



La responsabilidad extracontractual del Estado por los daños causados dentro de las cárceles

Tesis en cotutela doctoral – 2021

Programa de Doctorado en Derecho

Facultad de Derecho – Universidad de Chile (Chile)

&

Programa de Doctorado Interuniversitario en Derecho, Economía y Empresa

Facultad de Derecho – Universitat de Girona (España)

Doctorando

Gustavo Poblete Espíndola

Directores

Dr. Raúl Letelier Wartenberg (Universidad de Chile)

Dr. Diego M. Papayannis (Universitat de Girona)

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS	7
INTRODUCCIÓN	9
1. Delimitación conceptual.....	9
1.1. La responsabilidad extracontractual del Estado	9
1.2. La actividad penitenciaria	12
2. Presupuestos metodológicos	13
2.1. Problema, hipótesis y objetivos de la investigación.....	14
2.2. Metodología aplicativa del derecho administrativo	15
2.3. Estructura de la tesis doctoral.....	16
3. Límites del argumento.....	19
CAPÍTULO I. Alcances, problemas y proyecciones de la falta de servicio en la Administración Penitenciaria	23
1. Presentación	24
2. El sistema de responsabilidad extracontractual del Estado chileno	25
2.1. Responsabilidad constitucional, objetiva e imprescriptible	26
2.2. Responsabilidad legal, subjetiva y prescriptible	30
3. Responsabilidad del Estado por falta de servicio	32
3.1. Origen jurisprudencial de la falta de servicio.....	32
3.2. Concepto de la falta de servicio	35
3.3. El estándar de la falta de servicio.....	37
3.3.1. Obligaciones legales y reglamentarias	38
3.3.2. Actuaciones razonales.....	39
3.4. La falta personal	41
4. Problemas generales de la responsabilidad extracontractual del Estado.....	44
4.1. La indeterminación de la falta de servicio.....	44
4.2. La insatisfactoria especificación de la falta de servicio	49
5. Dos propuestas para demarcar la falta de servicio de la Administración Penitenciaria	53
5.1. El derecho de daños en la responsabilidad del Estado por falta de servicio	54
5.2. El análisis de los componentes de las relaciones penitenciarias	59
5.2.1. Derechos y deberes penitenciarios	59

5.2.2. El interés público de la resocialización	62
6. Recapitulación.....	64
CAPÍTULO II. El derecho de daños en la responsabilidad del Estado por falta de servicio	67
1. Presentación	68
2. La Teoría de los Ilícitos Estatales en el pensamiento de Peter CANE.....	71
2.1. Estructura normativa	71
2.2. Componentes.....	72
2.3. Propósitos.....	74
3. Estructura normativa en la responsabilidad extracontractual del Estado	76
3.1. Los participantes en la responsabilidad pública	77
3.2. La relación entre Estado y funcionario público.....	81
3.3. El argumento del <i>respondeat superior</i>	83
4. La igualdad en la responsabilidad extracontractual del Estado.....	89
4.1. Los modelos de justicia aristotélicos.....	89
4.2. Justicia correctiva y justicia distributiva en la TIE.....	93
4.3. Equilibrio entre partes jurídicamente desiguales.....	96
5. La convergencia instrumental del derecho de administrativo y el derecho de daños.....	101
5.1. Paradigmas del derecho público: entre el derecho civil y el derecho penal.....	102
5.2. Deberes derivados de la responsabilidad por rendición de cuentas (<i>accountability</i>)...	103
6. Recapitulación.....	107
CAPÍTULO III. El estándar de diligencia en la responsabilidad extracontractual del Estado	110
1. Presentación	111
2. La construcción de un estándar de diligencia administrativo: una propuesta metodológica	113
2.1. El modelo de ATIENZA y RUIZ MANERO	114
2.2. Dos sentidos de responsabilidad.....	118
2.3. Actuaciones materiales y discrecionalidad.....	120
3. El alcance de las actuaciones administrativas	122
3.1. El principio de legalidad en las actuaciones administrativas	122
3.2. Funciones y obligaciones de la Administración Pública.....	125
4. Los deberes de la Administración Pública	131
4.1. La relación entre deberes generales y deberes específicos.....	131
4.2. La discrecionalidad en el marco de los deberes del derecho público.....	135
5. La falta de servicio como estándar de diligencia de la Administración Pública	140
5.1. Espacios regulados	140

5.2.	Espacios no regulados	144
5.2.1.	El interés público.....	144
5.2.2.	Las acciones discrecionales.....	147
5.2.3.	El límite de la razonabilidad.....	150
6.	Recapitulación.....	155
CAPÍTULO IV. Los deberes de la Administración Penitenciaria.....		159
1.	Presentación	160
2.	Las relaciones jurídicas penitenciarias.....	161
2.1.	Origen y evolución de las relaciones de sujeción especial.....	162
2.2.	La estructura de las relaciones jurídicas penitenciarias.....	165
2.3.	Críticas a las relaciones penitenciarias basadas en la sujeción especial.....	168
3.	Desventajas de las personas privadas de libertad.....	171
3.1.	La subordinación estatal.....	172
3.2.	La cárcel como una cuestión pública	177
3.3.	La exclusión social.....	178
4.	Hacia un estándar de diligencia igualitario	180
4.1.	El alcance punitivo de la privación de libertad	180
4.1.1.	La legalidad en la ejecución penal	181
4.1.2.	La finalidad resocializadora	183
4.2.	Umbral de exigencia en las relaciones penitenciarias.....	185
4.2.1.	Deberes de custodia.....	186
4.2.2.	Deberes de resguardo	188
5.	Criterios jurisprudenciales para un estándar de diligencia penitenciario	189
5.1.	Criterio de la prevención.....	190
5.2.	Criterio del auxilio adecuado	191
5.3.	Criterio igualitario.....	192
5.3.1.	Protección jurídica diferenciada.....	194
5.3.2.	Situaciones agravadas dentro de la cárcel	197
6.	Recapitulación.....	200
CAPÍTULO V. Los daños injustos causados por la Administración Penitenciaria.....		202
1.	Presentación	203
2.	El daño en la actividad penitenciaria.....	203
2.1.	Los daños injustos	204
2.2.	Los daños indemnizables	210
3.	El nexo causal en la actividad penitenciaria.....	211

3.1.	Elemento fáctico: conditio sine qua non en derecho administrativo	213
3.2.	Elemento normativo	216
3.2.1.	Imputación del daño según la finalidad de la actividad penitenciaria	216
3.2.2.	Imputación de los daños consecuentes a la Administración Penitenciaria.....	218
4.	Los daños causados dentro de las cárceles	221
4.1.	Daños causados directamente por la Administración Penitenciaria	221
4.2.	Daños causados indirectamente por la Administración Penitenciaria.....	226
4.3.	Autolesiones	228
4.3.1.	Autolesiones graves.....	229
4.3.2.	Suicidios	235
5.	Causales de exoneración de responsabilidad en la actividad penitenciaria.....	243
5.1.	Culpa de la víctima.....	243
5.2.	Fuerza mayor o caso fortuito.....	244
6.	Recapitulación.....	247
CONCLUSIONES		250
1.	Los dilemas de la responsabilidad extracontractual del Estado	250
2.	La influencia del derecho de daños en la responsabilidad del Estado por falta de servicio	252
3.	La construcción del estándar de diligencia en la responsabilidad del Estado	253
4.	Las particularidades de la falta de servicio en la actividad penitenciaria.....	255
5.	Los daños injustos atribuidos a la Administración Penitenciaria.....	256
BIBLIOGRAFÍA		259
JURISPRUDENCIA		269
LEGISLACIÓN		271

AGRADECIMIENTOS

La tesis doctoral presenta los resultados de una investigación que duró seis años. Comienza en marzo de 2016 con el ingreso al Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Chile y que se consolida en una cotutela doctoral en septiembre de 2019 con la admisión en el Programa de Doctorado en Derecho, Economía y Empresa de la Universitat de Girona. Todo bajo el financiamiento del Programa de Formación de Capital Humano Avanzado CONICYT (actualmente ANID).

En el transcurso de esos años, algunos fragmentos de la tesis fueron discutidos en distintas instancias académicas que dejaron al descubierto la generosidad infinita de un grupo importante de personas para comenzar, consolidar y finalizar la travesía doctoral. En este orden de cosas, quisiera agradecer en primer lugar a Raúl Letelier y Diego M. Papayannis por el constante apoyo y paciencia en el intercambio de ideas de la tesis dirigida por ellos. Cada crítica, comentario y consejo mejoraron sustantivamente los argumentos de la investigación.

Agradezco al Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Chile por el esfuerzo desplegado en la formación académica que entrega a sus investigadores. En especial, a Flavia Carbonell, quien como coordinadora académica desempeñó una labor destacada para que la presente tesis se defienda en un régimen de cotutela doctoral. A José Miguel Valdivia, Enrique Barros, Claudia Cárdenas, Juan Pablo Mañalich, Carlos Dorn, Luis Cordero y Cristian Banfi, les doy las gracias por los valiosos comentarios que hicieron sobre los avances de tesis que presenté en los seminarios de investigación. Agradezco a Ezio Costa, Claudia Rodrigo, José Sánchez y Daniela Ejsmentewicz, por la compañía brindada en un camino que habitualmente es solitario; fueron vitales para confirmar convicciones en momentos de oscuridad.

También agradezco a la Cátedra de Cultura Jurídica de la Universitat de Girona. La investigación no hubiese terminado en las mismas condiciones, sin los múltiples e inagotables seminarios que sostiene el grupo de filosofía del derecho. A Jordi Ferrer, Carmen Vázquez, Pablo Navarro, Laura Manríquez, Carolina Fernández, Edgar Aguilera, Carlo Vittorio, Marco Segatti, Renzo Cavani, Esteban Pereira, Lucila Fernández, Jorge Baquerizo, Emma Calderón, Margarita Martínez, Piero Mattei-Gentili, Alexander Vargas, Santiago Sánchez, Marianela Delgado y Sebastián Rebolledo, les agradezco las agudas observaciones en los seminarios de investigación y por haberme permitido ser parte de un grupo tan virtuoso, en un ambiente de trabajo que todo investigador desea tener. Hicieron posible que mi estadía en Girona fuese la etapa más importante en este largo proceso. De manera especial, agradezco a Diego Dei Vecchi por todas las lecturas recomendadas para amoblar conceptualmente mi cabeza y encausar algunos tramos de la tesis. Todos esos consejos fueron, en menor medida, retribuidos en variadas conversaciones en El Irlandés.

Fuera de estos espacios, hubo personas que influyeron sustantivamente en este camino doctoral. Agradezco a Hugo Seleme por haber creído en un incipiente investigador y patrocinar mi ingreso al doctorado en Chile; a Andrea Lucas por ayudarme a conciliar los tiempos de estudios doctorales con las labores en el Heidelberg Center para América Latina; a Miriam Henríquez, quien me ha formado como ayudante, instructor y ahora docente en la Universidad Alberto Hurtado; a Claudio Agüero por los consejos desde mucho antes que todo esto comenzara. El Mosquito, el Café 202 y Torremolinos fueron testigos de largas y genuinas conversaciones sobre la forma y fondo de los capítulos de la tesis. He intentado recoger cada uno de esos comentarios. A Felipe Oyarzún y Carolina Meza, agradezco cada lectura y comentario de algunos pasajes de la tesis, tanto en seminarios como en borradores que ayudaron a mejorar la versión final. Esto no hizo más que reforzar la amistad sincera que hemos construido durante años, más aún, cuando nuestras vidas coincidieron en España por razones netamente académicas. El deseo de dar siempre un paso más allá nos unió para proseguir cada uno con sus proyecciones personales en una misma latitud.

Por último, el agradecimiento más importante es para mi madre Doris, mi padre Manuel, mi hermana Fabiola y mi abuela María. Durante todos estos años, incluso a la distancia, han sabido acompañarme en cada etapa de este ciclo doctoral. Nada de esto hubiese sido posible sin su profundo e incondicional amor.

INTRODUCCIÓN

Para establecer los alcances de una investigación resulta indispensable delinear su marco conceptual y fijar los presupuestos metodológicos sobre los cuales descansará. La presente tesis se ubica en un lugar donde confluyen dos grandes temas: la responsabilidad extracontractual del Estado¹ y la actividad penitenciaria.² El análisis de cada ámbito por separado permitirá dilucidar la manera correcta de aplicar la responsabilidad del Estado por falta de servicio cuando se producen daños en contra de las personas privadas de libertad. La aproximación adoptada intenta encausar la explicación de cómo se tiene que ejercer el control judicial cuando se presentan casos en que una de las partes se encuentra en una posición desaventajada respecto del Estado.

1. Delimitación conceptual

La responsabilidad extracontractual del Estado es un área en la cual se distribuyen cargas. El daño generado por la interacción entre agentes públicos y privados implica que los tribunales resuelvan estos conflictos utilizando criterios jurídicos y extrajurídicos. En la actividad penitenciaria, este ejercicio resulta complejo porque la relación jurídica en este contexto presenta un componente contextual que acentúa la desigualdad entre la Administración Penitenciaria y la población penal.

1.1. La responsabilidad extracontractual del Estado

El cambio de paradigma de la responsabilidad que recae sobre las actuaciones estatales permea en distintas esferas del derecho. Esto supone que la responsabilidad del Estado pueda

¹ En adelante, me referiré en los mismos términos cuando haga uso de las expresiones responsabilidad extracontractual del Estado, responsabilidad del Estado, responsabilidad estatal y responsabilidad pública.

² En adelante, me referiré en los mismos términos cuando haga uso de las expresiones actividad penitenciaria y ámbito penitenciario.

ser analizada desde diferentes perspectivas que dependen de la finalidad perseguida. De esta manera, la responsabilidad internacional vela porque el Estado cumpla con sus obligaciones en el marco de los tratados internacionales sobre derechos humanos celebrados por Chile³; la responsabilidad política supone el incumplimiento de las funciones públicas mandatadas a determinadas autoridades⁴; mientras que la responsabilidad administrativa involucra el desempeño de los funcionarios públicos que pertenecen a la Administración Pública y son sancionados.⁵

El marco de la presente investigación se centra en la responsabilidad que se origina cuando los daños son causados por el Estado. Se trataría de una responsabilidad civil del Estado, porque la finalidad de accionar en contra de éste es la compensación económica de un perjuicio que la víctima injustamente ha sufrido. Este punto de partida involucra una interacción involuntaria entre la Administración Pública y la ciudadanía. La particularidad de esta relación es que el poder estatal puede intervenir en los planes de vida de las personas para satisfacer el interés general de la sociedad. Por lo tanto, la complejidad para enfrentar este tipo de responsabilidad reviste dos grandes dificultades: la vinculación con el derecho de daños y la indeterminación de la noción *falta de servicio*.

Por lo general, en los juicios de responsabilidad por culpa se presenta una serie de etapas que tienen que ser evaluadas por los tribunales. Según la influencia que tiene el derecho civil sobre el derecho administrativo en esta materia, los elementos que componen el juicio de responsabilidad sería la falta de servicio, el daño y el nexo causal. Respecto de la falta de servicio, resulta importante destacar que lo evaluado es el grado de cumplimiento de una obligación impuesta a una determinada repartición pública. Si los tribunales estiman que se cumple con el mandato la actuación se declara diligente, por el contrario, si no se cumple con el mandato la actuación sería catalogada como negligente. En cuanto a los daños y el nexo causal, la evaluación respecto del ámbito civil no varía sustantivamente. Los perjuicios son tales en la medida que el administrado no tenga la obligación jurídica de soportarlos,

³ Sobre los elementos materiales y temporales que se deben evaluar para declarar el incumplimiento de las obligaciones estatales en este ámbito, véase CRAWFORD (2013): 215-273.

⁴ El ejemplo chileno sería la acusación constitucional. La dimensión política de esta institución haría que el Congreso actuara como garante de la supremacía constitucional. Para ahondar sobre esta vinculación, véase la propuesta de SILVA (2017): 231-242.

⁵ En estos términos, véase CORDERO (2014): 399-439.

mientras que el nexo causal se determina en razón de que la actuación negligente del Estado produjo daños injustificados en la persona del afectado.

Por su parte, la indeterminación de la falta de servicio refleja la baja densidad normativa del estatuto de responsabilidad del Estado. Una solución para superar este problema es recurrir a la legislación que regula las actuaciones del sector evaluado. No obstante, el problema persiste cuando se trata de actividades que no se encuentran reguladas de manera exhaustiva debido a la naturaleza de las funciones que se desempeñan.

En este orden de cosas, bien vale precisar que la falta de servicio se produciría tanto cuando existe una infracción a una obligación regulada, como cuando una actuación no responde a los parámetros de una obligación general. En el primer caso, la falta de servicio se produce por la infracción de un acto administrativo, mientras que, en el segundo caso, la falta de servicio se produciría por la negligencia de una intervención material de la Administración.⁶ Sobre el segundo supuesto se enmarca el argumento central de la tesis. El análisis de la falta de servicio recae en las intervenciones materiales en que participa la Administración Pública. No resulta central para esta investigación determinar si la Administración actuó siguiendo un procedimiento rigurosamente establecido por ley, el acento más bien se coloca en la intromisión indebida que produce un perjuicio injustificado.

Los ejemplos en esta materia son variados, pero tienen un denominador común: la diligencia se determina en razón de la razonabilidad de la conducta ejecutada en el caso concreto. Esto produce que los tribunales tengan que confeccionar criterios extrajurídicos para obtener certezas que les permitan resolver este tipo de casos. Por lo tanto, la evaluación de la falta de servicio se encuentra determinada por la clase de actividad material que desempeñan las distintas reparticiones públicas. En esta categoría, se agrupan las actividades que desempeñan los funcionarios de la salud, las policías, las fuerzas armadas y el servicio penitenciario.⁷ Sobre este último ámbito, recae el análisis del presente trabajo.

⁶ Sobre los distintos tipos de actividad administrativa, entre ellos la distinción entre *prestación e intervención*, véase VELASCO (2020): 131-137.

⁷ El listado expuesto no tiene pretensiones de exhaustividad, es decir, no es taxativo. Solo intenta mostrar ámbitos que tienen similitud analítica.

1.2. La actividad penitenciaria

La actividad penitenciaria constituye un ámbito de análisis complejo que posee algunas particularidades que merecen cierto grado de atención. La custodia de la población penal acentúa la asimetría de posiciones entre Gendarmería y las personas privadas de libertad y, en razón de ello, el tipo de control judicial que se ejerce sobre las intervenciones que ejecuta la Administración Penitenciaria dentro de las cárceles tiene que ser diferenciado.

La interacción que se produce entre la Administración Penitenciaria y los reclusos reproduce una relación donde existe una desigualdad jurídica acentuada. Esto se traduce en una relación que no tan solo se caracteriza porque en la norma de derecho administrativo se establece la posibilidad de que el servicio público pueda intervenir en los planes de vida de los reclusos, sino que también porque el contexto en que se produce dicha intromisión evidencia una situación de vulnerabilidad en el ámbito jurídico. En Chile, las personas que son condenadas penalmente por un tribunal son privadas de su libertad y de sus derechos políticos.⁸ Esto hace que la población penal tenga una movilidad reducida dentro del establecimiento carcelario y esté sometida bajo la esfera organizativa de la Administración Penitenciaria.

Frente a este escenario, se puede sostener que la ejecución de la pena trae consigo la reducción del ejercicio de ciertos derechos. No obstante, dicha situación no significa que Gendarmería pueda disponer de manera absoluta bajo la justificación de la custodia. Esta desprotección jurídica posee un contrapeso cuando la ley y el reglamento que regulan dicho ámbito consagra derechos penitenciarios que son reconocidos a los reclusos a propósito de la ejecución pena. En razón de ello, las obligaciones que recaen sobre la Administración Penitenciaria no tan solo contemplan la vigilancia dentro de la cárcel, sino que también el resguardo de aquellos derechos que no son privados durante el cumplimiento de la pena.

Las obligaciones que recaen sobre Gendarmería dan cuenta de la situación desmejorada en la que se encuentra la población penal. En ese sentido, las intervenciones realizadas fuera de los contornos de la pena resultan más susceptibles de originar un daño injustificado, que aquellas intervenciones ejercidas dentro de los contornos de la pena. En

⁸ Sobre esto último, resulta controvertida la privación de facto de los derechos políticos a personas que no se encuentran cumpliendo una pena aflictiva cuando la Constitución no estipula sanción alguna sobre este grupo. Una postura que propone el voto de las personas privadas de libertad en la nueva Constitución chilena, independiente de la pena que están cumpliendo, véase en POBLETE (2021).

estos casos, los perjuicios que se originan debido a la actividad penitenciaria son posibles de perseguir mediante la responsabilidad de la Administración Penitenciaria y así compensar a la víctima con la debida indemnización.

La otra particularidad de este ámbito es el control judicial diferenciado. En otras palabras, los jueces tienen que argumentar de manera reforzada para determinar la diligencia de la Administración Penitenciaria. La razón para sostener dicha afirmación es la asimetría de posiciones agudizada que se presenta en este tipo de interacciones. A diferencia de la mayoría de los vínculos que se originan en el ámbito público, las relaciones penitenciarias se caracterizan porque la población penal se encuentra sometida a un régimen carcelario que restringe su autonomía personal. Por lo tanto, la argumentación desplegada por los tribunales tiene que incorporar otros elementos para determinar la diligencia de este servicio público, a diferencia de aquella argumentación practicada cuando la contraparte del Estado es una persona que no pertenece un grupo desaventajado.

Las particularidades de la actividad penitenciaria inciden directamente en el análisis de la falta de servicio, el daño y el nexo causal. Se verá que para determinar la diligencia de la Administración Penitenciaria es indispensable determinar si los funcionarios actuaron de manera razonable, utilizando algunos de los criterios que desde la jurisprudencia de la Corte Suprema chilena se han podido extraer. En cuanto al perjuicio, la intervención de Gendarmería supone un conjunto de casos en que los reclusos sufren daños injustificados que deben ser indemnizados. Esto se expresa en que las personas privadas de libertad no tendrían que tolerar los perjuicios causados fuera de los contornos de la pena. En la última parte del trabajo se revisará la manera en que se articula la causalidad de la actividad penitenciaria desde la estructura clásica seguida por el derecho de daños que distingue entre causalidad material y jurídica. La dificultad mayor se presenta en aquellos casos donde el límite entre la autonomía de los reclusos y la obligación de la Administración Penitenciaria es difuso, como, por ejemplo, en los casos de transfusiones de sangre, alimentación forzada y suicidios dentro de las cárceles.

