



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Procesal

**EL COMPORTAMIENTO JUDICIAL EN CHILE: ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS DE LA TERCERA
SALA DE LA CORTE SUPREMA A PROPÓSITO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO ANTE
SITUACIONES DE CATÁSTROFE**

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

Autor: Francisco Soto Carrera

Profesora guía: Flavia Carbonell Bellolio

Santiago, Chile

2018

La presente memoria ha sido elaborada en el marco del Proyecto Fondecyt
Iniciación, N° 11140245, titulado “Los considerandos de la política. Un estudio empírico de
las argumentaciones ideológicas en la jurisprudencia de la sala constitucional y contencioso-
administrativa de la Corte Suprema”, dirigido por la profesora Dra. Flavia Emilia Carbonell
Bellolio. Agradezco a la profesora la oportunidad de participar en el proyecto, así como su
invaluable guía en este trabajo.

CONTENIDO

Resumen	1
Introducción. Breve reseña del comportamiento judicial.....	3
I. Historia del Poder Judicial Chileno.....	9
1. Antecedentes, la construcción de un Estado.....	9
2. El Poder Judicial durante el siglo XX democrático.....	16
3. La judicatura en la dictadura militar.....	24
4. Reformas de los '90 y situación actual del poder judicial.....	27
II. Sobre la responsabilidad del Estado	33
1. Consideraciones generales de la responsabilidad.....	33
a) Fundamentos de la responsabilidad del Estado	33
b) Los fines y valores en juego en la responsabilidad extracontractual	36
2. La responsabilidad del Estado en Chile.....	39
a) Desarrollo previo a la Constitución de 1980	39
b) Los distintos estatutos jurídicos bajo la Constitución de 1980 y estado actual de la responsabilidad.....	42
III. La jurisprudencia de la Corte Suprema ante situaciones de catástrofe.....	51
1. Metodología para el análisis de las sentencias	51
2. Caso Ruta Interportuaria (Rol: 1250-2012 / 16885-2013 / 16920-2013).....	52
3. Caso Ovando (rol 1629-2013).....	55
4. Caso Juan Fernández (rol 32262-2015).....	58
5. Caso Dichato (rol 24306-2016).....	60
6. Caso Saqueos (rol 4029-2013 / 2839-2014 / 6143-2014 / 10065-2015).....	62
7. Resultados.....	66
Conclusión	71
Bibliografía.....	75

Resumen

El presente estudio realizará un análisis de las votaciones y argumentos utilizados en las sentencias por los Ministros de la Tercera Sala de la Corte Suprema Sala al momento de fallar aquellos casos conocidos a propósito del terremoto y tsunami ocurrido el 27 de febrero de 2010. Se expondrá como contexto una breve historia del Poder Judicial que permitirá comprender su configuración actual y el rol que este juega en el diseño institucional del país. Además se abordará la responsabilidad del Estado, tanto sus fundamentos y funciones como las normas legales existentes en Chile, para comprender el marco normativo dentro del cual el juez debe decidir los casos en estudio. Se plantea la tesis que es posible realizar un seguimiento a las conductas de los jueces al momento de fallar sus casos que dan cuenta de una regularidad en su comportamiento y la posibilidad de adscribirlos a una determinada concepción de justicia dentro de las que se pueden adoptar en materia de responsabilidad.

Introducción. Breve reseña del comportamiento judicial

El día 30 de mayo de 2016 se retiró del Poder Judicial el Ministro de la Corte Suprema Pedro Pierry¹, tras una década de trabajo como miembro de la Tercera Sala del máximo tribunal del país. Durante su permanencia dio un giro protagónico a las sentencias en materia de Derecho Administrativo, promoviendo un razonamiento judicial que transformó los dogmas que habían imperado en esta materia en las décadas de los '80 y '90², como la tesis del decaimiento del procedimiento administrativo sancionador, la distinción entre nulidad del acto y las consecuencias patrimoniales en la aplicación de las reglas de prescripción, fijación de estándares de motivación y no regresividad en los actos administrativos y, su más importante impacto, la ampliación de la responsabilidad del Estado por falta de servicio a las Fuerzas Armadas y el Poder judicial, siendo considerado este periodo una década de oro para la disciplina (Cordero, 2016).

A pesar de la relevancia de sus opiniones, su sucesión no ha tenido el debate que podría esperarse en la designación de un nuevo ministro. De hecho, el gobierno de la época recién en abril de 2017 escogió su reemplazo, que recayó finalmente en el abogado Arturo Prado Puga, de una tendencia política diversa más cercana al sector empresarial y a fin a otras ramas del derecho³.

El bajo interés de un gobierno por designar un ministro que mantenga cierta sintonía con su antecesor, o incluso con el mismo gobierno de turno, puede entenderse a que históricamente los nombramientos de un ministro de la Corte Suprema no tienden a ser relevantes para la agenda política del país. Es más, solamente en las últimas décadas se han generado ciertas controversias, o vetos, cuando el candidato a juez ha investigado algunas causas de connotación nacional que afectaron a algún miembro de las coaliciones políticas más relevantes –ya sea la Nueva Mayoría o Chile Vamos⁴.

¹ Pierry llegó a la Corte Suprema el año 2006, ocupando uno de los cupos para abogados externos. Anteriormente, trabajó en el Consejo de Defensa del Estado y realizó una destacada carrera académica en diferentes universidades del país.

² Los primeros pasos de esta renovación de la jurisprudencia administrativa se produjo con la llegada del Ministro Urbano Marín a la Corte Suprema el año 1998. Se desarrollará con profundidad este impacto en el capítulo 2.

³ Estos cuestionamientos se deben principalmente a que en sus votos tomó una postura interpretativa de la normativa laboral contraria a los intereses de los trabajadores cuando se desempeñó como Abogado Integrante de la Cuarta Sala de la Corte Suprema que revisa estas materias (Palacios, 28 de abril de 2017).

⁴ La reforma a la Constitución del año 1997 sumó al Senado en el proceso de designación de integrantes a la Corte Suprema; anteriormente este había recaído exclusivamente en el poder ejecutivo. Con este nuevo sistema, se requiere que la aprobación del candidato cumpla con un quorum de 2/3 de los votos del Senado, lo que ha generado, en la práctica, una intensa negociación entre las coaliciones que ha derivado en una lógica binominal de designación de los cupos al máximo tribunal. Por ejemplo, la Nueva Mayoría solamente aprobó la postulación de Carlos Aránguiz, que había sido cuestionado por las investigaciones en el caso Coimas que afectaban a miembros de esa coalición, a cambio de la aprobación posterior de Carlos Cerda, cuestionado por Chile Vamos debido a las investigaciones en causas de derechos humanos de la dictadura militar que afectó al país (Vargas, 2014, pp. 154-155).

Otra causa, que explicaría esta actitud del gobierno, dice relación con la visión formalista sobre la función judicial que tradicionalmente ha primado en el país, ya que esta entendería el trabajo del juez como una aplicación mecánicamente de la ley que conduce a un resultado único y en cuya decisión no influirían factores valóricos (Correa, 1988). Un ejemplo de esta visión, se encuentra en la respuesta institucional de la Corte Suprema (1991) a los cuestionamientos realizados por la Comisión Verdad y Reconciliación al actuar de la judicatura durante el régimen militar:

“Los jueces son y deben ser los más fieles cumplidores de la ley, para ellos sigue siendo la razón escrita, nacida como fruto de las contingencias de la vida de un país, en un tiempo dado, a ella deben someterse y conforme a ella resolver los asuntos entregados a su competencia.” (p. 243)

Así, desde esta determinada visión, un ministro no sería un agente político relevante en el diseño institucional chileno.

Por otro lado, en EE.UU. ocurría un suceso similar unos meses antes. El 13 de febrero de 2016 falleció el juez Antonin Scalia⁵, también un miembro destacado y a la vez controversial de la Corte Suprema estadounidense por ser el principal exponente del originalismo⁶ como forma de interpretar la constitución norteamericana, lo cual se vio expresado en diversas sentencias que redactó a lo largo de su permanencia; por ejemplo, aquella que declara inconstitucional una ley de distrito que prohibía la posesión de armas de fuego en el hogar⁷ o, más recientemente, ser parte del voto de minoría que rechaza la constitucionalidad del matrimonio homosexual para todos los estados federales⁸. Esta posición, además, lo llevó a ser denominado uno de los miembros más conservadores del máximo tribunal.

Su sucesión implicó una gran disputa política en el último año del mandato del Presidente Barack Obama, con la mayoría republicana del Senado oponiéndose a una designación de un ministro de tendencia liberal⁹, lo que llevó a que la decisión fuera aplazada una vez que se eligiera al nuevo

⁵ Scalia fue aprobado para el cargo por el senado norteamericano a propuesta del Presidente Ronald Reagan en 1986; anteriormente había desempeñado diversos cargos en los gobiernos republicanos de Richard Nixon y Gerald Ford; fue juez de la Corte Federal de Apelaciones del Circuito del Distrito de Columbia antes de su nominación; además tuvo una destacada carrera académica en diversas universidades estadounidenses.

⁶ Aunque en la literatura norteamericana se ha señalado que el originalismo es una corriente con distintas variaciones en su significado (Solum, 2011), la postura clásica que se adscribe a Scalia puede ser definida como “un método de decisión de los casos basado en reglas, presumiblemente restringida la aplicación judicial sólo a las interpretaciones de la constitución o de un estatuto que se deduzcan razonablemente de la original comprensión pública del texto del documento” [Traducción propia] (Benesh y Czarnecki, 2009, p. 116).

⁷ “District of Columbia v. Heller”: (2008) 554 U.S.

⁸ “Obergefell v. Hodges”: (2015) 576 U.S.

⁹ La Corte Suprema estadounidense hasta ese momento se componía de cinco jueces conservadores y cuatro jueces liberales, por lo que los republicanos no querían perder tan fácilmente esta mayoría. La adscripción de cada ministro según una tendencia política se debe al Presidente que se encontraba en ejercicio al momento en el cual fueron nominados, siendo los conservadores

presidente, quien debía ser el encargado de elegir al nuevo supremo. Finalmente, esto ocurrió con la victoria del candidato Donald Trump quien nominó a Neil Gorsuch para mantener la mayoría conservadora del tribunal, tal como lo esperaba el Partido Republicano. Que el cargo sea vitalicio y la atribución de la Corte Suprema para anular aquellas leyes que sean contrarias a la Constitución responde en buena medida a este fenómeno, parece más relevante destacar la flexibilidad jurídica del sistema norteamericano que permite ver la labor del juez como “creadora”, más allá de una aplicación mecánica de la ley, otorgándole un carácter más político a su función¹⁰.

La manera en que ambos países abordaron los problemas de sucesión de los ministros de sus máximos tribunales pueden llevar a pensar que los jueces ejercen una función distinta en ambos países, pero lo que en verdad se encuentra en el fondo de este asunto es un reflejo de la cultura jurídica¹¹ contenida en cada comunidad y, a su vez, la labor que desempeñaría un juez en el diseño institucional de estos países.

Una razón importante para que la cultura norteamericana vea al juez como un actor relevante en el escenario político fue el nacimiento del realismo jurídico en este país. Este movimiento se desarrolló desde finales del siglo XIX y durante todo el siglo XX para actuar justamente contra el movimiento formalista imperante en aquel tiempo, y que perduraría aún en Chile. Uno de sus principales postulados señala que los jueces, al momento de decidir sus casos, están influenciados por diferentes factores individuales y sociales, como la ideología, y sus decisiones se fundamentan no solamente en base a reglas y razones jurídicas, lo que implicaría tener una mirada “más humana” sobre el juez (Larraín, 2002, p. 548).

En un principio, este movimiento solo expresó sus razonamientos de forma teórica¹², pero con el tiempo, con el fin de concretizar los postulados del realismo, nacieron los estudios del comportamiento

aquellos designados por gobiernos republicanos mientras que los liberales por gobiernos demócratas. Los primeros son John Roberts, Anthony Kennedy, Clarence Thomas, Samuel Alito y Antonin Scalia; mientras que los liberales son Ruth Bader, Stephen Breyer, Sonia Sotomayor y Elena Kagan.

¹⁰ Kent Greenfield, de la Universidad de Boston College, señala que el nombramiento de un ministro de la Corte Suprema es una de las decisiones que generan mayor impacto en la administración de un Presidente, es un legado que puede durar muchos años después manteniendo su relevancia aun cuando el mandatario que lo nombró haya cesado en su cargo (Maturana, 1 de febrero de 2017, p. 4).

¹¹ La cultura jurídica se entiende como el “conjunto de valores, creencias, actitudes, ideas, modos de pensar y de sentir, prejuicios incluso, como también orientaciones y prácticas, que respecto del derecho prevalecen en una comunidad determinada y que tienden a expresarse de manera visible y constante en los comportamientos efectivos de los integrantes de esa comunidad” (Squella, 2001, p. 536).

¹² “El realismo clásico fue, como el legalismo, una teoría jurisprudencial -una teoría sobre la legitimidad y el carácter de los resultados judiciales particulares. No fue una teoría de como el comportamiento judicial está influido por incentivos y restricciones” (Epstein, Landes and Posner, 2013, p. 3) [Traducción propia].

judicial¹³ que buscaban realizar una constatación empírica que explicaría las decisiones de los jueces mediante ciertos modelos teóricos como el actitudinal, institucional o el estratégico. Uno de sus precursores fue el cientista político C. Herman Prietchett quien se preguntó, en un artículo publicado en *The New York Time* en 1944, si la ley es una sola ¿por qué los jueces disienten en sus decisiones?, el propósito de esta interrogante fue determinar si la ideología influenciaba la motivación de cada ministro de la Corte Suprema al momento de tomar sus decisiones. Con el tiempo esta corriente fue creciendo hasta encontrar una gran escuela cada vez más perfeccionada con estudios empíricos sobre el seguimiento de votaciones de cada juez¹⁴, que supuso hacerse la pregunta, ante cada caso, quien es el juez que se sentará en el estado para conocer un determinado asunto.

En Chile, dada la predominancia de la cultura formalista, fuertemente arraigada por la doctrina debido a la influencia de la escuela de la exégesis en la interpretación de la ley y el positivismo jurídico (Barahona, 2010), no se produjo este desarrollo que busca investigar qué tienen en cuenta los jueces al momento de decidir los casos que deben conocer¹⁵. Este entendimiento ha producido una disociación entre el discurso oficial sobre la labor judicial y la realidad del proceso judicial, ya que en verdad existiría una cultura implícita que legitimaría al juez como creador de derecho al momento de decidir un caso, quien evaluaría las normas aplicables según su conciencia y voluntad, llegando a producirse alteraciones o concreciones de la ley (Correa, 1988), tal como lo postulan los realistas, y por tanto ambas culturas, chilena y norteamericana, no serían tan distintas como se expuso.

El problema de no saber constatar el impacto de la decisión de un tribunal, impide analizar el verdadero rol que puede jugar este en el diseño institucional de un país, no dimensiona la relevancia de un candidato u otro en la integración de un tribunal, como se expuso a raíz del caso Pierry, y en forma más específica, no permite crear metodologías jurídicas que estudien su comportamiento. En los años recientes, han sido diversos los fallos que han generado conmoción política en Chile debido a los temas que abordan, sea en temas medioambientales o de previsión social, que han llevado a ciertas figuras políticas, o círculos académicos, a calificar a los tribunales como activistas por privilegiar intereses

¹³ Los estudios del comportamiento judicial, como señala Segal (2009, p. 19) “consiste en intentos sistemáticos, empíricos y teóricos de explicar qué hacen los tribunales y los jueces” al momento de decidir los casos que llegan a su conocimiento [Traducción propia].

¹⁴ La literatura más reciente ha dedicado sus esfuerzos en sistematizar los diferentes estudios empíricos que abarcan el comportamiento judicial, entre otros estudios, véase Mcveety (2003) y Epstein, Landes y Posner (2013). Además, es posible encontrar bases de datos que codifican las diferentes decisiones de los ministros de la Corte Suprema de Estados Unidos: <http://supremecourtdatabase.org/>.

¹⁵ De forma excepcionalísima un grupo de académicos de izquierda en la década de los '60 y '70 se cuestionaron sobre el componente de clase de la judicatura chilena, analizando ciertos casos en sus decisiones tendían a favorecer a los grupos más privilegiados (Faivovich, 1967; Novoa, 1970; Carmona, 1972).

ideológicos por sobre el derecho (García y Verdugo, 2013a)¹⁶, lo que devendría en una crítica hacia la legitimidad de la decisión y no, poniendo el acento en las causas que explicarían esto.

Por lo anterior, iniciar estudios sobre comportamiento judicial en nuestro país cobra especial relevancia para dar una descripción real sobre la labor realizada por jueces, que explique por qué cuando deciden los asuntos que se someten a su conocimiento lo hacen de una manera determinada y no de otra forma. Hasta el momento en Chile solo es posible encontrar algunos estudios recientes sobre el Tribunal Constitucional, que analizan el componente ideológico en sus integrantes y la relevancia que han jugado en sus decisiones con la reforma realizada a aquel el año 2005¹⁷.

Dentro de la Corte Suprema, siendo un tribunal que conoce una cantidad importante de asuntos y muchas veces de gran relevancia política, como fue ya señalado, solo existen estudios aislados que investigan el seguimiento de precedentes por parte de los ministros en las salas especializadas, en materia penal (Couso, J. y Mera, J., 2007; Couso, J., 2007), en materia laboral (Díaz, I. et al, 2015), y muy recientemente, un estudio sobre el comportamiento de los ministros de la Tercera Sala de la Corte Suprema en la formación de coaliciones de votación (Carbonell y Pardow, 2017), pero no se observan otros estudios de este tipo en la sala civil o en asuntos de familia. Por lo anterior, es que la presente investigación pretende colaborar dentro de esta misma línea de estudio, analizando los argumentos que sustentan los fallos dictados por el máximo tribunal a propósito de la responsabilidad del Estado en el terremoto y posterior tsunami del 27 de febrero del 2010 (en adelante, 27F).

El trabajo comenzará desarrollando un capítulo que contiene con una breve historia del Poder Judicial, desde su creación en los inicios de la República hasta la actualidad. Esta exposición pretende profundizar en el impacto que ha tenido el actuar de los tribunales a lo largo de la historia de Chile, pues permite entender cómo es su configuración actual y el rol que juega en el diseño institucional. Posteriormente se abordará la responsabilidad del Estado, los fundamentos y fines de esta, que permitirán determinar ante qué concepciones se puede encontrar un juez al momento de decidir un caso de este tipo. Sucesivamente, a modo descriptivo, se hará referencia al marco normativo existente en Chile junto a la evolución doctrinal y jurisprudencial, que permitirá observar el amplio espacio de discrecionalidad por

¹⁶ El desarrollo del activismo judicial es incipiente en Chile, pero en otros países, como EE.UU., ha tenido un largo desarrollo desde mediados del siglo XX tanto de sus partidarios como de sus detractores. Para un recuento de las diferentes perspectivas existentes sobre este concepto véase García y Verdugo (2013b).

¹⁷ Cabe destacar que ambos estudios presentan distintas causas para explicar el activismo en el Tribunal Constitucional; mientras uno de ellos arguye que el activismo se debería a una mayor preponderancia de la ideología en las decisiones (Carroll y Tiede, 2011) mientras que otro señala que el aumento en el activismo surge por una mayor presencia de ministros de procedencia académica por sobre aquellos provenientes del poder judicial (Pardow y Verdugo, 2015).

el cual se puede decidir un caso de la materia. Finalmente, se realizará un análisis de las sentencias de responsabilidad del Estado por el 27F que se han pronunciado hasta la fecha, desglosando los argumentos esgrimidos y la votación de cada ministro, con el objeto de poder inferir ciertas tendencias al momento de tomar sus decisiones.

Los argumentos serán clasificados conforme a las categorías empleadas por la doctrina, la regularidad en que son utilizados en las sentencias por los ministros y el voto sobre el cual recaen, poniendo especial énfasis en aquellas decididas con votación dividida pues pueden mostrar de forma más patente los diferentes enfoques que puede adoptar un juez al decidir.

Lo anterior permitirá adscribir a los jueces en una determinada categoría conforme a la votación que realizan en un caso y los argumentos que son planteados para fundamentar su decisión. Ello permitirá clasificar a cada juez conforme a una concepción de justicia que se puede adoptar en materia de responsabilidad: así, si tienen una inclinación a votar a favor del fisco tendrán una postura distributiva, en cambio, si su votación tiende a ser en pro de las víctimas tendrán una postura correctiva.

I. Historia del Poder Judicial Chileno

1. Antecedentes, la construcción de un Estado

El marco normativo del Poder Judicial chileno no es consecuencia de un diseño institucional original y coherente implementado por el legislador, sino que, más bien, puede ser descrito como el resultado de distintas visiones parciales que han incorporado elementos que confluyen en su regulación actual (Carocca, 1998, p. 191). Un estudio sobre el desarrollo histórico que este ha tenido ayuda a explicar sus principales características, las influencias comparadas que se han introducido como también sus propias singularidades pero, además, no puede dejarse de lado los vaivenes de la política que, de una forma u otra, han sido significativas tanto en sus reformas como en la propia actividad jurisdiccional¹⁸.

El surgimiento de una estructura judicial en Chile se remonta desde la organización del territorio nacional como colonia española en el siglo XVI. El primer antecedente es posible encontrarlo en la instauración de la Real Audiencia de Concepción en 1565. Esta institución, como señala Carvajal (1940), fue concebida como un organismo con amplias facultades políticas, administrativas, eclesiásticas y judiciales que permitieran una conquista definitiva del territorio chileno, como también terminar con las guerras de Arauco que se desarrollaban en aquel momento (pp. 11 y 12). Este organismo tuvo una vida efímera al ser disuelto en 1575, por lo que el establecimiento definitivo de una Real Audiencia se produjo en 1606 en la ciudad de Santiago, la cual permaneció por más de dos siglos resolviendo materias judiciales, consultivas y de protección (Navarro, 2007, p. 145).

Como puede verse, la Real Audiencia era el símbolo del dominio de la corona en sus territorios conquistados al concertar las potestades delegadas del Rey, como también el alma de la estructura colonial donde todo organismo tenía algún vínculo hacia ella y en torno a la cual giraba gran parte de las actividades de los habitantes de las gobernaciones (Zorrilla, 1942, p. 207). Dentro de las atribuciones políticas se encontraba gobernar el territorio en caso de ausencia del Gobernador; en materias administrativas, supervigilaba ciertos servicios de las provincias y participaba en la ejecución de las leyes y reales cédulas, ejercía una intervención directa en la hacienda pública preocupándose de las entradas

¹⁸ Aunque es posible apreciar, de la literatura disponible, que la evolución institucional del Poder Judicial en Chile no tiene un estudio desarrollado, a diferencia de lo que ocurre con otras instituciones del país. Esto podría explicarse por la idiosincrasia chilena que mira al juez como mero aplicador de la ley, según la postura de la escuela de la exegesis –como fue señalado en la introducción. También incide la poca importancia de la doctrina como medio para provocar transformaciones en las instituciones, y por último, una concepción de Estado que resalta las facultades legislativas y ejecutivas (Westermeyer, 2003, p. 250; Bravo, 1976).

de la Corona y las inversiones realizadas; y por último, en materia eclesiástica era la autoridad representante del Rey en el ejercicio del Patronato (Carvajal, 1940, pp. 15-19).

Pero el propósito principal y fundamental de este organismo eran los asuntos judiciales, asumiendo el rol de alto tribunal colegiado encargado de administrar justicia y dirimir las contiendas entre partes (Carvajal, 1940, p. 15). Propiamente tal, era el tribunal de segunda instancia de la Gobernación de Chile conociendo, (i) principalmente el recurso de apelación¹⁹, (ii) el recurso de nulidad contra sentencias dictadas por jueces inferiores²⁰, (iii) en primera instancia aquellos casos civiles y criminales que según su cuantía o calidad de las partes debían conocer funcionarios inferiores, y por último, (iv) la suplicación contra las sentencias dictadas por la misma Audiencia interponiéndose por gracia o merced se corrigiera lo fallado²¹ (Navarro, 1988, pp. 27 y 28).

Si bien la Real Audiencia era la última instancia en la estructura judicial para dirimir los asuntos en el territorio chileno, se establecieron de manera excepcionalísima dos recursos para ser conocidos por el Rey mediante el Consejo de Indias²², (i) la segunda suplicación, de las mismas características que la primera suplicación, una merced solicitada al monarca para enmendar la sentencia dictada por la Audiencia, y (ii) el recurso de injusticia notoria, que veía aquellas materias que no cubrían la segunda suplicación solicitando una merced al Rey, pero además se fundaba tanto en infracciones a las formalidades del procedimiento como al fallo de los asuntos expresamente contra legem, asimilándose en parte a la casación en la forma y en el fondo respectivamente (Carvajal, 1940, pp. 26-28).

Pero la estructura judicial colonial es bastante más compleja de lo hasta ahora señalado. Como breve referencia, se observa una dificultad a la hora de realizar una sistematización ordenada de las competencias de los organismos existentes pues son múltiples los oficiales dotados de funciones jurisdiccionales ya sea en tribunales ordinarios o especiales, unipersonales o colegiados (Navarro, 1988, p. 19). Dentro de los principales tribunales ordinarios se encontraba el Alcalde ordinario ubicado en la base de la organización judicial, asimilable actualmente a los jueces de letras, que conocía de materias

¹⁹ Con una reglamentación minuciosa que no se diferencia de la actual apelación civil, se constituía como un verdadero tribunal de alzada (Carvajal, 1940, p. 22).

²⁰ La finalidad del recurso era revisar infracciones de las formas del juicio o aquellas en que faltaran condiciones de validez, subsanando el procedimiento al estado de volver a efectuarse correctamente. Se asemeja, así, al recurso de casación en la forma (Carvajal, 1940, p. 23).

²¹ Es posible considerarlo como un recurso de reposición. Su alcance se extendía a la finalidad de lograr un fallo que enmendara la sentencia definitiva por el mero de hecho de solicitar una reconsideración (Carvajal, 1940, p. 24).

²² El Consejo de Indias era el más alto tribunal de la organización judicial colonial con asiento en España, quien además tenía importantes competencias en materia legislativa, religiosas y militares (Navarro, 1988, p. 30).

civiles y criminales, entre otras; los Gobernadores que desempeñaban funciones políticas, administrativas y militares; y por último algunos tribunales especiales como aquellos en materia de residencia – sobre probidad administrativa-, militares y algunos de comercio²³.

