la obligación de tener que acreditar tal extremo.

Para demandar la responsabilidad del Estado, no es necesario señalar a la persona del funcionario que comete la falta. Su identidad es solo relevante para la Administración a efectos de repetir lo pagado.

En el considerando 10º: “(...) Que como bien lo expresa el considerando vigésimo octavo de la sentencia recurrida, el demandante que acciona en contra de la Administración del Estado no tiene obligación de individualizar específicamente a la persona sobre la cual cree que recae la acción u omisión, sino que basta con demandar al Fisco, sin perjuicio, como bien agrega dicho razonamiento, del derecho que le asiste a éste para repetir lo pagado si se establecen finalmente responsabilidades personales”.

13.-

Partes	:	Edith del Carmen Morales Gamboa con Fisco de Chile
Tribunal	:	Corte Apelaciones de Valparaíso
Rol	:	2097-2007
Tipo de Sentencia	:	Apelación sentencia definitiva
Fecha sentencia	:	Diecisiete de septiembre de dos mil ocho
Hechos	:	Carabinero, encontrándose al interior de una unidad policial, fallece producto de un impacto de bala percutado accidentalmente por otro carabinero, quien utilizaba su arma particular. La actora, madre del fallecido, solicita indemnización de perjuicios
Palabras Claves	:	Carabineros, falta personal, acto de servicio, responsabilidad del Estado.

Doctrina:

1. Existe responsabilidad del Estado cuando la actuación del agente está relacionada con el órgano de administración y existe una relación de causalidad entre el acto y el daño, daño que la víctima no está obligada a soportar.

En el considerando Cuarto: Que, por su parte, la jurisprudencia en materia de responsabilidad extracontractual del Estado, basada en las disposiciones antes transcritas, ha estimado, en forma reiterada, que para que nazca el derecho de

la víctima a ser indemnizado basta que la actuación del agente público esté relacionada con el órgano de la Administración y que exista una relación de causalidad entre el acto y el daño producido, precisando incluso que la responsabilidad para la Administración subsiste aún cuando el daño se haya originado por falta o culpa personal del servidor público (sentencia Excm. Corte Suprema año 2005, Causas roles 3.354, 4.004, 4.006, 4.260 2003).

En el considerando quinto: “(...)Para así decidirlo, se desestima la alegación Fiscal en cuanto pretende la ausencia de la responsabilidad Estatal por tratarse de un hecho de responsabilidad exclusiva del autor del disparo, al que considera único culpable por haber actuado en forma personal, dolosa, imprudente e irresponsable, apreciación que como se ha dicho no corresponde a la realidad y, por el contrario, no se ajusta a los principios y finalidades de la normativa precedentemente indicada que no distingue sobre el tipo de actuación de la administración que da origen al daño, bastando que operen las condiciones enunciadas para que sea procedente la indemnización por tratarse de una responsabilidad de carácter objetiva.

En el considerando sexto: Que, de esta manera, conforme a lo razonado, se encuentra acreditado que un órgano de la administración causó un daño a un administrado que no estaba obligado a soportarlo, como asimismo la relación de causalidad entre la acción y el daño sufrido, por lo que procede declarar que a los actores le asiste el derecho a ser indemnizados por el Fisco.

14.-

Partes	:	Vila Baltra, Martín con Fisco de Chile
Tribunal	:	Corte de Apelaciones de Santiago
Rol	:	9308-2003
Tipo de Sentencia	:	Apelación de sentencia definitiva
Fecha sentencia	:	trece de junio de dos mil ocho
Hechos	:	Cabo de ejercito hiere a soldado conscripto
Palabras Claves	:	Responsabilidad del Estado, Hecho del subordinado; Previsibilidad del daño.

Doctrina:

1.- Estado debe responder del hecho del subordinado, conforme a los artículos 2320 y 2322 del Código Civil.