2. Presupuestos metodológicos

La metodología de la tesis doctoral está compuesta de tres elementos. El primero distingue el objeto de la investigación, sus pretensiones y la hipótesis que se pretende demostrar

durante el desarrollo del trabajo. El segundo elemento destaca el uso de la metodología aplicativa del derecho administrativo en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado y, como ello, impactaría en la actividad penitenciaria. El último elemento muestra la estructura de la investigación, específicamente, identifica los temas centrales que se van a desarrollar escalonadamente en los cinco capítulos que conforman la tesis doctoral.

2.1. Problema, hipótesis y objetivos de la investigación

En el ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado, la Corte Suprema chilena resuelve conflictos utilizando variados criterios jurisprudenciales sobre un conjunto de casos distintos entre sí. Sin embargo, el grupo de criterios que se usa para resolver los daños que sufren los reclusos padece de completitud. La actividad penitenciaria, como se indicó previamente, se diferencia de otros ámbitos regulados de la Administración porque la interacción entre la Administración Penitenciaria y las personas privadas de libertad representa una relación jurídica que acentúa la situación desfavorable de los últimos. Esto supone solventar un problema que se plantea durante el desarrollo de la tesis ¿Cómo los tribunales de justicia deben resolver los casos de responsabilidad del Estado por falta de servicio en el ámbito carcelario?

De esta forma, la hipótesis que orienta el problema de investigación sostiene lo siguiente. La comprensión actual de la responsabilidad del Estado por falta de servicio adolece de una explicación exhaustiva para fijar correctamente la negligencia de la Administración Penitenciaria cuando se originan daños dentro de las cárceles. De esta manera, solo un enfoque plural que contemple consideraciones correctivas, identificando la estructura normativa de las interacciones públicas, y distributivas, advirtiendo la importancia conceptual de los derechos de los reclusos y los deberes de la Administración Penitenciaria, permitirá aplicar adecuadamente las normas del derecho administrativo en la responsabilidad extracontractual de la Administración Penitenciaria.

La presente investigación intenta solucionar este problema y, para ello, se fijan dos objetivos. Por un lado, da cuenta de la evolución dogmática sufrida por el régimen de responsabilidad del Estado por falta de servicio chileno, debido a las incorporaciones conceptuales extraídas desde el derecho de daños. Por otro lado, justifica la aplicación de la responsabilidad extracontractual de la Administración Penitenciaria desde un enfoque plural

que contemple consideraciones correctivas, identificando la estructura normativa en las interacciones públicas, y distributivas, advirtiendo la importancia conceptual de los derechos de los reclusos y los deberes de la Administración Penitenciaria para la conformación de criterios jurisprudenciales que permitan resolver este tipo de conflictos.

En este orden de cosas, el trabajo transita desde un análisis general a uno particular. De manera preliminar es necesario esclarecer las fronteras del régimen de responsabilidad para determinar la manera en que se incorporan elementos propios del derecho de daños en las interacciones públicas y, como ello, incide en la delimitación de la noción *falta de servicio*. Así también, la acogida de este modelo de responsabilidad en un sector específico de la Administración supone la compatibilidad de sus elementos generales con las particularidades que se presentan en un ámbito de aplicación concreta, en este caso, la actividad penitenciaria.

2.2. Metodología aplicativa del derecho administrativo

Para ordenar y encausar las ideas vertidas en la investigación, la tesis descansa en la denominada *metodología aplicativa del derecho administrativo*. Esta aproximación, desarrollada por RODRÍGUEZ, exhibe, por un lado, las reglas de racionalidad que deben ser observadas en el proceso de adopción efectuado por la Administración sobre decisiones reguladas por el derecho (como sería la construcción o complemento de una norma aplicable a un caso concreto por parte de la Administración a partir de una regla jurídicamente vinculante); y, por otro lado, la manera en que debe ser aplicado el control judicial sobre las decisiones adoptadas por la Administración.⁹ Sobre estas dos dimensiones se posiciona el presente trabajo.

Sin embargo, el control judicial no se aplica de la misma forma en todos los ámbitos del derecho administrativo. En el caso de las actuaciones materiales, el control judicial no solo se aplica utilizando criterios jurídicos, sino que también mediante criterios extrajurídicos o, dicho de modo más preciso, criterios que responden a la especialidad de la actividad administrativa que se está ejecutando. Por ejemplo, en el control judicial de la actividad penitenciaria se evalúa la racionalidad con que actúa el funcionario penitenciario ante un evento dañoso como sería una riña o un incendio. Frente a estas situaciones, no sería posible

⁹ Véase RODRÍGUEZ (2016): 11-12.

utilizar criterios jurídicos por no seguir de manera exacta algún protocolo o procedimiento establecido por una ley o reglamento.

Para suplir esta incompletitud de la metodología aplicativa en las actuaciones materiales de la Administración, se propone incorporar el estudio de modelos de justicia correctivo y distributivo en el ámbito de la responsabilidad estatal. Según esta aproximación, el tema debe posicionarse dentro de una teoría que identifique adecuadamente el rol de la responsabilidad estatal ante los daños originados dentro de las cárceles. La investigación analiza y descompone la propuesta teórica desarrollada por Peter CANE, y que se sitúa en el capítulo II como una alternativa plausible para la reconstrucción de la responsabilidad del Estado por falta de servicio. La utilización de este enfoque permite dar una explicación exhaustiva de la estructura y funcionamiento de la responsabilidad estatal, proponer algunos ajustes para rearticular las vinculaciones conceptuales con el derecho de daños y modelar dicha formulación teórica en un ámbito de aplicación concreto: la responsabilidad extracontractual de la Administración Penitenciaria.

Finalmente, cabe destacar que el presente estudio exige un análisis donde se concilien distintas áreas del derecho. El derecho administrativo se posiciona como el ámbito central de la investigación, ya que el estudio de la responsabilidad extracontractual del Estado involucra desentrañar las variantes que se originan en las relaciones de derecho público. Por su parte, el derecho penitenciario es el lugar donde se especifica la interacción pública entre la Administración Penitenciaria y las personas privadas de libertad. No obstante, como el foco de la investigación es develar la manera correcta de aplicar la responsabilidad por culpa en el ámbito de la actividad penitenciaria, resulta indispensable ir en búsqueda de herramientas e instituciones provenientes del derecho de daños. Este traslado exige una explicación exhaustiva desde la teoría del derecho para diagnosticar la vaguedad de la noción *falta de servicio*, la filosofía del derecho privado para comprender la estructura normativa de las interacciones públicas y la filosofía política para justificar una reducción en el desequilibrio que se origina en la actividad penitenciaria.

2.3. Estructura de la tesis doctoral

Para demostrar la hipótesis planteada y lograr los objetivos trazados, la investigación se divide en cinco capítulos.

El capítulo I describe el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado chileno, deleva problemas asociados a la demarcación conceptual de la noción *falta de servicio* y proyecta algunas propuestas para atribuir correctamente responsabilidad sobre los daños causados por la Administración Penitenciaria. El argumento sigue escalonadamente cuatro etapas. La primera etapa se encarga de mostrar el debate clásico de los administrativistas chilenos sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad extracontractual del Estado. En la segunda parte, se describen los elementos básicos que componen el sistema de responsabilidad del Estado por falta de servicio: origen, concepto y estándar de diligencia. En la tercera fase, la investigación identifica como problemas generales de la responsabilidad extracontractual del Estado: la indeterminación y la especificación insatisfactoria de la falta de servicio. Por último, se proyectan dos propuestas para aplicar correctamente la falta de servicio de la Administración Penitenciaria: explorar los fundamentos de la aplicación del derecho de daños en la responsabilidad extracontractual del Estado y depurar conceptualmente los derechos de los reclusos, los deberes de Gendarmería y la finalidad resocializadora en los juicios de responsabilidad por culpa.

El capítulo II se encarga de explicar la aplicación de instituciones del derecho de daños en la responsabilidad extracontractual de la Administración Penitenciaria. El camino adoptado se apoya en la formulación teórica desarrollada por Peter CANE en el ámbito de la responsabilidad pública y que combina consideraciones correctivas y distributivas. En este punto, la investigación analiza tres aspectos fundamentales: la correlatividad en las relaciones de desigualdad jurídica (RDJ), el rol del ideal igualitario en la responsabilidad del Estado y el deber de indemnizar los daños causados por los agentes públicos. Sobre el primer aspecto, se sostiene que la estructura normativa de la responsabilidad extracontractual del Estado debe ser entendida en términos de justicia correctiva, puesto que existe una parte que debe corregir el daño ilegítimo causado por otra. En cuanto al segundo aspecto, se afirma que el ideal igualitario funciona como criterio distributivo cuando el particular que sufre un daño es miembro de un grupo desaventajado, es decir, cuando estamos en presencia de una relación de desigualdad acentuada, como serían las relaciones penitenciarias. En el último aspecto, se contrastan los objetivos de la responsabilidad estatal y del derecho daños e identifico las razones generales por las cuales la Administración Penitenciaria debería indemnizar los daños causados a las personas privadas de libertad.

En el capítulo III analiza el estándar de diligencia que tienen que superar las actuaciones materiales de la Administración. Sostiene que las intervenciones materiales cumplen con el estándar de diligencia de la falta de servicio cuando la conducta se basa en deberes normativos y el debido cuidado que, en algunos casos, se especificará mediante acciones discrecionales para lograr u optimizar el interés público. Sobre este aspecto, la investigación intenta dar una respuesta a aquellas actuaciones ejercidas en espacios no regulados o defectuosamente regulados, pero que encuentran una justificación razonable por parte de la Administración, en general, y en los sectores específicos donde la regulación no es exhaustiva, como es el caso de la actividad penitenciaria. El modelo metodológico sobre enunciados jurídicos de ATIENZA y RUIZ MANERO, en una versión adaptada y levemente corregida, servirá para explicar la formulación normativa de los estándares de diligencia administrativos basados en obligaciones.

En el capítulo IV, se aborda la diligencia de la Administración Penitenciaria desde una perspectiva igualitaria. Se adopta esta aproximación puesto que las actuaciones penitenciarias se ejercen sobre personas que se encuentran en un estado de desventaja dentro de las cárceles, configurándose una relación de desigualdad injustificada. Esto promueve que, en los casos de responsabilidad del Estado por falta de servicio, los tribunales de justicia deban evaluar las actuaciones de la Administración Penitenciaria mediante un estándar de diligencia diferenciado. Este método no tan solo contempla obligaciones de custodia sobre los reclusos, sino que también obligaciones tendientes a resguardar las condiciones de vida digna dentro de la cárcel. Por lo tanto, la negligencia de Gendarmería se produciría cuando se desatienden las obligaciones estatales orientadas a vigilar la correcta ejecución de la pena y garantizar aquellas prestaciones que no se encuentran restringidas producto del encarcelamiento.

El capítulo V persigue dos objetivos. Por un lado, especificar los perjuicios que son objeto de indemnización y, por otro lado, determinar las condiciones que deben cumplirse para vincular la actuación negligente de la Administración Penitenciaria con los daños sufridos por los reclusos. Para lograr esos objetivos, la investigación se divide de la siguiente manera. Primero, se delimita el concepto de daño injusto de acuerdo a las particularidades del derecho administrativo y se establecen los daños que son objeto de indemnización. Segundo, se articula la causalidad de la actividad penitenciaria desde la estructura clásica

seguida por el derecho de daños que distingue entre causalidad material y jurídica. Tercero, se analizan las dificultades para establecer la causalidad en los daños causados directa e indirectamente por la Administración Penitenciaria. Finalmente, se identifican las principales causas para justificar la ruptura de la relación causal en la actividad penitenciaria.

Finalmente, cabe mencionar que algunos fragmentos de los capítulos que componen la tesis fueron expuestos en seminarios de investigación y, posteriormente, publicados. Una versión preliminar del capítulo II será publicada como “La influencia del derecho de daños en la responsabilidad del Estado por falta de servicio”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N°37, 2021. Parte del capítulo IV dio lugar al artículo “Las actuaciones diligentes de la Administración Penitenciaria”, en *Política Criminal*, Vol. 16, N°32, 202. Por último, las consideraciones generales del capítulo V sirvieron para el capítulo de libro “Bases conceptuales para resarcir los daños causados por la Administración Penitenciaria”, en Valenzuela, Jonatan (Dir.), *Desafíos Globales para la Democracia*. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 19-38.

Todas las citas de autores y jurisprudencia se presentan en castellano. En los casos en que la referencia remita a un texto en lengua extranjera y no se mencione la traducción oficial debe entenderse que la traducción es propia.

3. Límites del argumento

Este trabajo se ocupa de un área donde confluyen dos grandes materias: la responsabilidad del Estado por falta de servicio y la actividad penitenciaria. El argumento central de la tesis busca mostrar la manera de aplicar correctamente el régimen de responsabilidad estatal cuando se originan daños dentro de las cárceles. Sobre este punto, he mostrado el camino para llegar a dicho resultado. Sin embargo, la metodología utilizada y los contenidos desarrollados en la investigación también poseen límites. Las fronteras en la indagación y la extensión del argumento son los siguientes.

En primer lugar, se explicitó que se usará una metodología aplicativa del derecho administrativo. Esto descarta la posibilidad de que estemos en presencia de una metodología académica del derecho. Con esto me refiero a que durante el trayecto de la tesis no se van a construir conceptos, más bien se van a delimitar y precisar algunos de ellos, en especial, la

noción falta de servicio.¹⁰ También se descarta la utilización de una metodología de derecho comparado, es decir, una metodología que tenga la capacidad de confrontar dos o más instituciones de sistemas jurídicos distintos y se identifiquen similitudes y diferencias, a modo de virtud o crítica.¹¹ Sin perjuicio de ello, en algunos pasajes de la tesis se citará normativa y ejemplos extranjeros para apoyar la comprensión de algunas ideas centrales.

En segundo lugar, el alcance de la investigación no incorpora el análisis de la responsabilidad internacional del Estado. No se detiene a revisar si los tribunales extranjeros han determinado la vulneración de tratados internacionales del Estado de Chile en materia de tortura o apremios ilegítimos. La razón para descartar dicho análisis es porque la temática exige incorporar principios y estructuras de análisis que pertenecen al derecho internacional público y que exigen una visión más amplia de la reparación que no se reduce tan solo a la indemnización de perjuicios.¹² La extensión de la tesis se limita, entonces, a la revisión de juicios de responsabilidad por culpa o negligencia del Estado que se suscitan en un territorio jurisdiccional determinado y que se suscriben como un tópico dentro del derecho administrativo.

Tercero, no se detiene a revisar la responsabilidad personal de los funcionarios públicos. Si bien el ordenamiento jurídico chileno contempla la noción de falta personal, y en parte es desarrollada en el capítulo I, este concepto no es el foco de atención de la presente investigación. La idea es determinar la responsabilidad sobre las actuaciones administrativas en general y no particularizar el análisis en la responsabilidad personal que puede perseguir la Administración Pública por la ejecución de acciones o la incurrencia de omisiones indebidas de los funcionarios públicos. En el transcurso del texto se hace alusión a la negligencia o daño cometido de sus agentes, aunque en el capítulo II la investigación asume que en el juicio de responsabilidad la culpa es asumida directamente por el Estado.¹³

Cuarto, no se analiza la responsabilidad del Estado en casos donde las víctimas son niñas, niños y adolescentes. En el ámbito local, los daños que se originan por hechos

¹⁰ En cuanto a esta metodología, bien vale destacar la propuesta de formación de conceptos en el derecho público formulada por DÍEZ (2018): 155-202.

¹¹ Una reflexión crítica sobre el cambio de paradigma en el derecho público comparado, véase en el estudio preliminar realizado a la traducción de FRANKENBERG y PONTTHOREAU (2021): 13-44.

¹² Este es el caso de las reparaciones que se dan en el derecho internacional de los derechos humanos a nivel de Sistema Interamericano. A modo de ejemplo, véase PÉREZ-LEÓN (2007): 7-49.

¹³ Desde un análisis jurisprudencial, véanse los casos citados por ZAVALA (2018): 7-11.

ocurridos a propósito del desempeño del Servicio Nacional de Menores (SENAME) quedan excluidos de la tesis. Esta decisión se justifica porque un análisis de estos casos exige incorporar consideraciones de diseño institucional (como la fiscalización que tiene que llevar a cabo el Estado sobre instituciones que se encuentran bajo su dependencia) y cuestiones sustantivas (como la identificación de las medidas igualitarias que reclama este sector desaventajado) que vengan a justificar la aplicación diferenciada de este régimen, no tan solo del mundo libre, sino que de las personas privadas de libertad en general (argumento central de la presente tesis). Y para ello se requeriría una extender la investigación más allá de lo necesario en una investigación de estas características. Esto no obsta a que en el futuro retome la temática para ser desarrollada adecuadamente.

En quinto lugar, la tesis fija la atención en los daños que se originan dentro de las cárceles. Con esto se descartan los casos que concurren fuera de los recintos penitenciarios, ya sea porque algún interno experimentó algún perjuicio después de haberse fugado o porque dañó a otra persona cuando se encontraba gozando de una libertad condicional. El análisis de los ejemplos citados, y otros que pudiesen concurrir, quedan fuera porque hechos de este tipo requieren un análisis basado en variables distintas a las utilizadas y desarrolladas en el presente texto. En dichas situaciones resulta más complejo justificar que los tribunales resuelvan el conflicto sometido a su conocimiento, utilizando criterios igualitarios que permitan reducir la distancia jurídica entre la Administración Penitenciaria y las personas privadas de libertad.

Por último, el mecanismo jurisdiccional que se analiza no tiene como objetivo el restablecimiento de derechos fundamentales. Las decisiones judiciales que son tomadas vía acción de protección y amparo no se estudian, a pesar de que en algunos casos (como las huelgas de hambre dentro de las cárceles, revisadas en el capítulo V) la frontera sea más bien difusa. En los juicios de responsabilidad por culpa, el punto de partida no es si el administrado o, en este caso particular, los reclusos tienen que ser indemnizados por una vulneración de derechos fundamentales. Mas bien, se trata de responder a la pregunta de si la Administración tenía la obligación de actuar de una manera determinada ante los hechos acontecidos. De esta forma, la investigación intenta determinar la diligencia de la Administración Penitenciaria sobre la base de un modelo basado en obligaciones, y no sobre un modelo basado en la protección de garantías constitucionales. El capítulo III enfrenta la disyuntiva determinando

la responsabilidad del Estado cuando existe una obligación de prestación o intervención y esta produce un daño por haberse entregado defectuosamente, tardíamente o no se entregó debiendo haberse entregado.

CAPÍTULO I

Alcances, problemas y proyecciones de la falta de servicio en la Administración Penitenciaria

RESUMEN: El presente capítulo describe el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado chileno, devela problemas generales asociados a la demarcación conceptual de la falta de servicio y proyecta algunas propuestas para atribuir correctamente responsabilidad sobre los daños causados por la Administración Penitenciaria. El argumento sigue escalonadamente cuatro etapas. La primera etapa se encarga de mostrar el debate clásico de los administrativistas chilenos sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad extracontractual del Estado. En la segunda parte, se describen los elementos básicos que componen el sistema de responsabilidad del Estado por falta de servicio: origen, concepto y estándar de diligencia. En la tercera fase, la investigación identifica como problemas generales de la responsabilidad extracontractual del Estado: la indeterminación y la especificación insatisfactoria de la falta de servicio. Por último, se proyectan dos propuestas para aplicar correctamente la falta de servicio de la Administración Penitenciaria: explorar los fundamentos de la aplicación del derecho de daños en la responsabilidad del Estado por falta de servicio y depurar conceptualmente los derechos de los reclusos, los deberes de Gendarmería y la finalidad resocializadora.

PALABRAS CLAVES: Responsabilidad extracontractual del Estado, falta de servicio, indeterminación, reglas civiles, cárceles.

1. Presentación

Sentar las bases del sistema de responsabilidad del Estado chileno no ha sido una tarea pacífica para la dogmática administrativista. El debate clásico en esta materia enfrentó dos grandes posiciones encabezadas por SOTO KLOSS y PIERRY, respectivamente. La primera apoya la idea de responsabilidad estatal desde la idea de antijuridicidad, donde es suficiente una actuación contraria a la ley o actos administrativos para la atribución de responsabilidad al Estado.¹⁴ Mientras que la segunda, defiende la procedencia de la falta de servicio como criterio general para determinar la culpa de la Administración.¹⁵ Esta última posición predomina actualmente en la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia y en una parte importante de la dogmática administrativa chilena.

Sin embargo, la consolidación jurisprudencial de la falta de servicio no ha estado exenta de dificultades para fijar sus propiedades conceptuales y demarcar su ámbito de aplicación. Este que pareciera solo un problema general, repercute con más fuerza cuando se intenta establecer la falta de servicio en un sector específico de la Administración. En esta investigación, el foco estará puesto en el descubrimiento de aquellos elementos que son propios de la actividad penitenciaria y que deben ser evaluados para establecer la falta de servicio de la Administración Penitenciaria.

En este orden de cosas, el presente capítulo tiene dos objetivos. Por un lado, describir el sistema de responsabilidad del Estado por falta de servicio, y, por otro lado, develar algunos problemas normativos que se originan cuando los daños sufridos dentro de las cárceles son causados por la Administración Penitenciaria. El desarrollo del primer objetivo constituirá una plataforma para dar cuenta de un problema general que se presenta cuando los tribunales intentan atribuir responsabilidad a los órganos del Estado: la abstracción e indeterminación de la falta de servicio. Por su parte, el progreso del segundo objetivo permitirá proyectar tres respuestas que se enuncian en este capítulo, pero que se desarrollarán a lo largo de la tesis: la aplicación del derecho de daños en la responsabilidad del Estado, la delimitación de la falta de servicio por actuaciones materiales y el análisis de las particularidades que derivan de las interacciones carcelarias para atribuir responsabilidad a

¹⁴ Veremos que la construcción y evolución de esta tendencia dogmática encuentra especial sustento en SOTO KLOSS (1977), SOTO KLOSS (1996) y SOTO KLOSS (2008).

¹⁵ Veremos que la construcción de esta tendencia dogmática tiene lugar en los trabajos de PIERRY (2003), PIERRY (2004) y PIERRY (2008).

la Administración Penitenciaria.