Un punto de quiebre en la institucionalidad colonial, caracterizado por un modelo de acumulación de distintas facultades en un solo organismo, fue buscar, bajo el pensamiento ilustrado de la época, una mayor protección a los vasallos frente a los abusos de los funcionarios mediante un control de legalidad a la actividad de la administración colonial, lo que Bravo (1976) denomina un periodo de “ley-protección”, iniciado con la instrucción de regentes en 1776 (p. 114). Esta reforma buscó generar un sistema de pesos y contrapesos recaído en la Real Audiencia (Westermeyer, 2003, p. 252) al separar institucionalmente a la administración de la judicatura. De ello resulta que se separan, por un lado, materias de hacienda y militar, y por el otro, labores contenciosas, no contenciosas y consultivas, respectivamente (Navarro, 1988, p. 37).

La revisión historiográfica del periodo colonial ha tendido, generalmente, a valorar de forma positiva a la Real Audiencia²⁴, especialmente en la etapa “ley-protección”, al presentarse como un controlador de los abusos del poder del gobierno.

Ahora bien, parece necesario señalar que estas afirmaciones debiesen ser matizadas, como señala otro sector de la doctrina, por cuanto no necesariamente la separación de funciones cumplió con lograr una verdadera protección a los habitantes de la colonia, sino que más bien, esta visión positiva de los jueces de la época podría explicarse por la falta de discursos críticos contra las autoridades judiciales debido a la censura existente en el momento; de hecho pareciera ser más correcto argumentar que fue la propia comunidad, mediante los Cabildos, la que lograba ejercer un control en la actuación del gobierno y no la judicatura al denunciar las diversas prácticas de abuso (Zapata, 2007, p. 91 y 92).

Lo relevante para realizar una breve presentación sobre la judicatura en el periodo indiano es mostrar cómo el Rey, para ejercer sus potestades con el mayor control posible en los territorios de su dominio, necesitaba de instituciones subordinadas jerárquicamente a éste, mediante una organización judicial burocrática de tipo piramidal, que permitiera una dependencia absoluta de los jueces y un control fuerte sobre sus decisiones (Horvitz, 2007, p. 127 y 128). Esta concepción sobre la estructuración del

²³ Una sistematización detallada de la estructura judicial en la colonia, en un intento de delimitar cada una de las funciones que le correspondía a cada tribunal puede verse en Zorrilla (1942).

²⁴ Pareciendo ser una cuestión bastante consensuada tanto por una postura conservadora (Bravo, 2006) como por una faceta liberal (Peña, 1997).

Poder Judicial permeará significativamente en los marcos normativos posteriores como se mostrará a continuación, explicándose porqué tradicionalmente el concepto de jurisdicción se asocia a “administración” de justicia, denotando la existencia de órganos estatales jerarquizados que satisfacen necesidades públicas, como también el llamado “efecto devolutivo” de los recursos de apelación, entendiéndose éste como la devolución que realiza el juez inferior de la jurisdicción al tribunal superior, entre otras instituciones de la legislación procesal (Carocca, 1998).

Con la llegada del siglo XIX llegó el proceso de independencia al país (entre 1810 y 1818) que significó un importante proceso de transformaciones en la institucionalidad, buscando reemplazar las viejas estructuras indianas bajo la inspiración de las ideas de un Estado moderno. De esta forma, se instalaría el primer Congreso Nacional, representante del poder legislativo, y se suprimiría la Real Audiencia²⁵ reemplazándola por una Cámara de Apelaciones y la creación de un Tribunal Supremo Judicario, ambos representantes del poder judicial.

Ahora bien, debe tenerse presente que en el plano judicatura, estas transformaciones no implicaron una transformación sustantiva en la regulación que recaía en los organismos coloniales, sino que más bien, dentro del contexto que vivía el país en aquel momento, puede observarse que estas, como señala Carocca (1998), constituyeron “fundamentalmente actos de connotación política, (...) que reafirmara la plena independencia del naciente Estado de Chile, en una de las principales manifestaciones de la soberanía como se estima al ejercicio de la función jurisdiccional” (p. 192). De hecho, la Cámara de Apelaciones mantuvo las mismas atribuciones que anteriormente correspondían a la Real Audiencia, siendo en términos prácticos un sustituto formal del organismo real (Navarro, 1988, p. 49); por otro lado, la creación de un Tribunal Supremo Judicario, si bien no logró concretarse en la práctica por el establecimiento de comisiones especiales que lo suplieron, este tenía como competencia el conocimiento de los recursos de injusticia notoria y de segunda suplicación, recursos que anteriormente recaían en el Consejo de Indias (Carvajal, 1940, p. 32 y 35)²⁶.

Posteriormente, los sucesivos cambios constitucionales de 1817, 1818 y 1822, buscaron institucionalizar de manera definitiva una estructura judicial propia en el país con una normativa cada

²⁵ Si bien, se restablece efímeramente la Real Audiencia en el periodo de la reconquista en 1814, con el triunfo de los patriotas en 1817 se restaura la institucionalidad que había sido creada en 1811.

²⁶ El fundamento que se tuvo para entregar al Tribunal Supremo las mismas competencias del Consejo de Indias explica esta manifestación de independencia, al señalar que el conocimiento de los recursos de injusticia notoria y de segunda suplicación fueran conocidos “en la propia patria, por magistrados de sus mismos conciudadanos” (Correa y Vial, 1991, p. 18).

vez más perfeccionada²⁷, pero solamente será hasta la Constitución de Juan Egaña de 1823, y el Reglamento de administración de justicia de 1824, que hará cumplir el anhelo del país de estructurar de forma definitiva a la judicatura chilena.

Esta regulación tuvo la importancia de organizar a los tribunales de justicia mediante una estructura de doble instancia, con los juzgados de letras en la base y las Cortes de Apelaciones como tribunales generales de segunda instancia²⁸, y como tribunal superior, en la cúspide de la organización, la Suprema Corte de Justicia, con su primer Presidente Gregorio Argomedo (Navarro, 1988, p. 55). Si bien este último mantiene el conocimiento de los recursos de segunda suplicación e injusticia notoria, es en este momento que se empiezan a manifestar funciones que aún se encuentran presentes en la normativa chilena, lo que Carocca (1998) denomina “las funciones originarias”, siendo estas: (i) aquella establecida en el artículo 143 de la Constitución, “ejercer la superintendencia directiva, correccional, consultiva y económica sobre todos los tribunales y juzgados de la nación”, (ii) conocer ciertas materias en segunda instancia cuando la Corte de Apelaciones conoce en primera, por ejemplo asuntos criminales, y (iii) la facultad de proteger los derechos fundamentales de los individuos frente a los abusos, en especial de los poderes públicos, llamada “facultad conservadora” (p. 197-199). Las posteriores constituciones no innovaron sustancialmente en la regulación, sobreviviendo esta organización los convulsionados años de la década del ’20²⁹.

La Constitución de 1833, aquella que por fin logra una estabilidad institucional en el país después de los sucesivos cambios que se producen desde 1810, señalará de forma breve las normas básicas del funcionamiento de los tribunales en su Capítulo VIII, mandando a una ley de organización y atribución de tribunales la finalidad de regular la judicatura, que verá la luz recién en 1875. A partir de 1835³⁰ se dictarán una serie de leyes que permitirán ordenar el marco normativo judicial que llevan por nombre “leyes marianas” –debido a su impulsor Mariano Egaña-, regulando, entre otras instituciones, un recurso de nulidad como medio de impugnación extraordinario, que sirve de germen de manifestación de una de las funciones originarias de la corte como tribunal de casación (Carocca, 1998, p. 199)³¹; y las visitas,

²⁷ Por ejemplo, en la Constitución de 1822 se regula la Cámara de Apelaciones, a los Jueces de la Paz y un capítulo especial dedicado a la administración de justicia y las garantías individuales (Carocca, 1998, p. 192).

²⁸ Esta es la Corte de Apelaciones que constituye el antecedente directo de la actual, ya que la Cámara de Apelaciones, que existió hasta 1823, además de ser tribunal de segundo instancia, ejerció funciones de máximo tribunal al no haberse instalado anteriormente el Tribunal Supremo señalado en las constituciones de la época (Navarro, 1988, p. 60).

²⁹ De forma excepcional, la Constitución de 1826 cambia la denominación de máximo tribunal a la actual nomenclatura de “Corte Suprema”.

³⁰ A falta de una regulación clara entre 1823 y 1835 se ha señalado que las únicas competencias efectivas desarrolladas por la Corte Suprema fueron el conocimiento de los recursos de suplicación e injusticia notoria (Carocca, 1998, p. 195).

³¹ El objetivo del recurso es invalidar aquellas sentencias que adolecen de un vicio por no seguir las ritualidades del procedimiento, según las causales establecidas en la ley. Su antecedente es el recurso señalado en la cita 20 (Illanes, 1966, p. 313).

que tenían por objeto inspeccionar las conductas de los funcionarios judiciales mediante un visitador designado por el gobierno (Carvajal, 1940, p. 43).

El periodo que va desde la instalación de la Corte de Apelaciones en 1817 hasta 1875 es denominado por Bravo (1976) como “ley-garantía” porque buscaba garantizar la libertad de los individuos frente a los abusos del poder; aspirando a una igual aplicación de la ley, consolidación de la judicatura ordinaria sobre la especial y el sometimiento de la actuación judicial al principio de legalidad (p. 113). Aunque esta era la finalidad que se había propuesto el legislador, siguiendo el ideal ilustrado de detener la arbitrariedad, esta fracasó³² ya que los tribunales fueron perdiendo aquellas facultades que le permitían fiscalizar los actos de gobiernos, a diferencia de sus antecesores indianos (Barrientos, 1993).

Esta pérdida de competencia por parte de los tribunales no significa que aquellas actuaciones hayan quedado impunes, sino que los constitucionalistas de aquella época, influenciados en cierta medida por las corrientes europeas, y en especial por el modelo francés³³, idearon en la Constitución de 1823 y posteriormente la de 1833, un modelo de justicia administrativa bajo un Consejo de Estado quien resolvería aquellas disputas jurídicas que involucraban a la administración del Estado³⁴ (Ferrada, 2011a, p. 120 y 121). Pero esta institucionalidad no es posible considerarla como un tribunal de justicia propiamente tal, sino que, como señala Bordalí (2006a), es un órgano cuasi judicial que no detenta independencia al no ser garantizada a los funcionarios juzgadores su inamovilidad respecto del Ejecutivo, a diferencia de los jueces de la propia estructura judicial (p. 30).

Las distintas regulaciones que se habían dictado en el periodo señalado vinieron a ser sistematizadas en 1875 con la Ley de Atribución y Organización de los Tribunales (LAOT), transformándose en un verdadero código en la materia al precisar las competencias de los órganos jurisdiccionales y en especial, la Corte Suprema (Navarro, 2007, p. 147). Por la trascendencia de esta ley es que Bravo (1976) denomina este periodo que se inicia como “ley-regulación uniforme” al buscar una consolidación de un estatuto básico para la judicatura que fuera aplicable a todos los ciudadanos de forma

³² Por algunos autores se matiza esta afirmación al señalar que existieron ciertos jueces que mantuvieron una actitud activa en favor de los ciudadanos (Salinas, 1989; Brahm, 1990).

³³ Bajo la tradición continental de la época, marcada por la revolución francesa, la justicia es vista como una institución que soluciona los conflictos entre privados, por lo que la administración y el legislador no podían ser enjuiciados. Entonces en el sistema francés se ideó un sistema en que la propia administración se juzgaría a si misma con órganos colegiados llamados Consejos de Prefectura y Consejo de Estado. Con el tiempo esta idea se fue evolucionando, tal como aspiró el legislador chileno como se expondrá, hacia un verdadero órgano jurisdiccional tomando la imparcialidad del juzgador un valor fundamental terminando en la actualidad los tribunales de justicia conociendo los asuntos de contencioso administrativo ya sea aún dentro de órganos jurisdiccionales o como parte del poder judicial (Bordalí, 2007).

³⁴ Excepcionalmente, los tribunales ordinarios conocieron de la responsabilidad patrimonial ya que la doctrina y jurisprudencia de la época consideraban esta materia como una cuestión civil, como será explicado en el siguiente capítulo; también conocerán de aquellas cuestiones contractuales luego de una modificación constitucional en 1874 (Ferrada, 2011a).

igualitaria, sin distinción alguna, y a que además era expresión de cambios estructurales que se producían en el país, como la creación de las leyes laicas y el impulso de la enseñanza primaria (p. 115).

Si bien con la LAOT se concreta un anhelo que se había fijado la Constitución hace casi 40 años, y acorde con el impulso codificador de aquel momento, con la dictación del Código Civil por ejemplo, en términos sustantivos la regulación no difiere de la que ya se encontraba vigente, demostrando que la judicatura había encontrado su organización definitiva –con una estructura jerárquica- hace mucho tiempo. Por otro lado, esta regulación vino a consolidar en la jurisdicción una finalidad estrictamente centrada en el conocimiento de las disputas entre privados, en el sentido que “se restringe la misión de la judicatura, expresión de la escasa importancia que el constitucionalismo le atribuye, reduciéndola únicamente a amparar los derechos de los gobernados frente a los atentados que éstos se infieran entre sí” (Navarro, 1988, p. 77).

A pesar de lo señalado anteriormente, cabe tener presente que esta ley introdujo una importante innovación en las funciones que desempeñaba el máximo tribunal, que se convirtió de forma posterior en otra de las “funciones originarias” de la actual Corte Suprema, esto es, el conocimiento y fallo del recurso de casación³⁵. El objetivo de establecer esta nueva función fue terminar con la dispersión existente en la solución de los conflictos, que hasta el momento aplicaba la legislación de manera contradictoria, buscando como meta la igual aplicación de la ley a todos los ciudadanos (Romero, 2004, p. 67), y entregando una imagen de la Corte Suprema como “el Tribunal más alto de la nación consagra (que) la uniformidad en la interpretación y aplicación de la ley, tanto en el orden procesal como sustantivo” (Illanes, 1966, p. 315)³⁶.

El periodo posterior a 1875 coincidió con una época de aceleración histórica, impulsada por guerras exteriores y sus triunfos militares seguidos, que trajeron al país un gran desarrollo económico, llevaron a una serie de programas modernizadores de las estructuras políticas del país, entre ellos, a un perfeccionamiento de la judicatura, mediante la creación de diversos tribunales a lo largo del país con su etapa culmine a fines de la década de los '80 y principios de los '90 con el doble de los juzgados de mayor cuantía existentes hasta la fecha³⁷. Este aumento de funcionarios en la judicatura se debió,

³⁵ Una de las críticas que se le han realizado al recurso de casación es que finalmente, desde un punto de vista forense, se convierte en una tercera instancia al revisar cuestiones más allá del derecho, además de formar una idea de la jurisdicción como delegada por parte de la Corte Suprema a los demás tribunales inferiores del país, teniendo una visión comisarial de los jueces. Esta discusión se hizo presente en la época de dictación del código, en especial del político José Victorino Lastarria, que llevó a un primer rechazo de propuesta en 1849 (Atria, 2005).

³⁶ No obstante esta modificación, la normativa pasó a ser meramente programática ya que su regulación solo vino a darse posteriormente con la dictación de los códigos de procedimiento de 1900.

³⁷ De 47 juzgados en 1882, en 1887 se contaban 68 y en 1893 se aumentó a 92 (De Ramón, 1989, p. 15).

también, a que los jueces formados durante la ocupación y posterior anexión por parte de Chile de los territorios de Antofagasta y Tarapacá durante la Guerra del Pacífico (1879-1883), quienes con su experiencia aportaron un nuevo ritmo al funcionamiento judicial (De Ramón, 1989, p. 14-19).

En el ámbito político, para finalizar, los tribunales mantuvieron un perfil más bien bajo en las distintas disputas que se sostuvieron en el establecimiento de la república (Faúndez, 2011, p. 152). La explicación de esto, como señala Andreucci (2011), consiste en que nunca el marco normativo, en especial en la Constitución de 1823 que perduró posteriormente, estableció efectivamente a la judicatura como un poder del Estado fuerte ni con una debida autonomía organizativa y financiera, manteniendo a los jueces más que nada como un sistema de administración de justicia y de rango inferior a los demás organismos estatales (p. 69). De forma excepcional, en 1825 fue exonerado por decisión unilateral del ejecutivo el presidente de la Corte Suprema de la época, y en 1868 hubo una acusación constitucional en contra el pleno del máximo tribunal que no prosperó³⁸.

2. El Poder Judicial durante el siglo XX democrático

El periodo de tiempo del siglo en estudio, que abarcará todo el proceso democrático chileno hasta 1973, será diferente al anterior, que estuvo centrado casi exclusivamente en una evolución normativa, ya que el contexto político producido a lo largo de estos años jugará un papel importante para la organización judicial, y es que al realizarse las principales reformas a inicios de siglo, el tipo de jueces que se irá formando con los años dependerá de cómo desempeñan sus funciones y, especialmente, del grado de deferencia que demuestren hacia el ámbito de competencia de los otros poderes del estado.

El desarrollo económico de la década del '80 del siglo anterior significó un proceso de modernización en las instituciones políticas, pero también llevó a una disputa de poder sobre el control de estos recursos, que desencadenó la guerra civil de 1891. La derrota del presidente en aquella disputa significó, para el bando vencedor, un poder para realizar una intervención importante en diversas áreas de la nación, entre estas encontramos a la judicatura, siendo los mayores cambios productor los siguientes: (i) se estanca el crecimiento exponencial en la planta de jueces que se venía produciendo hasta ese momento (teniendo al año 1900, 96 jueces y aumentando sólo hasta 100 en 1909); y, (ii) dentro de los dos primeros años es reemplazado, ya sea por jubilación o expulsión, el 80,86% de todos los

³⁸ Debe destacarse la importancia de este último acontecimiento dado que tuvo la fuerza suficiente para que se respetara la independencia del poder judicial frente a los otros poderes del Estado, especialmente evitando que fuera catalogado como un mero instrumento del poder ejecutivo (Faúndez, 2011, p. 57).

funcionarios judiciales de la época, formándose una nueva generación de jueces completamente distinta que no traía los aprendizajes del proceso de modernización que se había implementado anteriormente (De Ramón, 1989, p. 38).

Este intervencionismo derivó, en primer lugar, en que la composición de la judicatura tuviera una marcada tendencia política grupos de derecha³⁹, y en segundo lugar, en la politización de la designación de los cargos al generarse una disputas entre los partidos existentes en el periodo parlamentario de principios de siglo. Las consecuencias de este periodo traerán consigo un desprestigio importante para los jueces por parte de la población, debido a la corrupción e ineficiencias en su trabajo que no estaba presente en el tiempo anterior a 1891 (De Ramón, 1989, p. 34 y 35).

Posteriormente, en 1927, el gobierno del General Carlos Ibáñez del Campo trató de realizar una reforma al poder judicial, que buscara combatir las prácticas que se venían arrastrando de las décadas anteriores, pero su alcance fue más bien ya que solamente fue removido el presidente de la Corte Suprema y una decena de miembros más sin lograr un cambio en la actitud de la judicatura en general (De Ramón, 1989, p. 58 y 59). Las consecuencias de estas acciones más bien generaron divisiones políticas importantes en el acontecer nacional que derivaron en una acusación constitucional hacia los miembros de la Corte Suprema por no defender la independencia de los tribunales de las arbitrariedades políticas. Si bien la acusación no prosperó, ello decididamente influyó en que el máximo tribunal mostrara un bajo perfil político en el acontecer nacional (Faúndez, 2011, pp. 153 y 154).

Por otro lado, desde el punto de vista normativo, este siglo se inicia con una consolidación de diversas reformas a los procedimientos judiciales, que se venían gestando anteriormente, concluyendo la renovación del sistema jurídico indiano que aún se encontraba vigente en diversas áreas⁴⁰. Así, en 1902 se promulga el Código de Procedimiento Civil y en 1906 Código de Procedimiento Penal, que vinieron a ordenar las ritualidades de los procedimientos que se encontraban dispersos en distintas regulaciones.

Como se señalaba, la finalidad principal de estas disposiciones consistían en entregar una estructura a la tramitación de los procedimientos ante los jueces. También se vino a regular los recursos

³⁹ Según los partidos existentes en aquella época, el Partido Conservadores tenía una representación del 27,43% de los jueces, el Partido Liberal el 23,90%, el Partido Liberal Democrático el 24,78%, el Partido Nacional el 17,7%, el Partido Radical el 5,31% y el Partido Demócrata el 0,88% (De Ramón, 1989, p. 51).

⁴⁰ Ejemplo de esto son dos autos acordados de procedimiento criminal, uno de 1757 que regula ciertas materias de la defensa del imputado; otro de 1797 que fija materias de prueba testimonial (Westermeyer, 2003, p. 254).

que conocerían los tribunales, siendo de especial consideración la casación, facultad que ya se había entregado en 1975 a la Corte Suprema, pero que había quedado en el papel por este vacío legislativo. Con ello, como señala Carocca (1998), “la Corte Suprema tuvo la oportunidad de dejar de ser un tribunal de apelación en materias especializadas y transformarse principalmente en un tribunal de casación, recogiendo directamente la influencia francesa” (p. 199). Los mecanismos normativos utilizados en los códigos no permiten concluir que se quisiera dar un valor vinculante al precedente, sino que, más bien, se asignó un valor persuasivo a la jurisprudencia, mediante las técnicas de una casación sin reenvío, el funcionamiento del pleno de la Corte para conocer y fallar el recurso, y la publicidad de las sentencias (Romero, 2004, pp. 75 y 76)⁴¹.

Las posteriores reformas a este recurso⁴², impulsadas principalmente por el retardo en el conocimiento de las funciones, no vinieron a perfeccionar la aplicación de este recurso, sino que, por el contrario, fueron difuminando la capacidad de producir un valor persuasivo de sus decisiones al conocerse el recurso por diversas salas, generando nuevamente lo que se pretendía evitar, las decisiones contradictorias sobre una misma materia dentro del máximo tribunal (Romero, 2004, p. 80).

Por lo anterior, esta función asignada, pretendida como la principal facultad que ejercería la Corte Suprema, fue dejada de lado. Si bien los cambios normativos tuvieron una repercusión importante, fue la práctica de la propia corte la que influye de manera significativa, y es que como explica Carocca (1998), la práctica jurisdiccional del tribunal fue evitar expandir en demasía su interposición mediante una interpretación excesivamente formalista de sus causales de procedencia, evitando actuar como un tribunal de derecho encargado de la correcta aplicación de las normas jurídicas (p. 203).

Por otro lado, la Constitución de 1925 entregó una nueva facultad a la Corte Suprema, que se enmarcaría dentro de la función conservadora o protectora, con el conocimiento del recurso de inaplicabilidad de un precepto legal por ser contrario a la constitución, que busca en su finalidad jurisdiccional “la defensa de la Constitución Política del Estado, cuando el poder legislativo al cumplir su misión de creador de la ley se exceda en sus atribuciones” (Illanes, 1966, p. 315). Así, mediante su ejercicio la corte podía constituirse como un necesario contrapeso en ejercicio del poder y como un

⁴¹ Algunos de estos mecanismos, señala Atria (2005), permitieron que la casación fuera perdiendo su sentido estricto de revisión del derecho, convirtiéndose en una tercera instancia. Por ejemplo, la posibilidad de dictar sentencia de reemplazo tiende a considerar los hechos del caso particular para aplicar el derecho que le parece correcto (p. 275).

⁴² Dentro de aquellas, destaca la Ley 3.390 de 1918 que fijaba la casación en el fondo en una sala y la de forma en otra, pero con una integración variable de salas que no permitía la unificación de criterios; y, la Ley 5.980 de 1937 que entrega el conocimiento del recurso a cualquiera de las dos salas; ambas modificaciones tuvieron como efecto la aparición de decisiones contradictorias (Romero, 2004).

mecanismo de estabilidad de la constitución mediante la aplicación constante y la interpretación de sus normas con un criterio actualizador (Valenzuela, 1991, p. 159).

Pero al igual que la casación, la inaplicabilidad fue pocas veces utilizada, fueron patentes ciertas cuestiones en las cuales se solicitaba una protección de los derechos civiles y políticos de las personas y la corte fue renuente para aplicar sus facultades; por ejemplo, ante una petición de habeas corpus por una detención irregular en un estado de excepción tomó una postura a favor del ejecutivo, o al momento de dictarse la ley de seguridad del Estado de 1948, que proscribió al partido comunista, no se acogieron los recursos presentados para proteger a los ciudadanos militantes (Faúndez, 2011, p. 157-159); si se analiza en estadísticas esta facultad, entre 1925 y 1946 se conocieron alrededor de 45 recursos de los cuales solamente 5 fueron acogidos, lo que demuestra de forma patente la falta de aplicación de este recurso (Marshall, 1947, p. 136).

Esta deferencia al legislador también se refleja en la fiscalización de los actos de gobiernos. Como había sido señalado anteriormente, en la institucionalidad chilena existía un Consejo de Estado que tenía la competencia de conocer determinadas reclamaciones en contra de los actos de gobierno, pero la Constitución de 1925 reformuló este sistema de justicia administrativa al suprimir el este consejo y mandar al legislador la creación de “tribunales administrativos”, a los que se les atribuía la competencia de conocer las reclamaciones de los particulares contra los actos del Estado, buscando fortalecer de forma efectiva la regulación del poder público pero manteniendo la exclusión de los tribunales ordinarios (Ferrada, 2011a, pp. 123).

Con el tiempo esta disposición constitucional se convirtió en una norma programática, ya que nunca se materializó un ley que instalara estos tribunales. Lo anterior puso al poder judicial en una posición incómoda de decidir si le competía conocer de las pretensiones de los particulares en ser compensados por los perjuicios ocasionados por decretos administrativos. Finalmente, los jueces se decidieron en la siguiente interpretación: a partir del artículo 87⁴³ de la constitución, que establecía los tribunales administrativos, y el artículo 4 del Código Orgánico de Tribunales, que fijaba la competencia de los tribunales en los asuntos que la ley determinara, se concluyó la incompetencia general para conocer de los asuntos contenciosos administrativos, salvo en aquellos casos en que una ley especial entregara una controversia específica a su conocimiento (Ferrada, 2007, p. 124).

⁴³ Artículo 87: Habrá tribunales administrativos, formados con miembros permanentes, para resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas y cuyo conocimiento no esté entregado a otros tribunales por la Constitución o las leyes. Su organización y atribuciones son materia de ley.