En el considerando octavo: “Que para la correcta decisión del juicio, deben considerarse además las normas de los artículos 2320 y 2322 del ya citado Código Civil, las que contienen el principio jurídico de la responsabilidad de toda persona no sólo respecto de sus propias acciones, sino también del hecho de aquellos que se encuentran bajo su cuidado o dependencia; luego, corresponde aplicarlo a todos los casos en que exista un vínculo en el que hay una relación de autoridad “subordinación, situación en la cual, si en el ejercicio de sus funciones este último comete un hecho ilícito, corresponde al superior responder de los perjuicios ocasionados en razón de haber descuidado su propia obligación de cuidado o vigilancia”.

2.- Cabe responsabilidad al Estado cuando no puede acreditarse que el hecho productor del daño era imprevisible.

En el considerando décimo: “Que de lo anteriormente razonado cabe concluir que efectivamente y con arreglo a las normas legales que se han citado, asiste al Estado la responsabilidad extracontractual que se le atribuye, y por ende, éste debe responder por los perjuicios que el hecho antijurídico provocó al demandante, toda vez que no se acreditó en el juicio la imposibilidad de prever el injusto cometido y consiguiente daño ocasionado”.

15.-

Partes	:	Noli Anderson, Giordanno con Fisco de Chile.
Tribunal	:	Corte de Apelaciones de Antofagasta
Rol	:	739-2007
Tipo de Sentencia	:	Apelación sentencia definitiva
Fecha sentencia	:	Veintiocho de marzo de 2008
Hechos	:	Funcionario del ejército es sometido a tratos vejatorios desde el punto de vista psicológico por parte de un superior. Demanda indemnización de perjuicios.
Palabras Claves	:	Responsabilidad del Estado; Acto del funcionario;
<p>Doctrina:</p> <p>1.- Actuación de funcionario del Ejército, compromete responsabilidad de la Administración.</p>		

En el considerando quinto: “Que como lo asevera la juez a quo en el considerando trigésimo primero, la responsabilidad en los hechos objeto de la litis le corresponde al Estado, independientemente de la incompatibilidad de las normas invocadas por el actor, en cuanto fue uno de sus agentes -Comandante del Regimiento Reforzado Topater de Calama, don Carlos Ojeda Bennett- el que con su actuar ocasionó daño que debe ser indemnizado”.

En el considerando sexto: “Que no se procederá a condenar en costas a la parte demandada por considerar que tuvo motivos plausibles para alzarse”.

16.-

Partes	:	Yáñez Melita Leonardo con Fisco de Chile
Tribunal	:	Corte de Apelaciones de Concepción.
Rol	:	1084-2007
Tipo de Sentencia	:	Apelación de sentencia definitiva
Fecha sentencia	:	veintidós de enero de dos mil ocho
Hechos	:	Motociclista de Carabineros de Chile, que se dirigía a un procedimiento y conduciendo a una velocidad superior a la permitida, arrolló a un peatón que cruzó la vía en una zona no permitida, causándole lesiones que motivaron la amputación de sus extremidades inferiores. La víctima reclama indemnización de perjuicios.
Palabras Claves	:	Usuario del servicio, Falta de Servicio, accidente de tránsito, responsabilidad del Estado

Doctrina:

1. Concepto de falta de servicio aplica solo respecto de quienes han demandado de la administración un servicio conforme a sus fines específicos.

En el considerando 10º:- Que, de la narración del hecho antes referido fluye que la víctima (actor en esta causa civil) no había demandado de algún órgano del Estado algún servicio, sino que sufrió lesiones cuando cruzaba una calzada por una zona no habilitada para tal efecto, siendo impactado por un móvil que conducía un Carabinero, que no le prestaba servicio alguno a él, que pudiera estimarse como deficiente funcionamiento del servicio y que como consecuencia de ello, provoquen daños o perjuicios a cualquier persona el hecho antes referido, sino que se dirigía a prestar servicio a otras personas. Entonces, el hecho en estudio no se trata de una deficiencia de Carabineros de Chile en el cumplimiento de su finalidad de garantizar y mantener el orden y la seguridad pública interior en todo el territorio de la República o en las demás funciones que le encomienda la Constitución y la Ley N° 18.290 en su artículo 4º, en cuanto a supervigilar el cumplimiento de las disposiciones de este estatuto legal, debiendo denunciar al Juzgado que corresponda las infracciones o contravenciones que se cometan.