Para lograr estos objetivos, el apartado se divide en las siguientes secciones. Primero, muestra el estado de la discusión sobre responsabilidad extracontractual del Estado. Se distingue entre la postura que caracteriza la naturaleza de la responsabilidad estatal como constitucional, objetiva e imprescriptible, de aquella que establece una responsabilidad legal, subjetiva y prescriptible. Segundo, constata el predominio jurisprudencial de la responsabilidad del Estado por falta de servicio. Se demarcan sus fronteras conceptuales y ámbito de aplicación en razón de los criterios de legalidad y razonabilidad. Tercero, identifica la indeterminación de la falta de servicio como un problema general del sistema de responsabilidad estatal. En este plano, la principal dificultad es la constante existencia de un rango de incertidumbre para fijar las propiedades conceptuales y el rango de aplicación sobre un conjunto de casos específicos. Cuarto, articula tres propuestas para resolver el problema de la indeterminación de la falta de servicio, dando especial énfasis en los daños causados por la Administración Penitenciaria. Ellas son: 1) la confección de razones que justifiquen la aplicación del derecho de daños en las hipótesis de la responsabilidad del Estado por falta de servicio; 2) la delimitación conceptual de la falta de servicio cuando la Administración incurre en intervenciones materiales y; 3) el análisis de las particularidades que surgen en las relaciones jurídicas penitenciarias y que son evaluadas por los tribunales cuando resuelven juicios de responsabilidad por culpa. Por último, cierra con una breve recapitulación de las ideas centrales.

2. El sistema de responsabilidad extracontractual del Estado chileno

Las contraposiciones dogmáticas de los administrativistas locales y los vaivenes jurisprudenciales han generado que su sistematización sea confusa, inconclusa y, por momentos, contradictoria. Con la dictación de la Ley de Municipalidades a mediados de la década de 1970, se reavivó el debate sobre la objetividad y subjetividad del sistema de responsabilidad. Previamente se enunció que mientras para algunos resulta indispensable reconocer que las disposiciones constitucionales son suficientes para regular esta relación de derecho público, para otros es necesario recurrir al derecho civil para completar el cuadro

regulativo que exige la responsabilidad del Estado.¹⁶ Cada posición presenta ciertos rasgos característicos que merecen ser analizados para comprender la construcción actual del sistema de responsabilidad estatal. En estas primeras páginas se mostrarán las profundidades de cada posición y los factores que determinaron la prevalencia de la responsabilidad por culpa.

2.1. Responsabilidad constitucional, objetiva e imprescriptible

Una parte de la dogmática administrativista considera que el sistema chileno de responsabilidad del Estado es constitucional, objetivo e imprescriptible. Desde la década de 1970, SOTO expone argumentos para comprender el sistema de responsabilidad desde sus fundamentos constitucionales, evitando la aplicación de la ley civil en una relación de derecho público.¹⁷ Este planteamiento devela un problema de aplicación de normas cuando se pretende utilizar la culpa civil para responsabilizar a la Administración: la imposibilidad de dotar de subjetividad a las actuaciones estatales.¹⁸

Una razón que explica esta dificultad está en la configuración impersonal que supone un Estado de Derecho. Esto impide que las actuaciones estatales se entiendan a partir de actuaciones culposas o dolosas. Un ejemplo que expone SOTO KLOSS es la expropiación de un bien raíz. En estos casos, el Estado debe indemnizar a la persona que se le está despojando el inmueble en atención a la norma constitucional que así lo establece; sin que sea necesario determinar negligencia en la actuación estatal.¹⁹ El ejemplo citado vincula la acción de despojar el inmueble con el derecho a ser indemnizado producto del daño sufrido. No media ningún análisis sobre el comportamiento negligente del Estado, ya que solo basta con la constatación de aquello establecido por el texto constitucional para resarcir los perjuicios. Sin lugar a dudas, esta postura considera el sistema de responsabilidad chileno no solo está regulado por normas de derecho público, sino que también es autosuficiente.

La comprensión de un sistema de responsabilidad pública motivó a SOTO KLOSS

¹⁶ Estas dos maneras de enfrentar la responsabilidad del Estado han sido distinguidas, por un lado, en la interpretación folk, que funda la responsabilidad en la Constitución, y la interpretación pro-trasplante, que defiende una responsabilidad subjetiva basada en la utilización de algunas reglas del derecho civil. Véase detalladamente esta distinción en AGÜERO (2020): 308-312.

¹⁷ Véase SOTO KLOSS (1977): 133-134.

¹⁸ Véase SOTO KLOSS (1977): 136.

¹⁹ Véase SOTO KLOSS (1977): 137-138.

para criticar la idea de una responsabilidad *extracontractual* del Estado. Para sostener su postura, explicó la imposibilidad de atribuir un sentido subjetivo a las actuaciones estatales mediante la aplicación del artículo 2314 del Código Civil.²⁰ Por un lado, las expresiones *delito* y *cuasidelito* resultan controvertidas en un contexto donde quien causa el daño es el Estado. En palabras de SOTO KLOSS, “el Estado o sus organismos no cometen ni pueden cometer delitos o cuasidelitos, ya que intrínsecamente, por su propia conformación o configuración entitativa, son incapaces de ello.”²¹ En estricto rigor, las actuaciones públicas no podrían ser evaluadas según criterios de culpabilidad civil, cuando el Estado actúa como una entidad artificial que reposa sobre la base de mecanismos jurídicos objetivos. La tendencia en estos casos se inclina por una responsabilidad que sea acorde con una persona jurídica, y no natural.

Por otro lado, la expresión *pena* contenida en la segunda parte del artículo 2314 del Código Civil tiene una carga penalística que no se condice con el carácter artificial del Estado. En este orden de cosas, no se descarta que una vez declarada la culpa civil se puede seguir otra vía cuando, por ejemplo, se derivaren responsabilidades penales de la actuación estatal, pero ¿qué penas se aplicarían al Estado? Para SOTO KLOSS es una interrogante central porque le permite remarcar la idea antes señalada, en la medida que “el Estado carece de todo sustrato psicológico, carece de substancialidad humana (cuerpo y espíritu, razón y libertad) como para que sea posible imputarle una intención maliciosa (*dolo*) o una culpabilidad única y exclusivamente respecto de la persona humana.”²² Por lo tanto, si no es posible imputar delitos civiles, tampoco se puede imponer una pena por una actuación estatal dañosa. En este sentido, para SOTO KLOSS es importante no confundir la actividad jurídica que desempeña el Estado, desde la cual puede emanar una indemnización de perjuicios fundada en una norma constitucional, con las conductas subjetivas de personas que pueden repercutir en consecuencias civiles y penales.

Otra razón que intenta explicar la objetividad del régimen de responsabilidad es su vinculación con la teoría del órgano. En una elaboración algo más sofisticada, CALDERA sostiene que “los efectos prácticos que se derivan de la aplicación de la teoría del órgano se

²⁰ El artículo 2314 del Código Civil chileno sostiene que: “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”.

²¹ SOTO KLOSS (2008): 82.

²² SOTO KLOSS (2008): 84.

encuentran el de servir como fundamento de jurídico para imputar al Estado [...] la responsabilidad por los perjuicios ocasionados a los derechos e intereses legítimos de los administrados a consecuencia de la actividad de los órganos integrantes de aquél.”²³ CALDERA identifica la vinculación entre Estado de derecho, responsabilidad estatal y teoría del órgano como la justificación central de una responsabilidad pública, autónoma de la responsabilidad civil. Según esta estipulación, no es necesario que tenga que comprobarse la culpa de quien comete un perjuicio, sino que basta con que la actividad del Estado sea dañosa para que sea obligado a compensar a la víctima.²⁴

Para dar mayor claridad a esta postura, resulta pertinente remarcar el aporte realizado por FIAMMA cuando determina que el artículo 38 inc. 2 de la Constitución es la fuente de origen de la acción constitucional de responsabilidad.²⁵ Para FIAMMA, esta norma constitucional “ingresó al ordenamiento jurídico nacional un sistema de responsabilidad que no se basa en la culpa o dolo del causante del daño, [...] por el contrario, se sustenta en la existencia de una “víctima” que ha sufrido un daño en sus derechos, con absoluta independencia de la licitud del comportamiento del que lo hubiere ocasionado.”²⁶ De esta forma, el sistema de responsabilidad no responde a consideraciones subjetivas como la falta de servicio establecida en la ley administrativa, sino que más bien responde objetivamente a los daños causados en los derechos de los administrados, cuya indemnización de perjuicios procede incluso cuando se haya actuado dentro de la legalidad impuesta.²⁷

Esta tendencia dogmática coincide con una primera etapa jurisprudencial que está marcada por la consagración de una responsabilidad constitucional, objetiva e imprescriptible. Sin dudas, las contribuciones de SOTO KLOSS, CALDERA y FIAMMA fueron una fuente de influencia para las decisiones adoptadas por los tribunales de justicia. Desde 1980 hasta 2001 los tribunales de justicia se inclinaron por una responsabilidad cuyo origen constitucional se encontraba en el artículo 38 inc. 2 de la Constitución, donde la objetividad

²³ CALDERA (1979): 166.

²⁴ Así por lo menos lo intenta demostrar cuando identifica distintas etapas jurisprudenciales, véase CALDERA (1979): 166-174.

²⁵ El artículo 38 inc. 2 de la Constitución Política de Chile señala: “Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiese afectar al funcionario que hubiere causado el daño.”

²⁶ FIAMMA (1989): 434-435.

²⁷ Véase FIAMMA (1989): 439.

era la característica principal porque cualquier daño en los derechos de los administrados debía ser indemnizado y, por considerar que, el paso del tiempo no era motivo suficiente para negar la posibilidad de accionar en contra del Estado.

Algunas sentencias emblemáticas que resaltan las características defendidas por esta tendencia dogmática son las siguientes. En cuanto a las coordenadas constitucionales, el caso *Galletué con Fisco de Chile* fue resuelto mediante criterios de equidad e igualdad constitucionales, estableciendo que un particular no puede ser expropiado de su propiedad privada sin que sea debidamente indemnizado por el Estado, o, dicho de otra forma, que los particulares no pueden sufrir todo el gravamen de una medida de interés público. De esta forma, la Corte Suprema disuelve el conflicto aplicando, por un lado, el artículo 38 inc. 2 para legitimar la acción interpuesta por la comunidad Galletué en contra del Estado, y, por otro lado, el artículo 19 N°26 para reflejar la manera en que la expropiación estaba originando daños en los derechos de la comunidad Galletué.²⁸

Sobre la responsabilidad objetiva, el caso *Rodríguez con SAG* reconoció que el artículo 38 inc. 2 establece la responsabilidad del Estado por actuaciones lícitas e ilícitas. Según esta interpretación de la Corte Suprema, no es necesario la concurrencia de una conducta culposa o negligente, sino que debe tratarse de un daño cometido en atención a la actividad jurídica llevada a cabo por el Estado. De esta forma, la obligación de indemnizar los perjuicios requiere de la constatación de un daño producido sobre un particular por la actuación regular o irregular del Estado.²⁹

Por último, el caso *Hexagón con Fisco de Chile* estableció la imprescriptibilidad de la acción de responsabilidad en contra del Estado. En esta oportunidad, la Corte Suprema sigue la línea de *Galletué* que establece una fuente constitucional para la responsabilidad del Estado, por lo que estima que las reglas de la ley civil no pueden ser aplicadas en esta relación de derecho público. La tesis interpretativa de la Corte incluye la inaplicabilidad de la institución de la prescripción. En este sentido, el transcurso de los años no es impedimento para la interposición de la acción judicial que declara la indemnización de los perjuicios causados. Por lo tanto, la persona dañada por la actividad estatal puede alegar responsabilidad, independiente de que la cantidad de tiempo transcurrido exceda los límites

²⁸ Véase Corte Suprema, 07 de agosto de 1984, Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. LXXXI (1984), N°3, sección 5.

²⁹ Véase Corte Suprema, 08 de noviembre de 1994, Gaceta Jurídica, N°173, pp. 95 y ss.

establecidos en el artículo 2332 del Código Civil.³⁰

Este diagnóstico coincide con las reflexiones desarrolladas por la dogmática administrativista chilena que considera que la responsabilidad del Estado es constitucional, objetiva e imprescriptible. Las sentencias citadas sitúan las características de un sistema de responsabilidad autónomo, ya que sus bases se encuentran netamente en el derecho público. La jurisprudencia de la Corte Suprema viene a confirmar esta manera de entender el sistema de responsabilidad y, con ello, impide la utilización de reglas del derecho civil para responsabilizar al Estado.

2.2. Responsabilidad legal, subjetiva y prescriptible

La otra parte de la dogmática administrativista chilena considera que la responsabilidad del Estado debe ser articulada con ayuda de las reglas del derecho de daños. Esta postura intenta dar fisonomía a la responsabilidad del Estado mediante el desarrollo de la falta de servicio experimentada en el derecho administrativo francés desde el fallo *Pelletier*.³¹ La tesis que sostiene esta tendencia es que para responsabilizar al Estado es indispensable utilizar las reglas del derecho civil, asimilando la falta de servicio de la Administración con la culpa civil.

En Chile, PIERRY, MARÍN y OELCKERS lideran aquella parte de la dogmática que se inclina por considerar que la responsabilidad del Estado es legal, subjetiva y prescriptible. De manera que es una postura contraria a lo mostrada previamente. Sobre el rango legal, PIERRY postula que el artículo 42 de la Ley de Bases de la Administración³² incorpora al derecho público chileno el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado elaborado por el derecho francés, mediante la jurisprudencia del Consejo de Estado. Esto se tradujo en la adaptación de la falta de servicio, a las reglas contenidas en el Código Civil.³³ Sin embargo, la Ley de Bases solo vino a confirmar la consagración de la falta de servicio que previamente

³⁰ Véase Corte Suprema, 28 de julio de 1987, Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. LXXXIV, N°3, sección 5.

³¹ Sobre los orígenes franceses de la noción *falta de servicio*, véase VALDIVIA (2012): 29-43.

³² Me refiero a la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (Ley 18.575). En adelante, Ley de Bases.

³³ Véase PIERRY (1996): 287. Sobre los antecedentes de la Ley de Bases de la Administración, véase PIERRY (2008): 9-24.

se encontraba contenida en la Ley Orgánica de Municipalidades.³⁴

Sobre este punto, MARÍN aclara que los artículos 6, 7 y 38 inc. 2 de la Constitución no son incompatibles con los artículos 4 y 42 de la Ley de Bases. Esto porque las normas constitucionales develan un principio general de responsabilidad del Estado que se limita a reconocer que una persona lesionada por la Administración tiene una acción judicial para reclamar una compensación, sin embargo, es la ley administrativa la que regula específicamente los presupuestos de la responsabilidad del Estado-Administración para la indemnización de perjuicios.³⁵

Respecto de la subjetividad, PIERRY entiende que para comprender correctamente la falta de servicio es necesario asemejarla con la culpa civil. La idea de fondo es no responsabilizar al Estado por todas las acciones u omisiones que comete en el ejercicio de sus funciones, sino que más bien responsabilizarlo, y por ende obligarlo a indemnizar, cuando incurre en una actuación negligente que causa daños ilegítimos en el administrado.³⁶ Las nuevas fronteras de la falta de servicio proponen la evaluación de las actuaciones estatales mediante estándares de diligencia que van a depender de la particularidad presentada por cada repartición pública. Según esta tesis interpretativa, el ejercicio evaluativo de los tribunales de justicia debe centrarse en demarcar la falta de servicio, es decir, determinar qué es aquello que va a constituir una negligencia en la actuación administrativa.

Por último, si se acepta la idea de aplicar reglas civiles a la parcela de la responsabilidad del Estado, entonces es posible sostener que las acciones indemnizatorias en contra del Estado tienen un plazo definido. Así por lo menos lo entiende PIERRY cuando establece la prescripción de la responsabilidad del Estado. El fundamento que existe detrás de esta inclinación es que la acción no persigue una sanción penal, sino que más bien una sanción pecuniaria. En estos términos, la víctima del daño tiene un período de tiempo limitado para accionar en contra del Estado porque el daño producido, ya sea patrimonial o moral, genera un detrimento económico en su persona.³⁷

Las tres características expuestas reflejan el nuevo paradigma de la responsabilidad extracontractual del Estado. Esta tendencia dogmática entrega respuestas a los eventos

³⁴ Sobre el sustento legislativo de la responsabilidad del Estado por falta de servicio, véase OELCKERS (1989): 441-444.

³⁵ Véase MARÍN (2011): 26-27.

³⁶ Véase PIERRY (2004): 11-20.

³⁷ Véase PIERRY (2003). 9-24.

dañosos originados en las interacciones públicas mediante una metodología importada del derecho francés y la aplicación de instituciones propias del derecho de daños. Esto se traduce en que la falta de servicio se analiza desde el prisma de la responsabilidad por culpa o negligencia. Todo ello vino acompañado de una serie de sentencias dictadas por la Corte Suprema donde se disipan las dudas sobre las características del sistema de responsabilidad y se consolida la falta de servicio como título de imputación. Finalmente, esto produjo que el debate clásico sobre la objetividad y subjetividad de la responsabilidad estatal fuese una etapa superada por la dogmática administrativista chilena.

3. Responsabilidad del Estado por falta de servicio

En la actualidad, el debate administrativista centra su atención en la determinación del contenido y límites de la *falta de servicio*.³⁸ La tarea por demarcar este título de imputación ha sido constante y con el tiempo se ha ido depurando, aunque en dicho ejercicio se han presentado dificultades. Algunos de esos problemas se relacionan con la consagración dispersa de la falta de servicio, ya que, en términos generales, se encuentra en la Ley de Bases, y, en términos especiales, en leyes sobre municipalidades, medioambiente, salud y energía nuclear. Otros problemas se vinculan con la aplicación de la culpa y prescripción civil a la parcela de la responsabilidad extracontractual del Estado. Bien pudimos enunciar que, si bien la relación entre Administración y administrado es pública, ello no obsta que puedan encontrarse soluciones en las reglas del derecho civil.

Visto así, las principales preocupaciones de los administrativistas es la dotación de contenido y la reducción de los espacios de incertidumbre para la correcta aplicación de la falta de servicio. En lo que sigue, se revisarán los primeros pasos que demarcaron el contenido de la falta de servicio. Entre ellos, se abordará su origen jurisprudencial, concepto, estándar de diligencia y su vinculación con la falta personal. Todo ello servirá como base para comprender el conjunto de problemas enunciados que derivan de la falta de sistematización y autosuficiencia del sistema de responsabilidad estatal.

3.1. Origen jurisprudencial de la falta de servicio

El año 2002 cambia el paradigma de la responsabilidad del Estado cuando en *Domic con*

³⁸ Este es el punto de partida de la obra colectiva *La falta de servicio*. Véase LETELIER (2012b): 1-4.

Fisco de Chile se consolida la responsabilidad del Estado por falta de servicio. El ministro que redacta la sentencia es MARÍN, quien se inclina por una interpretación que encuentra fundamento en el derecho francés.³⁹ Los hechos del caso narran las circunstancias que rodearon la muerte de Jorge Jordán Bezic en un recinto militar de La Serena en octubre de 1973. La demanda por indemnización de perjuicios interpuesta es acogida en primera y en segunda instancia, sosteniendo que el Estado debe indemnizar ya que se trata de una responsabilidad constitucional, objetiva e imprescriptible. Hasta ese momento, la interpretación de los tribunales de justicia no hace más que confirmar la tendencia jurisprudencial desplegada desde la década de 1980.

Sin embargo, la Corte Suprema revierte la decisión de los tribunales inferiores y decide absolver de responsabilidad al Estado. Los argumentos que entrega la Corte se resumen en: el fundamento del sistema de responsabilidad y la prescripción de las acciones en contra del Estado. Respecto del sistema de responsabilidad, la Corte se inclina por reconocer que el fundamento de la responsabilidad del Estado se encuentra en la Ley de Bases, donde se consagra la falta de servicio como título de imputación. Esto se traduce en que las actuaciones estatales dañosas deben ser comprobadas para ser indemnizadas. La Corte precisa que: “el ordenamiento jurídico no encierra disposiciones de carácter general que establezcan responsabilidades objetivas para los particulares o el Estado y, por ende, esta clase de responsabilidad requiere de una declaración explícita del legislador que describa las circunstancias precisas que puedan generarla.”⁴⁰ De ello, se desprende que las normas constitucionales no son una fuente para articular el sistema de responsabilidad, sino que más bien se presentan como el punto de partida que funda la posibilidad de ejercer una acción en contra del Estado.

Sobre la prescripción de las acciones en contra del Estado, la Corte determinó seguir las reglas del Código Civil. Uno de los fundamentos entregados por los tribunales inferiores había sido que los delitos de lesa humanidad no prescribían y, por lo tanto, se podían perseguir responsabilidades estatales a pesar del transcurso del tiempo. Todo ello en razón de la Convención de Ginebra sobre Tratamiento de Prisioneros de Guerra. Sin embargo, el

³⁹ CORDERO llama *el factor Marín* a la incidencia que tuvo el ministro MARÍN en la redacción de las sentencias que dieron un giro en la jurisprudencia sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad extracontractual del Estado, véase en CORDERO (2019): 54-62.

⁴⁰ Corte Suprema, rol N°4753-2001, 15 de mayo de 2002. Considerando décimo.

razonamiento de la Corte se basa en que la Convención de Ginebra no podría ser aplicada en este caso, porque la acción que se persigue es de índole patrimonial, distinta de una acción que busca responsabilidades penales. Sobre este aspecto, la Corte explicita que “la idea de aplicar las reglas de la prescripción extintiva que contiene el Código Civil a las acciones en que se persigue la responsabilidad extracontractual del Estado, no inciden en el ámbito patrimonial de esa responsabilidad y que, en ausencia de normas positivas que las hagan imprescriptibles, corresponde estar a las reglas del Derecho Común que se refieren específicamente a la materia.”⁴¹ Con esta distinción, la Tercera Sala de la Corte Suprema dispone que las acciones en contra del Estado que persiguen una compensación económica prescriben según las reglas del Código Civil.

El problema que se origina con esta interpretación es que en *Domic* se prohíbe perseguir una indemnización en un caso donde el Estado tiene una participación activa en la muerte de una persona. Si bien es concebible adoptar como regla general la prescripción civil de las acciones en contra del Estado, la excepción se constituye en los delitos de lesa de humanidad. Esta tendencia se impone en la Sala Penal de la Corte Suprema, una vez que comenzaron a revisar las causas civiles y penales sobre delitos de lesa humanidad. Por ejemplo, en *Sepúlveda con Fisco de Chile*, la Corte sostiene que no es posible que se prive la posibilidad de accionar en contra del Estado cuando los daños provienen de la violación grave de los derechos humanos.⁴² En esta materia, lo que debe respetarse no es la ley civil, sino que más bien los tratados internacionales ratificados por Chile que versan sobre protección a los derechos humanos. Con ello, la Sala Penal viene a ajustar los límites de la falta de servicio y el uso de las reglas civiles para demarcar sus contornos normativos.⁴³

Otra sentencia que resulta importante para la consolidación de la falta de servicio como título de imputación es *Seguel con Fisco de Chile*. Esta sentencia es emblemática en derecho administrativo porque extiende la aplicación de la falta de servicio a todos los órganos de la Administración. Además, quien redacta la sentencia es el ministro PIERRY.⁴⁴ En los hechos, la Corte Suprema obliga al Estado a indemnizar los perjuicios causados al

⁴¹ Corte Suprema, rol N°4753-2001, 15 de mayo de 2002. Considerando décimo séptimo.