Esta interpretación constituía abiertamente una denegación de justicia a quienes concurrían a los tribunales, por lo que en la práctica se aplicó la doctrina del acto de autoridad y los actos de gestión⁴⁴ y con ella se esgrimía la aplicación indirecta de las normas civiles para los casos en que existía afectación de derechos de propiedad de las personas. Las consecuencias de esta aplicación es la ambigüedad sobre los actos que los tribunales conocerían, produciéndose una falta de certidumbre en las decisiones judiciales y la consiguiente desconfianza de los políticos en que los tribunales podían conocer asuntos de política pública, lo cual, en la década de los '60 en adelante, traería grandes problemas para la estabilidad política del país (Faúndez, 2011, pp. 163-171).

En desmedro de las funciones anteriormente expuestas, fueron otras desempeñadas por la Corte Suprema que le significaron una mayor labor jurisdiccional, así el recurso de queja será aquel que dominará el conocimiento de sus salas en el siglo XX.

Al máximo tribunal del país, como fue señalado anteriormente, le fue entregada la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales del país, y dentro de estas facultades encontramos aquellas que permiten castigar todas las infracciones perpetradas por sus miembros para velar por el buen comportamiento necesario para administrar una justicia de forma eficaz, denominadas facultades disciplinarias (Munita, 1968, p. 41). La legislación entregaba diversos medios para velar por la disciplina judicial⁴⁵, y dentro de estas, el recurso de queja fue aquel que empezó a tener una actividad preponderante para la resolución de los conflictos permitiendo revocar o modificar cualquier resolución judicial, de oficio o a petición de parte, si en concepto del superior el tribunal inferior había incurrido en una infracción disciplinaria al dictar la resolución con falta o abuso (Carocca, 1998, p. 204).

En un comienzo, este recurso no estaba establecido en la legislación nacional. La ley de organización de tribunales solo incluía la institución de la queja, que en su artículo 9 disponía la posibilidad de recurrir ante un superior jerárquico cuando se encontraban resoluciones abusivas y en su artículo 69 contemplaba la posibilidad de enmendar la resolución facultando al tribunal superior para

⁴⁴ La importancia de esta clasificación se debe a que los primeros provienen del ejercicio de la autoridad pública y que al emanar de la soberanía del Estado los tribunales no podrían fiscalizar la legalidad de estos, ya que esta materia correspondía a los tribunales administrativos; mientras que los actos de gestión son aquellos que tienen una naturaleza comercial por lo que revelan al Estado como un particular más al realizar gestiones de tipo privada, rigiéndose por la normativa civil (Faúndez, 2011, pp. 166 y 167; Aylwin, 1946, p. 8).

⁴⁵ Algunos de los medios que se consideran buscan velar por la disciplina judicial: (1) las visitas, (2) la calificación del personal, (3) la queja y el recurso de queja, y (4) los recursos procesales en general de forma indirecta (Munita, 1968, p. 45).

entregar pronto remedio al mal causado. En 1902, la Corte le otorga una interpretación a estas normas, configurado el recurso de queja como un medio de impugnación de las resoluciones judiciales. Con el tiempo, fue tal el asentamiento de esta interpretación, se reguló su tramitación mediante diferentes autos acordados⁴⁶ y, finalmente, se produjo su consagración con una la sistematización de sus diversas normas en el Código Orgánico de Tribunales del año 1944 (Munita, 1968).

Las estadísticas sobre el número de causas que ingresaron al máximo tribunal muestran que a principios del siglo XX el conocimiento del recurso de casación representaba el 50% de la carga de trabajo, cumpliendo su misión de velar por la correcta interpretación de las leyes, pero a partir de la década de los 40 empieza a disminuir este número de forma progresiva hasta llegar a un 15% en la década de los 80. Por contraste, la queja solo significaba menos de un 10% a principios del siglo aumentando con el tiempo su conocimiento y llegando a superar a la casación en la década del 50 alcanzando su punto máximo en los 80 con cerca de un 60% de la labor de la Corte (Arteaga y González, 1986, p. 120 y 121).

Mediante la utilización extendida de este mecanismo, el rol que debía cumplir la Corte Suprema se va perdiendo, ya que al dársele un amplio e injustificado alcance en su interposición y concesión se distorsionan los objetivos originales para lo cual se había establecido el máximo tribunal, retomando el rol de instancia que había cumplido desde su creación, al pronunciarse con una mayor discrecionalidad sobre los asuntos de hecho y de derecho en cualquier tipo de juicios (Valenzuela, 1991, p. 157; Carocca, 1998, p. 206). Las consecuencias de esta actitud implicaron que se afectara la calidad del razonamiento judicial, con un bajo análisis técnico interpretativo de las decisiones aplicables a cada caso, convirtiéndose la Corte Suprema en una instancia más como tribunal de equidad (Valenzuela, 1991, p. 31-32). Esta actitud por parte del máximo tribunal degrada el rol que debe cumplir con el resto de los tribunales del país, ya que sus decisiones no producen un valor persuasivo para los tribunales inferiores que permita obtener una jurisprudencia coherente para asuntos similares.

Otra consecuencia relevante fue el rol que asumió dentro de la organización del poder judicial, la queja como medida disciplinaria influyó en que la Corte Suprema mantuviera una estructura altamente jerarquizada mediante el control sobre todos los tribunales del país, lo que determinó que todas los asuntos fueran conocidos por el máximo tribunal. Esta visión de un poder absoluto mantiene una idea de la jurisdicción como una delegación de funciones hacia los inferiores, tal como se veía en el periodo

⁴⁶ El primero fue de 1916 y posteriormente complementado en 1917 y 1920, siendo el más relevante el de 1963 que, al apoyarse en el Código Orgánico, regula de forma exhaustiva los requisitos y trámites del recurso de queja (Munita, 1968, pp. 59-64).

colonial, lo que indicaría que en todo el periodo republicano los jueces no han abandonado una visión monárquica del ejercicio de sus facultades (Aldunate, 2001; Carocca, 1998, pp. 203 y 204).

Su influencia, además, no solo llegó a los tribunales pertenecientes a la estructura judicial, sino que también se extendió a todos aquellos tribunales administrativos especiales creados por el legislador para solucionar determinados conflictos, como los tribunales del trabajo⁴⁷ o los tribunales de la reforma agraria. Esto mermó aún más la confianza que tenía el Congreso y el Ejecutivo sobre los tribunales al inmiscuirse en asuntos especializados sin un sustento argumental que diera coherencia a las decisiones, lo que llevó a distanciar aún más, en especial a los juzgados civiles, de asuntos de connotación política (Faúndez, 2007, p. 163).

Recapitulando, la actitud del máximo tribunal durante este periodo, que permeó en el funcionamiento de los demás tribunales, significó mantenerse con un bajo perfil político evitando que su actuación tuviera un impacto en el contenido de las políticas de los gobiernos. Las causas de esto se deben, en primer lugar, a la propia autoimposición del poder judicial de mantenerse deferente a las decisiones del ejecutivo y el legislativo; en segundo lugar, este solamente desarrolló aquellas funciones que importaban un menor esfuerzo para fijar tesis jurídicas propias, privilegiando facultades que le eran más cómodas y fáciles de aplicar; y por último, como consecuencia del punto anterior, las mismas ramas del Estado excluyeron a los tribunales en la decisión de asuntos políticos por no ser capaz de formular una línea argumental definida en sus sentencias (Carocca, 1998, p. 200).

El periodo que va desde 1964 a 1973, que abarca las administraciones de los presidentes Eduardo Frei, con su revolución en libertad, y Salvador Allende, con la vía chilena al socialismo, significaron un impulso a importantes reformas estructurales que tuvieron como finalidad satisfacer demandas e intereses de grupos históricamente excluidos de la política nacional (Faúndez, 2011, pp. 25 y 26). Para el logro de estos objetivos, era necesaria la acción concertada del Estado, en forma de una planificación global, que incluyera a todos los actores progresistas de la sociedad en un proceso que indujera a abandonar una mentalidad tradicional que no permitía lograr el desarrollo del país (Góngora, 1981, p. 126).

⁴⁷ Un impacto importante fue que los trabajadores evitaban recurrir a estos tribunales por no ser un espacio amigable para sus intereses, fortaleciéndose el Ministerio del Trabajo como mediador en los conflictos (Faúndez, 2007, p. 162), una explicación de esto es la posición de clase de los ministros de la suprema que tendían a privilegiar intereses empresariales (Novoa, 1970, pp. 4-6).

Estas transformaciones, que pretendían realizarse por los canales institucionales existentes⁴⁸, derivaron en un desbordamiento del sistema político que fue incapaz de entregar alguna solución a las disputas de aquel momento. En efecto, esto produjo una baja confianza de los particulares en los partidos políticos con relación a la protección de sus derechos, quienes debieron buscar ayuda en otras vías que se habían mantenido al margen de cualquier disputa política, como eran el Poder Judicial y la Contraloría (Faúndez, 2011, p. 234).

Desde este momento, la judicatura entró de lleno en una disputa con los gobiernos por la forma en que desarrollaban sus políticas mediante las requisiciones y expropiaciones, entre otras acciones de la época. Para esto desplegó distintas doctrinas que buscaban apartarse de la mera legalidad del acto administrativo y analizar, más bien, los efectos que este producía en los derechos de los particulares. Especial relevancia tuvo, a estos efectos, el conocimiento de las acciones posesorias y los delitos de usurpación junto a las medidas cautelares que se solicitaran para evitar que quienes tomaran las empresas o terrenos, como también los interventores nombrados por el gobierno, pudieran realizar cualquier acción sobre la propiedad (Faúndez, 2011, pp. 247-256).

Ante esta situación, el gobierno de Allende tomó como estrategia refutar la constitucionalidad del razonamiento que distinguía entre invalidar e inaplicar un acto –rehusarse a aplicarlo–. Además, para evitar o demorar la ejecución de los fallos, se instruyó que respecto de aquellos que implicasen un desalojo y tuviesen como consecuencia una alteración al orden público, la policía podía negarse a cumplir si el intendente así lo disponía, generándose con esto una disputa política y constitucional con un cambio de cartas entre el gobierno y la Corte Suprema (Faúndez, 2011, pp. 256 y 257; Amunátegui, 2011, pp. 644-647 y 657-659).

Este cambio de actitud por parte de los tribunales de justicia muestra cierta flexibilidad a la hora de interpretar las normas jurídicas que permiten tener un mayor protagonismo en el escenario político. A priori, se podría concluir que el cambio en el rol de la judicatura hacia los ciudadanos se debería a una finalidad de protección frente a las actuaciones cada vez más intrusivas de la Administración del Estado⁴⁹. Ahora bien, una conclusión más realista parecería apuntar que, en verdad, el rol de los jueces

⁴⁸ La forma en como se hizo efectivo el cambio institucional fue mediante los llamados resquicios legales, aquellas normas poco conocidas pero que se encontraban vigentes y por tanto válidas para su aplicación, y por medio de las cuales fue posible intervenir la economía y diversas áreas sociales que se buscaban reformar; así, la oposición pudo criticarlas políticamente, pero no desde el punto de vista de su legalidad (Novoa, 1992).

⁴⁹ Otra interpretación, sobre el actuar de los tribunales en aquel tiempo, es la búsqueda por proteger su independencia frente a las interferencias del gobierno en sus competencias, más que los acontecimiento políticos propiamente tales (Amunátegui, 2011).

en este periodo se fundamenta en una toma de posición política hacia el rechazo del ideario impulsado por los gobiernos de Frei y Allende; esto quedará más claro al describir en el siguiente capítulo el rol pasivo que volvieron a tener los jueces durante la dictadura militar de 1973 a 1990.

3. La judicatura en la dictadura militar⁵⁰

Con el golpe de Estado de 1973 se rompe con el proceso institucional que el país venía desarrollando durante el siglo XX, el Congreso fue disuelto y el Ejecutivo reemplazado por las cúpulas militares. Este régimen militar se proyectará en la historia chilena hasta 1990 con el retorno a la democracia. Durante todo este tiempo, que abarca casi dos décadas, se iniciaron profundas transformaciones en la sociedad chilena como también en el marco normativo, una nueva constitución en 1980 y numerosas leyes que vinieron a reemplazar la concepción de Estado que se había configurado hasta el momento al darle paso a los privados en la prestación de servicios de interés social como la salud, educación o pensiones.

Pero a diferencia de otros ámbitos políticos, durante este periodo la judicatura chilena no fue intervenida; por el contrario, su funcionamiento no se vio interrumpido y la gran mayoría de sus miembros permanecieron en sus cargos. Dentro de las explicaciones que es posible dar acerca de ello está, la alta estimación que gozaba la judicatura por los detractores de Allende; su radicalización ideológica en ese periodo (Frühling, 1980, pp. 26 y 27), al luchar contra las políticas que se intentaron implementar; y, además, la posición condescendiente con las autoridades que se volvió a tener durante la dictadura militar (Faúndez, 2011, p. 258).

Desde un enfoque histórico, es posible dividir el actuar de la judicatura en dos etapas, que también coinciden con las formas en cómo se desarrolló el gobierno militar: en primer lugar, dictadura terrorista o de una violencia total, y en segundo lugar, una dictadura constitucional o la institucionalización del orden autoritario (Moulian, 1997; Frühling, 1980).

En la primera etapa, denominada dictadura terrorista, se caracteriza en que el orden establecido se afirma en el terror de la población que anula las posibilidades de movilización social, además, en etapa, se produce en las Fuerzas Armadas una concentración de la función legislativa y el derecho tendrá

⁵⁰ Para una profundización documentada sobre el comportamiento de los diversos actores de esta época y sobre cómo la judicatura se subordinó a los lineamientos del régimen que se imponía, véase Matus (2016).

una visión absolutamente formalista y procedimental desligada de una fuente de legitimidad, como es la generación representativa de la ley o los principios de la justicia (Moulian, 1997, p. 171).

En la necesidad represiva del nuevo régimen es donde se muestra de forma más patente la subordinación de la judicatura al nuevo poder, al no cautelar los derechos fundamentales de las personas. Ello se refleja, por un lado, en su constante negativa de conocer los fallos de los tribunales de la justicia militar, a diferencia de la utilización del recurso de queja para controlar al resto de los tribunales, tanto los que se encontraban dentro de la estructura judicial como aquellos que no estaban incluidos bajo la superintendencia de la Corte Suprema; y por otro lado, el rechazo de la gran mayoría de los recursos de amparo que se presentaban en aquella época a favor de las personas detenidas, con el argumento de que al estar vigente el estado de sitio el poder judicial no tenía competencias para conocer de estas materias (Frühling, 1980, p. 29 y 30).

La segunda etapa, denominada dictadura constitucional, se caracterizó por contar con un cuerpo de leyes políticas que buscaban entregar cierta legitimidad al régimen, someterse a un calendario de transición para la celebración de un plebiscito de sucesión del gobierno y, además, funcionar con un órgano como el Tribunal Constitucional que generaba algunos contrapesos a las decisiones de la Administración (Moulian, 1997, pp. 273 y 274).

La anterior derivó, junto con una fuerte presión internacional y de ciertos sectores civiles que buscaban la instauración de un proyecto de largo plazo, en el relajamiento de las prácticas represivas del régimen, las cuales se hicieron selectiva a determinados grupos políticos de izquierda, permitiéndose en la práctica una apertura para que la sociedad chilena desarrollara diversos espacios de oposición política, entre ellos la judicatura; si bien fue excepcional, es posible mencionar, por ejemplo, las investigaciones realizadas por algunos miembros de las Cortes de Apelaciones del país de la desaparición de disidentes políticos por parte de las fuerzas policiales (Frühling, 1980, p. 31).

Desde un punto de vista normativo, cabe destacar que la mayor innovación durante este periodo fue la incorporación a las competencias de los tribunales el conocimiento del recurso de protección, este significó, como señala Bravo (2003), “un giro copernicano en la historia del Estado constitucional” (p. 546) pues se entendía que se devolvía a la judicatura un mecanismo procesal efectivo para la protección de los derechos fundamentales frente a los actos del poder público (Ferrada, Bordalí y Cazor, 2003, p. 69).

Ahora, el surgimiento de este recurso no puede desconectarse de los acontecimientos políticos que se vivieron en el gobierno de la Unidad Popular entre 1970 y 1973 (Pfeffer, 2004, p.160), ya que la fundamentación principal de este mecanismo era que los tribunales pusieran freno de manera expedita a las actuaciones de la Administración, en específico, aquellas que vulnerasen el derecho de propiedad de las personas, sobre todo la propiedad sobre los medios de producción (Bordalí, 2006b, p. 208-209). Así, con su establecimiento se buscó, más bien, una protección hacia aquellos derechos fundamentales de índole patrimonial más que una verdadera garantía general para las personas.

Por otro lado, debe tener presente que la técnica normativa en torno al recurso de protección mantiene las notas características que se han mantenido en la estructura judicial chilena. Así, la competencia para el conocimiento del recurso se entregó a las Cortes de Apelaciones, y el correspondiente recurso de apelación ante la Corte Suprema, ya que se necesitaba que tribunales con mayor estatus y conocimiento jurídico pudieran resguardar la situación requerida (Soto, 1982, p. 45); la idea detrás de esta distribución de competencias corresponde, en términos políticos, a una concepción elitista de la judicatura, al excluir a los tribunales inferiores del conocimiento de este recurso por su poca experiencia jurisdiccional, y dejar que instancias mayores, en especial la Corte Suprema, fueran los encargados de controlar la actuación de la Administración (Bordalí, 2006b, pp. 209 y 210)⁵¹.

Las otras reformas legislativas realizadas en este tiempo solamente tuvieron como característica principal un enfoque procedimental, ya que estas solo influirían en el funcionamiento cotidiano de los tribunales; así por ejemplo, diversas leyes tuvieron por efecto práctico disminuir la duración en la tramitación de los procedimientos (Carocca, 1998, p. 207). Especialmente se debe destacar las reformas introducidas al funcionamiento de la Corte Suprema, distinguiendo entre funcionamiento ordinario y extraordinario (con tres y cuatro salas respectivamente), que si bien buscaba descongestionar el trabajo de este tribunal, tuvieron como consecuencia práctica, la imposibilidad que el tribunal pudiera generar una jurisprudencia persuasiva y un régimen de casación vertical debido a las sentencias contradictorias que podía producirse entre las distintas salas (Romero, 2004, pp. 84 y 85).

La implementación del recurso de protección, que contrasta con las otras reformas realizadas, permite afirmar que durante el régimen militar las autoridades se mostraron cómodas con el desempeño que los tribunales venían desarrollando hasta el momento, una actitud deferente a las actuaciones del gobierno, por lo que no existía una necesidad política de introducir transformaciones estructurales a la

⁵¹ Otra idea detrás de su concepción se encuentra una impronta autoritaria, al denegar el diálogo procesal mediante una tramitación sumarísima que entrega amplias facultades de decisión a la Corte de Apelaciones (Bordalí, 2006b, p. 211).

judicatura. Por el contrario, las reformas vinieron a llenar ciertos vacíos en el ordenamiento jurídico ante temas coyunturales, como señala Carocca (1998), “lo que se puede apreciar de estas reformas procesales de las postrimerías del régimen militar (...) es la falta de un proyecto sobre el rol de la Corte Suprema y de la nula capacidad técnica de sus impulsores para intentar modernizar la concepción de los recursos de que conocía (...). En el fondo se trató de meras soluciones parciales o de parcha, con escasísimas repercusiones en la concepción de la Corte Suprema” (p. 208).

4. Reformas de los '90 y situación actual del poder judicial

La década de los '90 puede considerarse de vital importancia para la judicatura, nunca antes había existido en el mundo político un consenso generalizado respecto a la necesidad de realizar diversas reformas que permitieran introducir a este poder del Estado en el sistema democrático y en el desarrollo económico del país. Durante todo el siglo XX, el poder judicial se vio marginado, e incluso aislado, de la política nacional lo que llevó a un escaso compromiso con la institucionalidad democrática, lo que puede reflejarse en su deferencia hacia la dictadura militar (Frühling, 1980, p. 29).

Este consenso en las reformas se debe a dos factores, como señala Correa (1999): por una parte, la coalición gobernante, disidente de la dictadura, tenía una percepción de crisis de la institución ante la casi nula respuesta dada a defensa de los derechos humanos, como fue expuesto anteriormente; y por otra, desde la derecha y grupos económicos, los jueces requerían una profunda transformación que pudiera adaptarse a un rol funcional a la economía de mercado, que no fue posible concretizar por el régimen militar (p. 286).

Desde un punto de vista político, los cuestionamientos del gobierno al poder judicial fueron constantes en materias relacionadas a los derechos humanos y la forma en cómo debía abordarse la búsqueda de la verdad de las actuaciones de la dictadura. Así, se discutió la validez de la Ley de Amnistía de 1978, uno de los principales obstáculos para la investigación de los hechos ilícitos ocurridos en la dictadura por amnistiar a toda persona implicada en algún delito ocurrido entre 1973 y 1978; como también el Informe Rettig, que al dar una mirada global y caso a caso sobre las violaciones a los derechos humanos junto con analizar el comportamiento de los diversos actores, minó de forma significativa la imagen judicial en la sociedad (Correa, 1999; Matus, 2016).

Las relaciones entre la judicatura y el Congreso tampoco fueron tranquilas. En aquel periodo varios ministros se vieron envueltos en acusaciones constitucionales por notable abandono de deberes,

especialmente en aquellos juicios concernientes a los derechos humanos, que finalmente llevó a la inédita destitución, primera vez en la historia de la judicatura y primera autoridad desde el retorno a la democracia, de Hernán Cereceda (Matus, 2016; Correa, 1999).

Entonces, el gobierno de Patricio Aylwin (1990-1994) buscó, con diferentes medidas, hacerse cargo de garantizar de una mejor forma los derechos de las personas, lo que se tradujo en la dictación de las “Leyes Cumplido”⁵², así como también en la propuesta de una reforma radical en la organización y funcionamiento del sistema judicial con la creación de un Consejo Nacional de la Justicia⁵³. A ello se sumaron propuestas de cambio en la integración de la Corte Suprema junto con la competencia de sus salas, reformular la carrera judicial y establecer una academia judicial.

Todas estas reformas encontraron una importante resistencia por parte del máximo tribunal que veía una fuerte intervención en la independencia judicial, sumando a los sectores políticos de derecha como sus principales aliados en aquellas materias más sensibles políticamente (Correa, 1999). Si bien la confrontación política derivó en que varias de las propuestas fueran cayendo en el camino, terminando el gobierno sin la aprobación de ninguno de los proyectos de ley presentados, si se logró mover la frontera ideológica que existía hasta el momento sobre el rol que debía haber a los tribunales del país (Correa, 1999).

La siguiente administración, el gobierno de Eduardo Frei (1994-2000), con nuevos aires la discusión sobre el Poder Judicial, evitando la confrontación ideológica anterior para tratar de sumar al sector político de la derecha. Así “El énfasis no estaba puesto en reformas orgánicas que alteraran la relación entre los diversos estamentos del órgano judicial o en la relación de este con los poderes políticos, sino en temas de organización y procedimiento que permitieran al sistema judicial satisfacer las necesidades de justicia de la población” (Correa, 1999, p. 307).

Finalmente, con este nuevo enfoque, se logró la aprobación de la Ley N° 19.346 de 1994 que crea la Academia Judicial, la Ley N° 19.390 que reformula la carrera funcionaria y la Ley N° 19.374 que reorganiza el funcionamiento de la Corte Suprema en salas especializadas.

⁵² Llamas así por el Ministro de Justicia de la época Francisco Cumplido, que tuvieron por objeto adecuar la justicia militar, la aprobación/ratificación de los tratados internacionales, entre otras materias (Eyzaguirre, 1991).

⁵³ Se buscó la creación de un órgano externo encargado de conocer aquellas materias de “gobierno judicial”, inspirándose en los modelos europeos, para eliminar una estructura judicial piramidal por una estructura democrática que separaba las materias de administración y disciplina por un órgano ajeno a la última instancia judicial, pero tal reforma no encontró el consenso necesario abandonándose su tramitación hasta el día de hoy (Flores, 2005).

Cada una de estas reformas fue significativa en su propio ámbito, pero la Ley N° 19.374 fue aquella que pretendió tener un mayor impacto en la forma paradigmática de trabajo que venía desarrollando la Corte Suprema durante todo el siglo XX⁵⁴, ya que en ese periodo el máximo tribunal prefirió “comportarse de modo de privilegiar, por medio del estímulo a la utilización del recurso de queja como vía real de acceso a ella, un anómalo rol de tribunal de tercera instancia, en que, (...) con defecto de las garantías del debido proceso, impartió una justicia de equidad y no una de derecho” (Rojas, 2010, p. 328).

La finalidad de este nuevo enfoque es entregarle a la Corte Suprema aquella aspiración que tuvo el legislador por largo tiempo desde 1875, este es, que fuese un tribunal de casación. Ello quiere decir que este tribunal debiese perseguir una constante y uniforme interpretación del derecho, garantizando la igualdad ante la ley y la certeza jurídica, y además, con los mecanismos técnicos implementados se buscaba potenciar el rol de la jurisprudencia como fuente del derecho (Romero, 2004). Para esto se modificó la competencia de la Corte en salas especializadas, se limitó la procedencia del recurso de queja y se desformalizó la aplicación del recurso de casación⁵⁵⁶.

Como ya fue señalado, en un principio el gobierno no pretendía realizar una reforma orgánica de la Corte Suprema, pero un suceso político favorable⁵⁷ determinó impulsar una gran transformación: se modificó la forma de designación de los ministros, que se había mantenido por más de 100 años inalterable; se disminuye la duración en el cargo de los ministros a los 75 años de edad, antes era vitalicio; y, se determinó el ingreso de 5 abogados externos al poder judicial como miembros del tribunal. Ahora el proceso de nombramiento se realizaría por medio de una quina conformada por la Corte de la cual el Presidente de la República seleccionaría uno que sería ratificado por aprobación de 2/3 de los Senadores en ejercicio, entregando de esta forma un poder de veto importante a los sectores políticos de derecha a

⁵⁴ En 1989 de un total de 4.708 causas ingresadas al máximo tribunal, de estas, 2.325 correspondían a un recurso de queja, y solo 573 eran casaciones (Rojas, 2010, p. 331).

⁵⁵ El impacto de esta reforma se muestra en que para el año 2008 ingresaron solamente 432 recursos de queja mientras que los recursos de casación ascendieron a 4.443 (Rojas, 2010, p. 337).