2.- Al no ser la víctima usuario del Servicio, conflicto debe resolverse conforme a normas de Derecho Común.

En el considerando 11º:- Que, en consecuencia, el referido hecho corresponde a un accidente de tránsito, en el cual una persona ha resultado

con lesiones graves, configurando un posible cuasidelito de lesiones, debiendo ser resuelto, en lo penal, ante el órgano y bajo el procedimiento pertinente, esto es, la justicia militar y de acuerdo a las normas del Código respectivo.

3.- Habiéndose ocasionado el daño mientras el agente desarrollaba sus funciones, cabe que la administración responda solidariamente, como empleador.

En el considerando 12º:- Que en el aspecto civil sustantivo, atendida la circunstancia que el inculpado en los hechos que motivaron la demanda de autos es un funcionario de Carabineros de Chile que desempeñaba sus funciones al momento de los mismos, la responsabilidad civil que puede deducirse en contra del Fisco de Chile solo puede serlo por responsabilidad solidaria como empleador del autor material del ilícito o como propietario del vehículo con el cual se causaron las lesiones, en los términos de los artículos 174 de la Ley N° 18.290 y 2314 y 2320 del Código Civil, pero para que ello prospere, debe existir una sentencia ejecutoriada que establezca la responsabilidad subjetiva del conductor de la motocicleta, lo que no ha ocurrido en la especie, o que se haya demandado tanto al autor material del hecho como al Fisco, solidariamente y que se hubiere condenado al primero, como responsable civil de referido hecho, lo que no ha ocurrido en la especie.

17.-

Partes	:	Seguel Cares contra Fisco de Chile
Tribunal	:	Corte de Apelaciones de Concepción
Rol	:	487-2007
Tipo de Sentencia	:	Apelación de sentencia definitiva
Fecha sentencia	:	Doce de noviembre de dos mil siete
Hechos	:	Soldado Conscripto es herido por otro soldado quien utilizaba munición de guerra en circunstancias que debía emplear munición de fogeo
Palabras Claves	:	Soldado Conscripto, aplicación de reglas del Código Civil.
Doctrina:		
<p>1.- Corresponde aplicar supletoriamente a la Responsabilidad del Estado, las reglas de la responsabilidad Civil.</p>		
<p><u>En el considerando sexto:</u> Que, además, no existe discusión en cuanto a que se aplican supletoriamente las reglas sobre responsabilidad civil en aquellas materia de responsabilidad patrimonial del Estado.</p>		
<p>El profesor Enrique Barros Bourie, en su Tratado de responsabilidad extracontractual, pág 501, señala que: En circunstancias que las normas del derecho público se limitan a definir el criterio de imputación que da lugar a la responsabilidad (falta de servicio), aspectos esenciales de la responsabilidad de</p>		

la Administración forman parte del derecho común de la responsabilidad extracontractual.

Ello vale especialmente para los elementos del daño y la causalidad (que son referidos en esta sección) y para la extinción de la acción por prescripción.

Lo razonable entonces consiste en aplicar también a las Fuerzas Armadas y Carabineros la falta de servicio, institución de derecho público, pero a partir del artículo 2314 del Código Civil”.