⁴² Corte Suprema, rol N°2471-2018, 06 de marzo de 2018. Considerando quinto.

⁴³ Véase FERRADA (2020): 403-405.

⁴⁴ PIERRY, al igual que MARÍN, redacta una serie de sentencias que consolidan la interpretación de la responsabilidad del Estado por falta de servicio. CORDERO también llama a este fenómeno *el factor Pierry*, véase en CORDERO (2019): 78-80.

conscripto Seguel Cares, quien recibió un disparo en su brazo derecho, el que incluso llegó hasta uno de sus pulmones, en el marco de ejercicios propios de su instrucción militar. El disparo fue realizado por el cabo segundo Herrera, quien utilizó munición de guerra en el ejercicio pese a que existían órdenes para que se usara sólo proyectiles de fogeo.⁴⁵ El caso se torna interesante porque en los hechos están involucradas las Fuerzas Armadas, institución que, según el artículo 21 inc. 2 de la Ley de Bases, queda excluida de la aplicación de la falta de servicio.⁴⁶

No obstante, la imposibilidad enunciada, la Corte continúa la interpretación de la falta de servicio en *Domic* y, además, aplica las reglas de la culpa civil como si se tratara de falta de servicio para imputar responsabilidad a las Fuerzas Armadas. Sobre ello, la Corte sostiene que “es acertada la aplicación del artículo 2314 del Código Civil y la institución de la falta de servicio a la litis planteada, por cuanto permite así uniformar el sistema de responsabilidad extracontractual para todos los entes de la Administración del Estado.”⁴⁷ De esta manera, las reglas civiles vienen a dar contenido a la ley administrativa mediante la asimilación entre la falta de servicio y la culpa civil. Con esta interpretación, la Corte no tan solo extiende las fronteras de la responsabilidad por falta de servicio a las Fuerzas Armadas, sino que a todos los órganos señalados en el artículo 21 de la Ley de Bases.⁴⁸

Con esta sentencia no tan solo se consolida la falta de servicio como título de imputación de la responsabilidad extracontractual del Estado, sino que también la aplicación de la culpa civil en este ámbito del derecho administrativo. Esto último, sin lugar a dudas, forma parte de los componentes mínimos que deben evaluar los tribunales para determinar la responsabilidad del Estado.

3.2. Concepto de la falta de servicio

La noción *falta de servicio* se compone de tres presupuestos para su procedencia: el

⁴⁵Corte Suprema, rol N°371-2008, 30 de julio de 2009. Considerando octavo.

⁴⁶ El artículo 21 inc. 2° señala lo siguiente: “Las normas del presente Título no se aplicarán a la Contraloría General de la República, al Banco Central, a las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, a las Municipalidades, al Consejo Nacional de Televisión, al Consejo para la Transparencia y a las empresas públicas creadas por ley, órganos que se rigen por las normas constitucionales pertinentes y por sus respectivas leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado, según corresponda.”

⁴⁷Corte Suprema, rol N°371-2008, 30 de julio de 2009. Considerando décimo sexto.

⁴⁸ Para una revisión crítica de la sentencia, véase los comentarios de ROMÁN (2009): 310-317 y VALDIVIA (2009): 305-309.

funcionamiento defectuoso, la ausencia de funcionamiento y el funcionamiento tardío de la Administración.⁴⁹ El funcionamiento defectuoso procede cuando la Administración ha funcionado mal, ocasionando daños mediante actuaciones positivas que no fueron ejecutadas correctamente. Un ejemplo se presenta cuando en un hospital público se opera la pierna sana, en vez de la pierna que presenta problemas, y empeora la condición del paciente. Sobre la ausencia de funcionamiento, la Administración causa daños ilegítimos cuando no presta el servicio que debía prestar. La omisión injustificada se constituye cuando el médico no entrega atención médica a una persona teniendo el deber jurídico de hacerlo. Por último, el funcionamiento tardío procede cuando una actuación es correctamente ejecutada, pero en un espacio temporal inoportuno causando daños por el retraso de la acción. De esta forma, es posible que la operación sea ejecutada correctamente en la pierna que se encuentra con problemas, sin embargo, aquello no impide que la demora en la intervención igualmente cause daños.⁵⁰

Esta fórmula es seguida sistemáticamente por la jurisprudencia de la Corte Suprema. En *Figueroa con Fisco de Chile*, la Corte sostuvo que la responsabilidad procedía siempre que se constatará alguno de los presupuestos de la falta de servicio, dejando claro que no es necesario individualizar ni perseguir al funcionario cuya actuación personal origina el perjuicio.⁵¹ Recientemente, en *Olivares con Fisco de Chile*, la Corte continuó sosteniendo que la falta de servicio debía ser comprobada en razón de sus presupuestos generales, y además precisó que:

“La falta de servicio se presenta como una deficiencia o mal funcionamiento del servicio en relación a la conducta normal que se espera de él, estimándose que ello concurre cuando aquel no funciona debiendo hacerlo y cuando funciona irregular o tardíamente, operando así como un factor de imputación que genera la consecuente responsabilidad indemnizatoria.”⁵²

Como se logra apreciar, para la atribución de responsabilidad no tan solo es necesario acreditar la ausencia de funcionamiento o el funcionamiento defectuoso o tardío

⁴⁹ Estas hipótesis fueron expuestas y desarrolladas originalmente en DUEZ (1938): 27 y ss.

⁵⁰ En los mismos términos, véase OELCKERS (1989): 447.

⁵¹ Corte Suprema, rol N°3427-2001, 08 de mayo de 2002. Considerando décimo octavo.

⁵² Corte Suprema, rol N°39.484-2017, 02 de octubre de 2018. Considerando sexto.

de la Administración. También resulta indispensable vincular dichos presupuestos con los deberes jurídicos impuestos a cada repartición pública. En este orden de cosas, si no es posible establecer la negligencia alegada en razón de los deberes impuestos, entonces el Estado no estaría obligado a indemnizar, ya que el daño se habría producido sin infracción al orden jurídico establecido. Esto guía a los sentenciadores hacia un análisis donde se evalúen las actuaciones administrativas en razón de los medios dispuestos para lograr satisfacer el interés público.

Según este escenario, la conceptualización de la falta de servicio sirve para depurar el ejercicio interpretativo que realizan los jueces. En estos casos, los jueces cuentan con un catálogo de deberes que tiene la Administración para ejercer correctamente las funciones encomendadas, la cual variará en razón de la repartición pública de que se trate. Por su parte, la evaluación que realizan se enfoca en la subsunción de los hechos a uno de los presupuestos de la falta de servicio, atendiendo, como veremos más adelante, a ciertos estándares de diligencia en el cumplimiento de sus funciones públicas. Por lo tanto, la interpretación judicial se centra en la constatación de que el ideal normativo expresado en ley y/o reglamento administrativo sea armónico con las circunstancias que se despliegan en el caso concreto.

3.3. El estándar de la falta de servicio

Si un primer paso para determinar la responsabilidad del Estado es la demarcación conceptual de la falta de servicio, entonces el segundo paso es la identificación de criterios para su concreción. En esta búsqueda, la vinculación entre deber de cuidado y diligencia administrativa se torna central para construir un estándar de diligencia administrativo.⁵³ La dificultad que se presenta en esta materia es que la literatura administrativista chilena no ha enfocado sus esfuerzos en fijar un estándar de diligencia que establezca un umbral de exigencia determinado, sino que más bien se describen y explican algunos criterios jurisprudenciales particulares para resolver las contiendas de responsabilidad en contra del Estado.⁵⁴

Sin perjuicio del análisis que se realiza en el capítulo III, en esta parte de la

⁵³ Esta fue una de las conclusiones de LETELIER, después de revisar las características de la responsabilidad extracontractual del Estado. Véase LETELIER (2002): 374-375.

⁵⁴ Sobre este tipo de análisis, véase CORDERO (2012): 72-81 y CORDERO (2019):80-89.

investigación se proyectarán los aspectos básicos que deben superar las actuaciones administrativas. Se mostrará que no basta con el cumplimiento de las obligaciones que las normas legales y reglamentarias establecen, sino que habrá casos donde es indispensable actuar discrecionalmente para satisfacer el interés público.

3.3.1. Obligaciones legales y reglamentarias

Por lo general se dice que en derecho público solo puede hacerse aquello que está, en principio, expresamente permitido por la norma. Si descomponemos esta afirmación, tenemos que los alcances de las actuaciones de los funcionarios se definen sobre la base de un sustento normativo – legal y/o reglamentario – que justifica la acción ejecutada o la omisión incurrida de acuerdo a la potestad administrativa conferida.

En casos de responsabilidad estatal, el rol que juega la legalidad también es importante. Esto se refleja cuando los tribunales deciden casos por falta de servicio en atención al incumplimiento de la legalidad impuesta. Según este criterio, procedería la falta de servicio cuando la diligencia exigida por una norma jurídica es desatendida por el organismo público.⁵⁵ Esto quiere decir que se configura la falta de servicio siempre que la actuación desatienda o exceda las obligaciones estipuladas en la ley o reglamento.⁵⁶ De esta forma, cuando estamos en presencia de un incumplimiento de deberes legales es porque la actividad material no ha sido ejecutada por el órgano público de acuerdo a los parámetros normativos establecidos.

Las causas particulares para alegar negligencia dependen de las funciones legales que se desempeñan, ya sea porque hubo falta de vigilancia en la cárcel, falta de fiscalización en obras concesionadas o desatenciones en los protocolos sanitarios para la vacunación de la población. Estas hipótesis, que son solo un ejemplo de las múltiples posibilidades que se pueden presentar en diferentes sectores regulados, evidencian que las actuaciones administrativas están ligadas a un mandato legal y/o reglamentario para superar el umbral de exigencia del interés público.⁵⁷

⁵⁵ Véase CORDERO (2019): 80-83.

⁵⁶ Cabe precisar que la regulación administrativa se expresa en actos administrativos que pueden tener la forma de reglamentos, decretos e incluso procedimientos que perfeccionan un mandato administrativo, como el nombramiento de autoridades y funcionarios y su respectiva investidura regular.

⁵⁷ En cierta medida, la actividad material es problemática dada la enorme heterogeneidad de acciones que se realizan en virtud de ella. Véase ROJAS (2019): 13.

Dicho esto, la legalidad por sí sola no es suficiente para determinar la falta de servicio. Constituye un elemento importante, pero en un sistema de responsabilidad por culpa es necesario incorporar un análisis que evalúe la realidad material en que se sitúan las actuaciones administrativas. Según esta estipulación, la decisión de la Corte Suprema en *Duarte con Municipalidad de San Fernando* no contempla los aspectos necesarios para exonerar de responsabilidad a la Municipalidad. En la sentencia, se expone que la comprobación de la legalidad es suficiente para determinar la eximición de responsabilidad. La conclusión de la Corte estima que, si la norma expresamente indica que los municipios están a cargo de la pavimentación de las calles y aceras comunales, entonces cualquier accidente dañoso que se genere por un defecto en su cimentación debe ser indemnizado.⁵⁸

El problema de enfrentar la atribución de responsabilidad analizando solo la legalidad es que el Estado tendría que indemnizar por cualquier conducta antijurídica. Dicha situación no presentaría demasiadas dificultades si es que la actividad estudiada se encuentra regulada de manera exhaustiva. El problema mayor se presenta en aquellos ámbitos regulados de forma general. En estos casos, se estaría asumiendo un sistema de responsabilidad objetiva, donde se impondría la idea de una legalidad máxima, y, con ello, se reduciría el ámbito de discrecionalidad para ejecutar actuaciones materiales que permitan alcanzar el interés público.⁵⁹

3.3.2. Actuaciones razonales

No obstante que las obligaciones legales juegan un papel preponderante para concretar la falta de servicio, en muchas ocasiones el estándar legal no se encuentra claramente establecido. Las dudas que surgen sobre la idoneidad de la actuación ejercida descansan en la incerteza que producen algunas obligaciones legales que están formuladas de manera general. El principal problema es que algunas de las estipulaciones legales y/o reglamentarias adolecen de indeterminación, ya que los conceptos utilizados para demarcar la obligación son amplios.

⁵⁸ Corte Suprema, rol N°1513-2001, 04 de junio de 2002. Considerando noveno.

⁵⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ distinguen entre el enfoque la *doctrina de la vinculación negativa* y la *doctrina de la vinculación positiva*. Mientras que la primera contempla un espacio de actuación legal amplia, en virtud de la discrecionalidad para perseguir el interés general, la segunda estipula un espacio reducido para la actuación de los órganos estatales. La legalidad máxima respondería a la doctrina de la vinculación positiva. Véase GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2011): 445.

En el ámbito sanitario, una de las obligaciones de los hospitales públicos es la ejecución de acciones tendientes a la recuperación de la salud de la población.⁶⁰ Sin embargo, no todos los supuestos de hecho que ocurren en recintos hospitalarios se encuentran regulados. Por lo tanto, parece adecuado ejecutar acciones más allá de la legalidad para cumplir con el deber de salvar una vida humana y no ceñirse estrictamente a lo estipulado por una norma ambigua.⁶¹ Su justificación es que el funcionamiento limitado del Servicio origina que el comportamiento establecido legal y/o reglamentariamente no sea suficiente para satisfacer la sanidad pública.

De esta forma, una actuación discrecional puede ser razonable si satisface la finalidad de la norma. En este sentido, puede ocurrir que Gendarmería tenga como obligación legal la custodia de la población penal, pero no se sepa con exactitud qué acciones debe o no realizar específicamente. Si la concurrencia de los hechos exige que deba realizarse una revisión pormenorizada de las celdas para la incautación de armas blancas (como cuchillos), entonces una intervención que transgreda la privacidad de los reclusos estaría justificada en atención al deber de vigilancia y el interés público de la resocialización. Como se verá más adelante, esta idea de razonabilidad está presente en la responsabilidad civil con la idea de culpa.

Por el contrario, una actuación discrecional puede derivar en una actuación irrazonable. En *Caro con Fisco de Chile*, un cabo de Ejército da muerte a un conscripto mientras está realizando su servicio militar. En este caso, la Corte señaló que la forma como ocurrieron los hechos y la relación de subordinación entre el autor y la víctima, determinan que el Estado debe responder por el daño causado, ya que uno de los miembros de las Fuerzas Armadas, en servicio y estado de ebriedad, abusó de la autoridad que le otorgaba el grado asignado y procedió a maltratar hasta la muerte a quien cumplía con su servicio militar.⁶² Según el criterio de la Corte, la falta de servicio no solo sería procedente en casos de

⁶⁰ Por ejemplo, el artículo 2 de la Ley 20.584 sobre derechos y deberes del paciente señala que: “Toda persona tiene derecho, cualquiera que sea el prestador que ejecute las acciones de promoción, protección y recuperación de su salud y de su rehabilitación, a que ellas sean dadas oportunamente y sin discriminación arbitraria, en las formas y condiciones que determinan la Constitución y las leyes.”

⁶¹ Sin duda que la relación entre prestaciones médicas y responsabilidad varía cuando el servicio de salud público se enfrenta a una enfermedad nueva, como el Covid-19. Por ello, el éxito o fracaso de un tratamiento médico no está supeditado a la recuperación íntegra de la población, sino que más bien a la disposición de todos los recursos y herramientas disponibles para cumplir con esta finalidad. Véase en CÁRDENAS y PÉREZ (2020): 161-163.

⁶² Corte Suprema, rol N°4004-2003, 19 de octubre de 2005. Considerando cuarto.

ilegalidad, sino que también cuando las actuaciones de la Administración no cumplieren con la diligencia debida en razón de sus obligaciones, más aún cuando existe una relación de subordinación entre el autor del hecho y la víctima.⁶³

Recapitulando. En los casos sanitario, carcelario y militar el problema se reduce a la intensidad y dirección de la intervención administrativa. Mientras que en los casos sanitario y carcelario se justifica una actuación discrecional porque se logra alcanzar, con dicha acción, la protección sanitaria y la resocialización, en el caso militar la actuación discrecional es irrazonable porque derivó en un abuso de poder que se origina en una relación de subordinación. En este sentido, lo importante es fijar los contornos de la razonabilidad como límite a las actuaciones discrecionales. Por una parte, la evaluación de los jueces debiese contemplar la interpretación en abstracto del alcance normativo de las obligaciones de los órganos públicos y la subsunción de las actuaciones materiales de acuerdo a los mandatos legales y/o reglamentarios. Por otra parte, el tribunal debiese evaluar la necesidad de haber actuado discrecionalmente dentro de los contornos de la razonabilidad, esto es, acudiendo a acciones específicas para satisfacer el interés público de la Administración.

Esto cobra aún más relevancia si consideramos que la abundante regulación normativa, no obsta para que en una repartición pública desaparezcan los espacios de discrecionalidad administrativa.

3.4. La falta personal

El trasplante de la falta de servicio desde el derecho francés vino acompañado de la falta personal. Según esta tradición, la responsabilidad estatal es inmediata y, por ende, la acción se persigue directamente en contra del Estado. Esta postura asume que las reparticiones públicas funcionan mediante actuaciones humanas, pero que no resulta adecuado que recaiga sobre los funcionarios el deber de indemnizar los perjuicios sufridos por las víctimas. Una razón económica podría indicar que los caudales públicos son más prósperos para pagar una compensación, mientras que una razón política indicaría que el principio de responsabilidad recaería sobre las instituciones y no sobre las personas que la componen. Lo cierto es que los ordenamientos jurídicos con una tradición francesa establecen la responsabilidad inmediata del Estado sobre los perjuicios causados por sus funcionarios.

⁶³ Corte Suprema, rol N°4004-2003, 19 de octubre de 2005. Considerando décimo.

En términos generales, la falta personal puede excluir la responsabilidad estatal o estar ligada a ella. Según la distinción trazada, puede ser que los tribunales comprueben la negligencia del funcionario con independencia de la falta de servicio, eximiendo de responsabilidad al organismo público, o que exista un cúmulo de responsabilidades donde la Administración tendría que indemnizar a las víctimas, reservándose el derecho de repetir en contra del funcionario público. Podría decirse que el Estado responde por culpa propia cuando se comprueba la falta de servicio, y por un hecho ajeno cuando, además, se comprueba la falta personal de un funcionario.⁶⁴

En este orden de cosas, las combinaciones que se pueden producir son tres: a) la comprobación de la falta personal, pero no la falta de servicio; b) la comprobación de la falta personal y la falta de servicio y; c) la comprobación de la falta de servicio, pero no la falta personal. En el supuesto a), se excluye de responsabilidad al Estado y el funcionario debiese responder civilmente. En el supuesto b), existe un cúmulo de responsabilidades, donde el Estado debiese indemnizar al administrado, sin perjuicio de la posibilidad de repetir en contra del funcionario que causó el daño. Por último, en el supuesto c), el Estado debe indemnizar a la víctima, sin tener la posibilidad de repetir en contra del funcionario, porque no se pudo comprobar la falta personal. El supuesto a) deriva en un análisis de derecho civil, mientras que los supuestos b) y c) comprometen un análisis desde el derecho administrativo.

Nuestro ordenamiento jurídico contempla la regulación de los supuestos b) y c). El artículo 42 de la Ley de Bases establece que el Estado es responsable de los daños causados por falta de servicio, aunque ello no obsta a que éste, eventualmente, pueda repetir en contra del funcionario que hubiese incurrido en falta personal. La consagración de esta institución viene a distinguir el plano orgánico del plano individual. Según esta formulación jurídica, como se presume que las actuaciones de los funcionarios son ejecutadas dentro de sus atribuciones, entonces quien asume la carga de indemnizar los perjuicios sufridos por las víctimas es el órgano al que pertenecen los funcionarios. Por ello deben reunirse dos presupuestos básicos para la concurrencia de la falta personal: la actuación dañosa de un funcionario público individualizado y que dicha actuación se enmarque fuera de las funciones encomendadas por ley.

Sobre el primer presupuesto es necesario que el funcionario actúe de manera

⁶⁴ Véase VALDIVIA (2005): 11-12.

negligente causando un daño en el administrado, ya sea mediante la ejecución de una acción o la incurrencia de una omisión dañosa. Esto no es otra cosa que comprobar alguna de las hipótesis de la falta de servicio. Respecto del segundo presupuesto, la falta personal se completa cuando la actuación del funcionario se ejecuta fuera de los contornos legales. Esto quiere decir que la acción u omisión dañosa del funcionario es provocada mediante una actuación que no debía ejecutar, o que omitió debiendo actuar. Este segundo requisito nos lleva a responder la pregunta sobre qué significa actuar dentro del alcance de las atribuciones entregadas. En cuanto a los límites en el alcance de la función o empleo, resulta preciso señalar que debe tenerse en consideración el tiempo y espacio para comenzar a delimitar la actuación del agente público. Se estará dentro de sus funciones cuando lo haga desde que comienza la primera labor en su trabajo hasta que realiza la última y, de ser necesario, dentro de ese período de tiempo cuando lo haga en un espacio temporal específico, por ejemplo, en horario de trabajo.⁶⁵

Sobre esta materia, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha resuelto con claridad algunos casos. Uno de ellos es *Morales con Fisco de Chile*, donde la Corte justifica la falta personal sobre los presupuestos ya citados. Los hechos ocurren en un cartel de policía, donde un funcionario realiza una broma disparando con su arma particular y dando muerte a un compañero de trabajo. Ambos se encontraban en servicio disponible y acuartelados en la comisaría.⁶⁶ El tribunal entiende que esta situación es constitutiva de falta personal, porque el victimario, debidamente identificado, actuó fuera de los contornos permitidos por la ley de acuerdo a su investidura y porque éste ejecutó la acción con su arma particular.⁶⁷

Sin embargo, habrá casos donde la constatación de la falta personal no eximirá de responsabilidad al organismo público. En *Godoy con Fisco de Chile*, la Corte sostuvo que el Registro Civil fue negligente respecto de los daños causados en el administrado, quien sufrió pérdidas económicas por haberse entregado su cédula de identidad a un tercero desconocido. Si bien la Corte constató la falta personal sobre un funcionario determinado, quien actuó de manera negligente a propósito de sus funciones, aquello, en su criterio, no es suficiente para excluir la responsabilidad del organismo público.⁶⁸ Por lo tanto, es posible que, debido al

⁶⁵ En el caso chileno, las jornadas de trabajo de los funcionarios públicos se clasifican en jornada ordinaria, extraordinaria y especiales. Las implicancias de cada una ellas, véase con detalle en CELIS (2020): 363-373.