⁵⁶ Una mirada crítica sobre esta reforma puede observarse en Carocca (1998) para quien estos cambios solo buscaron ampliar su interposición pero que no agregaron nada que significara una nueva concepción del recurso que ya se tenía. Lo que hizo el legislador fue que “modificó todo para no modificar nada”, careciendo el legislador y la comunidad jurídica de una concepción integral sobre el rol de la Corte Suprema (pp. 210-212). Atria (2005) también realiza un balance negativo de la reforma en torno a la falta de comprensión general que debe tener el recurso junto con las finalidades que debiese tener.

⁵⁷ En 1997 se presentó una acusación constitucional por miembros del partido Unión Demócrata Independiente en contra del presidente de la Corte Suprema, Servando Jordán. Si bien finalmente esta no terminó aprobándose, demostró la pérdida de poder por parte del máximo tribunal, así como también la pérdida de aliados de parte de los sectores políticos de derecha, sus principales aliados en los intentos de reformas anteriores.

la hora de la designación de cualquier miembro (Correa, 1999, p. 311), y que se ha traducido en la actualidad, como fue mencionado en la introducción, en un sistema de cuoteo de ambas colaciones mayoritarias en la designación de uno u otro candidato, conservando en la mayor medida posible una paridad de ambas fuerzas políticas.

Dentro de las últimas grandes reformas presentadas durante esta administración, el cambio al proceso penal terminó siendo “la reforma del siglo” por el compromiso nacional que había alcanzado desde diversos sectores, tanto políticos como sociales, que la veían como la gran modernización de la judicatura⁵⁸ (Correa, 1999, pp. 307-309). Esta adecuación democrática del sistema procesal penal implicó abandonar el ya anticuado modelo inquisitivo heredado de la monarquía para asegurar las garantías individuales de las personas que se encontraban en los tratados internacionales suscritos por el país⁵⁹, destacando un órgano autónomo que dirige la investigación, el Ministerio Público, un juez imparcial que controla la actuación durante la fase investigativa, un juez sentenciador que aprecia las pruebas rendidas y dicta sentencia, todo esto a través de un procedimiento oral y público (Horvitz y López, 2002).

Este impulso también sirvió para que los posteriores gobiernos llevaran adelante reformas procedimentales en importantes áreas, con sus correspondientes tribunales, como familia (Turner, 2002) y laboral (Humeres, 2009) que buscaban otorgar una mayor tutela de los derechos en estas áreas tan sensibles para la población. Una característica importante de estas normativas, junto con el proceso penal, es que en su sistema recursivo le entrega a la Corte Suprema la competencia de conocer ciertas materias que le permitan unificar la jurisprudencia. Así, en familia se encuentra el recurso de casación en el fondo⁶⁰, en el procedimiento laboral el recurso de unificación de jurisprudencia⁶¹, y en procesal penal el recurso de nulidad⁶². Por tanto, todas las grandes reformas han tenido el denominador común de entregarle una función de casación a la Corte Suprema y establecer procedimientos orales.

⁵⁸ No puede dejarse de lado que este proceso de reformas a la justicia penal está íntimamente ligado con los procesos que se estaban llevando en el resto de los países de Latinoamérica, ya sea de restablecimiento de la democracia en estos países, la crisis de los Estados por el fin de los modelos que los llevaban sustentando en el último tiempo, la pacificación en aquellos lugares que persistían grupos violentos, una creciente regionalización y por ende una apertura hacia otros países y, un mayor protagonismo del sistema interamericano de derechos humanos (Binder, 1998).

⁵⁹ La estructura judicial por primera vez vio un cambio en el paradigma del control jerárquico de los jueces inferiores sobre los superiores tal como era concebido por el recurso de queja, pasando el sistema a un control horizontal en el los intervinientes son controlados entre sí en sus actuaciones y decisiones, tornando la concepción del recurso como un medio de impugnación del agravio, daño que se ha causado, por una resolución (Horvitz, 2008).

⁶⁰ Artículo 67 de la ley N° 19.968 que crea los tribunales de familia.

⁶¹ Artículo 483 del Código del Trabajo.

⁶² Artículo 376 del Código Procesal Penal.

Dentro de esta misma perspectiva, y como forma de suplir la ausencia de tribunales contencioso-administrativos, el legislador ha creado una variedad de tribunales administrativos especiales que buscan revisar diversos actos de la Administración, algunos con competencia mayor que otros⁶³, que si bien no forman parte del Poder Judicial, si se han establecido mecanismos de impugnación con competencia de la Corte Suprema, por ejemplo, el recurso de casación en materia ambiental o el recurso de reclamación en libre competencia. El conocimiento de estos asuntos por el máximo tribunal ha traído como consecuencia convertir a la judicatura en un actor clave de diferentes sectores económicos, siendo sus decisiones de vital importancia para la realización de diferentes proyecto de inversión⁶⁴.

Esta pretendida reorientación del rol de la Corte Suprema por parte de la legislación hacia una función de casación, como también la especialización de las impugnación que se le han atribuido, no obstan a que la principal labor a la que se ha abocado el ejercicio jurisdiccional en el último tiempo sea el conocimiento de las apelaciones a los recursos de protección. Así, de las 45 mil causas que fueron discutidas entre los años 2009 a 2014 por parte de la tercera sala del máximo tribunal, 30 mil corresponden solamente a causas relacionadas a materias de ISAPRE (Carbonell y Pardow, 2017), lo que implica una carga excesiva de trabajo hacia un solo sistema de impugnación, y tal como lo fue el recurso de queja en su oportunidad, mantiene finalmente al máximo tribunal como una instancia más dentro de la estructura judicial.

Como señala Zaffaroni (1994), en toda institución es posible reconocer funciones manifiestas y funciones latentes. Las primeras son aquellas enunciadas en el discurso oficial, mientras que las segundas son aquellas que realmente son cumplidas. Es normal que exista una distancia entre ambas funciones, pero estas no puede llegar a disociarse completamente ya que de producirse, se terminaría distorsionando la institución (p. 2). Esta situación es asimilable a nuestra estructura judicial y al rol de la Corte Suprema: desde 1875 el discurso consiste en que su principal función es unificar aquellos criterios con los cuales se interpreta el derecho a través de la casación; en la práctica, sin embargo siguiendo su propia tradición

⁶³ El carácter especializado de cada uno de estos tribunales ha traído como crítica una falta de acceso a la justicia de aquellas personas que no se encuentran con los conocimientos ni la capacidad económica para solicitar un pronunciamiento (Ferrada, 2011b).

⁶⁴ Esto ha conllevado una crítica hacia un activismo judicial por parte de la Corte Suprema, en especial de la tercera sala al optar de forma mayoritaria por decisiones en contra de proyectos de alto impacto público (García y Verdugo, 2013), una mirada distinta sobre la mayor relevancia del máximo tribunal se debe a que el propio diseño institucional es el que ha entregado competencia para conocer de estos asuntos (Cordero, 2012). Por otro lado, esta forma de establecer la relación entre jueces especialistas y jueces generalistas provoca incentivos para que las partes sobre utilicen los recursos del sistema, faltando estándares adecuados para resolver los casos y un peligro de cometer errores en la decisión por parte de los jueces generalistas (Cordero, 2015).

colonial, ha resuelto los asuntos caso a caso ya sea porque el propio medio de impugnación se lo permite, como por el entendimiento que le ha dado para su cumplimiento⁶⁵.

⁶⁵ Debido a la reforma procesal civil, el recurso de casación se ha encontrado con variadas críticas por su concebimiento que permite ser a la Corte Suprema una tercera instancia que no estaría acorde con un sistema democrático (Maturana, 2010).

II. Sobre la responsabilidad del Estado

1. Consideraciones generales sobre la responsabilidad

a) Fundamentos de la responsabilidad del Estado

En la doctrina del Derecho Administrativo tradicionalmente ha vinculado la responsabilidad patrimonial del Estado, junto con el principio de legalidad, como un mecanismo de garantía de los ciudadanos frente a la Administración (Cordero, 2015, p. 638). Así, esta institución descansaría en la idea de que existe un deber de indemnización en aquellos casos en que el funcionamiento de la Administración ocasione de forma incidental una lesión patrimonial que influya negativamente en la esfera de los administrados (García de Enterría y Fernández, 2013, pp. 369-371)⁶⁶.

Pero esta afirmación tan básica, que parece obvia en estos días, ha tenido que recorrer un largo camino en las diversas tradiciones jurídicas, y solo bien avanzado el siglo XX se ha podido asentar la actual comprensión que existe sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Durante un largo tiempo, la idea de responsabilidad pugnaba con el entendimiento que se tenía sobre la idea del poder, basado en una visión teocéntrica del poder del monarca característico de la época medieval junto con el principio romano de las *potestas* imperial, que negaban que el rey pudiera cometer daños o ilícitos. La bien conocida formulación inglesa fue “*the King can do not wrong*”. A pesar de la llegada de la revolución francesa y su impulso transformador, el principio no cedió, heredando la Administración todos aquellos privilegios que no se vieron afectados por la Declaración del Hombre y del Ciudadano de 1789 (García de Enterría y Fernández, 2013, p. 371)⁶⁷.

Por lo demás, dada la situación histórica, es preciso destacar que el accionar de la Administración, hasta ese momento, no tenía las dimensiones conocidas actualmente, siendo absolutamente reducidas las posibilidades que el aparato público causare algún daño a los particulares

⁶⁶ Dentro de esta garantía patrimonial del administrado se encuentra también la expropiación forzosa que, a diferencia de la responsabilidad, abarca los supuestos de una privación singular realizada en forma directa y voluntaria por parte de la Administración. Para una exposición análisis más detallado sobre las diferencias de ambas instituciones véase Mir (2002, pp. 119 a 130).

⁶⁷ Por el contrario, la institución de la expropiación forzosa, en su concepción moderna, inicia su regulación precisamente en este periodo al alero de la consagración del derecho de propiedad (García de Enterría, 2013, pp. 218-219).

(Santamaría, 1999, p. 468); incluso la responsabilidad entre sujetos privados se encontraba recién en su fase inicial⁶⁸.

En todas las naciones, las causas que llevaron a romper con el principio de la irresponsabilidad del soberano estuvieron relacionadas con las transformaciones socioeconómicas que se vivieron durante en el siglo XIX, las cuales llevaron a un crecimiento de las actividades de la Administración en diversos campos no cubiertos anteriormente. Además, el sistema de responsabilidad extracontractual civil había avanzado a un régimen jurídico más estructurado, y junto a un aumento de las acciones ante la justicia por los perjuicios del Estado hacia los administrados, hizo que los países debieran afrontar esta problemática.

Pero no todos los países siguieron los mismos pasos para abarcar la responsabilidad creciente de la Administración. Es posible encontrar dos caminos totalmente diferentes en la búsqueda de una solución. Mientras que los países del *common law* siguieron la vía legislativa, aquellos países de la vertiente continental optaron por la vía jurisprudencial (García de Enterría y Fernández, 2013, pp. 372).

En Reino Unido, como se afirmaba con el principio “*the King can do not wrong*”, las consecuencias jurídicas de los daños eran soportadas directamente por el funcionario público que las realizara. Frente a ello, se dictó en 1860 la *Petition of Right* que establecía una autorización administrativa previa a la Corona para demandar la responsabilidad, pero solamente restringida al ámbito contractual. Con la primera guerra mundial, entre 1914 y 1918, se presentaron ciertas dificultades con los montos, dado que los patrimonios personales no daban abasto para las demandas. Por esto, la Corona instaló un sistema subsidiario en que se le asignaban recursos al demandado para responder.

El sistema implementado en un primer momento, era una responsabilidad personal del funcionario y nunca la Corona se hacía responsable directamente. Pero esta forma de responsabilidad solo se mantuvo hasta el año 1947, en que se dicta la *Crown Proceedings Act* que buscaba solucionar los problemas existentes y hacer a la Corona igualmente responsable que un privado cuando causare algún daño. Pero este régimen de responsabilidad solo era aplicable de forma limitada a ciertas circunstancias particulares: en los casos que el daño se encuentra ligado a un agente público, sea este un funcionario o

⁶⁸ Como señala Barros (2007), si bien la distinción entre ilícitos civiles y penales puede remontarse al derecho romano, solamente con el surgimiento del estado nacional se empieza a consolidar su separación, lo que provocó que fuera desarrollado posteriormente gracias a las doctrinas modernas del derecho natural y su recepción por la codificación (pp. 55-56).

contratista y en aquellos casos que el daño es provocado por un hecho ilícito, se ha incumplido con una obligación o se ha generado un riesgo por el uso de la propiedad⁶⁹.

Francia es el mejor ejemplo de cómo la jurisprudencia ha ido creando todo un sistema de la responsabilidad del Estado con sus propias reglas y criterios de determinación⁷⁰, principalmente por la importancia que significa en este país tener una jurisdicción especializada -el Consejo de Estado- que conociera los asuntos contencioso administrativos, aquellos conflictos entre la Administración y las particulares (Pierry, 1976, p. 471)⁷¹.

La evolución jurisprudencia francesa se encuentra marcada por el caso Blanco de 1873, en este se establece que todo asuntos que involucre la responsabilidad de la Administración será resuelto conforme a las normas administrativas y no por el Código Civil, ya que este último no sería aplicable a las relaciones de poder; si bien esta afirmación no es del todo original para la época, significó dotarle de una autonomía a la responsabilidad del Estado del estatuto del derecho privado, permitiendo que en sus decisiones se busque un equilibrio entre los interés públicos y privados (Valdivia, 2004, p. 54).

El mismo año también se dicta el caso Pelletier que formula la noción de falta de servicio y la distingue de la falta personal⁷². Si bien este criterio tenía un alcance procesal, ya que buscaba establecer una forma que permitiera distinguir entre la competencias de los jueces administrativos, que conocerían aquellos casos que se incurriera en una falta de servicio -acto administrativo-, mientras que la jurisdicción ordinaria conocería de la falta personal -hecho personal que incurriría el funcionario público, la sentencia tuvo un impacto significativo a futuro al buscar develar cuando las actuaciones debían imputarse a la Administración y cuando al funcionario para efectos de responder de los perjuicios causados (Valdivia, 2012, pp. 32-33).

Con posterioridad, van apareciendo otras sentencias que irán delimitando los conceptos establecidos por Pelletier. Así, nos encontramos con el caso Mimeur de 1949 que establece la

⁶⁹ Para profundizar sobre la historia del sistema de responsabilidad inglesa, véase Wade (1971).

⁷⁰ Otros países que han seguido esta misma vía pero de forma más moderada, pues han dictado tanto normas constitucionales como legales que apoyan el sistema de responsabilidad estatal, son Alemania (Ossenbühl, 1996), Italia (Mir, 2001) y España (García de Enterría y Fernández, 2013).

⁷¹ Dentro del diseño institucional de la época también realizó su aporte a la evolución jurisprudencia el Tribunal de Conflictos, este tribunal tuvo por finalidad resolver las contiendas de competencia ocurridas entre el Consejo de Estado y los tribunales ordinarios.

⁷² Si bien la formula precisa utilizada por el fallo es de actos administrativos y hechos personales, esta distinción permite establecer las bases de los conceptos que serán desarrollados de forma posterior, falta de servicio y falta personal respectivamente.

ocasionalidad en la producción del daño, con esto, se hace referencia que en aquellos casos que concurra la falta personal de un funcionario pero cuyo hecho no pueda ser desligado del servicio público al cual se encuentra integrado el daño quedará cubierto por la responsabilidad pública de la Administración (Valdivia, 2012, p. 38). También, se puede señalar el caso Laurelle de 1951, el cual entrega al Estado el derecho de repetir contra el funcionario cuando este ha sido condenado por un hecho en el cual la falta personal comprometió decisivamente al servicio⁷³.

Hoy en día, la responsabilidad patrimonial de la Administración es un pilar del Estado de Derecho, por lo que la siguiente tarea que debe asumir la doctrina y la jurisprudencia es dilucidar la finalidad que aquélla debe cumplir en el ordenamiento jurídico, puesto que en la organización estatal se juegan distintos valores que deben ponerse sobre la mesa al momento de analizar su responsabilidad.

b) Los fines y valores en juego en la responsabilidad extracontractual

La Administración del Estado no es un sujeto jurídico cualquiera, como una sociedad anónima o una fundación, sino que es una institución consagrada en la Constitución compuesta por privilegios que facilitan la consecución de un interés general, como también por limitaciones, que le son impuestas a fin de garantizar que se respeten los derechos y libertades de los ciudadanos (Cordero, 2015, pp. 640-641). Por otro lado, en términos de gestión, la acción del Estado en sus diferentes facetas contiene múltiples dimensiones que deben ser atendidas en forma coherente y articulada, por ejemplo la salud pública, la educación o la administración de una crisis, los cuales requieren tener en cuenta, para efectos de evaluar sus méritos, los problemas políticos, la administración de recursos físicos y humanos, la mantención del orden, entre otros (Letelier, 2010).

Es dentro de esta diversidad de factores y funciones es que debe interpretarse la responsabilidad de la Administración, en la cual el juez, con el propósito de resolver un caso, se ve en la necesidad de buscar un equilibrio entre los diversos intereses que surgen de la relación existente entre la Administración y los ciudadanos, posibles futuras víctimas; mientras los últimos buscaran con su pretensión una reparación más amplia, que abarque la mayor cantidad de daños posibles, la Administración velará por una indemnización más mesurada acorde con sus prerrogativas y dinero disponible (Paillet, 2001, pp. 70-71).

⁷³ Solo se han presentado algunos casos ejemplificadores sobre esta evolución jurisprudencial. Una exposición detallada de cada sentencia véase Long, Weil, y otros (2000). Para una presentación del estado actual del régimen francés véase Valdivia, J. M. (2004).

Esta búsqueda de equilibrios no tiende a ser abordada por la legislación de manera de entregar reglas precisas para resolver conflictos, sino que más bien, generalmente se establecen conceptos indeterminados -como lo es, en Chile, el concepto de falta de servicio- que entregan al juez un margen de discrecionalidad que le permita determinar si existió o no responsabilidad en un caso.

Ahora bien, como en este margen de apreciación pueden existir múltiples decisiones que ponderen de distinta manera los factores presentes en los hechos de una situación, se hace necesario encontrar ciertos elementos comunes que expliquen la conclusión a la que ha llegado un juez. La forma en que abordará en este trabajo estos elementos será recurriendo a los fines existentes detrás de un marco jurídico ya que “permiten sopesar las diversas normas que pueden ser planteadas para resolver un conflicto y son criterios para el desarrollo jurisprudencial del derecho que suelen operar argumentativamente en diversas direcciones” (Barros, 2007, p. 35), de esta forma entregan una guía para comprender la lógica existente detrás de determinadas reglas con el propósito de guiar, o explicar, la interpretación que se efectuará en la aplicación práctica de un caso.

Para el contexto de la responsabilidad, ha sido el derecho privado aquel que ha encontrado un desarrollo más detallado de estos fines, distinguiéndose dos claras líneas argumentales (Barros, 2007; Letelier, 2012): la justicia correctiva y la justicia distributiva, herederas del pensamiento aristotélico y profundizado desde entonces por la filosofía.

El primer fin al cual se le adscribe la responsabilidad es la justicia correctiva, cuya conceptualización proviene de Aristóteles (1985). Este señala que en los tratos involuntarios hay una relación de igualdad y cuando esta se ve desequilibrada producto de un daño que ha sido producido, el juez quitará las ganancias de quien se ha beneficiado del hecho dañoso para entregárselas a quien ha sufrido alguna pérdida, de forma que nadie quede en una posición injusta (pp. 245-246). Por tanto, esta justicia fija su atención en la relación entre las partes buscando que se reestablezca la igualdad perdida por un ilícito, de ahí que tradicionalmente se ha dicho que un fin fundamental de la responsabilidad civil sea reparar el daño que se ha causado y dejar a la víctima indemne (Corral, 2003, p. 65).

Una idea central en la estructura de la justicia normativa es la correlatividad existente entre derechos y deberes, que se desarrolla entre el responsable y la víctima, el restablecimiento de una situación solo se justifica en la existencia del derecho de quien debe ser compensado porque se le ha

producido un daño por otro que ha infringido un deber general de no interferir en ese derecho, encontrándose forzado a pagar los perjuicios (Letelier, 2012, p. 7).

En contraposición a este fin, se encuentra la justicia distributiva, también desarrollada por Aristóteles (1985), en la cual se abandona esta relación bilateral que se exponía para la responsabilidad y se enfoca en la proporcionalidad que existiría entre el todo y cada una de sus partes (p. 245), explicado en otros términos, existiría una perspectiva más general de análisis por el cual aquella víctima que haya sufrido un accidente debe medir la proporcionalidad de sus daños según todos aquellos que están en una situación análoga de riesgo y no han soportado daño alguno (Barros, 2007, p. 52).

De esta forma, al poner el acento en la forma más equitativa que se puede distribuir el daño entre todas las personas que posiblemente puedan verse afectadas, se busca una solidaridad entre aquellos que si sufrieron un accidente y los que no, por lo que los problemas de la justicia distributiva se dirigen esencialmente a problemas de derecho público, donde la estructura de justicia quedará conformada por la relación entre la sociedad y las personas (Barros, 2007, p. 52).

En el mismo sentido, Letelier (2012) señala que la justicia distributiva, debido a su estructura, es aquella que mejor responde a un razonamiento político donde múltiples intereses de diversa índole pueden influir, mientras que la estructura de la justicia correctiva, con su vínculo bidireccional, se vuelve autosuficiente para explicar la responsabilidad extracontractual al impedir que elementos externos permitan determinar la relación entre los derechos y deberes de las partes, por lo que tiende a identificarse más con el derecho privado (p. 7). Lo anterior no significa que cada variante de justicia se identifique exclusivamente a una rama del derecho, ya que existe la posibilidad que la justicia correctiva se encuentre dentro del derecho público, y viceversa, que la justicia distributiva sea aplicada al derecho privado.

Para el caso de la responsabilidad del Estado, perteneciente a la rama del derecho público, como señala Letelier (2012), es posible dar la explicación de un caso desde estas dos visiones de la justicia. Por un lado, desde la justicia correctiva, deberán estudiarse cuales son los derechos que pertenecen al ciudadano en aquella situación que la Administración ha provocado un daño por el cual debe indemnizar, esta perspectiva también identificarse como una fabricación de derechos (p. 16). Por otro lado, en la perspectiva de la justicia distributiva, se encontrará una determinación de culpa, por la cual se fijará un estándar de conducta a la Administración según las posibilidades reales de actuar del órgano administrativo en conjunto con la legalidad presupuestaria que este se desenvuelve (p. 8).

Para efectos de entender como ambas ideas de justicia pueden ser aplicadas en un caso, se mostrará el siguiente ejemplo (Letelier, 2012, p. 15): en el hospital de una pequeña provincia, un paciente fallece porque, dentro de otras posibles causas, el recinto no contaba con el equipo médico necesario para tratar su enfermedad debido al elevado costo que implica adquirirlo para el ajustado presupuesto del servicio de salud. El caso podría ser resuelto desde la justicia correctiva, determinado si en aquella situación el paciente tenía un derecho a que el hospital tuviera los instrumentos necesarios para tratar su enfermedad, de ser positiva la concurrencia de este derecho la infracción fundamentaría el deber de indemnización; si se mira el caso desde una perspectiva de justicia distributiva, será necesario determinar la culpa del servicio, esto es, si el hospital está obligado a tener el equipo médico para atender a la persona según el presupuesto con que este contaba.

De lo expuesto hasta el momento, es posible observar como un juez puede encontrarse con dos visiones distintas para resolver un caso de responsabilidad de la Administración, el cual decidirá escoger según las preferencias que este tenga. Así, es posible señalar que una fabricación de derechos o justicia correctiva el juez mirará la posición de la víctima en una situación específica; mientras que la determinación de culpa o justicia distributiva, el juez centrará sus esfuerzos en la actuación, u omisión, administrativa junto con establecer un estándar de funcionamiento.

Este trabajo, en el Capítulo III, abordará la elección del juez para escoger una visión de la responsabilidad a partir de los votos y los argumentos expresados en las sentencias. Antes de entrar en este punto, se hace necesario abordar la historia de la responsabilidad del Estado en Chile y su régimen jurídico actual con el objetivo de tener un panorama sobre el marco normativo que se mueven los jueces chilenos para decidir este tipo de asuntos.

2. La responsabilidad del Estado en Chile

a) Desarrollo previo a la Constitución de 1980

En el derecho chileno, las reglas generales de responsabilidad de la Administración han tenido una evolución muy dispar a lo largo de la historia, encontrándose una baja producción normativa por parte del legislador que no fija criterios claros para resolver los casos y, relacionado con lo anterior, una jurisprudencia que no adopta un criterio uniforme cuando pronuncia una decisión; siendo posible establecer diferentes etapas que abordan, mediante distintos razonamientos, la imputación de los daños al Estado.

Durante todo el siglo XIX fueron dos regulaciones las que trataron, de distintas maneras, la forma en que la Administración compensaba ciertos daños producidos. En primer lugar, encontramos la indemnización a aquellas personas afectadas por el secuestro de bienes, todos aquellos que durante el proceso de independencia fueron requisados por el ejército, ya sea del gobierno español como el chileno, siendo principalmente destacable la dictación de la Ley de Secuestros de 15 de septiembre de 1853 (Bocksang, 2014). En segundo lugar, el año 1887 entra en vigencia la Ley de Municipalidades, que señala en su artículo 82 una acción a la persona agraviada por una resolución ilegal contra el funcionario que la haya efectuado, es decir, establece una responsabilidad personal⁷⁴ que permanecerá casi sin modificaciones hasta el año 1976.

Gran parte del siglo XX continúa en esta misma línea, solamente ciertas leyes sectoriales regularán los ámbitos de la responsabilidad estatal. Por ejemplo, el DS N° 1157 de 1931 sobre Ferrocarriles, en su artículo 69, establece una responsabilidad por los daños que se ocasionaren en la ejecución del servicio⁷⁵; el DFL 256 de 1953 sobre el Estatuto Administrativo señala la responsabilidad que le cabe a los funcionarios, cuando el Estado ha sido condenado por sus actos cuando han contravenido sus obligaciones⁷⁶; y por último, el DFL 213 de 1953 sobre Ordenanza General de Aduanas que hace responsable al Estado por las pérdidas o daños que sufran las mercaderías en los depósitos de las aduanas⁷⁷. Como se puede observar, la legislación mantuvo una responsabilidad de los funcionarios o de un determinado servicio que ocasionaren daños, pero no estableció un régimen jurídico general.