18.-

Partes	:	Quezada Sandoval Bernarda del Carmen y otros contra Fisco de Chile
Tribunal	:	Corte de Apelaciones de Concepción
Rol	:	2801-2006
Tipo de Sentencia	:	Apelación de sentencia definitiva
Fecha sentencia	:	Siete de mayo de dos mil siete.
Hechos	:	Jóvenes son detenidos por personal de carabineros y sometidos a apremios ilegítimos, uno de ellos fallece
Palabras Claves	:	Carabineros de Chile; apremios ilegítimos; responsabilidad de Derecho Público.
Doctrina:		

1. No es aplicable a las Fuerzas de Orden y Seguridad el concepto de Falta de Servicio, pero ello no implica que el conflicto deba decidirse aplicando reglas de responsabilidad extracontractual del Derecho común.

7.- Que no se trata hoy, en este caso, de precisar el concepto falta de servicio por no ser necesario; y no lo es porque en este punto el juez de primer grado fue más allá de la ley, toda vez que el artículo 42 en comento no tiene aplicación en el caso en estudio.

No puede ser más claro, entonces, que la responsabilidad por falta de servicio no es cosa que atañe a Carabineros de Chile (Fuerza de Orden y Seguridad) tal y como lo plantea el Fisco en su contestación y dúplica (fojas 68 y 82). Sin embargo, ello no significa ni importa que el conflicto deba decidirse por la vía de la responsabilidad extracontractual del derecho común, que propone la demandada en su defensa.

2. La responsabilidad Extracontractual del Estado está reglada por normas de Derecho Público, las que se encuentran principalmente en la Constitución.

En el considerando 8º: Que no cabe duda que el asunto litigioso en examen se trata de un caso de responsabilidad extracontractual del Estado, reglada por normas de derecho público, establecidas principalmente, como se anotó, en la Constitución Política de la República (artículo 38 inciso segundo) y en el artículo 4º de la Ley 18.575.

El daño, el hecho de haberlo causado, constituye el fundamento de toda obligación de reparación, al igual que la relación de causalidad que como principio general, debe ligar el acto con el resultado perjudicial.

La responsabilidad del Estado es, primero que todo, de carácter extracontractual, en el sentido que no hay un vínculo jurídico anterior, como ocurre en la responsabilidad contractual.

Luego, se trata de una responsabilidad objetiva, pues prescinde de la culpabilidad de quien causa el daño, atendiendo única y exclusivamente al daño producido.

El artículo 4° de la Ley 18.575 es terminante al respecto cuando estatuye: El Estado será (imperativo) responsable por los daños que causen los Órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones. Ya se dijo que forman parte de la Administración del Estado, entre otros, las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, para el caso subjúdice, Carabineros de Chile.

El Estado se encontrará, pues, en la obligación de indemnizar (tal es el concepto que lleva ínsito la responsabilidad) cada vez que cualquiera de sus Órganos cause un daño en el ejercicio de su respectiva función existiendo entre ambos (acto del Órgano y daño) la debida relación de causalidad.

Habrá de concurrir en la generalidad de los casos que afecten a los Órganos de la Administración, la falta de servicio que exige el artículo 42 de la Ley 18.575, requerimiento que no está presente tratándose, entre otros, de los Órganos de Orden y Seguridad Pública.

En el voto de minoría del ministro Guillermo Silva Gundelach

1. Al no existir norma particular que regule la responsabilidad de la administración, deben aplicarse el concepto de falta de servicio a partir de los dispuesto en el artículo 2314 del Código Civil

En el considerando 10º del voto de minoría:- Que, de otro lado, si se estima que no existe una norma particular que regule específicamente la responsabilidad extracontractual del Estado, como lo hace el artículo 42 de la Ley de Bases, respecto de la generalidad de los órganos de Administración, de los que excluye a las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad, se deberían aplicar necesariamente las de los artículos 2314 y siguientes del Código Civil, entendiendo que el Estado es una persona jurídica capaz de cometer delito y cuasidelito civil y por lo mismo obligado a indemnizar por los daños ocasionados con dolo o culpa de las personas naturales que obren en su nombre o representación.