⁶⁶ Corte Suprema, rol N°7919-2008, 14 de enero de 2011. Considerando sexto.

⁶⁷ Corte Suprema, rol N°7919-2008, 14 de enero de 2011. Considerando décimo.

⁶⁸ Corte Suprema, rol N°6210-2010, 26 de agosto de 2010. Considerando sexto.

cúmulo de responsabilidades, convivan la falta de servicio y falta personal. En estos casos, la utilidad de identificar la falta personal es que el Estado puede repetir en contra del funcionario que provocó los daños en el administrado.

4. Problemas generales de la responsabilidad extracontractual del Estado

Una de las características del derecho administrativo chileno es que su sistematización es más bien reciente. La aspiración de un derecho administrativo con principios y reglas generales para los servicios públicos comienza a cimentarse con la publicación de la Ley de Bases de la Administración (1986), y, posteriormente, con la Ley de Procedimiento Administrativo (mayo de 2003) y la Ley de Contratación Administrativa (julio de 2003).

Con estas leyes, la dogmática administrativista comenzó a explorar las dimensiones generales de conceptos que inicialmente solo estaban consagrados para la regulación de sectores específicos. Por ejemplo, la falta de servicio originalmente se estipuló en la Ley de Municipalidades (1976) para regular la responsabilidad municipal, y, con el tiempo, se consagró para regular las actividades de toda la Administración. Los esfuerzos por precisar sus dimensiones han llevado a la dictación de reglamentos en los distintos sectores regulados, los cuales no logran especificar satisfactoriamente la actividad administrativa.

En lo que sigue, la investigación centrará su atención en: 1) reconocer la indeterminación de la falta de servicio como un problema general de la responsabilidad extracontractual del Estado y; 2) constatar la necesidad de complementar la metodología que especifica el rango de aplicación de la falta de servicio.

4.1. La indeterminación de la falta de servicio

Los presupuestos de la falta de servicio se presentan como un marco de referencia para dotar de contenido y establecer el ámbito de aplicación de la responsabilidad estatal. El problema que se presenta con las formulaciones generales es que siempre existirá un rango de vaguedad o indeterminación para fijar las propiedades conceptuales y el rango de aplicación de una determinada institución en casos atípicos.⁶⁹ HART identifica esta característica como *la*

⁶⁹ Sobre esta característica, CARRIÓ sostiene que las palabras que utilizamos son *potencialmente vagas*, puesto que sus condiciones de aplicación no están determinadas en todas las direcciones posibles y siempre habrá circunstancias frente a las cuales el uso no dicta la aplicación ni la no aplicación del término. Véase CARRIÓ (2011): 34.

textura abierta del derecho.⁷⁰ En sus palabras, explica que: “Cualquiera sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que estos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán indeterminadas.”⁷¹

Según las consideraciones de HART, el precio que se paga por el uso de términos clasificatorios generales es la falta de certeza de casos, en principio, marginales. Por ejemplo, la regla de que *nadie puede entrar en vehículo al parque* es una formulación que puede llevar a equívocos si no existe certeza de las propiedades de un *vehículo*. La regla es clara cuando se trata de automóviles motorizados, aunque no lo es tanto cuando los vehículos que ingresan al parque son las bicicletas que usan los niños para divertirse. Según HART, la manera de zanjar esta dificultad es identificando el propósito de la regla, es decir, la intención que se tuvo para dictar la pauta de conducta. En ese orden de cosas, si el propósito es tener un espacio de tranquilidad sin ruido dentro del parque, la regla no aplicaría para las bicicletas; mientras que, si el propósito es evitar accidentes dentro del parque, la regla estaría más proclive a ser aplicada también para las bicicletas.⁷²

Ahora bien, la formulación de una regla general y su respectivo propósito no parecen suficientes para su correcta aplicación en un conjunto de casos. Frente a este escenario, HART plantea la posibilidad de evaluar las pautas de conducta contemplando las circunstancias particulares que rodean el caso mediante estándares variables. El ejemplo citado es respecto del deber de cuidado (*due care*) en los casos de responsabilidad civil, donde el umbral de exigencia es el *cuidado razonable*. Pero ¿qué parámetros debiésemos constatar para catalogar una actuación como razonable? HART sostiene que una actuación es razonable, en sede civil, cuando: 1) se toman precauciones para evitar un daño sustantivo y; 2) las precauciones adoptadas no implican un sacrificio demasiado grande de otros intereses legítimos.⁷³ Visto así, la dificultad se centra en determinar la razonabilidad de la actuación que se ejecuta, o la omisión en que se incurre. En circunstancias regulares, parece razonable conducir a menos de 60 km/h en la ciudad o que los peatones crucen la calle en luz verde, aunque también

⁷⁰ HART desarrolla la idea de *textura abierta* siguiendo la formulación dispuesta originalmente por WAISMANN (1951): 119. Según este autor, *la textura abierta del lenguaje* refleja la deficiencia de nuestro conocimiento de la realidad y la imposibilidad que prever definiciones certeras ante situaciones inusuales.

⁷¹ HART (2009): 159.

⁷² Véase HART (2009): 160-161.

⁷³ Véase HART (2009): 165.

parece razonable, en circunstancias irregulares, que una ambulancia conduzca a más de 60 km/h para trasladar a un paciente o que los peatones crucen con rojo cuando tengan una emergencia doméstica.

Si bien el planteamiento de HART se enfoca en las relaciones entre particulares, aquello no impide que su posición sea trasladada al ámbito de las relaciones públicas.⁷⁴ La aproximación *hartiana* resulta útil para mostrar las razones que sostienen la indeterminación de la falta de servicio en aquellos casos donde existe incerteza jurídica en las intervenciones materiales de la Administración. De esta forma, la regla que indica que *el Estado es responsable de los daños causados por falta de servicio* es aplicable en aquellos casos donde concurren las propiedades o atributos de la *falta de servicio*. En principio la regla es clara porque conocemos el título de imputación de la responsabilidad y sus presupuestos. Incluso sabemos que el propósito que justifica la aplicación de la regla es el resarcimiento de los daños causados injustamente. Sin embargo, los problemas se originan cuando no es posible vincular las propiedades de la falta de servicio con los hechos que rodearon la actuación administrativa. Esto es así porque las reparticiones públicas que componen la Administración cumplen distintas funciones en contextos variados. De este modo, los tribunales deben evaluar las actuaciones administrativas según la función que desempeña cada repartición pública y el contexto en que se desenvuelve. Todo ello para responder a la pregunta ¿Qué era aquello que debía hacer la Administración?

En la búsqueda por aplicar la regla de responsabilidad en los casos ubicados en la zona de penumbra, los estándares de diligencia vienen a demarcar con mayor certeza el ámbito de la falta de servicio. Por una parte, los estándares de diligencia generales tienen una conformación más bien normativa, donde la omisión indebida y la actuación tardía o defectuosa forman parte del contenido abstracto de la imputación estatal. Si el análisis solo descansara en este plano, el cumplimiento de una de las hipótesis clásicas sería suficiente para responsabilizar al Estado. Sin embargo, la aplicación de estándares generales es solo el

⁷⁴ En estos términos lo entiende CANE cuando vincula la aproximación *hartiana* con el derecho administrativo mediante un enfoque *no esencialista*. El argumento que acondiciona CANE sostiene que la metodología *no esencialista* no solo proporciona una abundante descripción de características fundamentales de los distintos sistemas jurídicos modernos, sino que también proporciona conocimientos significativos sobre cómo podría o debería desarrollarse el derecho. Por esa razón, la aproximación *hartiana* no solo debiese estudiarse en atención a los casos de responsabilidad civil y penal que mayormente desarrolla, sino que también para comprender y justificar algunas instituciones de derecho público, como, por ejemplo, la responsabilidad extracontractual del Estado. Véase con profundidad en CANE (2013): 649-674.

primer paso para fijar la precisión que se requiere en la elucidación de los hechos. Por otra parte, los estándares de diligencia específicos entregan la precisión adecuada para imputar responsabilidad al Estado, ya que permiten evaluar las actuaciones administrativas en razón del ámbito en que son ejecutadas. Para la concurrencia de la falta de servicio es necesario que el comportamiento de la Administración no se ajuste a lo que, en razón de sus funciones, era esperable de ella.⁷⁵

Respecto de los estándares específicos, debe analizarse cada caso en concreto para determinar si convergen los presupuestos normativos con las conductas efectivamente ejecutadas. La regla que establece que *el Estado es responsable de los daños causados por falta de servicio*, nos indica, por ejemplo, que las actuaciones de Gendarmería deben concentrarse en custodiar a la población carcelaria y promover su reinserción social. La dificultad en este plano es proyectar dichos propósitos a las diversas situaciones concretas que se presentan dentro de las cárceles. De esta forma, parece razonable una regla que prohíba el ingreso de drogas, armas y celulares a establecimientos carcelarios. No cabe duda de que estos elementos atentan contra la seguridad integral de los penales. Sin embargo, dicha regla dejaría afuera otros elementos peligrosos que podrían poner en riesgo el régimen interno, como serían las herramientas de carpintería para la construcción de túneles. Esos casos quedarían fuera de la regla, originando una zona de penumbra o un espacio difuso para la ejecución de la actuación administrativa.

Como se logra apreciar, tanto las reglas que contienen estándares generales como las reglas que contienen estándares específicos originan espacios de incertidumbre para demarcar la falta de servicio. Según SCHAUER, esta característica típica de las reglas logra un mayor poder explicativo cuando se distingue la indeterminación por sobre y subinclusión. Esto porque los casos controvertidos, o poco claros, quedan dentro o fuera de la regla, dependiendo de la justificación de esta. Mientras que la sobreinclusión comprende casos que no producen las consecuencias que proyecta la justificación de la regla, la subinclusión no incorpora aquellos casos que producen las consecuencias que proyecta la justificación de la regla. En la sobreinclusión, los casos incorporados no se adecúan a la razón que la regla estipula, son incluidos sin atender a la justificación subyacente. Lo contrario ocurre en la subinclusión, donde la justificación de la regla es adecuada para la inclusión de los casos

⁷⁵ Véase CORDERO (2019): 87-89.

marginados, por ende, resulta injustificada su exclusión.⁷⁶

El ejemplo del ingreso al parque es un caso de sobreinclusión. Aquí no tenemos claridad si el predicado fáctico es una regla universal que afecta a todos los vehículos, motorizados o no, o si es posible establecer algunas excepciones: como es el caso de las bicicletas para que se diviertan los niños. Esto porque la justificación de la regla descansa en la idea de proveer paz y tranquilidad dentro del parque, por ende una bicicleta conducida por menores de 6 años no parece estar incluida dentro de la restricción estipulada por la regla. Por su parte, el ejemplo de los elementos peligrosos en las cárceles es un caso de subinclusión. En este supuesto, la indeterminación se produce porque quedan fuera casos que se encuentran afines a la justificación subyacente. Según la regla que prohíbe el ingreso de elementos peligrosos, los gendarmes solo podrían incautar drogas, armas y celulares, dejando fuera de la pesquisa herramientas de construcción. Esto es problemático porque los materiales de carpintería sirven para construir túneles y atentan contra la seguridad interior de los establecimientos carcelarios.

Frente a este escenario, siempre habrá dudas sobre la razonabilidad de las actuaciones administrativas. Los mínimos de razonabilidad que expresa HART nos harían pensar sobre la prevención de daños sustantivos y el sacrificio de intereses particulares en beneficio del interés general. Sin embargo, aun con dichas prevenciones las zonas de penumbras no desaparecen, y la diligencia de las actuaciones administrativas estará supeditada a una regla que puede ser subinclusiva o sobreinclusiva. Para SCHAUER, esta distinción es útil porque permite identificar dónde está ubicada la indeterminación y cómo es posible enfrentarla. De esta manera, cuando el predicado fáctico se encuentra formulado en términos generales, ya sea porque la obligación impuesta a la Administración es amplia o porque se compone de conceptos abstractos, la indeterminación recae sobre aquellos casos que están incluidos de manera injustificada. Mientras que, si el predicado fáctico está formulado de manera específica, mediante deberes puntuales y cerrados como la revisión de celdas en casos calificados, entonces la incerteza jurídica recae sobre aquellos casos que no están incluidos. Aunque debiesen estarlo en atención a la justificación que sostiene la regla que permite la incautación de elementos peligrosos. En ambas situaciones, resulta complejo fijar las propiedades conceptuales y el rango aplicativo de la falta de servicio. Dificultad que

⁷⁶ Véase SCHAUER (2004): 89-92.

se refleja en la Administración cuando tiene que ejecutar acciones tendientes a satisfacer el interés público, y en los tribunales cuando deben evaluar la diligencia de dicha actuación.

4.2. La insatisfactoria especificación de la falta de servicio

Para determinar la responsabilidad del Estado, no basta con la identificación de los presupuestos clásicos de la falta de servicio. El examen del funcionamiento defectuoso, tardío o la omisión indebida es solo una parte del análisis que realizan los jueces para llegar a determinar si la actuación administrativa es negligente. Los tribunales también deben identificar los supuestos de hecho que forman parte del ámbito de aplicación de la regla de responsabilidad. Precisamente, este último ejercicio interpretativo busca reducir la indeterminación aplicativa de la falta de servicio.⁷⁷ Para reducir la incerteza en este último plano, CORDERO propone dos ámbitos de análisis: a) el plano centrado en las fallas administrativas y b) el plano centrado en el funcionamiento administrativo.⁷⁸

Respecto del plano centrado en las fallas administrativas, CORDERO reordena un conjunto de hipótesis sobre la explicación de PAILLET.⁷⁹ En resumen, esta aproximación sostiene que para determinar la responsabilidad del Estado es necesario que confluyan los presupuestos de la falta de servicio y las fallas producidas en la Administración. Estas últimas, se encuentran representadas por las *fallas causadas por el comportamiento irregular de la Administración* y por las *fallas que afectan derechos*. Mientras que las primeras son producidas por el comportamiento irregular de la Administración, las segundas son generadas por una vulneración de derechos que sufren los administrados.⁸⁰ De esta forma, el tribunal se encuentra expuesto al siguiente panorama para tener que decidir:

⁷⁷ En términos *guastinianos*, esto quiere decir que la reducción de la indeterminación de la falta de servicio se logra cuando: a) el juez dota de contenido a la falta de servicio mediante el ejercicio de la interpretación en abstracto y; b) el juez subsume un supuesto de hecho en el campo de aplicación de la falta de servicio previamente identificada en abstracto. Los alcances de la interpretación en abstracto e interpretación en concreto véase en GUASTINI (2016): 328-330.

⁷⁸ Para efectos de ordenar la explicación en esta parte de la investigación, reacondicioné la etiqueta de estas dos categorías. El contenido de ambas obedece fielmente a la metodología para responder las preguntas sobre la falta de servicio, ofrecida por CORDERO (2019): 99.

⁷⁹ Véase PAILLET (2001).

⁸⁰ CORDERO explica en estos términos la metodología de PAILLET (2001) para especificar el contenido de la falta de servicio. Véase CORDERO (2019): 100.

Cuadro N°1

	A. El servicio no se presta	B. El servicio se presta defectuosamente	C. El servicio se presta tardíamente
1. Fallas que afectan derechos	A1	C2	C1
2. Fallas por comportamiento irregular de la Administración	A2	B2	C2

El cuadro de PAILLET, muestra que en cada hipótesis no es suficiente un análisis exclusivo sobre los presupuestos de la falta de servicio. Las variantes que se agregan precisan de qué manera se origina la negligencia, dando énfasis específico al comportamiento irregular de la Administración y la afectación del sistema de derechos. Sobre los últimos, CORDERO saca a colación algunos casos donde la Corte Suprema configura la falta de servicio porque existe una afectación de derechos. En el caso *Cerro Chuño*, la Corte determinó la responsabilidad del Estado porque el Servicio de Salud de Arica no adoptó las medidas sanitarias adecuadas para el tratamiento adecuado de los residuos tóxicos que fueron acopiados en lugares aledaños a las víctimas. La Corte estima que la decisión administrativa constituyó una exposición al riesgo desproporcionada, de tal forma que es por sí misma suficiente para la concurrencia de la falta de servicio. Más aún si la protección de la salud es una función central de la autoridad sanitaria.⁸¹

Sin embargo, el análisis de CORDERO no se detiene ahí. Respecto del plano centrado en el funcionamiento administrativo, sostiene que los jueces deberán profundizar su evaluación sobre el comportamiento irregular de la Administración. Es decir que las hipótesis A2, B2 y C2 del cuadro N°1 deben someterse a un segundo grado de análisis, donde sea posible identificar específicamente cuál fue el motivo de la negligencia. Sobre esta base, CORDERO confecciona un segundo cuadro donde distingue los presupuestos de la falta de servicio y descompone los ámbitos desde donde es posible identificar de manera más acabada el funcionamiento irregular de la Administración, ya sea en la formulación de la *regla de*

⁸¹ Corte Suprema, rol N°11.857-2014, 30 de octubre de 2014. Considerando undécimo.

*competencia, la modalidad de intervención y la intervención exigida.*⁸² De esta manera, el juez se enfrenta a las siguientes variantes:

Cuadro N°2

	A. El servicio no se presta	B. El servicio se presta defectuosamente	C. El servicio se presta tardíamente
1. Regla de competencia	A1	B1	C1
2. Modalidad de intervención	A2	B2	C2
3. Intervención exigida	A3	B3	C3

Las hipótesis que se presentan en el cuadro N°2 vienen a dar una respuesta más precisa a aquellas que se pudieron dar en el cuadro N°1 respecto de las fallas por comportamiento irregular de la Administración. Mientras que la irregularidad en la *regla de competencia* se origina mediante una formulación legal amplia y ambigua, en la *modalidad de intervención e intervención exigida* la irregularidad se produce cuando el reglamento regula formas de actuaciones limitadas. En este orden de cosas, el cuadro N°2 evidencia que disolver los problemas de sub y sobreinclusión es central para que los jueces puedan determinar la responsabilidad por falta de servicio.

En los supuestos A1, B1 y C1, el problema radica en la amplitud de la formulación legal de la regla de competencia. De esta forma, la disposición legal que establece que Gendarmería cumple la función de custodiar a la población penal, nos indica de manera amplia que este servicio público tiene la obligación de ejecutar acciones tendientes al cumplimiento de esa función impuesta. Sin embargo, esa información para los jueces no es suficiente. El efecto que produce una formulación amplia es la inclusión injustificada de casos, lo cual produciría que el Estado actuaría como un garante universal. Y si ello es así, entonces carecería de importancia el título de imputación de la falta de servicio.

Por la razón enunciada previamente, CORDERO justifica un análisis profundizado en la irregularidad del funcionamiento administrativo. En las hipótesis A2, A3, B2, B3, C2 y

⁸² Véase CORDERO (2019): 101.

C3, los jueces tienen un panorama más certero para determinar la responsabilidad estatal. En la *modalidad de intervención e intervención exigida*, la regulación recae a un nivel reglamentario que especifica mediante procedimientos y protocolos las actuaciones que debe ejecutar el servicio público para cumplir con una actuación diligente.

En resumen, para establecer la responsabilidad del Estado es necesario enlazar los presupuestos de la falta de servicio con el funcionamiento específico de la Administración. Este ejercicio constaría de dos etapas. En la primera, el juez se enfrenta a variables que surgen de la confluencia entre los presupuestos de la falta de servicio y las actuaciones administrativas irregulares y que vulneran derechos. En cuanto a las últimas, el juez realiza un ejercicio interpretativo para determinar si la vulneración de derechos en que incurre la Administración se condice con una actuación dañosa. Sobre las actuaciones irregulares, el juez debe realizar un ejercicio de interpretación más específico. Eso lo entiende CORDERO, por ello propone descomponer las atribuciones de la Administración en regla de competencia, modalidad de intervención e intervención exigida. Por lo general, la regla de competencia encuentra sustento normativo en una norma legal, con una formulación general, por ello la regulación reglamentaria de la modalidad de intervención e intervención exigida, tienden a dar mayor certeza sobre las actuaciones administrativas que debe evaluar el juez cuando decide su diligencia o negligencia.

Si bien la metodología ofrecida por CORDERO fija las coordenadas generales para la aplicación de la falta de servicio, esta debe ser complementada con las particularidades de los sectores regulados. La reducción de la indeterminación aplicativa de la falta de servicio depende del contexto en que interviene la Administración. Si el sector analizado es el ámbito carcelario, entonces habría que identificar las particularidades que se presentan entre Gendarmería y la población penal. Dos ejemplos son la relación de derecho público y la finalidad resocializadora. La primera devela la subordinación de las personas privadas de libertad respecto del Estado, mientras que la segunda se expresa como una medida tendiente a disminuir el compromiso delictivo de los reclusos. En este contexto, habría que preguntarse sobre las obligaciones de Gendarmería y el comportamiento específico que deben ejecutar sus funcionarios. De esta manera, si Gendarmería debe custodiar y vigilar a la población carcelaria, entonces la facultad de allanar celdas solo procede ante el peligro de encontrar armas que pudieran poner en riesgo la integridad del resto de la población o elementos

peligrosos que pudieran ser comercializados dentro de la cárcel (como drogas o celulares).

De esta forma, la *modalidad de intervención e intervención exigida* de la Administración dependen de la actuación específica y del contexto en que esta se desempeña. En las próximas líneas se proyectarán las particularidades del ámbito carcelario con la finalidad de establecer certezas jurídicas sobre las intervenciones que son exigidas a la Administración Penitenciaria y para reducir la indeterminación aplicativa de la falta de servicio en ese sector.

5. Dos propuestas para demarcar la falta de servicio de la Administración Penitenciaria

Si bien la vaguedad es una característica propia del lenguaje objetivo que es imposible de erradicar, aquello no es impedimento para que los conceptos jurídicos y su ámbito de aplicación se puedan precisar. Según GUASTINI, la vaguedad de las normas puede ser reducida mediante definiciones y la subsunción de casos marginales o atípicos a dicha norma indeterminada.⁸³ Previamente, constatamos que la falta de servicio adolece de indeterminación y que la metodología ofrecida para especificar su ámbito de aplicación debe ser complementada.