La jurisprudencia, de forma correlativa a estas escasas normas vigentes, discurrió en diversas soluciones a los casos que se le presentaban. Es posible encontrar, más o menos definido, dos periodos jurisprudenciales que buscan agrupar las reglas adoptadas, que varían según la fuente normativa y doctrinaria en que se fundamentan. El primer periodo va desde el año 1889 hasta 1938 y enfrenta los

⁷⁴ Artículo 82: Toda persona agraviada por una resolución ilegal de la Municipalidad tendrá acción civil para ser indemnizada por los que la acordaron. Igual acción compete contra el Gobernador, Subdelegado y alcalde, por sus actos o decretos ilegales. La Corte de Apelaciones declarará previamente si es o no admisible la demanda instaurada contra el Gobernador.

⁷⁵ Artículo 69: Las empresas de ferrocarriles son responsables de los daños y perjuicios derivados de los actos y omisiones que se relacionen con el servicio y sean causados por los administradores o demás empleados o dependientes en los términos establecidos por los artículos 2314 y 2320 del Código Civil. Esta responsabilidad pesará sobre el Estado si la explotación se hiciera por él o de su cuenta.

⁷⁶ Artículo 121: (...) Si el Estado resultare pecuniariamente responsable ante terceros a consecuencia de un acto ejecutado por un funcionario en contravención de sus obligaciones, éste deberá enterar en arcas fiscales la cantidad que se fije en favor de ellos, a título de indemnización por resolución judicial ejecutoriada.

⁷⁷ Artículo 133: El fisco responderá por toda pérdida o daño que sufra cualquier mercadería recibida en depósito por la Aduana, sin perjuicio de su derecho a repetir posteriormente contra los funcionarios o terceros que resulten personalmente responsables conforme a las disposiciones de esta Ordenanza.

casos mediante criterios de derecho público; mientras que el segundo periodo abarca desde 1938 hasta 1981 resolviendo los asuntos con normas de derecho privado.

El primer periodo, que abarca desde el año 1889, con el caso Ávalos con Fisco⁷⁸, hasta 1938, se caracteriza por aplicar en su razonamiento distintos criterios de derecho público para resolver los casos (Cordero, 2010, p. 43), es decir, sus argumentos para condenar al fisco no se sustentan en un fundamento común sino que se basan en reglas utilizadas por la jurisprudencia francesa para la resolución de sus controversias -aunque no se hacía mención de forma explícita en las sentencias- (Pierry, 1976, p. 484), encontrando, por ejemplo, fundamentos en la falta personal⁷⁹, en las medidas desproporcionadas de la Administración⁸⁰ o en desigualdad repartición de las cargas públicas⁸¹.

La segunda etapa, se inicia el año 1938 con el caso Mario Granja con Fisco⁸² hasta 1981, el cual destaca por dar un giro en la interpretación jurisprudencial al aplicar las normas del Código Civil a los casos de responsabilidad. En el caso Granja se establece la irresponsabilidad del Estado por los delitos cometidos por sus funcionarios o agentes al no ser aplicable las normas del Código Civil, pero como una argumentación de este tipo podía significar un retroceso en la materia que podría llevar a la irresponsabilidad general de la Administración, la jurisprudencia se vio en la obligación de acudir a la distinción de los actos de gestión y los actos de autoridad que se encontraba en la sentencia de primera instancia de este caso (Pierry, 1976, p. 487-488)⁸³.

Este giro jurisprudencial se produce debido a que la Constitución de 1925 establecía la creación de tribunales contenciosos, cuestión que nunca se llevó a cabo, por lo que las demandas contra el fisco fueran conocidas por la justicia ordinaria. Sumado a lo anterior, se encuentra la ausencia de normas

⁷⁸ Corte Suprema, 5 de junio de 1889. GT año 49, sentencia N° 5.185.

⁷⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de octubre de 1906. RDJ T. 4, sección 2, p. 42. En “Morán con Fisco”, se ocupó una casa por oficiales de la Revolución de 1891 provocando un daño en el mobiliario. La corte señala que las personas que exigieron la entrega de la casa no estaban investidas de autoridad legal bastante para comprometer al Estado.

⁸⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de enero de 1908, RDJ T. 5, sección 2, p. 55. “Sociedad Fuschs con Fisco”, debido a un paro en Valparaíso se produce el arrojamiento al mar de bebidas que estaban en un barco para impedir apropiación por los huelguistas. El Estado debe indemnizar porque arrojar al mar las mercaderías no se utilizó un medio necesario y único provocando un daño.

⁸¹ Corte Suprema, 8 de enero de 1930, RDJ T.27, sección 1, p. 744. “Lapostol con Fisco de Chile”, se prohíbe la explotación de canteras en un fundo con el objeto de proteger el servicio de agua potable de una posible contaminación. Se debe indemnizar en razón de que nadie puede ser privado de lo suyo si no es por sentencia judicial o por expropiación.

⁸² Corte Suprema, 11 de octubre de 1938, RDJ T. 36, sección 1, p. 277. Disparo de carabinero en una calle sin mediar provocación. Carabineros es directa y personalmente responsable de hechos delictuosos o cuasi delictuosos por artículo 2314 del Código Civil. Normas del título XXXV del Libro IV no son aplicables al Estado por ser este una persona de derecho público que no tiene más responsabilidades directas que los que expresamente dispongan las leyes.

⁸³ Véase nota 44 para el significado de la distinción. En materia de responsabilidad esta clasificación significaba que el Estado solo sería responsable por los daños generados por actos de gestión, por entenderse que actuaba como un particular más, mientras que sería irresponsable por los daños generados por un acto de autoridad.

generales en materia de responsabilidad pública y la importancia que adquirió el Derecho Civil en aquellos tiempos, por su profundo desarrollo en los ámbitos normativo, jurisprudencial y doctrinal, por lo que los jueces de la época se vieron en la obligación de aplicar las normas de derecho privado.

Otros casos destacados de este periodo en que se manifiesta esta distinción son los casos Rettig de 1941⁸⁴, Aqueveque de 1944⁸⁵ y, Becker de 1965⁸⁶, entre otros. Sobre el último cabe precisar que incorporó una innovación dentro de esta doctrina, al señalar que la Administración igualmente puede ser condenada por un acto de autoridad pero solamente en aquellos caso que se ha ejercido la función de forma ilícita (Pierry, 1976, p. 493).

Como puede observarse, el estado de la cuestión hasta ese momento generaba una amplia esfera de situaciones de irresponsabilidad estatal, en que los tribunales a autolimitar el conocimiento de diversos asuntos de la Administración que pudieran importar una ilegalidad de los actos, llevaba a que muchas veces los daños ocasionados a los particulares quedaran sin reparación, condenándose solamente aquella actuación material en que existiera culpa o dolo del agente público (Pierry, 1976, p. 494-495). Esta situación llevará a que la doctrina se esfuerce por revertir estos espacios de impunidad que quedan en la Administración durante la década de los años 70, que tendrá un apoyo posterior en la construcción de un estatuto constitucional de la responsabilidad gracias a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1981 (Cordero, 2010, p. 47-48).

b) Los distintos estatutos jurídicos bajo la Constitución de 1980 y estado actual de la responsabilidad

⁸⁴ Corte Suprema, 15 de noviembre de 1941, RDJ T. 39, sección 1, p. 343. Imprudencia de un funcionario de la empresa de agua potable arroja contaminantes a un río provocando la muerte de animales del sector. Fisco debe indemnización por el descuido de uno de sus empleados.

⁸⁵ Corte Suprema, 17 de noviembre de 1944, RDJ T. 42, sección 1, p. 392. Muerte a causa de atropello provocado por la camioneta de servicios de correo. La responsabilidad debe recaer sobre el Fisco a cuyo cuidado estaba el autor del hecho.

⁸⁶ Corte Suprema, 5 de junio de 1954, RDJ T. 52, 1965, sección 1, p. 6. Se produce el choque de una radiopatrulla que conducía carabineros con un automóvil particular. Los actos de autoridad son aquellos que emanan directamente de una ley o reglamento, como los carabineros ejecutaron el acto en contravención a estas normas pierde su naturaleza de acto de autoridad para convertirse en un delito o cuasidelito civil.

El quiebre en la aplicación de las normas de derecho privado se inicia el año 1981 con el caso Tirado con Municipalidad de La Reina⁸⁷. Este caso regresa a la idea de resolver los asuntos de responsabilidad mediante criterios de derecho público, pero en esta ocasión teniendo como antecedente la nueva regulación municipal de 1976. La entrada en vigencia del DL N° 1.289, con especial referencia a su artículo 62, marcan por primera vez en el ordenamiento jurídico chileno una norma general de responsabilidad extracontractual, que dará un giro en la evolución que se venía exponiendo, obligando ahora a la indemnización de perjuicios cuando los servicios públicos municipales en el ejercicio de sus funciones no lo hagan debiendo hacerlo o lo hagan de forma deficientemente⁸⁸; cabe tener presente que esta es la formulación tradicional que se utiliza para entender el concepto de falta de servicio, lo que indicaría por primera vez su reconocimiento en el ordenamiento jurídico chileno⁸⁹.

Desde el caso Tirado en adelante las controversias que se suscitaren en torno a la responsabilidad ya no discurrirían en torno a su existencia, por el contrario, el enfoque se centrará en cuál será el alcance y las características que tendrá este régimen jurídico de responsabilidad pública. Este desarrollo se encontrará marcado por los distintos preceptos constitucionales y legales que serán dictados en la década de los '80, entregando nuevas herramientas para que los jueces puedan resolver los asuntos entre el Estado y los particulares, junto a una desarrollada doctrina que dará una interpretación armónica de estas nuevas normas con un sustento teórico propio detrás.

El marco normativo de los periodos sucesivos estará marcado por una pretensión de unificación en la reestructuración del régimen jurídico de la Administración existente hasta el momento (Cordero, 2017, p. 395). En 1986 se dicta la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (“LOCBGAE”) que en su artículo 4⁹⁰ establecerá un principio general de responsabilidad, mientras que en el artículo 44⁹¹, ya de forma definitiva en el ordenamiento jurídico chileno, se consagrará la falta de servicio como criterio de responsabilidad. Siguiendo la misma línea, será reformada la

⁸⁷ Corte Suprema, 24 de marzo de 1981, RDJ T. 78, sección 5, pp. 40-42. Una mujer cae en una excavación no señalizada, cuando transitaba por una calle de la comuna de La Reina, sufriendo una serie de lesiones que la obligaron a someterse reiteradamente a tratamientos quirúrgicos.

⁸⁸ Artículo 62: La responsabilidad civil de la Municipalidad podrá ser contractual o extracontractual. La responsabilidad contractual se regirá por las disposiciones de esta ley, por las del Código Civil y por los principios reguladores de los contratos administrativos. La responsabilidad extracontractual procederá, principalmente, para indemnizar los perjuicios que sufran uno o más usuarios de los servicios públicos municipales cuando éstos no funcionen, debiendo hacerlo o lo hagan en forma deficiente.

⁸⁹ Haciendo referencia a la formulación elaborada por el jurista francés Paul Duez (1938) al expresar que constituye falta de servicio cuando, “1° el servicio ha funcionado mal; 2° el servicio no ha funcionado; 3° el servicio ha funcionado tardíamente” (p. 27).

⁹⁰ Artículo 4: 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.

⁹¹ Artículo 44: 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 (actual artículo 42).

regulación municipal con la actual Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades de 1988 que en su artículo 90 también incluye la falta de servicio, ampliando el criterio que se encontraba en la ley anterior. Y por último, la Constitución de 1980, en sus diversas disposiciones, ejercerá una influencia significativa en la búsqueda de una interpretación armónica del nuevo estatuto.

Además de este nuevo panorama del ordenamiento jurídico chileno, el contexto social que se vivía en aquel momento con el golpe de Estado de 1973 y la transformación profunda que se llevó a cabo posteriormente, movieron los cimientos que fundamentaban el sistema político hasta ese entonces vigente, pasando a reemplazarlo por una nueva visión personalista del derecho público (Pantoja, 1994). El principal exponente de esta nueva tendencia será el académico Eduardo Soto Kloss (1996a), quien dará a las normas administrativas un enfoque de protección a los ciudadanos, buscando limitar al máximo la actuación estatal:

“Esta perspectiva personalista tanto de lo constitucional como de lo administrativo centra estos derechos (ramos o disciplinas) en la persona y los constituye o configura sobre su fundamento, siendo ellos la regulación jurídica que rige la relación entre la persona –ya en su aspecto individual, ya en su aspecto societario- y los órganos del Estado en sus distintas funciones, funciones todas dirigidas al bien común, es decir, al servicio de aquélla, y respetando en sus actividades de promoción del bien común los derechos fundamentales de ésta al mismo tiempo que promoviendo el ejercicio efectivo de ellos “ (p. 29).

Por tanto, el Estado es visto como un instrumento para el bien común de las personas, y se impondrá esta visión en parte importante de la academia, en la práctica judicial y en la enseñanza del derecho durante toda la década de los '80 y '90 (Cordero, 2017, p. 394)

En el ámbito de la responsabilidad, esta teoría quedará plasmada en la reparación como fundamento, es decir, produciéndose un daño derivado de la acción u omisión de una autoridad pública que implique un detrimento en el patrimonio de una persona, nace una obligación de indemnización que restaure el desequilibrio producido pues nadie puede ser privado de lo suyo (Soto Kloss, 1996b)⁹². En el histórico caso Hexagon de 1987, se afirma “(...) todo daño inferido por un órgano del Estado, implica al sujeto de derecho que lo sufre o soporta un menoscabo o lesión en lo suyo, un desequilibrio en su

⁹² Otro enfoque utilizado en la época para responder al fundamento de la responsabilidad desde una perspectiva constitucional puede encontrarse en la vulneración del derecho de propiedad y en la desigual distribución de las cargas públicas, véase Martínez (2001).

situación jurídica y según se ha visto nadie puede en caso alguno ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales de dominio”⁹³.

La norma constitucional desde donde se descansará principalmente será el inciso 2do del artículo 38, la cual señala: “cualquier persona lesionada en sus derechos por la Administración del Estado podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley”. A partir de esta denominación se generará un estatuto de responsabilidad cuyo título de imputación será el concepto de lesión, esto significará que, habiéndose producido un daño, será la posición jurídica de la víctima frente a la actuación de la administración la que será analizada para entender si tiene o no un deber jurídico de soportar el mal causado (Cordero, 2010, p. 56-57).

Este sistema de responsabilidad, de tipo objetivo, implicará prescindir de toda consideración subjetiva relacionada con la conducta del agente público como requisito esencial que deba ser tenido en cuenta para hacer recaer en el Estado la obligación de indemnizar a la víctima (Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 49.556-1995). Por ende, el concepto de falta de servicio, contenido en las leyes orgánicas, será interpretada como el resultado de la acción u omisión del organismo público (Corte Suprema, 24 de marzo de 1981)⁹⁴.

Por último, este estatuto de responsabilidad puede derivarse directamente de los artículos 6 y 7 de la Constitución, que disponen que los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las leyes, además de actuar dentro de sus competencias, y en caso que algún acto infrinja estas normas será nulo y originará la responsabilidad que corresponde. Dado que el ordenamiento propio del Estado es la Constitución, se entenderá que este estatuto jurídico se basta así mismo para aplicarse sin tener la necesidad de recurrir a las normas supletorias del Código Civil, lo que tendrá como consecuencia para la resolución de los asuntos que al no encontrarse una mención a los plazos de prescripción, se entenderá que la acción de responsabilidad es imprescriptible (Cordero, 2010, pp. 51-52).

Para recapitular, en este tercer periodo la responsabilidad será constitucional, objetiva, el Estado responderá por todo tipo de actuaciones⁹⁵, imprescriptible y responderá por delitos de sus funcionarios.

⁹³ Corte Suprema, 28 de julio de 1987, RDJ T. 84, sección 5. El Servicio de Impuestos Internos ordenó la paralización de la liquidación de pólizas de internación de automóviles, impidiendo su comercialización en el país. Se consideró ilegal la medida por parte del tribunal.

⁹⁴ Cabe hacer presente que algunos autores consideran que esta norma es inconstitucional por su incompatibilidad con el régimen jurídico que establece la Constitución en el artículo 38 (Fiamma, 1989).

⁹⁵ Tanto lícitas como ilícitas. Corte Suprema, 7 de agosto de 1984, RDJ T. 81, sección 5. “Galletué con Fisco”. por decreto supremo, se declaró monumento nacional la araucaria prohibiendo a los propietarios del fundo Galletué explotar la especie. La

Con el inicio del nuevo siglo, también comienzan nuevos cambios en la jurisprudencia judicial como consecuencia, principalmente, de las reformas al diseño institucional de la Corte Suprema en la década de los '90, expuestas en el capítulo anterior. La entrada de abogados ajenos al Poder Judicial permitió que especialistas en Derecho Administrativo pudieran conocer de los asuntos que se verían en la recién creada tercera sala constitucional, a la que se encarga el conocimiento de las disputas entre el fisco y los particulares (Cordero, 2017, pp. 398-400).

El Ministro Urbano Marín, al ingresar en 1998, fue el primero de estos especialistas en dar un giro a las teorías de la doctrina administrativista que se encontraban vigentes hasta ese momento⁹⁶. En materia de responsabilidad del Estado su marca quedará en la decisión del caso Domic Bezic de 2002⁹⁷ con la que se inicia un nuevo periodo jurisprudencial que marcará las bases del régimen jurídico actual.

Si bien esta posición había sido expuesta por Pierry (1976), no encontró acogida en la doctrina hasta finales de la década de los '90 en que aparecieron diversos autores que empezaron a abogar por un cambio en el régimen de responsabilidad objetiva que se estaba utilizando. Una de las críticas se dirige a las consecuencias que implica tener un sistema tan permisivo en la condena del fisco, pues saldría excesivamente elevado para el erario público pagar por cada acción u omisión que realiza la administración y que no se ampare en una ley la obligación de soportarlo, convirtiendo el sistema de responsabilidad casi en un seguro social; otro problema, son los diferentes criterios para juzgar a la administración en aquellas actuaciones que realiza de la misma forma que un privado, por ejemplo en el ámbito médico, condenando al primero en cualquier caso y al segundo solamente en circunstancias en que la corte estime que ha operado la culpa o negligencia (Pantaleón, 2000)⁹⁸.

Además, las críticas al modelo objetivo se encuentran en su construcción teórica. Las normas constitucionales, en este nuevo periodo, solo afirmarían un principio de responsabilidad de la

declaración de monumento nacional es un acto lícito pero constituye una limitación al dominio que no es equitativo que los dueños del predio soporten el daño que les significa dejar de explotar dicha especie, debiendo el estado indemnizarlos.

⁹⁶ El factor Marín es la denominación realizada por la doctrina para referirse a este cambio jurisprudencial realizado en casos como Salinas de 1999 que reconoce la potestad invalidante de la administración y Henry de 2003 al indicar que la nulidad de derecho público no opera de pleno derecho y es prescriptible. Marín es reconocido, además, por su trayectoria profesional en la Contraloría General de la República y profesor universitario de diversas cátedras de derecho público (Cordero, 2017).

⁹⁷ Corte Suprema, Rol N° 4753-2001, 15 de mayo 2002. Responsabilidad por violación a los derechos humanos, el señor Jordán Bezic en octubre de 1973 es arrestado y llevado a un recinto militar de la ciudad de la Serena donde es fusilado por la caravana de la muerte.

⁹⁸ Estas críticas realizadas por el civilista Pantaleón (2000) provienen de sus observaciones al sistema español de responsabilidad que, al igual que el derecho chileno, se encontraban unidos bajo el concepto de lesión; que como fue señalado, el acento de la determinación del daño se encontraba en la posición jurídica de la víctima y no en la actuación de los organismos públicos.

Administración como un pilar de un Estado de Derecho, pero no implicaría necesariamente que el régimen jurídico se bastaría a sí mismo en estas normas, sino que le dejaría al legislador el deber de precisar las circunstancias que generen responsabilidad⁹⁹.

Junto a esto, el artículo 38 inciso 2do de la Constitución solamente será visto como una norma de competencia que tiene por objetivo habilitar el acceso a los tribunales a quien vea lesionado o perjudicado sus derechos por la actividad administrativa (Ferrada, 2000, p. 112). Una sentencia posterior asumirá esta regla al indicar que “el artículo 38 de la carta fundamental confiere, a toda persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, el derecho a reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño” (Corte Suprema, Rol N° 1290-2002. Considerando decimotercero).

La consecuencia principal de esta interpretación es que el régimen de responsabilidad deberá fundamentarse con normas de rango legal, principalmente con la LOCBGAE. Dentro de esta ley encontraremos el artículo 4 que establece un principio general de responsabilidad aplicable a toda la Administración del Estado, pero sin establecer que régimen de responsabilidad será aplicable de forma que pueda ser moldeada según la actividad estatal que sea aplicable; del mismo modo, en el artículo 42 se establecerá la falta de servicio como un factor de imputación específico de responsabilidad por el cual se condenará al Fisco a pagar cualquier indemnización a quien lo demande (Ferrada, 2004, pp. 114-116).

Ahora bien, dado que la ubicación del artículo 42 de la LOCBGAE excluye su aplicación a un variado número de organismos del Estado¹⁰⁰, serán sus propias leyes las que establezcan su régimen de responsabilidad; por ejemplo, la Ley Orgánica de Municipalidades también incorporará el criterio de la falta de servicio¹⁰¹ o para el ejercicio de actividades nucleares se fijará un criterio objetivo¹⁰². Para

⁹⁹ Dos académicos y abogados del Consejo de Defensa del Estado iniciaron una defensa hacia el modelo subjetivo de responsabilidad en aquel periodo a modo de dar una nueva construcción teórica a este régimen, véase Quintanilla (2000) y Letelier (2002).

¹⁰⁰ El artículo 21 excluye a la Contraloría General de la República, Banco Central de Chile, Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades, el Consejo Nacional de Televisión y las empresas públicas creadas por ley.

¹⁰¹ Artículo 152: Las municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá principalmente por falta de servicio. No obstante, las municipalidades tendrán derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal.

¹⁰² Ley N° 18.302 de Seguridad Nuclear, artículo 49: La responsabilidad civil por daños nucleares será objetiva y estará limitada en la forma que establece esta ley.

aquellos organismos que no tengan una regulación especial será la jurisprudencia aquella que determine un criterio, como a las Fuerzas Armadas que se establecerá la responsabilidad por riesgo¹⁰³.

Otra consecuencia que las normas constitucionales tengan una aplicación general en el régimen de responsabilidad de la Administración, y a falta de una regulación por parte de las normas administrativas, es que será aplicable directamente el Código Civil y de forma especial en lo que respecta a las normas que regulan la prescripción. Así, la institución de la prescripción "(...) no es ajena a esas normativas (Derecho Público), atendiendo su carácter universal y puede operar en todas las disciplinas que pertenecen al derecho Público, salvo que la ley o la índole de la materia determinen lo contrario" (Corte Suprema, Rol N° 4753-2001. Considerando tercero), por lo que no puede entenderse que ante el silencio del legislador no puedan ocuparse las normas del estatuto común escudándose en la autonomía del derecho público¹⁰⁴.

Estas deficiencias en la regulación jurídica llevarán a que posteriormente el legislador implemente diversas normas en el ámbito de la responsabilidad. La ley AUGE de 2004 es un ejemplo de esto al intentar zanjar varias de las discusiones que se venían dando en la jurisprudencia, se establece la falta de servicio como criterio de imputación, deberá acreditarse que el daño es producto de la acción u omisión de un organismo del Estado¹⁰⁵ y que la responsabilidad prescribirá en el lapsus de cuatro años desde que se ha producido¹⁰⁶.

Finalmente la unificación del régimen de responsabilidad bajo la falta de servicio como único criterio de imputación para toda la Administración del Estado llegará el año 2009, de la mano de Pierry

¹⁰³ La responsabilidad por riesgo es aquella en que al existir un peligro cuando se realiza una determinada actividad y este peligro se materializa en un daño imputable objetivamente, se genera el deber de indemnizar a la víctima. Para un desarrollo del tema en la Administración, véase Beladiez (1997, pp. 92-134).

¹⁰⁴ De hecho, en el ordenamiento jurídico chileno, existen ciertas normas administrativas que se remiten a la aplicación del Código Civil. Así, en el artículo 8° del Decreto Ley N° 3.557, de 1980, sobre Protección Agrícola, y el artículo 17 de la Ley Orgánica Constitucional de Estados de Excepción N° 18.415, señalan que el tribunal que conoce de las acciones indemnizatorias se encuentra en la obligación de atenerse a las normas del Código Civil en materia de responsabilidad.

¹⁰⁵ Artículo 38: Los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio. El particular deberá acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano, mediando dicha falta de servicio. Los órganos de la Administración del Estado que en materia sanitaria sean condenados en juicio, tendrán derecho a repetir en contra del funcionario que haya actuado con imprudencia temeraria o dolo en el ejercicio de sus funciones, y en virtud de cuya actuación el servicio fue condenado. La conducta imprudente o dolosa del funcionario deberá siempre ser acreditada en el juicio en que se ejerce la acción de repetición, la que prescribirá en el plazo de dos años, contado desde la fecha en que la sentencia que condene al órgano quede firme o ejecutoriada.

¹⁰⁶ Artículo 40: La acción para perseguir esta responsabilidad prescribirá en el plazo de cuatro años, contado desde la acción u omisión.

integrando la Corte Suprema¹⁰⁷ en el caso Seguel, al interpretar a la luz de las normas del Código Civil la falta de servicio para aquellos organismos excluidos del artículo. 42 de la LOCBGAE:

“(…) cabe dilucidar qué sistema resulta aplicable a las instituciones excluidas, y en caso particular a las Fuerzas Armadas; para ello ha de recurrirse al derecho común, teniendo presente que precisamente el desarrollo 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. (...) por cuanto permite así unificar el sistema de responsabilidad extracontractual para todos los entes de la Administración del Estado”(Considerando décimo quinto).¹⁰⁸

Con estas consideraciones la falta de servicio será considerada como la culpa del servicio y tendrá como máxima expresión el caso Espinoza Marfull del año 2015, que hace extensible la responsabilidad al poder judicial cuando hay un funcionamiento anormal de la justicia en sus actividades no jurisdiccionales¹⁰⁹.