19.-

Partes	:	Ortiz Corday con fisco de Chile
Tribunal	:	Ultma Corte de Apelaciones de Santiago.
Rol	:	3748-2001
Tipo de Sentencia	:	Sentencia de apelación. (Desechada casación)
Fecha sentencia	:	10 de octubre de 2006
Hechos	:	Taxista que conducía con elemento que simulaba ser un brazo humano colgando de su

		portamaletas, recibe impacto de bala por parte de carabinero que lo detuvo. Víctima experimenta, como consecuencia de ello, daños físicos y psicológicos
Palabras Claves	:	Responsabilidad objetiva.

Doctrina:

- 1. La responsabilidad del Estado no tiene carácter objetivo. No todos los actos de la administración que generan daño son fuente de responsabilidad.**

En el considerando primero: Que en lo tocante a que la acción indemnizatoria de estos autos importa un caso de responsabilidad objetiva, afirmación que ha sido rechazada por el Estado al contestar la demanda, en concepto de esta Corte la situación fáctica planteada en la demanda no justifica tal tratamiento porque las normas invocadas por el actor, artículos 38 de la Constitución Política de la República 4 y 44 de la Ley de Bases de la Administración del Estado, únicamente previenen de manera general que el Estado puede ser responsable de los daños que sean consecuencia de sus actos u omisiones, y tal contenido no puede entenderse en el sentido que interesa a los demandantes, esto es que de manera general se ha abandonado el criterio de la subjetividad para fundamentar la responsabilidad, puesto que el primero de tales preceptos sólo establece que es posible accionar y el segundo únicamente la precisa fuente de responsabilidad. Dicho de otro modo, en esas normas no hay referencia a que de todos los hechos de la administración que causan daño siempre deriva responsabilidad, y que por lo mismo en ninguna

circunstancia sea necesario probar alguna forma de culpa; lo que debe ser entendido de esta manera porque de seguirse la interpretación de la actora habría que concluir que los actos de la administración que objetivamente generan daño siempre serían fuente de responsabilidad, lo cual ciertamente no es así.

2. La responsabilidad del Estado es de carácter subjetivo

En el considerando sexto: Que, finalmente es conveniente dejar constancia que aún cuando la acción indemnizatoria fue fundamentada en una supuesta responsabilidad objetiva que esta Corte no aceptó por considerar que se trataba de un caso de responsabilidad subjetiva esta sentencia no se extiende más allá de lo pedido porque ha resuelto la pretensión de indemnización sin variar los hechos propuestos, circunstancias en las que ninguna trascendencia tiene la distinta fundamentación jurídica empleada para acceder a lo pedido.

20.-

Partes	:	Santibañez Caro, Nelly de Rosa y Otros con Fisco de Chile
Tribunal	:	Corte Apelaciones de Rancagua
Rol	:	22592-2004
Tipo de Sentencia	:	Apelación sentencia definitiva
Fecha sentencia	:	6 de enero de 2006

Hechos	:	Durante una diligencia de reconstitución de escena de un accidente de tránsito, una persona fallece al ser impactada por un perro, el que a su vez había sido lanzado tras ser impactado por un vehículo que circulaba a alta velocidad. Se determinó que había responsabilidad de Carabineros, quienes estaban a cargo de la seguridad del procedimiento.
Palabras Claves	:	Responsabilidad del Estado; Reproche de antijuridicidad; Falta de Servicio; Aplicación de la Falta de Servicio.

Doctrina:

1.- La responsabilidad del Estado no tiene carácter objetivo, requiere, en todos los casos, que se acredite un reproche de antijuridicidad, que por lo general será la “Falta de Servicio”.

En considerando décimo tercero: “Que la responsabilidad extracontractual del Estado consagrada en las disposiciones antes citadas, no lo fue a título de una “responsabilidad objetiva”, ya que siempre es necesario - y así se ha fallado reiteradamente por el más alto Tribunal de la República-, que la conducta del Estado, ejecutada a través de sus órganos o agentes, sea objeto de un reproche de antijuridicidad. Por regla general y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 de la mencionada Ley, este reproche se traduce en calificar dicha conducta, como “falta de servicio”.