En esta última parte del capítulo se proyectarán dos propuestas que intentarán, por un lado, reducir la indeterminación de la falta de servicio en general y, por otro lado, precisar su ámbito de aplicación en un sector específico: la Administración Penitenciaria. En cuanto a la primera propuesta, se mostrará que los esfuerzos de la dogmática se han centrado en identificar las similitudes y diferencias entre la responsabilidad civil y la responsabilidad del Estado, dejando fuera del análisis las razones que justifican el uso de reglas y principios del derecho de daños en esta parcela del derecho administrativo. Esto impacta directamente en la manera de entender la falta de servicio como un estándar de diligencia en el ámbito de la responsabilidad del Estado.

En cuanto a la segunda propuesta, se constatará que las relaciones penitenciarias presentan particularidades que requieren ser analizadas y encausadas para precisar el ámbito de aplicación de la falta de servicio en el contexto carcelario. Si bien el conocimiento de las circunstancias que rodean la actividad penitenciaria no impedirá la existencia de vaguedad,

⁸³ Véase GUASTINI (2016): 340.

permitirá reducir la indeterminación para la imputación de responsabilidad estatal. De esa forma, se podrá dilucidar con mayor claridad las obligaciones de la Administración Penitenciaria, la injusticia de un daño sufrido por un recluso y la existencia del nexo causal para vincular la negligencia cometida y el perjuicio experimentado.

5.1. El derecho de daños en la responsabilidad del Estado por falta de servicio

Los administrativistas chilenos, en un ejercicio constante y uniformado, han intentado darle forma a la falta de servicio utilizando las reglas y principios del derecho de daños.⁸⁴ Toda esta tendencia se comienza a cimentar cuando se fija la responsabilidad del Estado por falta de servicio en *Domic* (2002). Posteriormente, el mismo tribunal en *Seguel* (2009) asimila la falta de servicio a la culpa civil para responsabilizar a las Fuerzas Armadas mediante una interpretación extensiva del artículo 2314 del Código Civil. Esto produce que en la actualidad los tribunales decidan casos de derecho público con herramientas del derecho civil.

Como se aprecia, el derecho de daños es una vía de solución (o escape) para resolver las inconsistencias que presentan en el sistema de responsabilidad pública. Hasta ahora, los esfuerzos de los administrativistas se han centrado en identificar similitudes y diferencias entre la responsabilidad civil extracontractual y la responsabilidad del Estado por falta de servicio. Sin embargo, este trasplante de reglas y principios reclama colmar un vacío: hacen falta razones que justifiquen la aplicación del derecho de daños en las hipótesis de responsabilidad por falta de servicio.

En esta parte, la investigación se centrará en la comparación de ambos sistemas de responsabilidad, y, posteriormente, se indicará la necesidad de asentar fundamentos conceptuales para reducir la vaguedad de la falta de servicio

Según BARROS, la responsabilidad civil se ordena sobre el principio de igualdad, donde ninguna de las partes tiene la potestad de ejercer control sobre otra. Por el contrario, en el derecho público es característico que las autoridades tengan la potestad de interferir en los intereses de los particulares para satisfacer el interés público.⁸⁵ En estos términos, la

⁸⁴ Las contribuciones del trabajo colectivo *La falta de servicio*, coordinada por LETELIER (2012a), demuestran el esfuerzo de una parte importante de los administrativistas chilenos por depurar la falta de servicio desde consideraciones civilistas en algunos sectores regulados.

⁸⁵ Véase BARROS (2020): 505.

distancia entre un ámbito y otro es la potestad que tiene la Administración sobre el administrado *versus* la relación horizontal que prima entre los particulares. Mientras que en el ámbito público la intervención de intereses particulares es legítimo, en el ámbito privado cualquier menoscabo en los intereses legítimos de los participantes de la interacción constituye un daño.

En cuanto a las analogías, bien vale recalcar el tardío reconocimiento de la responsabilidad del Estado respecto de la responsabilidad civil. Ello explica que el derecho de daños sea una fuente indispensable para la construcción del sistema de responsabilidad público chileno, ya que, con algunos ajustes, ha permitido la conformación de una doctrina administrativista capaz de dar cuenta de los daños provocados por las funciones que desempeñan las reparticiones públicas. Como expresa BARROS, “el complejo ordenamiento de la responsabilidad extracontractual actúa como *estatuto general y supletorio* en las materias que no son objeto de conceptos y reglas especiales de derecho público.”⁸⁶ Si bien los participantes de la relación son diferentes, la manera de enfrentar las demandas por indemnización de perjuicio tiene una raíz común. El sistema de responsabilidad público encuentra una base conceptual que no tan solo es útil para atribuir responsabilidad sobre la base de reglas generales, sino que también en sectores donde la falta de servicio está contenida en leyes especiales, con reglas de atribución de responsabilidad propia.

Los conceptos de daño, culpa y causalidad vienen a demostrar que las interacciones públicas no se alejan jurídicamente de las dinámicas del derecho privado. Tampoco difieren en su autonomía conceptual. Esto quiere decir que la existencia de un presupuesto no determina la concurrencia de otros. Sobre esa base es que una persona puede sufrir un daño ilegítimo, sin que nadie sea responsable de ella, o, en el ámbito público, no provenga de una actuación estatal.

El daño cometido por el Estado, según las reglas de la responsabilidad civil, debe ser resarcido en su integridad.⁸⁷ Esto quiere decir que tanto los daños sufridos en el patrimonio, como los daños morales deben ser compensados cuando se logra demostrar la falta de servicio de la repartición pública. Para FERRADA, “la obligación reparatoria del

⁸⁶ BARROS (2020): 506. Cursivas en original.

⁸⁷ Véase BARROS (2020): 526. Para BARROS, siguiendo el razonamiento de CHAPUS en Francia, no existen normas especiales ni razones jurídicas suficientes para hacer distinciones sustantivas entre la reparación civil y la administrativa.

Estado recae, en primer lugar, sobre los daños materiales o patrimoniales, que son aquellos que afectan bienes que tienen un significado económico que expresa un valor de cambio, lo que se traduce en una disminución del activo (daño emergente) o en la imposibilidad de su incremento (lucro cesante).”⁸⁸ En este plano, se sitúan algunos ejemplos que develan este tipo de menoscabo injustificado, como en los servicios de salud cuando después de una operación queda una aguja dentro del cuerpo del paciente causando un daño en su integridad física, o cuando por motivo de una acera que presenta desperfectos una persona sufre una caída y se lesiona una de sus extremidades.

La indemnización de perjuicios también comprende aquellos daños sufridos fuera del patrimonio de la víctima. El resarcimiento del daño moral viene a dar completitud a la obligación que tiene el Estado. Sin perjuicio de ello, y a diferencia del derecho civil, su conceptualización se ha ido ampliando y ha encontrado mayores planos de certeza para el pago de indemnizaciones. Según el artículo 41 de la Ley 19.966, que regula las garantías en salud, el daño moral se determina en virtud de la gravedad del perjuicio y la modificación de las condiciones de existencia del afectado, en atención a su edad y condición física.⁸⁹ Aquello se ve fortalecido vía reglamentaria cuando se establecen montos máximos a pagar según el daño sufrido por la víctima.⁹⁰ En estos términos, la fijación de montos aproximados es considerado como un criterio de razonabilidad para determinar los parámetros aceptables de una indemnización, constituyendo un límite a las indemnizaciones excesivamente onerosas en contra del Estado.⁹¹ Por esa razón, el resarcimiento cumple una función reparatoria cuando, por ejemplo, la madre sufre la pérdida de su hijo en gestación debido a la atención médica negligente prestado por el hospital público.

Por su parte, la vinculación entre la culpa civil y la falta de servicio se encuentra establecida en razón de la regla de responsabilidad del artículo 2314 del Código Civil. Como se indicó previamente, esta regla establece que *una persona es obligada a indemnizar cuando haya inferido daño a otra*. En derecho administrativo, esta regla se traduce en que *el Estado*

⁸⁸ FERRADA (2020): 399.

⁸⁹ El artículo 41 de la Ley 19.966 señala que: “La indemnización por el daño moral será fijada por el juez considerando la gravedad del daño y la modificación de las condiciones de existencia del afectado con el daño producido, atendiendo su edad y condiciones físicas.”

⁹⁰ Con ello me refiero a la Resolución 142 exenta, que fija los montos máximos a pagar por los prestadores institucionales públicos en virtud del procedimiento de mediación establecido por la ley 19.966.

⁹¹ Véase FERRADA (2020): 400.

es responsable de los daños causados por falta de servicio. La aplicación en uno y otro ámbito responde a un patrón común: el causante de un daño injustificado debe responder mediante la indemnización de perjuicios. Vimos que la jurisprudencia nacional así lo entiende. No obstante, surgen algunos matices sobre el estatus jurídico del causante del daño que es menester precisar para completar la explicación.

Si bien la dogmática y jurisprudencia administrativista chilena durante estos últimos años han asimilado la culpa civil y la falta de servicio, no es lo mismo determinar la negligencia de un particular y la falta de servicio del Estado. Los niveles de intervención son diferentes por el mandato jurídico que rige en uno y otro caso. Por un lado, la culpa en la responsabilidad extracontractual está determinada por aquellas actuaciones que no alcanzan el umbral del cuidado razonable, es decir, aquellas conductas que no respetan o transgreden ciertos estándares de diligencia dispuestos por el derecho civil.⁹² Por otro lado, la falta de servicio está fijada por una obligación legal y el cumplimiento del interés público. La negligencia se produce cuando el servicio público no cumple con el deber legal impuesto y/o cuando se ejecutan conductas contrarias a la finalidad perseguida. En el primero, lo relevante es que no se modifique indebidamente la relación de igualdad de las partes en la interacción. Mientras que en el segundo lo relevante es que la desigualdad originada legítimamente en la ley no se agudice producto de las potestades y obligaciones impuestas a la Administración.

Por último, en ambos planos el nexo causal se conjuga de una manera similar: el daño sufrido por la víctima debe haber sido producido por una actuación negligente del demandado. Según esta comprensión, en derecho civil la causalidad estaría dada en razón de la vinculación entre la culpa del demandado y el daño sufrido por el demandante. Lo relevante en todo esto es resolver la pregunta sobre cómo ocurrieron los hechos y si ellos poseen una conexión fáctica. En los casos sencillos, podría decirse que el *test sine qua non* sería apto para fijar la conexión fáctica entre la acción u omisión del demandado y su resultado dañoso en la víctima, aunque también podría cuestionarse si son suficientes las circunstancias que producen el daño en la interacción involuntaria.⁹³

Por su parte, en derecho administrativo lo importante es constatar la relación entre

⁹² Me refiero a que la diligencia debida depende del cumplimiento de estándares de diligencia generales y particulares. Un análisis detallado sobre estándares de diligencia civil y razonabilidad, véase en PAPAYANNIS (2020): 9-38.

⁹³ Véase PAPAYANNIS (2014a): 77-78.

la falta de servicio del órgano de la Administración y el daño sufrido por el administrado. Sobre este punto, BARROS sostiene que la causalidad está determinada por el análisis de la falta de servicio desde la finalidad que la norma impone a cada repartición pública y si esa finalidad está destinada a evitar el daño producido al administrado.⁹⁴ En estos términos, si una norma cualquiera impone a un servicio público la obligación de prestar un conjunto de atenciones sanitarias para resguarda la salud de la población, entonces cualquier conducta dañosa que se aleje de esa protección universal podría ser atribuible a la Administración. En este ámbito, el análisis del nexo causal requiere de la constatación entre una actuación administrativa negligente, en razón de que no persigue la finalidad legal impuesta, y un daño ilegítimo experimentado por la víctima.

Ubicadas las diferencias y similitudes entre ambos sistemas de responsabilidad, queda preguntarse si ello es suficiente para reducir la indeterminación de la falta de servicio en general. En principio pareciera ser que no. Para consolidar la asimilación de la culpa civil en la responsabilidad del Estado considero que es indispensable asentar los fundamentos que justifican este trasplante normativo. Hasta ahora, dicho ejercicio analítico no existe en nuestro país. Se encuentra patente la ausencia de una explicación exhaustiva que permita dilucidar las razones para usar conceptos y categorías desde el derecho de daños a la responsabilidad administrativa.

Sin ánimo de adelantar los argumentos que se expondrán en el capítulo II, la presente investigación viene a dar una respuesta compleja a esta dificultad. Específicamente, recurre a un análisis donde se explica y justifica la correlatividad en las relaciones de desigualdad jurídica, el rol del ideal igualitario en la responsabilidad del Estado y el deber de indemnizar los daños causados por los agentes públicos. Este desarrollo impacta directamente en la construcción de un estándar de diligencia en materia de responsabilidad extracontractual del Estado. El capítulo III se encarga de mostrar los elementos que componen la conducta debida en las actuaciones materiales de la Administración. De esta forma, el objetivo no es solo demostrar la existencia de conceptos y elementos comunes entre el ámbito público y privado, sino que revelar y desarrollar las razones que justifican la aplicación de estas instituciones del derecho de daños en la responsabilidad del Estado por falta de servicio.

⁹⁴ Véase BARROS (2020): 527.

5.2. El análisis de los componentes de las relaciones penitenciarias

Las relaciones jurídicas entre el Estado y la ciudadanía son regidas por el derecho público. Por más que una de las partes sea un agente privado, lo que prima es que la contraparte es una repartición pública y su regulación posee características que no se pueden asemejar a una persona natural. Las relaciones penitenciarias no son una excepción a esta regla general.⁹⁵ No obstante los apuntes expuestos anteriormente, los daños que se originan en este ámbito son resueltos mediante la legislación administrativa, en general, y la regulación penitenciaria, en particular.

Las siguientes páginas destacarán dos aspectos que particularizan la falta de servicio en la Administración Penitenciaria: los derechos y deberes penitenciarios y la resocialización como finalidad pública. En esta parte de la investigación, la intención no es dar un tratamiento acabado de estas instituciones, sino que proyectar su alcance en el ámbito de la responsabilidad del Estado por falta de servicio. Mientras que en el primer aspecto se identificarán las especificidades de las posiciones de la estructura normativa de la relación penitenciaria, en el segundo aspecto se abordará la resocialización como una medida que, al menos, debe cumplirse sin que los reclusos sufran daños injustificados.

5.2.1. Derechos y deberes penitenciarios

En nuestro país, la Constitución Política establece dos casos de restricciones producto del cumplimiento de una pena privativa de libertad y que derivan en sanciones que deben soportar los reclusos: la libertad de locomoción (artículo 19 N°7) y los derechos políticos que emanan de la calidad de ciudadano (artículo 13). La ejecución de la pena involucra una limitación para desplazarse libremente, dejando solo un margen de desplazamiento dentro del espacio delimitado en un establecimiento penitenciario. También comprende una sanción política, puesto que la Carta Fundamental impide su participación mientras se encuentren cumpliendo una pena aflictiva. Como puede apreciarse el catálogo de derechos disminuye y se limita la condición jurídica de quienes son sancionados penalmente.

⁹⁵ Esto supone que habría casos específicos y excepcionales donde se regulan actuaciones estatales mediante el derecho civil. En Chile, un ejemplo de ello se encuentra en el artículo 19 N°21 de la Constitución Política, donde se reconoce la posibilidad de que el Estado pueda ejercer actividades empresariales reguladas por la legislación común aplicable a los particulares.

Frente a esta situación, el derecho internacional de los derechos humanos comienza a dar respuestas a los espacios de desprotección jurídica sufridas por los reclusos. En el ámbito local, el derecho penitenciario viene a formalizar la relación jurídica entre la Administración Penitenciaria y las personas privadas de libertad, confirmando que estos últimos poseen un estatus jurídico similar a aquellas personas que se encuentran en el medio libre, a excepción, claro está, de aquellos derechos restringidos por la pena.⁹⁶ Sin embargo, para justificar la protección en este ámbito jurídico no basta con la relación que comúnmente se expresa en entre ciudadanía y Estado en la mayoría de las Constituciones, sino que debe tratarse de una relación jurídica donde se especifique quiénes son los participantes de la interacción, cuál es el fundamento de la relación y qué comprende cada posición.

El Reglamento de Establecimientos Penitenciarios (en adelante Reglamento Penitenciario) responde a estas interrogantes. Su artículo 2 establece que “el interno se encuentra en una relación de derecho público con el Estado, de manera que fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención, prisión preventiva o condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres.” En primer lugar, la disposición fija que la interacción carcelaria está compuesta por las personas que se encuentran cumpliendo una condena y la Administración Penitenciaria, esta última a cargo de la vigilancia de los primeros. En segundo lugar, la conformación de esta relación de derecho público implica armonizar posiciones que persiguen intereses disímiles. La razón que justificaría la especialidad en esta relación es que, si bien los reclusos se encuentran cumpliendo una condena, aquello no significa que su condición jurídica, a excepción de los derechos restringidos, sea distinta de las demás personas. Por último, la disposición da luces sobre las implicancias de cada posición. Por un lado, se garantiza el ejercicio de derechos a los reclusos y, por otro lado, se demarca las funciones y obligaciones de la Administración Penitenciaria.

Sobre las implicancias de cada posición, el Reglamento Penitenciario especifica la esfera de protección jurídica de los reclusos. En el artículo 5, inc. 2, se indica que “[l]a Administración Penitenciaria procurará la realización efectiva de los derechos humanos compatibles con la condición del interno”, lo cual confirma que la estadía en la cárcel no es motivo para impedir el ejercicio de derechos que no fueron restringidos por la pena. Se

⁹⁶ Un tratamiento sistemático sobre los problemas que se presentan en torno a la naturaleza jurídica de las relaciones jurídicas penitenciarias se desarrolla en FERNÁNDEZ (2019): 101-146.

vislumbra una relación penitenciaria que debe mantenerse entre márgenes jurídicos excepcionales. En seguida, con la lectura del artículo 6 del mismo Reglamento se desglosan los niveles de realización efectiva. Primero, se vela por la vida, la integridad y salud de los internos. Segundo, se protege al recluso de no sufrir torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes. Por último, se garantiza la libertad ideológica y religiosa, el derecho al honor, el derecho a la intimidad, el derecho a la información, el derecho a la educación y el acceso a la cultura, procurando un desarrollo integral. Todos estos derechos se traducen en prestaciones estatales y el recluso no los pierde por su condición jurídica.

Así también, la posición desventajada de la población penal justifica que el Reglamento resalte la importancia de algunos derechos que las personas adquieren o refuerzan cuando se encuentran cumpliendo una condena. Entre esos derechos se encuentran los siguientes: atención médica (artículo 34); comunicación con familiares (artículo 39); recepción de catre, colchón y frazadas (artículo 46); recepción de correspondencia desde el exterior (artículo 48); recepción de visitas periódicas (artículo 49) y; la realización de peticiones a la autoridad (artículo 58).

Respecto de la posición de la Administración, la Ley Orgánica de Gendarmería (en adelante Ley de Gendarmería) establece las funciones y obligaciones de la actividad penitenciaria. En su artículo 1 consagra la finalidad de atender, vigilar y contribuir a la reinserción social de los reclusos. Con ello, quedan asentadas sus obligaciones que en el capítulo IV se desarrollan con las etiquetas *deberes de custodia* y *deberes de resguardo*. Brevemente, el primero se refiere a las obligaciones que tiene Gendarmería de vigilar el cumplimiento de la pena de la población carcelaria. Mientras que el segundo se vincula con las obligaciones que tiene Gendarmería de garantizar el ejercicio de aquellos derechos que no fueron restringidos por la pena. De esta forma, la vigilancia que ejerce la Administración Penitenciaria tiene ir acompañada de medidas que protejan el desarrollo humano dentro las cárceles.

Es cierto que, en los términos expuestos, la relación de derecho público resulta útil para determinar la responsabilidad del Estado mediante la vulneración de derechos y la negligencia de una actuación administrativa. El enfoque de un sistema de responsabilidad objetivo es proclive a la atribución de responsabilidad por restricciones de derechos. Para resolver la responsabilidad de una actuación estatal resultaría esencial preguntarse si el

recluso tenía derecho, por ejemplo, a un programa de desarrollo integral. En estos casos, el daño se vincula con la vulneración que se produce cuando se imposibilita el ejercicio del derecho a acceder a la educación o cultura.

En cuanto a la responsabilidad por falta de servicio la pregunta es otra. Según esta perspectiva, la interrogante que debe resolverse no es si el recluso tenía derecho a un programa de desarrollo integral, más bien debe determinarse si la Administración Penitenciaria tenía la obligación de implementar dicho programa. Por lo tanto, se determina la responsabilidad del Estado porque se incumplió una obligación y, en razón de ello, el recluso alega el derecho a ser indemnizado por ese daño injustamente sufrido.⁹⁷ En estos casos se evalúa la diligencia de las actuaciones de Gendarmería para evitar los daños carcelarios.

Esta última manera de enfocar el problema se proyectará en los siguientes capítulos. La distinción entre *deberes de custodia* y *deberes de resguardo* tendrá lugar para determinar la diligencia/negligencia de la actividad penitenciaria. Por su parte, el catálogo de derechos penitenciarios constituirá un soporte jurídico para confirmar o descartar la obligación que tenía la Administración Penitenciaria de entregar la prestación de un servicio y, de esa forma, establecer si el daño provocado tiene que ser tolerado por el recluso o indemnizado por el Estado.

5.2.2. El interés público de la resocialización

El interés público que el Estado chileno persigue en materia carcelaria es la reinserción social de quienes se encuentran cumpliendo una condena. La demarcación conceptual de esta finalidad comprende la adopción de un conjunto de medidas para que la población penal revierta la conducta que justifica su estadía en la cárcel. Esta es una manera de interpretar el contenido del artículo 1° del Reglamento Penitenciario cuando señala que “la actividad penitenciaria [...] tendrá como fin primordial tanto la atención, custodia y asistencia de detenidos [...] como la acción educativa necesaria para la reinserción social de los sentenciados a penas privativas de libertad.”

Sin embargo, esta finalidad no siempre estuvo presente en nuestra legislación penitenciaria. Como bien se puede apreciar, solo mediante un reglamento se contemplaba la

⁹⁷ En estos términos, véase LETELIER (2012b): 15-16.

reinserción como una finalidad de la Administración Penitenciaria. El texto original de la Ley de Gendarmería establecía como finalidad la rehabilitación de las personas privadas de libertad. Después de la reforma legal de 2010, la Ley de Gendarmería fija como finalidad central de la actividad penitenciaria la reinserción social de los reclusos.⁹⁸ Con la instalación de este nuevo paradigma, las actuaciones penitenciarias comienzan a ejecutarse según los lineamientos de quién tiene una oportunidad de volver a insertarse en el medio libre.