La jurisprudencia, buscando conceptualizar la falta de servicio, ha utilizado diversas formas para argumentar sus decisiones. Siguiendo con la idea de culpa del servicio, el juez la apreciará considerando la situación concreta en que se comete la infracción, observando la conducta de la Administración según los medios que disponía en aquel momento y no ser apreciada en forma abstracta (Corte Suprema, Rol N° 3172-2008. 19 de enero de 2010), siendo los antecedentes aportados por la víctima aquellos relacionados en cómo debía actuar el servicio correctamente según las circunstancias del caso. Otra forma de la cual se ha valido la jurisprudencia es determinar qué deberes legales tiene la Administración, configurándose la responsabilidad cuando se ha incumplimiento uno de estos (Corte Suprema, Rol N° 6322-2010. 10 de agosto de 2012). Y por último, en fallos más recientes se evalúa la posición del Estado frente a los ciudadanos, siendo constitutivo de falta de servicio aquellas situaciones en que ha existido

¹⁰⁷ El factor Pierry es la denominación realizada por la doctrina para referirse a este cambio jurisprudencial efectuado en materias de Derecho Administrativo. Véase en Cordero (2017).

¹⁰⁸ Corte Suprema, Rol N° 371-2008. 30 de julio de 2009. Responsabilidad por cuasidelito de lesiones de un conscripto.

¹⁰⁹ Corte Suprema, Rol N° 4390-2015. 02 de junio de 2015. Aquellas actividades no jurisdiccionales se refiere a toda actividad distinta a la resolución de las causas sometidas a su conocimiento, por ejemplo, la dilación indebida, funcionamiento irregular de los procedimientos judiciales o falta de coordinación entre organismos (Soto, 2016).

una vulneración a los derechos fundamentales por no tener una especial consideración con aquellos grupos más vulnerables (Cordero, 2017, p. 407)¹¹⁰.

Con el estado de la jurisprudencia hoy en día, los jueces centran sus decisiones en los elementos de la responsabilidad, y en especial la falta de servicio, para lograr dilucidar cuándo será imputable un daño a la Administración, poniendo el enfoque en diversos factores, ya sea jurídicos o extrajurídicos, que van moldeando las decisiones y la forma en como aquellas distribuyen los infortunios. Ahora, un estudio de estos factores es importante para saber concretamente como un juez votará para condenar o absolver al fisco en algún caso determinado. El siguiente capítulo realizará una investigación según los valores que es posible encontrar en la responsabilidad, expuestos más arriba, como factores que influyen en la decisión de un juez.

¹¹⁰ Corte Suprema, Rol N° 11.857-2014. 30 de octubre de 2014. Caso Plomo en Arica II. Se condenó al Servicio de Salud de Arica porque no se adoptaron las medidas sanitarias adecuadas para el tratamiento, transporte y depósito de los residuos tóxicos que fueron acopiados en lugares cercanos a las víctimas. Corte Suprema, Rol N° 10.156-2010. 07 de mayo de 2013. Caso Bajos de Mena. En un terreno municipal se construyen viviendas sociales pero al mismo momento se tolera la utilización de predios colindantes con vertederos ilegales, se multa a los organismos responsables pero cumplen parcialmente con las obligaciones impuestas.

III. La jurisprudencia de la Corte Suprema ante situaciones de catástrofe

1. Metodología para el análisis de las sentencias

El universo de sentencias que se estudiarán a continuación estará constituido por aquellos casos conocidos por la Tercera Sala de la Corte Suprema a propósito de las demandas interpuestas por los daños ocasionados por el terremoto y posterior tsunami del 27F. Desde esa fecha, han sido diez los casos que ha fallado la Corte: tres de ellos se encuentran relacionadas con un vehículo que es alcanzado por las olas del maremoto mientras viajaba por la Ruta Interportuaria que une Talcahuano con la localidad de Chiguayante; dos causas versan sobre avisos de tsunami por parte de las autoridades en la costa central del país; una causa referida a la omisión de aviso de tsunami en la isla de Juan Fernández y cuatro demandas sobre los saqueos ocurridos con posterioridad al terremoto.

El punto central de esta investigación es optar por un modelo actitudinal para estudiar el comportamiento judicial. Este método hace referencia a que los jueces, al momento de decidir aquellos asuntos sometidos a su conocimiento, tienen en consideración los hechos del caso desde sus valores e ideología (Segal, 2009, p. 24). Con lo anterior se pretende afirmar que un ministro de la Corte Suprema, para decidir una demanda en contra del fisco por los perjuicios sufridos por el 27F, analizará los hechos del caso desde el entendimiento, o valoración, que tenga sobre la responsabilidad.

Para medir la tendencia valórica o ideológica de cada ministro se utilizará un método de codificación direccional, esto es, se traducirá el resultado de la sentencia en dos categorías opuestas que permite clasificar las decisiones (Pardow y Verdugo, 2015, p. 131). El eje a utilizar en esta investigación será aquella dicotomía, expuesta anteriormente, entre una justicia correctiva, o la responsabilidad como fabricación de derechos, y justicia distributiva, o la responsabilidad como una determinación de culpa.

La asignación a una u otra categoría se realizará mediante el desarrollo de los votos individuales de cada ministro en los fallos según la argumentación utilizada.

Un ministro razonará influido por una concepción de justicia correctiva al centrar mirada en la víctima, su posición en el contexto del daño y los derechos que esta puede hacer exigible. De esta forma, un ministro quedará incluido en esta categoría al tomar como preferencia una interpretación pragmática de las normas de la prueba que permitan a la víctima liberarse de la carga de entregar ciertos antecedentes que impliquen fundamentar los presupuestos de la responsabilidad debido a la situación que se

encontraba en aquel instante, y por tanto, teniendo un voto a favor de acoger la demanda en contra del Fisco.

Por otro lado, un razonamiento desde la concepción de justicia distributiva significará determinar la culpa del servicio, esto es, evaluar la conducta que tuvo la Administración en el caso concreto con las herramientas, tanto materiales como legales, que contaba en aquel momento. Así, un juez será adscrito en esta categoría si realiza un estudio los hechos del caso mirando las funciones y la gestión de los agentes administrativos que se encontraban en aquel instante, como también si considera una interpretación restrictiva de las normas que fijan las funciones que le corresponde a la Administración en una determinada situación.

2. Caso Ruta Interportuaria (rol N° 1250-2012 / N° 16885-2013 / N° 16920-2013)

Luis Soto Repiso, Eduardo Contreras y Rodrigo Salgado se encontraban en la localidad de Chiguayante la madrugada del 27 de febrero cuando se produjo el terremoto. Una vez ocurrido el suceso, estos deciden dirigirse a la ciudad de Talcahuano en busca de sus familiares por la Ruta Interportuaria que une ambos lugares. En el trayecto son alcanzados por una de las olas del maremoto que azotó las costas del país ese día, falleciendo en el lugar Luis Soto Repiso mientras que sus acompañantes quedaron con lesiones graves. Los familiares demandan al Estado por falta de servicio pues consideraron que la información errónea entregada por el Intendente Jaime Tohá sobre la inexistencia de la ocurrencia de un maremoto con posterioridad al terremoto del día 27 de febrero, motivó a las víctimas a salir de su hogar en dirección a Talcahuano por considerar que sería seguro para estas.

En las tres casaciones presentadas se rechazó la pretensión de los demandantes pues no se consideró configurada la responsabilidad del Estado, con especial consideración al elemento de la relación de causalidad entre el actuar de la administración y el hecho dañoso. Una de ellas fue resuelta en forma unánime¹¹¹, mientras que las otras con un voto de minoría¹¹². El siguiente estudio de las sentencias en comento se realizará de forma conjunta, ya que el razonamiento utilizado por los ministros para rechazar las pretensiones de los demandantes es idéntico, aun cuando varía la integración de la sala en los distintos casos.

¹¹¹ Corte Suprema, Rol N° 1250-2012. 23 de enero del 2013. Es esta causa demanda el padre de la víctima y la sala se encontraba integrada por los ministros Héctor Carreño, Pedro Pierry, Lamberto Cisternas, Emilio Pfeffer y María Eugenia Sandoval.

¹¹² Corte Suprema, Rol N° 16885-2013. 29 de abril de 2014. Donde demandan la cónyuge de la víctima junto a las hijas de ambos. Corte Suprema. Rol N° 16920-2013. 29 de abril de 2014. Demandan los padres de uno de los ocupantes lesionados por el impacto de la ola. Ambas sentencias son decididas por los ministros Rubén Ballesteros, Rosa Egnem, Andrea Muñoz y Alfredo Prieto como votos de mayoría en el rechazo de la pretensión, mientras que Carlos Aránguiz presentó voto de minoría.

Los jueces de instancia determinaron, que para tener por probado el elemento de la relación de causalidad, debería encontrarse acreditado que las víctimas escucharon la información emitida por el Intendente a través de la radio Bio antes de emprender el viaje. Sin embargo, como la prueba ofrecida en aquel momento no era suficiente para establecer tal hecho, fueron rechazadas las demandas. Los recursos presentados, dada esta exigencia, alegan una infracción a las reglas de la carga de la prueba establecida en el artículo 1689 del Código Civil pues a su juicio estaban relevados de acreditar (1) la falta de servicio pues de la sola lectura de la defensa en la contestación de la demanda se acepta la información errónea entregada, y (2) la relación de causalidad es un hecho público y notorio que todos aquellos quienes se encontraban en la zona de Concepción la madrugada del 27 de febrero escucharon al Intendente por la transmisión radial en la cual señalaba no existir alerta de maremoto.

Los ministros del máximo tribunal señalaron que la información entregada por la Intendencia es objetivamente errónea, pero se enfocarán en el elemento de la relación de causalidad para decidir el asunto. Mantendrán la exigencia establecida en las instancias precedentes al señalar como principal argumento en el considerando quinto el siguiente:

“han sido los propios actores quienes han ligado la salida de la víctima hacia Talcahuano con la información entregada por la autoridad. Es por ello entonces que corresponde que quien afirma dicho aserto lo demuestre, siguiendo la regla probatoria instituida en el artículo 1689 del Código Civil, de lo que se sigue que debe descartarse una vulneración a este precepto porque se ha dado en la sentencia una correcta aplicación a dicha norma. En efecto, este último precepto prescribe en su inciso primero que incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o éstas, de modo que su infracción se configura en la medida que el fallo altere el peso de la prueba, pues esta disposición impone imperativamente esta carga, como regla general, a quien alega la existencia de la obligación o su extinción” (Rol N° 16.885-2013. Considerando quinto).

Este razonamiento principal de la sentencia es de suma importancia, pues exigiría a las partes que las afirmaciones realizadas, sobre los hechos que son constitutivos de los presupuestos de la responsabilidad, deben ser probadas por estos pues las normas de la carga de la prueba así lo disponen cuando se alega un hecho. Por tanto, al no haberse probado que la víctima escuchó la comunicación de la autoridad no se puede determinar si existió un vínculo de causalidad entre este hecho y su muerte.

Otros argumentos menores de la sentencia, pero de consecuencias no menos importantes, giran en torno al establecimiento del hecho notorio señalado más arriba y la valoración realizada sobre la prueba testimonial. No obstante, la Corte no realiza un pronunciamiento de fondo de estos elementos, pues en el primer caso no es un hecho de la causa establecido por la sentencia recurrida y en el segundo supuesto, si indica que es una facultad privativa de los jueces de fondo ponderar la declaración de los testigo. Esta postura es explícita en las sentencias del 29 de abril al señalar:

“esta Corte Suprema al conocer de un recurso de casación en el fondo está impedida de revisar la forma en que se establecieron los hechos por los jueces de la instancia, sin embargo, en el evento que éstos incurran en errores en la aplicación de las denominadas leyes reguladoras de la prueba, de manera excepcional es posible la revisión de esa labor por una Corte de casación. Pero solo en el evento de infracción a tales disposiciones, pues existen otras que estando relacionadas con la prueba, son de soberanía específica de los jueces de fondo, tales como las que fueron invocadas por los recurrentes” (Rol N°16.885-2013. Considerando noveno).

Estas afirmaciones realizadas en el fallo muestran la postura de los ministros de aceptar el establecimiento de los hechos realizada por las instancias inferiores y que no puede el máximo tribunal mediante el recurso de casación realizar una revisión de estos salvo que la infracción consista en las leyes reguladoras de la prueba¹¹³, que no ocurría en el caso en cuestión, siendo además que las partes no pueden hacer una interpretación extensiva de estos preceptos que permita a la Corte revisarlos ya que podrían significar solamente una disconformidad con la valoración¹¹⁴ realizada por los jueces del grado.

Por último, del voto de minoría del Ministro Carlos Aránguiz se desprenden dos posiciones relevantes: (1) por un lado, a diferencia de la posición mayoritaria, se pronuncia a favor de la existencia de la falta de servicio en el actuar de las autoridades en la madrugada del 27 de febrero del 2010 pero sin profundizar en su argumentación, y (2) disiente sobre los efectos de la regla de la carga probatoria atribuida a los demandantes. “Es del parecer de quien disiente que extremar la carga probatoria en circunstancias tan anormales como las que sucedieron a esta catástrofe, exigiendo evidencias fehacientes y prolijas de que el afectado luego de escuchar de las mencionadas autoridades la ausencia de riesgo

¹¹³ Se entenderá vulnerada una norma reguladora de la prueba cuando los sentenciadores invierten el onus probandi, rechazan una prueba que la ley admite, aceptan una prueba que la ley rechaza, desconocen el valor probatorio de las que se produjeron en el proceso cuando la ley le asigna uno de carácter determinado o alteren el orden de precedencia que la ley le diere (Corte Suprema. 11 de abril de 2001. GJ. N° 250, p. 78).

¹¹⁴ Ha sido discutido por la doctrina la valoración de los hechos en el recurso de casación, si se considera desde una concepción subjetivista la determinación de la prueba por parte del juez no se hace posible un control en la casación, pero quienes abogan por una concepción objetivada haría posible un control en la casación (Maturana, 2010, pp. 345-346).

decidió emprender un viaje bordeando la costa, deviene en imponer a los demandantes una tarea prácticamente imposible de satisfacer” (Rol N°16.885-2013. Considerando segundo) y dada esta apreciación se entendería configurada, de los hechos del caso, la responsabilidad por parte del Estado.

Como puede observarse, tanto del voto mayoritario como el disidente, hay una contraposición en la argumentación principal que dice relación con aceptar o rechazar la infracción a la carga de la prueba, mientras que el voto mayoría opta por una interpretación restringida de la norma que favorece al fisco en cuanto es la víctima quien tiene que probar las circunstancias de la relación causal. El voto de minoría, por su parte, opta por una interpretación pragmática¹¹⁵ de la carga de la prueba para beneficiar a las víctimas en orden a no imponerles la obligación de probar uno de los elementos de la causalidad dada la situación anormal en la cual se encontraban al momento de los hechos.

3. Caso Ovando (rol N° 1629-2013)

El Sr. Mario Ovando Garcés falleció en el Hospital Las Higueras de Talcahuano el 2 de marzo de 2010 debido a una asfixia por inmersión causada por el maremoto ocurrido la madrugada del 27 de febrero. Sus familiares demandan al Fisco por falta de servicio pues, según ellos, permanecieron en su hogar con posterioridad al terremoto al haber escuchado la intervención del Intendente de ese momento el Sr. Jaime Tohá, quien señaló a la población que se quedaran en sus hogares pues estaba descartada la ocurrencia de algún tsunami.

El juzgado de Concepción, conociendo el asunto rechazó la demanda pues, si bien consideraron como falta de servicio la actitud del Intendente en emitir una información errada aun ante la ausencia de mecanismos técnicos y comunicacionales, no se encontraba establecida la relación causal ya que no existían pruebas de que el Sr. Ovando junto a sus familiares se encontraban en su casa el día del sismo y que allí los hubiera atrapado la ola (primera omisión probatoria). En segunda instancia, a su vez, se reitera esta falta de prueba agregando además que tampoco existe acreditación que efectivamente se hubiera escuchado la entrevista radial del Intendente que llamó a las personas a permanecer en sus hogares (segunda omisión probatoria), esta última apreciación es similar a la que encontramos en las sentencias anteriormente analizadas al determinar cómo la prueba del hecho causal por los demandantes.

¹¹⁵ El argumento pragmático es aquel que busca justificar un enunciado a partir de las consecuencias favorables que de él se derivan (Ezquiaga, 1994, p. 17).

Para resolver el asunto, los ministros Sergio Muñoz, Carlos Cerda y Jorge Lagos estuvieron en los votos de mayoría, pero a diferencia de lo que ocurre en los casos anteriores, acogiendo la pretensión de los demandantes en el mismo sentido que la línea argumental expuesta en el voto de minoría del ministro Aránguiz¹¹⁶. Los ministros Héctor Carreño y Pedro Pierry, por su parte, redactaron el voto de minoría manteniendo el sentido de la decisión que habían seguido en el caso Ruta Interporturia.

La decisión de la Corte busca hacerse cargo de las dos omisiones probatorias, expuestas anteriormente, en que habrían incurrido las víctimas para ver rechazada su pretensión. La reconstrucción de los hechos se desarrolla mediante un análisis sobre las afirmaciones realizadas en los diversos escritos presentados a lo largo de la tramitación del juicio en primera instancia, especialmente del demandado, para lograr determinar que existiría una coincidencia en los presupuestos fácticos que ambas partes presentan y que por tanto se deberían haber tenido por probados los hechos en cuestión.

A modo de ejemplo, en la absolución de posiciones el Fisco interroga: “8.-diga cómo es efectivo que al haberse quedado en su domicilio después del terremoto sabía que corría riesgo. 9.-para que explique por qué razón después del terremoto se quedó en su domicilio y no se fue a lugares altos de Talcahuano” (Rol N° 1629-2013. Considerando décimo primero), estos factores les habrían llevado a concluir que el demandado aceptaba que los actores se encontraban en la residencia, y que el occiso se encontraba en el mismo lugar que estos, por lo que era posible concluir que con posterioridad al terremoto y maremoto el Sr. Ovando se encontraba frente a su residencia –primera omisión probatoria.

También se extiende esta apreciación a la prueba de testigos presentada para a un punto de prueba, que si bien no tiene relación con el hecho controvertido expuesto, en la sentencia se ocupan sus declaraciones para dar por probada el hecho de la ubicación del Sr. Ovando ya que “cada una de las especies que asume al interior de un proceso, en lo que hace al derecho a defenderse probando, conforma una unidad con las demás, cuyo telos es la convicción del tribunal, de tal manera que cualquiera de los medios de acreditación producido por una de las partes, hace las veces de vaso comunicante con relación a los otros, que en caso alguno pueden ser vistos como compartimientos estancos” (Rol N° 1629-2013. Considerando décimo cuarto).

El empleo de estas afirmaciones se encuentra respaldado por la aplicación del principio de adquisición procesal conforme al cual “los hechos que una parte acepta en su comportamiento procesal,

¹¹⁶ Como el Caso Ovando es anterior a las sentencias del Caso Ruta Interporturia en que estuvo presente el Ministro Aránguiz es posible entender que siguió de la argumentación expuesta en este fallo para tomar su decisión.

otorgan a la contraria, cuando hacen a la apoyatura fáctica de la pretensión de esta última” (Sentencia de nulidad. Rol N° 1629-2013. Considerando décimo primero); es decir, cuando los demandados realizan enunciados en sus diversos escritos que no contravienen las afirmaciones expuestas por los demandantes, debería suponerse cierta convención sobre los hechos que los darían por probados.

Por otro lado, se argumenta en torno a la infracción de las normas de la carga de la prueba del artículo 1698 al sostener que “es el parecer de esta Corte que no se aviene con el sentido común extremar la carga probatoria en circunstancias tan caóticas como las que –conocimiento adquirido- sucedieron a las catástrofes, como si entonces estuvieran dadas las condiciones para documentación burocrática propia de tiempos normales” (Rol N° 1629-2013. Considerando décimo cuarto); entonces, dada la situación anormal del momento, no correspondía llevar la carga de acreditar las alegaciones en torno a la relación causal de manera directa.

Este modo de analizar la regla de la carga de la prueba se sustentará, además, en las normas constitucionales, mostrando un verdadero derecho a la parte menos favorecida de una relación procesal, al afirmar que “el estándar probatorio que en ambos respectos se les ha impuesto (a las víctimas) excede el referente de racionalidad que el artículo 19 n°3 inciso sexto de la Constitución Política de la República entiende incito en la legislación procesal y, huelga decirlo, en su aplicación tribunalicea” (Rol N° 1629-2013. Considerando vigésimo tercero).

De esta forma, tanto las consideraciones legales como constitucionales expuestas muestran que el razonamiento utilizado por los magistrados devela una argumentación pragmática que apoya una cierta interpretación de las reglas procesales, al analizar la posición específica en que se encontraban las víctimas al momento de los acontecimientos.

Para sintetizar, dado que las circunstancias de los hechos muestran una dificultad para recopilar los antecedentes necesarios para que los demandantes que fundamentaran su pretensión, se hace pertinente otorgar cierta flexibilidad a las reglas probatorias que permitan tener por probados ciertos hechos de forma indirecta. Así, evitando invertir la carga de la prueba en el demandado, los jueces analizan las afirmaciones realizadas en las diversas presentaciones de la tramitación, determinando que las supuestas omisiones probatorias que detectaron los jueces de instancia no se encontraban en duda, por lo que acogen el recurso de casación y dan lugar a la demanda.

Los votos de disidencia por parte de los Ministros Pedro Pierry y Héctor Carreño reprochan la argumentación realizada por los votos de mayoría al indicar que “los jueces de la instancia son soberanos para inferir de los antecedentes del proceso las presunciones que conduce a formar su convencimiento, de manera que no puede fundarse un recurso de casación en la circunstancia de no haberlas deducido, no pudiendo esta Corte revisar el ejercicio de esa facultad” (Rol N° 1629-2013. Voto de minoría. Numeral quinto). Esta interpretación de las normas procesales de carácter restringida, en especial de aquellas que regulan la prueba, los lleva a optar por una decisión que favorece al Fisco, ya que le entrega a las víctimas la obligación de probar la relación de causalidad, manteniendo el razonamiento que expresaron estos mismos ministros en la sentencia rol 1250-2012 ya descrita.

4. Caso Juan Fernández (rol N° 32262-2015)

María Angélica Erices Oñate vivía en la Isla de Juan Fernández cuando se produjo el terremoto del 27 de febrero. Dada la distancia que existía entre la isla y el continente, aquel sismo no fue percibido por lo que la ola los encontró durmiendo a los habitantes del lugar.

Se reprocha al Fisco, en especial al Servicio Hidrográfico y Oceanográfico de la Armada de Chile (SHOA) y la Oficina Nacional de Emergencia (ONEMI), que incurrió en una falta de servicio pues no realizó un actuar que le era exigible, consistente en alertar a los habitantes de la isla sobre los riesgos del maremoto, una vez ocurrido el sismo, siendo que las autoridades tenían conocimiento de la posible ocurrencia de este por un fax emitido por el SHOA a la ONEMI a las 04:07 am.

La sentencia se enfoca en desarrollar su fundamentación a partir de la concurrencia de la falta de servicio como criterio para condenar al Fisco. La argumentación se inicia definiendo la falta de servicio como “el incumplimiento de un deber jurídico que la administración tenía la obligación de prestar” (Considerando sexto). Con esto se establecen dos parámetros que tiene en cuenta el razonamiento del fallo, por un lado, determinar cuál es este deber jurídico, y por otro, establecer de qué forma se ha infringido este deber disponiendo de los medios para haberlo cumplido.

Un deber jurídico es aquel impuesto por el ordenamiento jurídico que para determinar su existencia se debe estudiar la normativa aplicable al caso, en específico, las leyes que gobiernan los servicios señalados, pues ahí se prescriben las funciones que se le habrían encomendado. La principal norma en estudio es el Decreto Ley N° 369 de 1974, que crea la ONEMI, la cual en su fundamentación expresó “la necesidad de crear un organismo que planifique y coordine el empleo de los recursos

humanos y materiales de las entidades y servicios públicos o privados para evitar o aminorar los daños derivados de sismos, catástrofes o calamidades públicas”. A su vez, el artículo 1 de dicho texto dispone: “Será el Servicio encargado de planificar, coordinar y ejecutar las actividades destinadas a prevenir o solucionar los problemas derivados de sismos o catástrofes”. Complementado con lo anterior, el Decreto Supremo N° 26 publicado en el Diario Oficial el 25 de enero de 1966 crea un sistema de alarma de maremotos que depende del Instituto Hidrográfico de la Armada cuya finalidad es informar oportunamente la magnitud y la hora estimada de llegada de maremotos a las autoridades pertinentes para disponer de las medidas convenientes que signifiquen la menor pérdida de vidas y daños materiales (Considerando séptimo).

A la luz de esta normativa, los sentenciadores realizan una interpretación sistémica¹¹⁷ que tiene como propósito fijar la función que le corresponde a los organismos públicos en cuestionamiento, estableciendo que corresponden a éstos, en circunstancias anormales y extraordinarias como la ocurrencia de catástrofes naturales, alertar acerca del riesgo de maremoto una vez sucedido el terremoto aquel día.

Los presupuestos fácticos que quedan asentados por los jueces de instancia tienen por probado que el SHOA envió un fax a la ONEMI a las 04:07 am informando el riesgo de ocurrencia de un maremoto, pero este último no informó a la isla, siendo que la ola recién llegó al lugar a las 04:27 am. Por tanto, se sostiene que los organismos se abstuvieron de alertar a la población aun cuando tenía los medios para hacerlo, no pudiendo excusarse que el mensaje recibido tenga un contenido confuso. De esta forma se ha infringiendo el deber jurídico impuesto al organismo al determinar que “tales reparticiones públicas no desarrollaron con eficacia las labores de prevención, coordinación y auxilio que el ordenamiento jurídico les había encomendado ante situaciones de catástrofe, todo lo cual permite afirmar que se incurrió en falta de servicio” (Considerando undécimo).

Esta sentencia fue acordada por los Ministros Pedro Pierry, Manuel Valderrama, María Eugenia Sandoval, Rosa Egnem y Carlos Aránguiz, quienes de forma unánime decidieron condenar al fisco. Una mirada que considere solamente las votaciones de los integrantes puede concluir apresuradamente que alguno de ellos se ha apartado de su tendencia a votar a favor del fisco, mostrada en los fallos anteriormente analizados, inclinándose hacia una justicia correctiva como visión de la responsabilidad al otorgarles a las víctimas una indemnización.

¹¹⁷ “Es aquel que para la atribución de significado a una disposición tiene en cuenta el contenido de otras normas, su contexto” (Ezquiaga, 1994, p. 16).