2.- No procede aplicar la idea de “Falta de Servicio” las FFAA y de Orden y Seguridad, como Carabineros de Chile.

En considerando décimo cuarto: Que, por disponerlo así expresamente el artículo 18 de la Ley Orgánica Constitucional en referencia, la “falta se servicio” queda excluida, como concepto normativo, de la responsabilidad extracontractual que, para el Estado, puedan generar -entre otros-, las actuaciones de funcionarios de las Fuerzas Armadas y de las de Orden y Seguridad, como lo es Carabineros de Chile”.

3.- Al no existir normativa especial que determine la forma en que se atribuirá responsabilidad al Estado, corresponde acudir al Derecho común y, a través de este, al concepto de Culpa.

En considerando décimo quinto: “En ausencia de normativa especial que determine criterios específicos a los que deba someterse el juicio de antijuridicidad de la conducta causante del perjuicio, es menester - entonces- recurrir al derecho común, específicamente en este caso, al concepto de culpa”.

21.-

Partes	:	Quezada Salazar, Marcela y Otro con Fisco de Chile.
Tribunal	:	Corte de apelaciones de Santiago
Rol	:	2233-2000
Tipo de Sentencia	:	Apelación de sentencia definitiva
Fecha sentencia	:	Cuatro de marzo de 2005
Hechos	:	Un persona fallece producto de un impacto de bala percutado por funcionario de la policía de

		investigaciones. Se demanda indemnización de perjuicios. Juez civil la concede, apelada, se confirma.
Palabras Claves	:	Responsabilidad del Estado; Responsabilidad Objetiva.
<p>Doctrina:</p> <p>1.- Responsabilidad extracontractual objetiva es el correlato de la necesidad social de realizar actividades peligrosas.</p> <p><u>En el considerando primero:</u> “Que la responsabilidad extracontractual objetiva es aquella en que el agente del daño viene obligado a repararlo, aunque no haya culpa, si sobreviene a consecuencia de su actuación o de cosas que le pertenecen o están bajo su cuidado. El fundamento de dicha responsabilidad objetiva estriba en la necesidad social de realizar una serie de actividades peligrosas o riesgosas, deviniendo, necesario reconocer, el derecho de los perjudicados a la indemnización”.</p> <p>2. La Responsabilidad extracontractual del Estado tiene carácter objetivo.</p> <p><u>En el considerando segundo:</u> “Que para determinar la responsabilidad extracontractual objetiva del Estado es menester distinguir entre la actividad reglada y discrecional de los funcionarios. En la primera sólo puede existir responsabilidad si el funcionario excede sus atribuciones, que están claramente deslindadas y señaladas en la ley, reglamento, decreto u otra resolución, y en tal caso la responsabilidad es en principio del funcionario. Distinta es la situación en los actos discrecionales del servicio público, en que si se causa un daño a terceros, el Estado debe responder objetivamente-porque en el fondo toda responsabilidad de persona jurídica lo es-, pero siempre naturalmente que se trate de un hecho ilícito cometido por el funcionario.</p> <p><u>En el considerando tercero:</u> “Que, según lo apreciado en la definición de la responsabilidad objetiva, el Estado con su actividad administrativa crea un riesgo de daños ilegítimos a los particulares, y si ellos se producen debe</p>		

indemnizarlos en virtud del principio constitucional establecido en el artículo 19 n° 20 de la Constitución Política de la República, de la igual repartición de las cargas públicas, ya que en el caso sublimé, la acción del agente del Estado impuso a la familia del occiso que no estaba jurídicamente obligada a soportar, produciendo un desequilibrio inaceptable en la relación entre el particular y el Estado, por lo cual a fin de garantizar también el principio establecido en el artículo 19 N° 2 de nuestra Carta Fundamental –la igualdad ante la ley- es menester compensar la carga impuesta ilegítimamente, mediante el mecanismo de reparación integral que establecen los principios generales de nuestra legislación que se traducen en la obligación de indemnizar a los actores por la muerte de don Hernán Aguilera Burdiles”.