En general, los ordenamientos jurídicos que consagran esta finalidad a nivel constitucional buscan reintegrar al recluso en la sociedad, reducir la duración prefijada de la pena o suspender su ejecución adoptando otras medidas alternativas. Por ejemplo, el artículo 25.2 de la Constitución española establece que las medidas de seguridad en las cárceles estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social. La población penal española cuenta con un reconocimiento constitucional que obliga al Estado a adoptar medidas para el reintegro del medio libre. La fuerza argumentativa aumenta cuando a nivel constitucional se puede exigir el ejercicio del derecho a sufragio como una medida que contempla a las personas condenadas como ciudadanas. Sin embargo, su contenido no se encuentra claramente demarcado y aquello justificaría eventuales acciones u omisiones arbitrarias en la esfera íntima de los reclusos.⁹⁹

Para algunos autores chilenos, esta finalidad se vincula con el desarrollo de la acción educativa de los sentenciados durante la pena privativa de libertad. En estos términos, la expresión *acción educativa* “se utiliza específicamente en referencia al denominado *proceso de reinserción social*, ofreciendo una conceptualización que implícitamente se enmarca en una perspectiva tradicional del *tratamiento*, donde el condenado es comprendido como un individuo que padece déficits de formación personal y que, por ello, requiere que la actuación penitenciaria enfoque los esfuerzos vinculados a socialización en acciones que son asumidas como parte de su *educación* como persona.”¹⁰⁰ Por lo que el proceso educativo no se relaciona con actividades de formación escolar, sino que más bien con actividades destinadas

⁹⁸ Me refiero a la reforma impulsada por la Ley 20.246 que moderniza Gendarmería de Chile, incrementando su personal y readecuando las normas de su carrera funcionaria.

⁹⁹ Para GARCÍA-PABLOS, la ambigüedad del concepto *resocialización* permite el surgimiento de diversas concepciones que tienen, por un lado, semejanzas en cuanto a la manifiesta hostilidad hacia el retribucionismo, aunque, por otro lado, diferencias respecto a la intensidad de la intervención penal sobre al condenado, véase GARCÍA-PABLOS (1979): 652-654.

¹⁰⁰ CARNEVALI y MALDONADO (2013): 390. Cursivas en original.

a disminuir el compromiso delictivo de los condenados, entregando una cierta estructura personal.¹⁰¹

En el ámbito de la responsabilidad del Estado, la resocialización juega un papel preponderante cuando la Administración Penitenciaria no cumple con sus obligaciones de custodiar y resguardar la vida e integridad de los reclusos y origina daños ilegítimos en estos o en terceros. Los supuestos para mostrar que no cumple con sus obligaciones son variados, entre ellos se encuentra la incautación inoportuna de armas, celulares y/o drogas, el hacinamiento de la población penal y el mantenimiento defectuoso de los recintos carcelarios. De esta forma, si Gendarmería no realiza una pesquisa oportuna de armas, entonces puede afirmarse que actuó de manera negligente ante las lesiones sufridas por un interno en una riña. También puede sostenerse que la finalidad resocializadora no se cumple, si es que producto de las lesiones sufridas el interno pierde, por ejemplo, parte de su movilidad, la visibilidad, uno de sus pulmones o la vida. La Administración Penitenciaria también es negligente cuando no se prevén situaciones dañosas que impiden la reinserción laboral de los reclusos. En el capítulo V, se analizarán las diferentes situaciones dañosas dentro de las cárceles y la relación causal entre la negligencia cometida y el perjuicio experimentado.

En estos términos ¿Cómo se podría contribuir a la resocialización si el recluso termina una condena en peores condiciones que cuando la inició? Con esto en juego, parece evidente que imponer un castigo sin fijar la mirada en una futura reintegración crea un problema en la ejecución de la pena. Un castigo sin límites genera que la política criminal centre su atención en el endurecimiento de las penas asignadas a los delitos, es por ello que las intromisiones que originan daños ilegítimos alejan la posibilidad de que los internos se puedan reivindicar con el derecho. La sincronía entre actuación diligente y medidas que no entorpezcan la reinserción social erradicaría las prácticas delictivas que motivan al condenado a reincidir en su comportamiento y, al mismo tiempo, darle una nueva oportunidad para su desarrollo humano en la sociedad.¹⁰²

6. Recapitulación

En el presente capítulo se trabajaron dos objetivos. Por un parte, se describió el estado de la

¹⁰¹ En resumidas cuentas, lo que se persigue con la resocialización es remover o neutralizar los factores que han llevado a delinquir al delincuente. Véase CARNEVALI y MALDONADO (2013): 391.

¹⁰² Véase BERGALLI (2003): 57-58.

discusión que rodea la instalación de la responsabilidad del Estado por falta de servicio a nuestro país. Por otra parte, se identificaron problemas asociados a la responsabilidad del Estado por falta de servicio y algunas características del funcionamiento de la Administración Penitenciaria para enfrentar la aplicación de la falta de servicio como título de imputación en dicho contexto. La ruta seguida fue la siguiente.

Primero. Se distinguieron las posiciones dominantes en la discusión sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad extracontractual del Estado. En ellas se identifica la posición que sostiene la suficiencia de las disposiciones constitucionales para regular las relaciones que se originan entre la Administración y el administrado, y la posición que recurre al derecho civil para completar el cuadro regulativo que exige la aplicación de la responsabilidad del Estado. Mientras que para los dogmáticos que defienden la primera posición el sistema de responsabilidad estatal es constitucional, objetiva e imprescriptible, para quienes defienden la segunda postura la responsabilidad es legal, subjetiva e imprescriptible. La investigación asume que la última postura expuesta es la que predomina en nuestro país. Por esa razón, se muestra el escenario que presenta la jurisprudencia y la dogmática administrativista en esta materia.

Segundo. Se identificaron dos problemas generales de la responsabilidad extracontractual del Estado: la indeterminación de la falta de servicio y la insatisfacción en su especificación. La dificultad de fijar los contornos de la falta de servicio se entiende por la imposibilidad de regular todos los casos que se presentan en las interacciones públicas. Por ello resulta indispensable justificar razonablemente los espacios de discrecionalidad de las actuaciones administrativas y, de esa forma, no estén supeditadas a una regla subinclusiva o sobreinclusiva. A su vez, una metodología que fija las coordenadas generales para la aplicación de la falta de servicio necesariamente debe ser complementada con las particularidades de los sectores regulados. Esto se traduce en la subsunción de los supuestos de hechos de acuerdo a las particulares normativas de cada sector regulado. En este punto, la investigación sostiene que la reducción de la indeterminación aplicativa de la falta de servicio depende del contexto en que interviene la Administración. De esta forma, la diligencia de una actuación penitenciaria debe ser evaluada en razón de los derechos de los reclusos y los deberes de la Administración Penitenciaria, así como también atendiendo a la finalidad de la norma carcelaria.

Tercero. Se proyectaron dos propuestas para demarcar la falta de servicio de la Administración Penitenciaria: desplegar una explicación exhaustiva para justificar el trasplante de reglas y principios desde el derecho de daños e identificar los componentes propios de las relaciones penitenciarias. Sobre la primera proyección, se destacaron los esfuerzos de la dogmática administrativa en la identificación de similitudes y diferencias entre la responsabilidad extracontractual y la responsabilidad del Estado por falta de servicio, sin embargo, para fortalecer el contenido conceptual y reducir aún más la indeterminación de la falta de servicio resulta indispensable posicionarse en una teoría que permita dar una explicación exhaustiva del trasplante que se produce en esta parcela del derecho administrativo.

Por último. En relación a los aspectos que particularizan la falta de servicio de la Administración Penitenciaria, se destacaron dos: la relación jurídica penitenciaria y la resocialización como finalidad pública. El análisis de ambos componentes resulta central para fijar la responsabilidad en el contexto carcelario. En el primero, se identificaron los derechos y obligaciones que proyectan las posiciones que componen la estructura normativa penitenciaria. Desde la perspectiva de las obligaciones, se establece que la distinción entre deberes de custodia y deberes de resguardo será central para determinar la diligencia de la actividad penitenciaria. Por su parte, el catálogo de derechos penitenciario constituirá un soporte jurídico que servirá para confirmar o descartar las obligaciones de Gendarmería. En el segundo, se abordó la resocialización como una medida destinada a disminuir el compromiso delictivo de los condenados. Esto en el ámbito de la responsabilidad del Estado debiese traducirse en actuaciones destinadas a entregar una cierta estructura personal, sin que los reclusos sufran daños que puedan ser perjudiciales en su futura reinserción. Por ejemplo, la pérdida de la visión por la tardía atención médica dispuesta por Gendarmería constituye un daño injustificado que perjudica la reinserción laboral del recluso.

CAPÍTULO II

El derecho de daños en la responsabilidad del Estado por falta de servicio

RESUMEN: *El presente capítulo analiza la Teoría de los Ilícitos Estatales de Peter CANE como una aproximación conceptual que provee de fundamentos adecuados para sostener la aplicación del derecho de daños en la responsabilidad extracontractual de la Administración Penitenciaria. En este punto, la investigación analiza tres aspectos fundamentales: la correlatividad en las relaciones de desigualdad jurídica, el rol del ideal igualitario en la responsabilidad del Estado y el deber de indemnizar los daños causados por los agentes públicos. Sobre el primer aspecto, sostengo que la estructura normativa de la responsabilidad extracontractual del Estado debe ser entendida en términos de justicia correctiva, puesto que existe una parte que debe corregir el daño ilegítimo causado por otra. En cuanto al segundo aspecto, sostengo que el ideal igualitario funciona como criterio distributivo cuando el particular que sufre un daño es miembro de un grupo desaventajado, como sería la población carcelaria. En el último aspecto, contrasto los objetivos de la responsabilidad estatal y del derecho daños e identifiqué las razones generales por las cuales la Administración Penitenciaria debería indemnizar los daños causados a las personas privadas de libertad.*

PALABRAS CLAVES: Ilícitos estatales, derecho de daños, relaciones de desigualdad jurídica, justicia distributiva, remedios compensatorios.

1. Presentación

Previamente se indicó que la dogmática y jurisprudencia administrativista chilena se ha centrado en identificar las similitudes y diferencias entre la responsabilidad civil extracontractual y la responsabilidad del Estado por falta de servicio.¹⁰³ Sin duda que los esfuerzos desplegados han sido útiles para vincular ambas parcelas del derecho. Lo cierto es que persisten algunas preguntas sobre los fundamentos que justifican la aplicación del derecho de daños en la responsabilidad extracontractual del Estado. Resolver estas interrogantes exige ir en búsqueda de argumentos que provienen desde el derecho civil para depurar el concepto *falta de servicio* en el discurso científico del derecho administrativo.

Sin perjuicio de ello, resulta indispensable realizar algunas precisiones para ajustar la manera y la intensidad en que va a incidir la responsabilidad civil extracontractual en la responsabilidad pública. Esto porque el derecho de daños está diseñado para regular relaciones jurídicas entre partes iguales. Así lo confirman algunos autores modernos en filosofía del derecho privado como Richard EPSTEIN¹⁰⁴, George FLETCHER¹⁰⁵ Jules COLEMAN¹⁰⁶ y Ernest WEINRIB¹⁰⁷ que analizan aquellos casos de responsabilidad civil en donde quienes interactúan se encuentran en una condición jurídica semejante en una relación bilateral. En estos trabajos no se aprecia de forma clara qué ocurre en aquellos casos donde la responsabilidad emerge de relaciones desiguales, como en la hipótesis de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Peter CANE advierte este vacío y en *Tort Law and Public Functions* formula una teoría para compatibilizar las reglas y principios del derecho de daños con la responsabilidad del Estado, que, para efectos de este trabajo, la llamaré Teoría de los Ilícitos Estatales (en adelante TIE). En su obra, CANE propone explorar las implicaciones teóricas que supone aplicar el derecho de daños, de manera secundaria, en las relaciones de desigualdad jurídica (en adelante RDJ). La tesis que el autor sostiene señala que para “explicar el funcionamiento del derecho de daños entre agentes privados por un lado y agentes públicos por otro – con respecto a las relaciones de desigualdad jurídica – necesitamos un marco teórico diferente de

¹⁰³ En adelante, me referiré indistintamente a responsabilidad extracontractual del Estado, responsabilidad del Estado, responsabilidad estatal y/o responsabilidad pública.

¹⁰⁴ EPSTEIN (1973).

¹⁰⁵ FLETCHER (1993).

¹⁰⁶ COLEMAN (2012).

¹⁰⁷ WEINRIB (2017).

aquel usado para explicar la aplicación del derecho de daños en las relaciones de igualdad jurídica”¹⁰⁸. El desafío que se presenta a partir de esta afirmación es la confección de un marco teórico-conceptual compatible con el derecho de daños y aplicable a la responsabilidad estatal.

Ahora bien, esta articulación teórica nace a partir de dos conclusiones que CANE logra desprender después de demarcar el campo de acción del derecho de daños. La primera conclusión señala que algunos teóricos de derecho privado y público aceptan de manera implícita la aplicación del derecho de daños en las relaciones de desigualdad jurídica. La segunda conclusión es que ninguna de estas aproximaciones ha presentado una explicación exhaustiva de esta característica.¹⁰⁹ Para dar cuenta de su propuesta y confeccionar un marco teórico-conceptual idóneo, el autor distingue entre quienes adhieren a teorías no-instrumentalistas de aquellos que se inclinan por una teoría instrumentalista. A su juicio, los no-instrumentalistas¹¹⁰ entienden el derecho de daños dentro sus características o componentes propios; mientras que los instrumentalistas¹¹¹ lo hacen analizando sus funciones, propósitos u objetivos. Sobre esta base CANE formula una teoría que en términos no-instrumentales reconstruye un concepto de justicia acorde con las relaciones de desigualdad jurídica en razón de la convergencia conceptual entre el principio de igualdad y el principio de proporcionalidad; y en términos instrumentales destaca la contribución que la ley de responsabilidad civil puede hacer para legitimar el poder coercitivo del Estado.

La construcción teórica de CANE parece coherente para la aplicación del derecho de daños en la responsabilidad extracontractual del Estado. Sin embargo, existen algunos puntos que resultan de difícil comprensión y requieren de una explicación más aguda para terminar de armar satisfactoriamente el modelo. Este capítulo se encarga de analizar la TIE como una aproximación conceptual que provee de fundamentos adecuados para sostener la aplicación del derecho de daños en la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio, en general, y la responsabilidad extracontractual de la Administración Penitenciaria, en particular. No obstante, el argumento principal transita sobre un análisis general de la

¹⁰⁸ CANE (2014): 150.

¹⁰⁹ Para revisar exhaustivamente las consideraciones previas del análisis teórico véase CANE (2014): 153 – 161.

¹¹⁰ Entre ellos WEINRIB (2012), STEVENS (2007) y BEEVER (2007).

¹¹¹ Entre ellos COHEN (1990), BISHOP (1990) y HARLOW (2004).

responsabilidad del Estado, aquello va acompañado con ejemplos mayoritariamente del ámbito carcelario.

Para lograr aquel objetivo expongo la propuesta teórica de CANE y, posteriormente, desarrollo tres argumentos para corregir, complejizar y consolidar la TIE. Primero, reposiciono el vínculo bilateral que surge en las relaciones de desigualdad jurídica. Para ello exploro en la relación Estado y funcionario público, y la razón que justifica que el Estado deba responder de las actuaciones dañosas del funcionario público. Segundo, dilucido el componente generador de equilibrio entre partes jurídicamente desiguales. En este punto, sostengo que el ideal igualitario funciona como criterio distributivo cuando el particular que sufre un daño es miembro de un grupo desaventajado, como sería la población carcelaria. Tercero, desde una explicación plural asimilo los objetivos del derecho administrativo y del derecho de daños como herramientas funcionales en la responsabilidad extracontractual del Estado. Con esta asimilación, identifico las razones generales por las cuales la Administración Penitenciaria debería indemnizar los daños causados a las personas privadas de libertad. Por último, recapitulo las ideas centrales del capítulo que reflejarán la posición adoptada en este trabajo.

Antes de comenzar preciso hacer algunas prevenciones generales. La primera de ellas dice relación con la amplitud del tema que trata el presente capítulo. Prevengo que el estudio de este capítulo está encaminado a determinar la responsabilidad que emerge de la Administración Penitenciaria. No obstante, no descarto que el estudio realizado en este capítulo sirva de base para determinar las actuaciones diligentes de otro sector regulado. La segunda prevención gira en torno al propósito de este estudio. Lo que abordo en este capítulo no es la asimilación conceptual entre la responsabilidad civil extracontractual y la responsabilidad extracontractual del Estado, sino que el traslado de algunas instituciones para explicar la forma y comprender la operatividad de la responsabilidad extracontractual del Estado. Por último, prevengo la intención de rearticular una posición teórica, principal pero no exclusivamente, desde la *filosofía del derecho administrativo*¹¹². No pretendo realizar un estudio de derecho comparado, aunque para facilitar la lectura del argumento principal, en

¹¹² Si bien no existe una obra que establezca las coordenadas exactas de la *filosofía del derecho administrativo*, bien vale destacar los esfuerzos realizados desde el *common law* por CANE (2011a), HARLOW (2004), ENDICOTT (2018) y CORNFORD (2008).

algunos pasajes del capítulo, fijo similitudes o diferencias explícitas entre el *common law* y el *civil law*.

2. La Teoría de los Ilícitos Estatales en el pensamiento de Peter CANE

La formulación teórica que desarrolla CANE intenta justificar la utilización de reglas y principios provenientes del derecho de daños en la responsabilidad pública. El argumento que sostiene el autor señala que para explicar el funcionamiento del derecho de daños entre agentes privados y agentes públicos necesitamos un marco teórico diferente de aquel usado para explicar la aplicación del derecho de daños en las relaciones de igualdad jurídica¹¹³. Para lograr aquello, analiza la estructura normativa, las características y los objetivos de las RDJ que se originan en las hipótesis de responsabilidad del Estado.

2.1. Estructura normativa

Para CANE, las RDJ tienen un origen funcional. En palabras sencillas, esto quiere decir que las funciones públicas desempeñadas, ya sea por un organismo gubernamental o por un organismo no gubernamental, van a determinar la interacción en este ámbito. La justificación de este argumento radica en lo que CANE entiende por función pública, esto es, una función que se realiza en beneficio de los intereses públicos, en lugar de satisfacer los intereses propios del funcionario o de cualquier individuo o grupo de personas dentro de la sociedad¹¹⁴. Por lo tanto, el autor se aparta de la clásica separación normativa que existe entre funcionarios o agentes públicos, que actúan en nombre del Gobierno, y agentes privados, que buscan satisfacer el interés propio.

Esta manera alternativa de mirar las relaciones entre Estado y ciudadanos permite incorporar a los organismos no gubernamentales que ejercen funciones públicas, y, a su vez, descartar a los organismos gubernamentales que ejercen funciones privadas. La razón para sostener que los organismos no gubernamentales son parte de una RDJ es porque pueden ejercer funciones públicas sin la necesidad de anteponer la fuerza estatal sobre los ciudadanos, mientras que los organismos gubernamentales dejan de ser parte de una RDJ porque pueden desempeñarse en un ámbito privado. En este último supuesto, el autor

¹¹³ Véase CANE (2014): 150.

¹¹⁴ Véase CANE (2014): 151.

incorpora dos ejemplos: la suscripción de contratos y la función privada que ejerce un conductor que maneja desde un lugar a otro¹¹⁵.

En resumen, el objetivo de CANE es mostrar que la estructura normativa de las RDJ está compuesta por entidades gubernamentales y no gubernamentales que desempeñan funciones públicas mediante agentes públicos, y entidades privadas que persiguen sus propios proyectos mediante agentes privados¹¹⁶.

2.2. Componentes

Uno de los aspectos que atraen la atención de los administrativistas es que desde las teorías no instrumentalistas no se descarta la aplicación del derecho de daños en las RDJ. Autores como WEINRIB¹¹⁷, STEVENS¹¹⁸ y BEEVER¹¹⁹ piensan que el derecho de daños se entiende de mejor manera desde sus características o componentes jurídicos en lugar de sus funciones u objetivos. Esta perspectiva permite que exista un acuerdo, más bien implícito, para analizar la igualdad como un componente que genera equilibrios en las RDJ.

A partir de los flancos desarrollados por los teóricos no instrumentalistas, CANE comienza a demarcar el campo y a teorizar sobre el derecho de daños en las RDJ. Cuando cerca el derecho de daños, CANE se pregunta por el modelo de justicia que debiese utilizarse para comprender correctamente el régimen de responsabilidad civil extracontractual. Inicialmente, expone la postura de WEINRIB que supone una posición totalmente apegada a un modelo de justicia correctiva, donde la noción de correlatividad expresa el derecho que posee una de las partes *versus* el deber que tiene la otra. WEINRIB estima que las consideraciones distributivas requieren de una elección política que afectan los intereses de los miembros de una comunidad, cuestión que no es propia de las relaciones entre privados, sino que de relaciones que se originan en el ámbito público.¹²⁰ Sin embargo, no expone explícitamente la incorporación de las consideraciones distributivas en las RDJ.

Por el contrario, CANE identifica en las posturas de WILBERG y DU BOIS una apertura

¹¹⁵ En este cabe destacar la acotación que realiza Cane, cuando indica que en el *common law* no existe una distinción tajante entre el poder de contratación de los privados y el poder de contratación ejercido por las entidades estatales. Véase CANE (2014): 152.

¹¹⁶ Véase CANE (2014): 153.

¹¹⁷ Véase WEINRIB (2017).

¹¹⁸ Véase STEVENS (2007).

¹¹⁹ Véase BEEVER (2007).

¹²⁰ Véase CANE (2014): 155.

a las consideraciones distributivas en las relaciones de igualdad que se originan en el ámbito privado y, cuya consecuencia, lleva a contemplarlas en las RDJ. En ambas posiciones, CANE destaca que los autores compatibilizan la incorporación de consideraciones correctivas y distributivas tanto en la responsabilidad civil como en la responsabilidad estatal, aunque existe una diferencia en el camino adoptado para lograr dicho resultado. La posición de WILBERG estipula la posibilidad de incorporar en el terreno del derecho de daños las obligaciones estatales mediante la producción de normas¹²¹, mientras que la perspectiva de DU BOIS no sostiene problemas para que los tribunales decidan las controversias en términos distributivos, es decir, que resuelvan casos teniendo en cuenta el interés público que debe perseguir un funcionario.¹²²

Sobre esta base, CANE comienza a teorizar y propone una fórmula para integrar las RDJ en el derecho de daños. Este planteamiento confecciona un componente generador de equilibrio entre partes jurídicamente desiguales, a partir de la asimilación del principio de igualdad y el principio de proporcionalidad. Esta teoría, estima que en términos formales o estructurales la sociedad se organiza en relaciones bilaterales entre agentes jurídicamente iguales y, en términos sustanciales, refleja una igualdad entre agentes al lograr un equilibrio en la libertad de cada uno para perseguir sus propios proyectos y propósitos. En atención a la demarcación del derecho de daños, CANE se suma a la idea de que el derecho de daños se puede aplicar a las RDJ con la misma estructura bilateral y correlativa que cuando se aplica a las relaciones de igualdad jurídica, por lo tanto, es posible aplicarlo en las relaciones que se producen entre agentes públicos y privados, tanto en la estructura como en la sustancia¹²³.