Pero un estudio del razonamiento seguido por la sentencia, muestra que no se ha producido un quiebre en la línea que han mantenido determinados ministros, pues sus argumentos, igual que los anterior fallos, mantienen sus preferencias dentro de un criterio de justicia distributiva. Esto se debe a que, al evaluar la falta de servicio, se realiza desde el punto de vista de la Administración estatal según las funciones que ha dispuesto el ordenamiento jurídico para su actuación con la capacidad que tenían en aquel momento para ejercer el rol para el cual fueron creados.

5. Caso Dichato (rol N° 24306-2016)

Luis Moscoso Ramírez, Rosalía Andrades Riveros, José Manuel Morales Mora y Noé Molina Castro se encontraban en la localidad de Dichato al momento de producirse el terremoto, quienes fueron alcanzados por la posterior ola que azotó la zona. Alegan los demandantes que producto de la información errada entregada por el Intendente, las dos primeras víctimas abandonaron las zonas de seguridad porque no existirían riesgos, mientras que los otros se quedaron en sus hogares al escuchar la entrevista radial.

En esta oportunidad, el fallo fue decidido por los Ministros María Eugenia Sandoval, Manuel Valderrama, Álvaro Quintanilla, Arturo Prado y Rosa Egnem, con voto disidente de esta última. Como en el caso anterior, también se analiza la concurrencia de la falta de servicio como elemento determinante para no dar por establecida la responsabilidad.

El fallo, utilizando el mismo razonamiento del tribunal de primera instancia, no dio lugar a la imputación de falta de servicio, aun cuando existía en aquel momento una “ausencia de mecanismos de comunicación o tecnología de un mayor nivel al que operaba la madrugada del cataclismo, puesto que ello depende de decisiones propias de la autoridad, fundadas en nociones de presupuesto y necesidad, las cuales no toca calificar al ente judicial” (Considerando quinto). Esto se debe a que el control judicial en materias de responsabilidad solo puede realizarse bajo un ‘deber de actuación en concreto’ analizando cuáles eran los medios humanos y materiales de que se disponía para cumplir un servicio.

Complementado con la definición de la falta de servicio que realiza el fallo antes expuesto, los deberes jurídicos de un servicio le son exigibles según las condiciones en las cuales este funcionaba al momento de ocurrirse los hechos. En el caso en comento, solo se encontraba Carabineros de Chile como representante del Estado en la zona, quienes actuaron según todos los protocolos existentes y los escasos

medios que tenían a su disposición dada la destrucción de bienes públicos y privados, cortes de electricidad y comunicación, además del caos generalizado en la población, entre otras circunstancias.

Por otro lado, la sentencia desestima los alegatos formulados en torno a la aplicación de las normas reguladoras de la prueba por considerar que más bien lo que los recurrentes argumentan es una disconformidad con la valoración probatoria y la construcción de presunciones judiciales que realizan los jueces de fondo y cuya facultad es privativa de estos, al implicar un proceso interno y subjetivo que no corresponde revisar vía recurso de casación.

Específicamente, en torno a la carga de la prueba, se niega la infracción de la norma “al establecer el sentenciador circunstancias fácticas negativas que se relacionan con un hecho que constituye el meollo de una de las aristas de la falta de servicio denunciada, estableciendo que era de cargo de la demandante acreditar aquellos hechos aseverados en la demanda, no ha invertido de modo alguno el onus probandi, ni ha exigido prueba respecto de hechos no controvertidos” (Considerando décimo). Abandonar las zonas de seguridad por la información entregada en la emisión radial de las autoridades, es un elemento constitutivo de la responsabilidad que recae sobre el demandante, y aun cuando solo se haya realizado una negación genérica de los hechos sin hacer una referencia directa de este en la contestación y réplica, los jueces no debe tenerlo por probado, marcando una diferencia importante de criterio realizada por los ministros en el caso Ovando.

El voto de minoría de la Ministra Rosa Egnem señala que debe anularse de oficio la sentencia impugnada, pues detecta una serie de omisiones determinantes, en cuanto a los presupuestos fácticos establecidos en la primera instancia, que permitían condenar al fisco, ya que se puede concluir la existencia de conductas exigibles a los organismos que dan lugar a una falta de servicio. Preliminarmente, es posible advertir que la ministra ha tomado una posición a favor de las víctimas al querer condenar al Estado por sus actos, pero a raíz de su argumentación se deja entrever que lo que existe realmente es una apreciación discordante sobre la capacidad que tenía la Administración para actuar concretamente en la situación con los medios disponibles para ello, en este caso la falta de servicio, lo que no diferiría en su concepción de justicia distributiva tal como ocurre en el caso Juan Fernández, el cual es además citado como sustento para su postura.

6. Caso Saqueos (rol N° 4029-2013 / N° 2839-2014 / N° 6143-2014 / N° 10065-2015)

Con posterioridad a la ocurrencia del terremoto y hasta el día 28 de febrero pequeños locales comerciales, de las zonas de San Pedro de la Paz, Coronel, Lota y Talcahuano, fueron saqueados y destruidos por una gran cantidad de personas dado el caos colectivo producido con posterioridad al sismo. Se demanda al Fisco por no disponer de las Fuerzas Armadas al momento en que la región del Bio fue declarada zona de catástrofe, sino que fue realizada en forma tardía por la autoridad. Esta omisión sería imputable como falta de servicio a la Administración, pues generó daños cuantiosos a los demandantes que pudieron haberse evitado con un actuar más diligente.

La composición de la tercera sala para conocer los casos es bien diversa, por lo que el siguiente cuadro mostrará los ministros integrantes para cada una de las sentencias con su respectiva votación. Se notará que nueve ministros votaron a favor del fisco; de estos, tres lo hicieron con prevención del voto de mayoría y solamente existe un voto de disidencia:

Ministros	Causas saqueos	
	acoge demanda responsabilidad	rechaza demanda de responsabilidad
Carreño		1
Piery		3
Sandoval		4
Muñoz	1	
Egnem		3 (con dos prevenciones)
Brito		2 (con una prevención)
Pfeffer		3 (con una prevención)
Prieto		1
Pfeiffer		1
Rodríguez		1

Cada una de las sentencias¹¹⁸ está estructurada en base a dos afirmaciones que le permiten llegar a concluir el rechazo del recurso de los demandantes: (1) la Ley N° 16.282 no facultaba al Presidente de la República para disponer de la intervención de las Fuerzas Armadas para restablecer el orden público

¹¹⁸ La sentencia bajo el rol N° 10065-2015 fue conocida mediante un recurso de casación en la forma por lo que su estructura difiere de las otras pero sus conclusiones no varían para rechazar la pretensión de los demandantes.

una vez declarada la zona de catástrofe; y (2) la intervención efectiva de estos, al momento ser declarado el Estado de Excepción Constitucional por el D.S. N° 153, fue dispuesta de forma tardía.

Sobre la primera afirmación señalada, se debe realizar una diferenciación entre la Ley N° 16.282 que fija disposiciones para casos de sismo o catástrofe y los estados de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública regulados en la Constitución y en una Ley Orgánica Constitucional con el objeto de analizar el rol de las Fuerzas Armadas que cabría en una u otra situación.

Bajo la Ley N° 16.282, se faculta en el artículo 1 al Presidente de la República a dictar un decreto supremo en el cual señalará las zonas afectadas por un sismo o catástrofe; conforme al artículo 3 podrá dictar nomas excepcionales para resolver los problemas de aquellas zonas declaradas de afectadas, como por ejemplo designar autoridades con atribuciones determinadas o disponer en comisión de servicio a funcionarios públicos o miembros de las Fuerzas Armadas, y, por último, el artículo 20 entrega un mandato a los Ministros del Interior y Defensa para elaborar un plan de trabajo con las Fuerzas Armadas y Carabineros ante situaciones de catástrofe para que puedan coordinar sus recursos humanos y materiales con los demás organismos públicos y privados que requieran apoyo.

Con relación al estatuto de los estados de excepción constitucional, regulados por la Constitución, en los artículos 39 y 41 se señala que el ejercicio de los derechos y garantías fundamentales solo puede afectarse cuando se ha producido una situación excepcional, siendo una atribución propia del Presidente de la República declararla si existe un estado de catástrofe en caso de calamidad pública. Como consecuencia de esto, las zonas afectadas quedarán a cargo de un Jefe de la Defensa Nacional que asuma el mando de las Fuerzas Armadas y de Orden y de Seguridad Pública que designe el Presidente de la República. El artículo 43 entrega facultades al Presidente para restringir ciertas libertades como para establecer limitaciones al derecho de propiedad o adoptar cualquier medida administrativa extraordinaria para restablecer la normalidad de la zona afectada. El artículo 45 dispone una prohibición a los tribunales de calificar los fundamentos y las circunstancias de hecho invocadas para decretar los estados de excepción, pero sobre medidas particulares que afecten derechos fundamentales se podrá interponer las acciones que correspondan.

Con la exposición de ambos estatutos, los ministros establecen una diferencia en la importancia que cabe a las Fuerzas Armadas entre ambas situaciones. En la Ley N° 16.282, las funciones de los organismos está orientada a realizar actividades de colaboración y coordinación en la prevención y reacción de los efectos de los sismos o catástrofes. Es decir, a la autoridad militar solamente le cabría

una labor de desarrollar las actividades de ejecución que determinen las autoridades civiles a las cuales se encuentra subordinada, teniendo solamente un rol auxiliar. Pero en los estados de excepción constitucional, al establecer la facultad del Presidente para nombrar a un Jefe de Defensa Nacional para las zonas afectadas, la regla se invierte, pasando la autoridad civil a subordinarse a la autoridad militar, tomando un rol protagónico de dirección y supervigilancia en las tareas que se requieran ante el contexto anormal en la jurisdicción establecida.

Dada la excepcionalidad de la situación, la delimitación de las competencias para las Fuerzas Armadas debe entenderse para aquello que expresamente se encuentra establecido por el texto legal, no siendo posible hacer extensible su aplicación a otros casos que los estrictamente permitidos. Ello, fundamentalmente porque la función de velar por el orden público naturalmente puede afectar el ejercicio de derechos constitucionales. Entonces, existiría una prohibición por analogía de las normas en cuestión por las cuales no sería posible entender que determinadas atribuciones incluidas en el estatuto de los estados de excepción constitucional serían igualmente aplicables a la Ley N° 16.282. Por ende, el Presidente de la República, al invocar esta última ley mediante un decreto supremo, no podía disponer que las Fuerzas Armadas velaran por el orden público al controlar los hechos ocurridos con posterioridad al terremoto y tsunami.

Respecto a la segunda afirmación, que la decisión de declarar el Estado de Excepción Constitucional constituiría una falta de servicio por haberse realizado de forma extemporánea, los ministros razonan, continuando con una argumentación de excepcionalidad de la legislación, que la aplicación de las normas comprendidas en este estatuto son una atribución exclusiva del gobierno pues deben adoptarse solo en casos de emergencia cuando concurren los requisitos establecidos para ello en la Constitución, y los tribunales no pueden calificar los fundamentos ni las circunstancias de hecho invocadas para decretarlos pues existe un límite divisorio a su control que son aquellos actos propiamente políticos. Se concluye de lo anterior que no es posible juzgar si existió una tardanza en decretar estado de excepción constitucional, por estar vedado su control a la jurisdicción.

Los Ministros Haroldo Brito y Rosa Egnem hicieron una prevención al rechazo del recurso, no en orden al análisis normativo de la concurrencia de la falta de servicio, sino que al haber desechado los jueces inferiores las pretensiones por no haberse acreditado la efectividad de los hechos alegados por los demandantes, aquellos que configuran los elementos de la responsabilidad, no pueden acoger el recurso, menos aún pretender que la Corte determine la existencia de los hechos, pues es una facultad privativa de los jueces de instancia la revisión y ponderación de la prueba presentada.

Por otro lado, el Ministro Sergio Muñoz fue el único en rechazar los argumentos de la mayoría concediendo el recurso presentado por los demandantes pues, en su opinión, las autoridades tenían el deber de adoptar de manera inmediata las medidas necesarias para que cesaran los efectos de los hechos excepcionales. Si bien en la Ley N° 16.282 no se contempla la facultad de disponer de las Fuerzas Armadas para velar por el orden público, el ordenamiento jurídico, en otras disposiciones, regula las atribuciones de las autoridades sobre esta materia debiendo disponer de los medios que sean necesarios con el fin de conservar el orden público. De esta forma, el artículo 24 de la Constitución entiende que uno de los objetivos principales del Presidente de la República es la conservación del orden público, y el artículo 32 n° 17 del mismo cuerpo legal regula, dentro de sus facultades especiales, la de disponer de las fuerzas de aire, mar y tierra, organizarlas y distribuirlas de acuerdo a las necesidades de la seguridad nacional.

Debido a estas disposiciones, las autoridades respectivas, al declarar como zona de catástrofe a la Región del Bio, incumplieron los deberes establecidos en la ley de disponer de la intervención de las autoridades militares, lo que resultó en medidas insuficientes que no fueron capaces de resistir las afectaciones de los bienes de la población. A su vez, esta decisión -no disponer la intervención de las autoridades militares- es condición suficiente y necesaria en la producción de los daños ocasionados ya que disponer de las Fuerzas Armadas podía acarrear una alta probabilidad de efecto disuasivo en los saqueos.

Por último, el voto disidente incorpora una argumentación sistemática de otras normas que determinan los deberes que se le han impuesto a la Administración, como la obligación que le corresponde al intendente en el resguardo del orden público de su jurisdicción de requerir el auxilio de la fuerza pública y adoptar las medidas necesarias para prevenir y enfrentar situaciones de emergencia, entre otros. Además, con los principios presentes en la LOCBGAE como la responsabilidad, eficiencia, eficacia y coordinación se buscan, entre otras cosas, resguardar la seguridad, salubridad y tranquilidad de los administrados, cuestión que no se produjo en la especie derivando en un daño para los demandantes.

Del análisis expuesto puede observarse como los ministros de la mayoría, mediante una argumentación excepcionalísima que prohíbe la analogía, adoptan una posición favorable al fisco que determina no haber existido un incumplimiento por parte del legislador, mientras que el voto disidente, por el contrario, utiliza una interpretación sistemática de las diversas normas del ordenamiento jurídico

para determinar que el fisco sí se encontraba en un deber legal de disponer de las Fuerzas Armadas y por tanto tener una posición favorable a las víctimas. Por último, las prevenciones realizadas mantienen la argumentación expresada en los fallos anteriores en torno a que no corresponde conocer por medio del recurso de casación la ponderación que realizan los jueces del fondo sobre las pruebas rendidas, pues es una facultad privativa de estos.

7. Resultados

Para exponer los resultados del análisis, se desagregarán las votaciones de cada uno de los ministros en el siguiente cuadro, que mostrará sí estuvieron por acoger o rechazar la demanda, y dentro de esta clasificación, si fueron parte de la mayoría o de la minoría del fallo:

Ministros	Casos 27f			
	acoge demanda responsabilidad		rechaza demanda de responsabilidad	
	mayoría	minoría	mayoría	minoría
Sandoval	1		6	
Pierry	1		4	1
Carreño			2	1
Pfeffer			4	
Egnem	1	1	5	
S. Muñoz	1	1		
Aránguiz	1	2		
A. Muñoz			2	
Ballesteros			2	
Prieto			3	
Valderrama	1		1	
Brito			2	
Cisternas			1	
Lagos	1			
Cerda	1			
Quintanilla			1	
Prado			1	

Pfeffier			1	
Rodríguez			1	
Total	8	4	36	2
	12		38	

Como puede observarse del cuadro, fueron 19 los ministros que participaron en el conocimiento de los casos estudiados. Si se considera que solamente fueron diez las sentencias analizadas con cinco firmantes cada una, se evidencia una alta variabilidad en la composición de la sala al momento de resolver los distintos casos; es decir, no hay estabilidad en la integración de esta sala que permita predecir sus votaciones y decisiones.

En el estudio, se contabilizan un total de 50 instancias de votos, si desglosamos cada sentencia en 5 votos. De estos, 38 rechazan las demandas deducidas en contra del fisco, mientras que 12 están por acoger las demandas. Así, se aprecia una tendencia general a tomar una posición favorable al fisco en los casos que se conocen como “responsabilidad del Estado por catástrofes naturales”.

Sobre la subclasificación referida a que si el voto fue parte de la mayoría o minoría de la sentencia, puede observarse que aquellas que forman parte de la mayoría suman 44 votos, mientras que la minoría suma 6 votos. Esto demuestra la baja probabilidad, por parte de los ministros, de realizar votos particulares que se aparten de la decisión mayoritaria que ha adoptado la sala.

Una conclusión apresurada sobre esta muestra podría llevar a la conclusión de que los 38 votos se sustentan en una concepción de justicia distributiva, en los términos explicados anteriormente, ya que optarían por una posición favorable al fisco, mientras que 12 votos tendrían una tendencia hacia la justicia correctiva, por votar a favor de los argumentos de las víctimas. Pero como ya se ha señalado, un mejor análisis del comportamiento judicial requiere dar un paso más allá y determinar cuáles son los argumentos utilizados en las sentencias que permitan realizar ciertas correcciones a una observación meramente cuantitativa.

De las 10 demandas presentadas para hacer efectiva la responsabilidad del Estado por situaciones de catástrofe, solamente dos son acogidas, el Caso Ovando y el Caso Juan Fernández, pero ambas muestran una línea argumental diametralmente opuesta para su concesión, lo cual puede ser útil para ordenar la forma en como los ministros han argumentado a favor de una u otra posición de teoría de la justicia.

El Caso Ovando, en su voto de mayoría suscrito por Sergio Muñoz, Carlos Cerda y Jorge Lagos, es un claro ejemplo de una posición, por parte de los ministros, que puede ser calificada como una tendencia correctiva o de fabricación de derechos individuales, ya que su razonamiento se basa en una argumentación pragmática de las reglas probatorias procesales aplicables. Como fue señalado en su oportunidad, al existir desventajas para recopilar los antecedentes, dada la naturaleza de los hechos alegados, no es posible exigir a las víctimas que logren acreditar determinados hechos, por lo que es deber del juez tener en cuenta otros elementos aportados en el juicio para dar por probados los presupuestos fácticos de la demanda. Este mismo razonamiento se encuentra en el voto de minoría de Carlos Aránguiz en el Caso Ruta Interportuaria, para quien en este tipo de circunstancias anormales no se puede extremar la carga probatoria. El argumento clave de esta posición sería el siguiente:

“es el parecer de esta Corte que no se aviene con el sentido común extremar la carga probatoria en circunstancias tan caóticas como las que –conocimiento adquirido- sucedieron a las catástrofes, como si entonces estuvieran dadas las condiciones para documentación burocrática propia de tiempos normales”.

Dentro de esta misma tendencia se debe incluir el voto de minoría del ministro Sergio Muñoz en el Caso Saqueos, aunque este centra su argumentación recurriendo a otros elementos, mediante una interpretación sistemática de diversas normas que rigen la actuación de las autoridades presentes al momento de los hechos, asistiéndoles una obligación legal que debe ser cumplida, pues de no ser así incurriría en falta de servicio, acercándose, de este modo, a una idea de fabricación de derechos que determina la culpa de la Administración.

La argumentación utilizada en el Caso Juan Fernández para recoger la demanda en contra del fisco difiere del Caso Ovando, ya que los ministros tuvieron en cuenta cuál era el deber jurídico que le cabía a los organismos del Estado en la situación, centrando el análisis del caso en la actuación de la Administración y no en la posición de la víctima:

“Tales reparticiones públicas no desarrollaron con eficacia las labores de prevención, coordinación y auxilio que el ordenamiento jurídico les había encomendado ante situaciones de catástrofe, todo lo cual permite afirmar que se incurrió en falta de servicio”

Dentro de esta misma tendencia se encuentra el Caso Dichato, ahora complementando la argumentación anterior, y rechazando la demanda por cuanto la Administración en el caso concreto no se encontraba con los medios disponibles para realizar su labor:

“La ausencia de mecanismos de comunicación o tecnología de un mayor nivel al que operaba [la Administración] la madrugada del cataclismo, puesto que ello depende de decisiones propias de la autoridad, fundadas en nociones de presupuesto y necesidad, las cuales no toca calificar al ente judicial”

El Caso Saqueos también sigue esta misma línea, al analizar si la Administración se encontraba obligada a enviar a las Fuerzas Armadas para controlar el orden público, y mediante una interpretación de prohibición de analogía la respuesta será negativa, rechazándose cada una de las demandas interpuestas.

Por tanto, estos argumentos muestran la forma en que es posible analizar un caso de responsabilidad del Estado desde la perspectiva de la determinación de culpa, adscribiendo en esta posición a los ministros que dieron sus votos en los casos anteriores. Cabe tener presente, que si bien Rosa Egnem emite un voto disidente en el Caso Dichato para acoger la demanda de las víctimas, su argumento se sustenta en el hecho que la Administración sí se encontraba capacitada para actuar con posterioridad al terremoto, por lo que se mantiene dentro del análisis de la determinación de culpa.

Por último, debe tenerse en cuenta los argumentos sobre la forma en cómo se entenderá la carga de la prueba utilizado en los Casos Ruta Interportuaria, en el voto de minoría del Caso Ovando y parte de la exposición del Caso Dichato. Si bien, estos no son propiamente un análisis de determinación de culpa, si demuestran una posición a favor del fisco en resolver los asuntos ya que, en contraposición a lo que fue señalado, los ministros sustentaron su posición en una interpretación literal de la norma, señalando que las víctimas deben probar los presupuestos fácticos de la responsabilidad:

“Este último precepto [el artículo 1689 del Código Civil] prescribe en su inciso primero que incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o éstas, de modo que su infracción se configura en la medida que el fallo altere el peso de la prueba, pues esta disposición impone imperativamente esta carga, como regla general, a quien alega la existencia de la obligación o su extinción.”

Cabe agregar que los mismos ministros que mantienen esta tendencia hacen un llamado de atención a aquellos que, al tomar una posición de fabricación de derechos, lo han hecho desde la perspectiva de las normas de la carga probatoria, mostrando una tensión entre los dos enfoques que pueden adoptar los jueces y la forma en como son argumentados:

“Los jueces de la instancia son soberanos para inferir de los antecedentes del proceso las presunciones que conducen a formar su convencimiento, de manera que no puede fundarse un recurso de casación en la circunstancia de haberlas deducido, no pudiendo esta Corte revisar el ejercicio de esa facultad”.

Entonces, una vez revisada las sentencias, siguiendo el voto de cada ministro y los argumentos utilizados, se pasará a clasificarlos según las categorías de justicia correctiva, o la responsabilidad como fabricación de derechos, y de justicia distributiva, o la responsabilidad como una determinación de culpa. Solamente se incorporarán aquellos ministros que han participado en dos o más votaciones ya que un solo fallo no demuestra una opción por una u otra tendencia.

En virtud de lo señalado, podemos constatar que aquellos ministros que tienden a resolver casos de responsabilidad del Estado conforme a una tesis de fabricación de derechos son Carlos Aránguiz y Sergio Muñoz adscribiéndose a una justicia correctiva. Con esto, ante similares casos sobre catástrofes naturales, tenderían a tomar una posición a favor de las víctimas votando por condenar al fisco a indemnizar los perjuicios.

Por otro, aquellos ministros que en sus fallos optan por realizar un análisis conforme a la determinación de culpa son María Eugenia Sandoval, Pedro Pierry, Héctor Carreño, Rosa Egnem, Emilio Pfeffer, Andrea Muñoz, Rubén Ballesteros, Alfredo Prieto, Manuel Valderrama y Haroldo Brito, por lo que son adscritos a una postura de justicia distributiva. Así, al evaluar los medios con los que contaba la Administración ante una situación de catástrofe, tenderían a ser más proclives, aunque no siempre, a votar a favor del fisco rechazando las demandas de las víctimas.

De esta forma, a través de un seguimiento de sentencias sobre un tema en particular en un tribunal en específico, es posible encontrar patrones en la selección de voto de los jueces, y los argumentos que estos utilizan para optar por este, permitiendo identificar ciertas preferencias en la toma de decisiones que no son visibles cuando tenemos a la vista solo un caso en particular, como lo es si acoger o no una demanda en contra del fisco.

Conclusión

El objetivo propuesto en este trabajo fue entregar un aporte a los pocos estudios existentes en Chile sobre el comportamiento judicial, con escaso interés en el medio nacional pero ampliamente utilizado en otros países, a través de un análisis de los argumentos utilizados por los ministros de la Tercera Sala de la Corte Suprema en sus sentencias.

En un país que tradicionalmente ha entendido la función judicial como la aplicación mecánica de la ley, fruto de la influencia formalista en la cultura jurídica, este tipo de investigaciones permite entregar una mirada diferente a la explicación sobre cómo un juez toma la decisión sobre un caso, teniendo en cuenta la multiplicidad de factores que pueden encontrarse al momento de interpretar el derecho.

En el primer capítulo, se expuso como el juez, inserto dentro de un diseño institucional determinado, puede ser inducido a actuar de cierta forma. Así, por un lado, una estructura altamente jerarquizada de la judicatura moldea las decisiones de los jueces inferiores, como también la configuración del sistema recursivo influye en cómo un tribunal tomará sus decisiones, por ejemplo, la Corte Suprema cuyo diseño vaciló entre ser un tribunal de derecho o ser un tribunal de instancia. Por otro lado, diferentes sucesos políticos que vive un país también forman el carácter de la función judicial, permitiendo que los jueces tomen ciertas posturas sobre los distintos acontecimientos, ya sea ocupando un rol de protector de ciertos intereses como también siendo deferente ante las actitudes de los otros poderes del Estado.

Desde otro punto de vista, como lo es la resolución de una materia determinada, el juez también puede encontrarse con una regulación más o menos amplia que le permita tener un margen de discrecionalidad al momento de juzgar un caso. Por lo anterior, se estudia en el capítulo segundo la responsabilidad del Estado, la cual, ante su baja densidad normativa a lo largo de los años, ha provocado que a partir de una misma regulación se puedan construir dos regímenes jurídicos diametralmente opuestos, como puede observarse de forma directa desde la constitución de 1980 en adelante.

Es precisamente este reducido espectro de disposiciones, que incide en una mayor discrecionalidad de los jueces al momento de resolver un asunto, que se seleccionaron sentencias de responsabilidad del Estado para determinar las preferencias que pueden optar los jueces en orden a acoger o rechazar una demanda en contra del fisco. Cabe señalar que como las causas sobre

responsabilidad han ido en aumento el tiempo, se acotó la investigación a un tema más específico y reciente, aquellas demandas interpuestas a propósito del terremoto ocurrido en Chile el 27 de febrero de 2010.