22.-

Partes	:	Santibañez Viani con Fisco de Chile
Tribunal	:	Corte de Apelaciones de Santiago.
Rol	:	6999-1999
Tipo de Sentencia	:	Apelación y casación de forma
Fecha sentencia	:	16 de diciembre de 2002
Hechos	:	Estudiante, en el marco de una protesta estudiantil, recibe impacto de bala de un sargento de carabineros.
Palabras Claves	:	Carabinero, protesta, estudiante, armas de fuego, lesiones.

Doctrina:

1. La idea de responsabilidad del Estado de carácter objetivo, no tiene fundamento en normas constitucionales ni legales.

En el considerando sexto: Que, respecto de la responsabilidad objetiva del Estado, el recurrente alude al fundamento 10° de la sentencia y estima que no se realizó ningún análisis jurídico que permitiera concluir que al Fisco de Chile le cabe una responsabilidad objetiva, pues no existen normas constitucionales o legales que la establezcan.

2. Los artículos 6° y 7° de la Constitución consagran el fundamento genérico de la responsabilidad del Estado.

En el considerando décimo: Que, en doctrina más reciente, en nuestro país se ha dicho que la responsabilidad del Estado está constitucionalmente prevista y consagrada de modo genérico para todos los órganos del Estado en los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental y de modo específico también para todos los órganos administrativos, por varias notas que la hacen diferenciarse de los otros tipos de responsabilidad. Así se explica que se trata de "una responsabilidad de una persona jurídica...estatal...de allí que no sea aplicable a ella toda la estructura subjetiva con que se ha organizado tanto la responsabilidad civil, penal o disciplinaria, sobre la base de la culpa o el dolo, y, por lo tanto, no pueda serle aplicada la regulación normativa civilista o penal o disciplinaria...Al ser una responsabilidad de una persona jurídica y, por ende de imposible estructuración técnica sobre la base de culpa o dolo, resulta ser un a responsabilidad objetiva, fundada sobre la base de la causalidad material" y se concluye vale decir atendida la relación causal entre un daño antijurídico(que la víctima no estaba jurídicamente obligada a soportar) producido por un órgano del Estado en el ejercicio de sus funciones, nace la obligación para éste de indemnizar a

aquella".(Soto Kloss, Eduardo. Derecho Administrativo. Bases fundamentales. Tomo II, Editorial Jurídica, 1996, página 309).

3. La responsabilidad del Estado no es objetiva, no procede cuando el órgano ha actuado dentro del ejercicio legítimo de su actividad

En el considerando décimo cuarto: "(...)En esta perspectiva, tampoco es sostenible que el artículo 4° de la L.O.C. N° 18.575 consagre, en ejecución de un mandato constitucional, una responsabilidad de carácter objetivo, tanto porque el constituyente no adhiere a un módulo determinado, cuanto porque, interpretando esa norma en el contexto de la propia ley, sólo es dable concluir que el Estado responde por los daños que causen los órganos de la Administración ?en el ejercicio de sus funciones? cuando éstos han obrado con ?abuso? o ?exceso? en el desempeño de sus potestades, como lo puntualiza el artículo 2° de su acápite final, quedando excluído de la obligación de responder si sus actos u omisiones se han enmarcado en el ejercicio legítimo de su actividad.

Esta reflexión, con todo, no obsta a la obligación del Estado de responder si como en la especie, la actuación del agente policial involucrado en los hechos que culminaron con la grave lesión sufrida por la víctima del episodio de autos, se produjo en forma culposa, con manifiesta desproporción y exceso de sus atribuciones por parte del carabinero interviniente, pues, el restablecimiento del orden público, era un objetivo alcanzable, ciertamente, mediante el empleo más racional y adecuado de los medios puestos al servicio de la policía por la sociedad política".

23.-

Partes	:	Silva Urrutia Pedro Pablo con Fisco de Chile
Tribunal	:	ltma Corte de Apelaciones de Concepción.
Rol	:	818-1989
Tipo de Sentencia	:	Definitiva
Fecha sentencia	:	22 de diciembre de 1989
Hechos	:	Persona es herida de bala por personal de carabineros, en marco de procedimiento en el que se tiene por excesivo y por tanto injustificado, el uso de la fuerza por parte de los funcionarios. Víctima reclama indemnización por daños y sufrimiento que le ocasionó el evento y cicatrices de las lesiones recibidas.
Palabras Claves	:	Carabineros, armas de fuego, uso de la fuerza, daños.
Doctrina: En el considerando 17.- Que de la disposición transcrita se concluye que en presencia del daño o perjuicio sufrido por un particular, constatada la autoría de dicho daño producida por una autoridad o ente administrativo (persona jurídica de derecho público o agente o funcionario público) y establecida la acción causal que media entre la acción u omisión administrativa y el perjuicio, toca al juez determinar el monto de la indemnización con que debe ser reparada la víctima. (H. Caldera. Obra citada, p. 45. Eduardo Soto Kloss. La responsabilidad extracontractual del Estado Administrador. Un principio		

General del Derecho Chileno. Revista de Derecho Universidad de Concepción, N° 165, año 1977, p. 133).

18.- Que otra consecuencia derivada de la norma citada (artículo 38 inciso 2°) es que la responsabilidad administrativa es una responsabilidad orgánica, lo que significa que la imputación del daño recae directamente en el órgano administrativo, esto es, en la Administración del Estado, en sus organismos o en las municipalidades. Esto tiene extraordinaria importancia, ya que es indiferente que el perjuicio causado haya tenido su origen en una falta o culpa personal del agente o funcionario público o en una actuación lícita que provoque daño a los particulares. (Caldera. Obra citada, p. 45.).

La responsabilidad extracontractual del Estado, en general, y aquí específicamente por su actividad administrativa, no es la sanción a un culpable - como ocurre con la responsabilidad extracontractual civil - sino la reparación a una víctima que ha sufrido un daño en lo suyo sin que el ordenamiento jurídico haya puesto a su cargo la obligación jurídica de soportarlo; y puesto que no está obligado a soportar tal perjuicio, daño, lesión o detrimento en lo suyo, es que debe ser reparada la víctima, indemnizada, resarcida en aquello que fue menoscabada. (Eduardo Soto Kloss. Responsabilidad del Estado e Ineficiencia de los Servicios Públicos. Gaceta Jurídica N° 55, año 1985, p. 13.)

Este principio de la responsabilidad del Estado en el sentido propuesto ya fue acogido por la Excm. Corte Suprema en sentencia de 7 de agosto de 1984 en proceso caratulado Galletué con Fisco, que aparece publicado en la Gaceta Jurídica N° 50, p. 37.

19.- Que el Fisco de Chile sostiene que no le cabe responsabilidad ni civil ni penal en los hechos materia de la demanda porque la actuación de

Carabineros fue lícita, exenta de dolo o culpa, ejecutada en el estricto deber de mantener el orden público.

Para rechazar esta pretensión debemos señalar que "en nuestro derecho hay perjuicios que pueden comprometer la responsabilidad del Estado en ausencia de todo tipo de falta o culpa, aun cuando el daño se haya causado con ocasión del ejercicio regular de las competencias atribuidas por la Constitución o la Ley a los órganos públicos". (Hugo Caldera D. Obra citada, p. 207.)

20.- Que la norma contenida en el artículo 2330 del Código Civil cuya aplicación demanda el Fisco de Chile, para el caso de acogerse la demanda, debe desestimarse porque la relación entre la Administración y agraviado particular que nace del daño cometido por aquélla, es una relación jurídica de derecho público en que no tiene cabida la disposición legal citada.