Si bien son múltiples las consideraciones que puede tener un juez para optar entre acoger o rechazar una demanda en contra del fisco, para este trabajo se ha distinguido entre dos visiones generales por las cuales puede variar la responsabilidad; por un lado, una justicia correctiva que entienda la responsabilidad del Estado desde la víctima y los derechos que le asisten, y por otro, una justicia distributiva que observa la responsabilidad desde el Estado y la determinación de la culpa según su actuación.

El estudio de las sentencias, a partir del modelo actitudinal, clasificó a los jueces en las dos categorías de responsabilidad identificadas, y aquello se conectó con el hecho de si acogían o rechazaban la demanda en contra del Estado. A partir de ello fue posible observar cómo las votaciones de los ministros los hacían encasillar en una categoría por sobre otra, algunos mayoritariamente votaban a favor del fisco y otros a favor de las víctimas, mostrando varios cierta regularidad en las decisiones.

Pero, además, el análisis se centró en la argumentación que era utilizada en cada voto por los ministros, pues la votación no siempre alcanza a definir correctamente en qué categoría se puede clasificar a un ministro, más aún en aquellos que no tuvieron una regularidad en la votación con relación a los efectos que la decisión producía para el disco. Lo anterior permitió realizar una nueva clasificación de los ministros que logró adscribir a que concepto de justicia puede optar un juez para fallar una causa sobre responsabilidad del Estado.

Ahora bien, debemos tener en cuenta que la aplicación de la metodología utilizada se muestra compleja en la Corte Suprema chilena debido a la existencia de una alta variabilidad en la integración de las salas que puede llegar a producirse en un lapsus corto de tiempo, lo que deriva en la baja probabilidad que un juez se repita para conocer la materia estudiada, dificultando el seguimiento regular de su votación.

Otra dificultad observada se refleja en la baja propensión a la disidencia en las votaciones de una sentencia, los casos tienden a ser decididos de forma unánime, dificultando la posibilidad de contrastar argumentos opuesto en un mismo caso. Esto deriva en que el análisis deba realizarse de forma más

amplia, mediante un estudio comparativo de aquellas sentencias que han resuelto casos en forma diversa, con la consiguiente posibilidad de errar en las circunstancias que explicarían las decisiones distintas.

Las complejidades descritas, si bien son ineludibles bajo el marco normativo y la práctica judicial chilena, no pueden considerarse un obstáculo para la realización de estos estudios del comportamiento judicial; por el contrario, la identificación de estos puede ser un llamado a buscar nuevas metodologías de investigación, acordes con la realidad chilena, que permitan entender como los jueces deciden las causas que llegan a su conocimiento, y no solo aquellas del máximo tribunal, sino que también de todos los tribunales del país.

Además, desarrollar estas investigaciones no solo permiten mantener una tabla estadística de las sentencias judiciales, sino que puede tener efectos prácticos importantes para la función judicial, ya sea logrando encontrar una cierta previsibilidad sobre la posible decisión que un tribunal pueda dictar, como también un efecto de política pública que identifique los aspectos en que está fallando la regulación procesal, o la propia conducta de los jueces, con el propósito de realizar las reformas normativas pertinentes.

Bibliografía

1. Libros y artículos:

- Aldunate, E. (2001), “La constitución monárquica del Poder Judicial”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXII, pp. 193-207.
- Amunategui, A. (2011), “El protagonismo político del Poder Judicial entre los años 1965 y 1973”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. XXXVI, pp. 619-663.
- Andreucci, R. (2011), “La Política y su Influencia en la Judicatura en Chile a través de la Corte Suprema”, en *Anales del Instituto de Chile. Estudios. La Política en Chile*. Tomo II. Volumen XXX, pp. 65-108.
- Aristóteles (1985). *Ética Nicomáquea – Ética Eudemia*. Editorial Gredos. España.
- Arteaga, Á. y González, B. (1986), “Corte Suprema: ¿tribunal de casación?”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 13, pp. 101-142.
- Atria, F. (2005), “Proceso Civil”, en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*. Número 2, pp. 249-353.
- Aylwin, P. (1946), “La responsabilidad del Estado”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo XLIII, marzo y abril, pp. 5-12.
- Barahona, J. (2010), “La cultura jurídica chilena: Apuntes históricos, tendencias y desafíos”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° XXXV, 2° semestre, pp. 427-448.
- Barrientos, J. (1993), “La fiscalización de los actos de gobierno en la época indiana y su desaparición durante la República”, en *Revista de Estudios Históricos Jurídicos*, XV, pp. 105-130.

- Barros, Enrique. (2005) “Justicia y eficiencia como fines del derecho privado patrimonial” en Estudios de Derecho Civil: Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Valdivia, Abril de 2005). Lexis-Nexis, Santiago.
- Barros, E. (2007). Tratado de responsabilidad extracontractual. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- Beladiez, M. (1997). Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento público. Editorial Tecnos. Madrid.
- Benesh, S.; Czarnecki, J. (2009), “The Ideology of Legal Interpretation”, en *Washington University Journal of Law and Policy*, vol. 29, pp. 113-132.
- Binder, A. (1998), “Transformación de la justicia penal y constitución: del programa político al programa científico”, en *Primer congreso nacional sobre la reforma del proceso penal*. Cuadernos de Análisis Jurídico. N° 39. UDP.
- Bocksang, G. (2014), “Responsabilidad del Estado por secuestros de bienes en la república chilena temprana”, en *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 41. N° 3, pp. 1049-1077.
- Bordalí, A. (2006a), “La Administración pública ante los tribunales de justicia chilenos”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 33. N° 1, pp. 17-36.
- Bordalí, A. (2006b), “El recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica”, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*. Vol. XIX. N° 2, pp. 205-228.
- Bordalí, A. (2007), “Principios de una nueva justicia administrativa en Chile”, en *La Justicia Administrativa*. Juan Carlos Ferrada coordinador. Lexis Nexis. Santiago, pp. 341-381.
- Brahm, E. (1990), “¿Jurisprudencia creativa? La Corte Suprema de Justicia, 1841-1860”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*. N° 16, pp. 555-566.

- Bravo, B. (1976), “Los estudios sobre la judicatura chilena en los siglos XIX y XX”, en *Revista de Derecho Público*. N° 19/20. Ene/Dic, pp. 89-116.
- Bravo, B. (2003), “La Corte Suprema de Chile 1823-2003, cuatro caras en 180 años”, en *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 30. N° 3, pp. 535-547.
- Carbonell, F. y Pardow, P. (2017), “Buscando al juez mediano: Estudio sobre la formación de coaliciones en la Tercera Sala de la Corte Suprema”. (Artículo en publicación).
- Carmona, E. (1972), “En Conchalí los jueces también son latifundistas”, en *Punto Final*. Año VI. N° 163. Santiago.
- Carocca, A. (1998), “Reflexiones sobre las funciones de la Corte Suprema”, en *Ius et Praxis*. vol. 4, pp. 189-219.
- Carrol, R. y Tiede, L. (2011), “Judicial Behavior on the Chilean Constitutional Tribunal”, en *Journal of Empirical Legal Studies*. Vol. 8, N° 4, pp. 856-877.
- Carvajal, H. (1940). *La Corte Suprema. Memoria de Prueba*, Universidad de Chile. Imprenta El Esfuerzo. Santiago.
- Cordero, L. (2010). *La responsabilidad de la Administración del Estado*. Segunda edición. Legal Publishing. Santiago.
- Cordero, L. (2012), “Corte Suprema y Medio Ambiente” ¿Por qué la Corte está revolucionando la regulación ambiental?, en *Anuario de Derecho Público*. UDP, pp. 359-375.
- Cordero, L. (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Legal Publishing Chile. Santiago.
- Cordero, L. (2016), “La década de oro del Derecho Administrativo o los años de los ‘sospechosos de siempre’”, en *El Mercurio Legal*, 2 de noviembre.
- Cordero, L. (2017) “De Marín a Pierry: veinte años de responsabilidad del Estado en la Corte Suprema”, en *Doctrina y enseñanza del Derecho Administrativo chileno: Estudios en homenaje*

- a Pedro Pierry. Juan Carlos Ferrada, Jorge Bermúdez y Osvaldo Urrutia editores. Ediciones Universitarias de Valparaíso, pp. 393-412.
- Corral, H. (2003). Lecciones de responsabilidad civil extracontractual. Editorial Jurídica de Chile. Santiago.
 - Correa, J. (1988), “La Cultura Jurídica Chilena en relación a la función judicial”, en *La Cultura Jurídica Chilena*. Agustín Squella editor. Corporación de Promoción Universitaria. Santiago, pp. 75-94.
 - Correa, J. (1999), “Cenicienta se queda en la fiesta. El poder judicial chilena en la década de los noventa”, en *El modelo chileno: democracia y desarrollo en los noventa*. Paul Drake e Iván Jaksic editores. LOM. Santiago, pp. 281-315.
 - Correa, J. I. y Vial, F. (1991), “Informe Final sobre Reformas al Sistema Judicial Chileno”, en *Proposiciones para la Reforma Judicial*. Eugenio Valenzuela coordinador. Centro de Estudios Públicos. Santiago, pp. 15-139.
 - Corte Suprema de Chile (1991), “Respuesta de la Corte Suprema al Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación”, en *Estudios Públicos*, N° 42, pp. 237-250.
 - Couso, J. (2007), “El rol uniformador de la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema: anatomía de un fracaso”, en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*. XX. N° 2, pp. 147-172.
 - Couso, J. y Mera, J. (2007), “El rol uniformador de la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema. Estudio empírico”, en *Ius et Praxis*. Año 13. N° 1, pp. 315-392.
 - De Ramón, A. (1989). La justicia chilena entre 1875 y 1924. Cuaderno de Análisis Jurídico, 12. Escuela de Derecho Diego Portales. Santiago.
 - Díaz, I. et al. (2015), “Seguimiento del precedente por los Ministros de la Corte Suprema en materia laboral. Análisis empírico del recurso de unificación de jurisprudencia chilena”, en *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*. Vol. 6. N°2, pp. 1-32.

- Duez, P. (1938). *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)*. 2 edición. Editorial Dalloz. Paris.
- Epstein, L. y Martin, A. (2014). *An Introduction to Empirical Legal Research*, Oxford, Oxford University Press.
- Epstein, L. y Night, J. (1998), *The Choices Justices make*, Washington DC, CQ Press.
- Epstein, L., Landes, W. y Posner, R. (2013). *The Behavior of Federal Judges. A theoretical and empirical study of rational choice*. Cambridge Mass, Harvard University Press.
- Eyzaguirre, C. (1991). *Las Leyes Cumplido: Análisis jurídico de la ley 19.049 que modifica diversos textos legales a fin de garantizar en mejor forma los derechos de las personas*. Ediciones Ediar-Conosur. Santiago.
- Ezquiaga, F. (1994), “Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional”, en *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. N° 1. Recuperado de <http://www2.scjn.gob.mx/red2/investigacionesjurisprudenciales/seminarios/2o-seminario-jurisprudencia/modulo-vii/04francisco-ezquiaga-argumentos-interpretativos.pdf>.
- Faivovich, J. (1967), “La reacción tiene santos en la corte”, en *Punto Final*, Año II, N° 38. Santiago.
- Faúndez, J. (2011). *Democratización, Desarrollo y Legalidad: Chile, 1831-1973*. Ediciones Universidad Diego Portales. Santiago.
- Ferrada, J. (2004), “La responsabilidad patrimonial de la administración del Estado: una breve revisión del estado actual de la discusión”, en *La responsabilidad patrimonial del Estado*. Juan Carlos Marín compilador. Editorial Porrúa. México, pp. 107-135.
- Ferrada, J. (2011a), “Los Tribunales que ejercen la justicia administrativa en el derecho chileno”, en *Litigación Pública*. Jaime Arancibia Mattar y otros, coordinadores. Thomson Reuters. Santiago, pp. 119-150.

- Ferrada, J. (2011b), “Los procesos administrativos en el derecho Chileno”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. XXXVI. 1er Semestre, pp. 251-277.
- Ferrada, J., Bordalí, A. y Cazor, K. (2003), “El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: Una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo”, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Valdivia*. Vol. XIV. Julio, pp. 67-81.
- Fiamma, G. (1989), “La acción constitucional de responsabilidad y la responsabilidad por falta de servicio”, en *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 16. N° 2, pp. 429-440.
- Flores, A. (2005), “Gobierno Judicial: El caso chileno. La reforma olvidada”, en *Revista de Estudios de la Justicia*. N° 6, pp. 127-145.
- Fruhling, H. (1980), “Poder Judicial y política en Chile”, en *Contribuciones*. Ponencia presentada a la V Conferencia Latinoamericana de Derecho y Desarrollo, San José de Costa Rica. Programa FLACSO. N° 3. Santiago, pp. 1-40.
- García, J. y Verdugo, S. (2013a). *Activismo judicial en Chile ¿Hacia el gobierno de los jueces?*. Ediciones Libertad y Desarrollo. Santiago.
- García, J. y Verdugo, S. (2013b), “Activismo judicial. Un marco para la discusión”, en *Revista Jurídica del Perú*. Tomo 153, pp. 63-82.
- García de Enterría, E. y Fernández, T. (2013). *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. Decimotercera Edición. Editorial Civitas. Madrid.
- Góngora, M. (1981). *Ensayo histórico sobre la noción de Estado de Chile en los siglos XIX y XX*. Ediciones La Ciudadela. Santiago.
- Horvitz, M. I. y López, J. (2002). *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago.

- Horvitz, M. I. (2007), “Independencia de los jueces y estructura judicial”, en *La Judicatura como organización*. Javier Couso y Fernando Atria editores. Santiago, Expansiva, pp. 125-141.
- Horvitz, M. I. (2008), “Acerca de la garantía del condenado de recurrir en contra de la sentencia condenatoria”, en *Informes en derecho. Doctrina procesal penal 2008*. Centro de Documentación Defensoría Penal Pública. N° 6, pp. 9-25.
- Humeres, H. (2009), “Principio y estructura del nuevo procedimiento laboral”, en *Los Martes al Colegio*. Colegio de Abogados de Chile A.G., Santiago.
- Illane, O. (1966), “La Corte Suprema de Justicia de Chile”, en *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*. Vol. 7. N° 2, pp. 309-318.
- Larraín, B. (2002), “La labor judicial en la cultura jurídica: Una visión comparada”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. N° 20. Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, pp. 529-549.
- Letelier, R. (2002), “Un estudio de efectos en las características de la responsabilidad extracontractual del Estado”, en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*. N° 6, pp. 148-187.
- Letelier, R. (2012), “A modo de presentación. La falta de servicio. Aciertos y desafíos pendientes” en *La falta de servicio*. Raúl Letelier coordinador. Legal Publishing Chile. Santiago, pp. 1-26.
- Letelier, L. (2010), “Descentralización del Estado y terremoto: El caso de Chile”, en *Revista Chilena de Administración Pública*. N° 15-16, pp. 19-38.
- Long, Weil, y otros. (2000). *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*. Edición Librería del Profesional. Bogotá.
- Marshall, E. (1947). *El recurso de inaplicabilidad*. Memoria de Prueba, Universidad de Chile. Santiago.

- Martínez, J. (2001), “La responsabilidad patrimonial del Estado por infracción al principio de igualdad y al derecho de propiedad”, en *Derecho de Daños*. LexisNexis, pp. 171-201.
- Maturana, C. (2010), “¿Presencia del recurso de casación en Chile durante el siglo XXI?”, en *Revista de Estudios de la Justicia*. N° 12, pp. 315-349.
- Maturana, F. (01 de febrero de 2017), “Trump fortalece sector conservador en la Corte Suprema con la designación de juez Neil Gorsuch”. *El Mercurio*, p. 4.
- Matus, A. (2016). *El libro negro de la justicia chilena*. Ediciones B Chile S.A. Santiago.
- Macveety, N. (ed.) (2003). *The Pioneers of Judicial Behavior*. Michigan. The University of Michigan Press.
- Mir, O. (2001), “La responsabilidad de la Administración en Italia y España o la necesaria convergencia entre dos sistemas contrapuestos”, en *Revista de Administración Pública*. N° 156, septiembre-diciembre, pp. 471-501.
- Mir, O. (2002). *La responsabilidad patrimonial de la administración*. Editorial Civitas. Madrid.
- Moulian, T. (1997). *Chile Actual. Anatomía de un Mito*. LOM Ediciones. Santiago.
- Munita, R. (1968). *Estudios críticos sobre el recurso de queja*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago.
- Navarro, E. (1988). *La Judicatura Chilena del Absolutismo Ilustrado al Estado Constitucional. Memoria de Prueba*. Facultad de Derecho Universidad de Chile. Santiago
- Navarro, E. (2007), “Notas sobre el rol de la Corte Suprema en Chile”, en *La Judicatura como organización*. Javier Couso y Fernando Atria editores. Santiago, Expansiva, pp. 143-158.
- Novoa, E. (1970), “Justicia de clase”, en *Revista Mensaje*, N°187, Marzo-Abril. Santiago.
- Novoa, E. (1992). *Los resquicios legales*. Ediciones BAT S.A. Santiago.

- Ossenbühl, F. (1996), “La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en la República Federal de Alemania”, en *Propiedad, expropiación y responsabilidad*. Editorial Tecnos. Madrid, pp. 931-953.
- Paillet, M. (2001). La responsabilidad administrativa. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.
- Palacios, J. (28 de abril de 2017), “El historial pro empresa del nuevo ministro de la Suprema”. *Pulso*. Recuperado de <http://www.pulso.cl/economia-dinero/historial-pro-empresa-del-nuevo-ministro-la-suprema/>.
- Pantaleón, F. (2000), “Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas”, en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*. Año 1. N° 2, pp. 78-95.
- Pantoja, R. (1994). El Derecho Administrativo: Clasicismo y Modernidad. Editorial Jurídica de Chile. Santiago.
- Pardow, P. y Verdugo, S. (2015), “El Tribunal Constitucional chileno y la reforma de 2005. Un enfoque entre jueces de carrera y académicos”, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Valdivia*. Vol. XXVIII. Junio, pp. 123-144.
- Peña, C. (1997). Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales. Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Colección Estudios, N° 5.
- Pfeffer, E. (2004), “La acción constitucional de protección y su regulación: situación actual y prospectiva”, en *Estudios Constitucionales*. Año 2. N° 1. Centro de Estudios Constitucionales, pp. 159-174.
- Pierry, P. (1976), “La responsabilidad extracontractual del Estado”, en *Anuario de Derecho Administrativo*. Ediciones Revista de Derecho Público. Universidad de Chile. Santiago, p. 471-502.

- Quintanilla, A. (2000), “¿Responsabilidad del Estado para actos lícitos?”, en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*. Año 1. N° 1, pp. 41-66.
- Rojas, M. (2010), “El rol de la Corte Suprema en el proyecto del nuevo Código Procesal Civil”, en *Revista Actualidad Jurídica*. N° 22. Julio, pp. 315-360.
- Romero, A. (2004). *La jurisprudencia de los tribunales como fuente del derecho (Una perspectiva procesal)*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago.
- Salinas, C. (1989), “Portales y la Judicatura”, en *Portales, el hombre y su obra. La consolidación del gobierno civil*. Bernardino Bravo editor. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, pp. 199-233.
- Santamaría, J. (1999). *Principios de Derecho Administrativo*. Tomo II. Editorial Ceura. Madrid.
- Segal, J. (2009). “Judicial Behavior”, en *The Oxford Handbook of Law and Politics*, pp.19-32.
- Segal, J., Spaeth, H. (2002). *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Solum, L. (2011), “What is originalism? The evolution of contemporary originalist theory”, en *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*. Recuperado de <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1353>
- Soto, E. (1982). *El Recurso de Protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia*. Primera Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago.
- Soto, E. (1996a), “El Derecho Público ¿Por qué tan desconocido?”, en *Derecho Administrativo: Bases Fundamentales*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, pp. 21-34.
- Soto, E. (1996b), “La responsabilidad del Estado. Un retorno a la idea clásica de restitución” en *Derecho Administrativo: Bases Fundamentales*. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, pp. 244-280.

- Soto, P. (2016), “Responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (Corte Suprema), en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*. Vol. XXIX. N° 1, pp. 331-335.
- Squella, A. (2001). *Filosofía del Derecho*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago.
- Tapia, J. y Cordero, L. (2015), “La revisión judicial de las decisiones regulatorias: Una mirada institucional”, en *Estudios Públicos*. N.º 139, pp. 7-66.
- Turner, S. (2002), “Los Tribunales de Familia”, en *Revista Ius et Praxis*. Vol. 8. N° 2. Talca, pp. 413-443.
- Valdivia, J. M. (2004), “La responsabilidad de la administración del Estado en Francia”, en *La responsabilidad patrimonial del Estado*. Juan Carlos Marín editor. Editorial Porrúa. México, pp. 53-105.
- Valdivia, J. M. (2012), “Orígenes de la noción de falta de servicio”, en *La falta de servicio*. Raúl Letelier coordinador. Legal Publishing Chile. Santiago, pp. 29-43.
- Valenzuela, E. (coord.). (1991). *Proposiciones para la reforma judicial*. Centro de Estudios Públicos. Santiago.
- Vargas, J. (2014), “Nombramiento y promociones judiciales: ¿Es realmente la política el problema?”, en *Anuario de Derecho Público*. Universidad Diego Portales, pp. 140-162.
- Wade, H. W. R. (1971). *Derecho Administrativo*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid.
- Westermeyer, F. (2003), “Notas para un estudio de la evolución de la judicatura”, en *Derecho y Humanidades*, N° 9, pp. 249-260.
- Zapata, P. (2007), “La función judicial en Chile”, en *La Judicatura como organización*. Javier Couso y Fernando Atria editores. Santiago, Expansiva, pp. 83-94.

- Zorrilla, E. (1942). Esquema de la justicia en Chile Colonial. Memoria de Prueba. Colección de Estudios y Documentos para la Historia del Derecho Chileno, Universidad de Chile. Santiago.

2. Jurisprudencia nacional:

- Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de octubre de 1906. *RDJ* T. 4, sección 2, p. 42. “Morán con Fisco de Chile”.
- Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de enero de 1908, *RDJ* T. 5, sección 2, p. 55. “Sociedad Fuschs y otros con Fisco de Chile”.
- Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 49.556-1995, 21 de septiembre de 1995, “Béraud con Fisco de Chile”.
- Corte Suprema, 5 de junio de 1889. *GT* año 49, sentencia N° 5.185. “Ábalos con Fisco de Chile”.
- Corte Suprema, 8 de enero de 1930, *RDJ* T.27, sección 1, p. 744. “Lapostol con Fisco de Chile”.
- Corte Suprema, 11 de octubre de 1938, *RDJ* T. 36, sección 1, p. 277. “Mario Granja con Fisco de Chile”.
- Corte Suprema, 15 de noviembre de 1941, *RDJ* T. 39, sección 1, p. 343. “Rettig con Fisco de Chile”.
- Corte Suprema, 17 de noviembre de 1944, *RDJ* T. 42, sección 1, p. 392. “Aqueveque con Fisco de Chile”.
- Corte Suprema, 5 de junio de 1954, *RDJ* T. 52, 1965, sección 1, p. 6. “Becker con Fisco de Chile”.
- Corte Suprema, 24 de marzo de 1981, *RDJ* T. 78, sección 5, p. 40-42. “Tirado con Municipalidad de la Reina”.
- Corte Suprema, 7 de agosto de 1984, *RDJ* T. 81, sección 5. “Galletué con Fisco”.

- Corte Suprema, 28 de julio de 1987, *RDJ* T. 84, sección 5. “Hexagon con Fisco de Chile”.
- Corte Suprema. 11 de abril de 2001. *GJ* año 2001, sentencia N° 250, p. 78.
- Corte Suprema, Rol N° 4753-2001, 15 de mayo 2002. “Domic Bezic con Fisco de Chile”.
- Corte Suprema, Rol N° 1290-2002. 30 de abril de 2003. “Hernández Espinoza con Servicio de Salud de Concepción”.
- Corte Suprema, Rol N° 371-2008. 30 de julio de 2009. “Seguel Cares con Fisco de Chile”.
- Corte Suprema, Rol N° 3172-2008. 19 de enero de 2010. “Inmobiliaria Hacienda Lleu S.A. y otro con Fisco de Chile”.
- Corte Suprema, Rol N° 6322-2010. 10 de agosto de 2012. “Méndez con Municipalidad de Providencia”.
- Corte Suprema, Rol N° 1250-2012. 23 de enero de 2013. “Soto Morales con Fisco de Chile”
- Corte Suprema, Rol N° 10.156-2010. 07 de mayo de 2013. “Lizana con Municipalidad de Puente Alto”.
- Corte Suprema, Rol N° 1629-2013. 18 de diciembre de 2013. “Valenzuela con Fisco de Chile”.
- Corte Suprema, Rol N° 4029-2013. 24 de diciembre de 2013. “Campos con Fisco de Chile”.
- Corte Suprema, Rol N° 16885-2013. 29 de abril de 2014. “Fonseca con Fisco de Chile”.
- Corte Suprema, Rol N° 16920-2013. 29 de abril de 2014. “Contreras con Fisco de Chile”.
- Corte Suprema, Rol N° 2839-2014. 12 de septiembre de 2014. “Guzmán con Fisco de Chile”.
- Corte Suprema, Rol N° 6143-2014. 12 de septiembre de 2014. “Aravena y otros con Fisco de Chile”.

- Corte Suprema, Rol N° 11.857-2014. 30 de octubre de 2014. “Fernández y otros con Servicio de Salud Arica”.
- Corte Suprema, Rol N° 4390-2015. 02 de junio de 2015. “Espinoza Marfull con Fisco de Chile”.
- Corte Suprema, Rol N° 10065-2015. 09 de marzo de 2016. “Grandon y otros con Fisco de Chile”.
- Corte Suprema, Rol N° 32262-2015. 07 de junio de 2016. “Oñate con Fisco de Chile”.
- Corte Suprema, Rol N° 24306-2016. 04 de octubre de 2016. “Moscoso con Fisco de Chile”.

3. Jurisprudencia internacional:

- “District of Columbia v. Heller”: (2008) 554 U.S.
- “Obergefell v. Hodges”: (2015) 576 U.S.