En este punto, CANE intenta dar una respuesta recurriendo al análisis que hacen WEINRIB y WEINRIB sobre el impacto horizontal de los derechos humanos en el derecho de daños. En su análisis, ellos distinguen el rol que cumplen los derechos humanos en la regulación jurídica de las relaciones de desigualdad (entre ciudadanos y gobierno) y en las relaciones de igualdad (en el derecho privado). En estos dos casos, el componente diferenciador es la proporcionalidad. Mientras que en el primero (aplicación directa) la proporcionalidad expresa un equilibrio entre el derecho protegido y el interés público, en el

¹²¹ Véase CANE (2014): 156.

¹²² Véase CANE (2014): 157.

¹²³ Véase CANE (2014): 161.

segundo (aplicación indirecta) la proporcionalidad entrega un equilibrio de intereses entre dos iguales jurídicos.¹²⁴

El último caso le interesa a CANE, puesto que en principio existe una posición simétrica entre ambas partes que buscan satisfacer sus propios intereses o proyectos. Sin embargo, cuando el interés protegido es un derecho humano la balanza se inclina por aquel agente que alega su protección (por ejemplo, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación), respecto del agente que alega protección de un interés que podría considerarse marginal (por ejemplo, el deseo de prender fuego para cocinar una carne asada). El elemento que genera la desigualdad entre las partes en disputa es el derecho humano alegado por una de ellas, ya que “la presencia de un valor constitucional da mayor peso al interés de una parte que el que tendría en su ausencia, podríamos decir plausiblemente que el valor constitucional introduce un elemento de inequidad en la relación entre las partes”¹²⁵.

Desde esta perspectiva, se puede concluir que una relación de igualdad entre dos agentes particulares puede transformarse en una RDJ en el ámbito privado. Para CANE este análisis es clave, porque se entrelaza el principio de igualdad del derecho de daños con la versión del principio de proporcionalidad del derecho privado de los Weinribs, lo que fortalece la capacidad del derecho de daños para entregar soluciones a las RDJ que se origina tanto en un ámbito privado como en un ámbito público.¹²⁶ De esta forma, si el derecho de daños es capaz de equilibrar el interés de los agentes que se encuentran en una RDJ originada entre privados, también lo podría hacer en una RDJ surgida entre el Estado y los ciudadanos.

2.3. Propósitos

El último aspecto que analiza CANE se relaciona con la aproximación instrumental adoptada en la TIE. En la identificación de problemas, CANE observa la dificultad de trasladar las instituciones de compensación privada al ámbito de la Administración. En particular, destaca que la responsabilidad civil extracontractual posea diferentes herramientas para promover sus fines particulares, cuyas características: 1) crean o reconocen derechos e imponen deberes; 2) operan de manera bilateral; 3) son exigibles en contra de extraños y; 4)

¹²⁴ CANE (2014): 161 argumenta su posición citando a WEINRIB y WEINRIB (2001): 58.

¹²⁵ CANE (2014): 162.

¹²⁶ CANE (2014): 162.

compensan el daño causado al reclamante, entregando beneficios económicos a la víctima o reivindicando sus derechos. Para el autor, todas esas características no son distintas cuando la litigación involucra a un ente estatal y, perfectamente, pueden promover una finalidad que enmiende las pérdidas sufridas injustamente por un particular¹²⁷.

El camino que propone CANE es la convergencia de los objetivos del derecho administrativo y los objetivos del derecho de daños como herramientas funcionales en la responsabilidad extracontractual del Estado.¹²⁸ Según esta aproximación instrumentalista, habría que analizar las herramientas de ambas parcelas para determinar una finalidad o propósito específico de la responsabilidad estatal. Con frecuencia se sostiene que los objetivos del derecho de daños son la compensación, la disuasión, la distribución de pérdidas y la igualdad horizontal. En cambio, una de las finalidades en el derecho administrativo es la rendición de cuentas (*accountability*), que se concibe como un remedio no compensatorio. En este último caso, la rendición de cuentas es importante en el derecho administrativo porque permite justificar y legitimar el poder público, cuyo ejercicio en una democracia liberal se encuentra bajo el control de las personas individuales o grupos de personas.¹²⁹

Si bien el derecho administrativo proporciona una serie de herramientas para ejercer este control¹³⁰, CANE sugiere una teoría que destaque la contribución que el derecho de daños puede hacer para legitimar el poder coercitivo del Estado.¹³¹ En esta materia, el aporte conceptual en las RDJ es mutuo. Por un lado, el derecho de daños se puede entender como una herramienta para ejercer control sobre las actuaciones estatales, fijando actuaciones obligatorias para perseguir el interés público y restringiendo el abuso de poder en detrimento de los ciudadanos. En este sentido, CANE entiende que el régimen de responsabilidad civil provee herramientas útiles para responsabilizar a los agentes públicos en el ejercicio del

¹²⁷ Véase CANE (2014): 158-159.

¹²⁸ Sin perjuicio de ello, CANE identifica los problemas que COHEN advierte si se toma este camino. Por un lado, estima que la ley de responsabilidad civil está destinada para disuadir a agentes privados, y, por lo tanto, no es útil para los agentes del Estado quienes verían frustrada la labor de perseguir el interés público; mientras que, por otro lado, la misma ley no contempla criterios de atribución de responsabilidad claros para las infracciones cometidas por agentes públicos, por lo que dejaría sin compensación a las víctimas en algunas situaciones que deberían ser resarcidas. Véase CANE (2014): 159-160.

¹²⁹ Véase CANE (2014): 164.

¹³⁰ Los diferentes ejemplos de *accountability*., véase en ENDICOTT (2018): 589.

¹³¹ Esta posición encuentra su origen en *Administrative Law*, donde CANE plantea argumentos preliminares que subrayan la importancia de incorporar los remedios monetarios del derecho privado en el ámbito del derecho administrativo. Véase CANE (2002): 299-315.

poder público¹³², por ello la compensación operaría como reacción a la producción de un daño ilegítimo en el incumplimiento de deberes públicos. Por otro lado, el derecho administrativo, mediante la responsabilidad basada en la rendición de cuentas, protege y reconoce derechos (humanos y constitucionales) que los agentes privados tienen contra los agentes públicos, que el derecho de daños no reconoce en las relaciones entre agentes privados.¹³³ En razón de ello, el derecho administrativo refuerza la posición del agente privado, quien se encuentra en una situación jurídica desigual frente al agente público.

En términos instrumentalistas, una comprensión extendida del derecho de daños para las RDJ es posible mediante una teoría de la responsabilidad civil de los agentes públicos basada en la rendición de cuentas. Esto asegura que el Estado utilice las vías idóneas para perseguir el interés público y, a su vez, restringe el abuso de poder que ejerce de manera ilegítima en detrimento de los ciudadanos. Para CANE, la ventaja de esta convergencia conceptual se traduce en que “toma en serio la distinción entre las relaciones de igualdad jurídica y las relaciones de desigualdad jurídica; y que puede adoptar fácilmente regímenes de responsabilidad tanto de derecho público como de derecho privado”.¹³⁴

3. Estructura normativa en la responsabilidad extracontractual del Estado

La correlatividad es una idea central para determinar la estructura normativa de las interacciones involuntarias. Desde la filosofía del derecho privado, WEINRIB acuña un concepto de correlatividad bajo un modelo de justicia correctiva, que requiere ser justificado mediante consideraciones unificadoras, bilaterales e igualitarias en términos transaccionales. La unidad se verá reflejada si la misma norma se refiere a la ganancia y la pérdida; la bilateralidad es tal en la medida que la ganancia de una parte, es la pérdida de otra y; la igualdad transaccional procederá si la norma no otorga posición preferente a ninguna de las partes en la interacción.¹³⁵

Cada una de estas condiciones pueden ser utilizadas en la responsabilidad extracontractual de manera tal que la pérdida y la ganancia de esta interacción se traduzca, en términos kantianos, como una cuestión de derechos y deberes. Para WEINRIB, esto se

¹³² Véase CANE (2014): 164.

¹³³ Véase CANE (2014): 166.

¹³⁴ CANE (2014): 167.

¹³⁵ Véase WEINRIB (2017): 151.

traduce en que “[l]a exigencia de que la acción de un individuo sea consistente con la libertad de otro significa que todo agente está obligado a no violar los derechos de los demás”¹³⁶. De esta manera, la posición kantiana vincula a las partes en la interacción mediante el derecho de quien sufre el injusto y el deber de quien lo causa.

Esta idea de correlatividad se encuentra inserta en la TIE. CANE identifica que en las RDJ el agente privado tiene el derecho a ser remediado ante el daño sufrido y que el agente público tiene el deber de reparar el perjuicio causado. Sin embargo, esta confrontación supone incorporar entidades no gubernamentales como agentes públicos siempre que desempeñen funciones públicas. El problema de esta incorporación es que el Estado no posee ningún control sobre la entidad no gubernamental que ejerce funciones públicas y, ante un eventual daño, debería responder con fondos fiscales una actividad de carácter privado. Para resolver esta inconsistencia de la TIE, en lo que sigue, se establecerán quiénes debiesen ser los participantes de la responsabilidad pública, cuáles son las particularidades de la relación Estado y funcionario público y, por último, qué justificación debiese esgrimirse para que el Estado remedie los daños causados en razón de la función pública.

3.1. Los participantes en la responsabilidad pública

En la actualidad, el enfoque funcional predomina en las aproximaciones teóricas para imputar responsabilidad al Estado. En las distintas tradiciones jurídicas podemos ver este fenómeno. En la tradición continental, la teoría del órgano presenta una serie de limitaciones que dificultan la correcta aplicación de la responsabilidad pública. Solo la vinculación entre la teoría del órgano y las reglas de responsabilidad pública da como resultado la concepción clásica de esta teoría, la cual se traduce en que el Estado es responsable de los daños causados por el funcionario porque este último actúa como una extensión del órgano estatal¹³⁷. Esta idea no es más que la incorporación de herramientas operativas a la teoría del órgano, ya que desde el funcionamiento de la Administración se demarca con claridad el régimen de responsabilidad que debe ser aplicado en un caso particular¹³⁸.

¹³⁶ Véase WEINRIB (2017): 153-154.

¹³⁷ Si bien la teoría del órgano ha sido objeto de una serie de matices, considero que logra su mayor poder explicativo en la última edición de la obra de HAURIOU (2002).

¹³⁸ En Chile, VALDIVIA descarta que la teoría del órgano se encuentre expresada en Ley de Bases de la Administración chilena, aludiendo a la interpretación errónea que realiza CALDERA (1979) cuando ubica e

En la tradición anglosajona, la aproximación funcional también se encuentra presente en la responsabilidad pública. Para ENDICOTT, la responsabilidad de las autoridades públicas se sostiene sobre cuatro principios básicos, estos son: 1) las autoridades administrativas son responsables de los daños causados por sí mismos (o principio de jerarquía); 2) las autoridades administrativas no gozan de inmunidad por los daños provocados a terceros; 3) las actuaciones ilegales no son en sí mismas un daño, más bien debe existir una razón jurídica para que la víctima sea compensada; 4) No hay daño cuando los tribunales tienen que juzgar cuestiones injustificables para sostener la responsabilidad de la autoridad pública¹³⁹. Los dos primeros principios nos indican que los participantes son, por un lado, las autoridades administrativas, y, por otro lado, los ciudadanos o víctimas de los daños causados por los organismos gubernamentales. Los últimos dos principios nos muestran que las conductas de las autoridades son el punto central para fijar la responsabilidad pública.

Este enfoque funcional es sostenido por CANE desde *Responsibility in law and morality*. Sin embargo, el punto innovador que ofrece este autor es que incorpora tanto a entidades gubernamentales como entidades no gubernamentales para establecer el ámbito de la responsabilidad pública. En esta versión, la propuesta del autor indica que la incorporación debe ser entendida en un sentido más bien reducido, esto es, que los organismos no gubernamentales deben ser vistos como delegados del Estado siempre que estos ejerzan una función pública¹⁴⁰. Una idea que contrasta con la indicada anteriormente cuando se revisaron los postulados que sostenían el marco de referencia utilizado para articular la TIE. Si bien la función pública es un punto central en la idea que enarbola CANE para delimitar la frontera entre agentes públicos y agentes privados, aquella postura pierde fuerza cuando no tan solo incorpora de manera laxa a entidades no gubernamentales, sino que también cuando aparta actividades estatales que considera son parte del ámbito privado. El problema se agudiza cuando el autor refuerza su argumentación con ejemplos que diluyen el contorno dispuesto para distinguir entre uno y otro ámbito.

La primera dificultad que identifiqué se relaciona con la incorporación de organismos

intenta explicar la operatividad de esta teoría en el derecho administrativo chileno. Véase la crítica en VALDIVIA (2006): 133 y ss.

¹³⁹ Véase ENDICOTT (2018): 532-533.

¹⁴⁰ Véase CANE (2002): 254.

no gubernamentales que ejercen funciones públicas. CANE no distingue las singularidades que presentan los organismos no gubernamentales, por lo tanto, si el criterio para definir a los agentes públicos es la función pública que desempeñan, entonces se abre la puerta para que entidades con forma jurídica de derecho privado (como sociedades, universidades, empresas concesionarias de servicios públicos u otros semejantes) puedan entenderse como ocupantes de una posición pública.

Un ejemplo de lo antes señalado sería la conformación de universidades privadas, cuya misión sea servir a la sociedad entregando una formación profesional integral a sus estudiantes. Si tomamos las características de generales de un organismo no gubernamental¹⁴¹, podríamos conformar una corporación con giro educacional sin fines de lucro y que tenga vocación pública. Esta lógica nos lleva a pensar que una universidad privada es asimilable a un agente público, quien debería responder ante eventuales daños causados en contra de un estudiante por la función pública que desempeña. En estos casos no queda claro qué régimen de responsabilidad se aplica si dentro de la universidad se desprende material de la construcción e impacta a un estudiante. Parece contradictorio que el Estado sea responsable de las actuaciones de una entidad que ejerce funciones públicas, pero que no puede controlar. Esto controvierte la necesidad de incorporar organismos no gubernamentales en la responsabilidad pública, cuando en estricto rigor la universidad podría responder civilmente ante el daño causado.

La segunda dificultad se vincula con la idea que intenta demostrar que habría actividades de los órganos gubernamentales que estarían dentro de la esfera privada. El autor señala que no todo lo ejecutado por un organismo gubernamental es asimilable a una función pública. El ejemplo que entrega es la de un conductor que debe manejar un automóvil público de un lado a otro, encuadrando dicha función en un plano privado.¹⁴² Esto parece problemático si el conductor que traslada a una autoridad impacta y daña a un transeúnte que cruza la calle. Según el punto de vista de CANE, esta interacción no sería una RDJ, sino que más bien una relación de igualdad cuya solución debiese encontrarse en el derecho de daños. Si esto es así, se originan una serie de contradicciones que desvirtúan la función que deben

¹⁴¹ Según el artículo 71 de la Carta de las Naciones Unidas se define a la ONG como “una agrupación de ciudadanos voluntarios, sin ánimo de lucro, que se organizan en un nivel local, nacional o internacional para abordar cuestiones de bienestar público”.

¹⁴² Véase CANE (2014): 152.

desempeñar los conductores de automóviles, de los cuales se espera que no obtengan beneficios propios utilizando un vehículo financiado con recursos públicos.

Una situación similar se puede plantear en los casos carcelarios. Según la inclinación de CANE podría ocurrir que funcionarios penitenciarios podrían ser responsables civilmente de los daños ocasionados a un recluso. Si se considera que el conductor de un vehículo fiscal no actúa cumpliendo un interés público trasladando a una autoridad de un lugar a otro, entonces qué es exigible para un funcionario que debe vigilar que una persona no se escape de una celda. En esto, CANE minimiza la función de quienes finalmente operan o ejecutan las actuaciones administrativas. El mayor problema es que el límite de la función pública, desde la perspectiva analizada, no hace más que confundir los ámbitos de aplicación de la responsabilidad pública.

Nótese que las inconsistencias identificadas no consideran erróneo el marco de referencia propuesto por CANE. El problema no es la distribución de daños según las funciones públicas desempeñadas, sino que más bien la incorporación confusa de participantes para aplicar las reglas de la responsabilidad pública. Esto se presenta como una dificultad porque no habría un sustento jurídico que respaldase la actuación del agente que pertenece a una entidad no gubernamental. Si nos detenemos en el principio de jerarquía identificado por ENDICOTT, tenemos que el derecho, a través de leyes y estatutos administrativos, impone a la autoridad administrativa una actuación que debe cumplir. En estos casos, la autoridad se encuentra legitimada para incidir en los intereses particulares de los ciudadanos, ya que una conducta diferente a la satisfacción del interés público haría incurrir en daños a la autoridad.¹⁴³ Sin embargo ¿Cuál sería la defensa de la entidad no gubernamental si es que se alega una actuación negligente? Este tipo de entidades se rigen por normas de derecho privado, que no le imponen el deber de cumplir una función pública, por lo tanto, no podrían defenderse de las negligencias acusadas, indicando que la norma mandataba o imponía una actuación en el marco de la función pública.

La formulación de esta crítica apunta a fijar certezas jurídicas sobre la composición de las RDJ. El enfoque funcionalista de CANE no parece ajustarse al principio de legalidad que caracteriza al derecho administrativo, por ello las interacciones públicas debiesen estar fijadas en razón de las funciones específicas que establece el ordenamiento jurídico en razón

¹⁴³ Véase ENDICOTT (2018): 531.

de los derechos de los administrados y los deberes de la Administración. De esta forma, los participantes de las interacciones públicas debiesen restringirse a: el Estado, el funcionario público y los ciudadanos (particulares). Incluir en el ámbito público a una universidad privada por su compromiso social en la educación origina que, ante cualquier daño causado por ella, sea el Estado quien deba resarcir una actuación que no tuvo oportunidad de controlar. A su vez, apartar al conductor del ámbito público es darle la oportunidad para que satisfaga intereses propios con un vehículo fiscal o que deba responder civilmente por atropellar a una persona que no pudo evitar cuando trasladaba rápidamente a una autoridad.

3.2. La relación entre Estado y funcionario público

En la responsabilidad del Estado el causante del daño es distinto de quien responde mediante una compensación. Por lo general, el funcionario público es quien causa el daño a un particular y el Estado quien remedia el injusto cometido. Esta lógica se da siempre y cuando el funcionario actúe dentro de sus atribuciones. Sin embargo, la manera de entender esta lógica relacional varía según la tradición jurídica en que opere la acción en contra del poder público. En el *civil law*, la responsabilidad recae por regla general en el Estado, y, eventualmente, éste puede proseguir un juicio en contra del funcionario que cometió el daño. Desde ahí proviene la clásica distinción del derecho francés entre la falta de servicio y la falta personal. En el *common law*, la responsabilidad recae directamente en el funcionario, quien debe demostrar que actuó dentro de sus atribuciones para que, de manera subsidiaria o vicaria, el Estado se haga responsable de remediar el daño sufrido por la víctima.¹⁴⁴

En ambos sistemas el funcionario debe responder por el daño causado a la víctima. La diferencia que existe es la posición de quien responde directa y subsidiariamente. Mientras que la responsabilidad pública en el derecho continental se ejerce directamente contra el órgano estatal, la responsabilidad pública en el derecho anglosajón se ejerce indirectamente contra el Estado. En el primero, la lógica es que sea el Estado quien remedie el daño sufrido por la víctima, y quien repita, posteriormente, en contra del funcionario que causó el daño. Para el segundo, la responsabilidad del Estado depende de la comprobación de que el funcionario haya actuado de acuerdo a las funciones públicas encomendadas, por lo tanto, la regla general es que sea el funcionario quien deba enfrentar los juicios en materia de

¹⁴⁴ Véase FAIRGRIEVE (2003): 25.

responsabilidad estatal.¹⁴⁵

Al contrastar estos dos sistemas, surge una interrogante que se relaciona con la razón que justifica que el Estado deba remediar los daños causados por el funcionario público. El derecho continental responde a la interrogante desde una lógica de presunción de la responsabilidad pública. El camino que adopta el derecho continental es la utilización de la teoría del órgano como una herramienta que permite entender que el funcionario es una extensión del órgano estatal. Sin embargo, como se indicó antes, la falencia del argumento de la extensión del órgano es que la teoría que lo sustenta no puede dar cuenta por sí sola de una demarcación funcional entre la aplicación de un régimen público y privado. Este argumento depende de una interpretación que combine tanto la teoría del órgano como las reglas de responsabilidad pública. En Chile, la solución a este problema se encuentra en el derecho positivo, con las reglas establecidas en el artículo 4° de la Ley de Bases de la Administración. Según esta norma, el régimen de responsabilidad pública se aplica siempre y cuando quien actúa lo haga mediante una entidad estatal y en el ejercicio de sus funciones, aunque ello no obsta que el funcionario igualmente pueda ser responsable en el ámbito, civil, penal o político¹⁴⁶.

Por su parte, el derecho anglosajón responde a esta interrogante desde una lógica de comprobación de la responsabilidad pública. La relación entre Estado y funcionario no es una condición suficiente para que la responsabilidad recaiga directamente en el Estado, sino que es necesario que en atención a dicha relación se logre comprobar que el funcionario actuó dentro de sus funciones públicas tal como había sido ordenada. Por lo tanto, debe acreditarse que el funcionario no actuó fuera de su esfera de atribuciones para imputar responsabilidad pública a la entidad estatal. En Inglaterra, esta lógica relacional es la que mayor adhesión tiene desde la formulación del principio de igualdad de DICEY, quien asimila las actuaciones ejercidas por un agente privado y un agente público.¹⁴⁷ Desde la otra vereda, CORNFORD señala que aplicar el principio de igualdad, como lo propone DICEY, no hace más que ocultar la naturaleza pública de los poderes que interactúan con los ciudadanos.¹⁴⁸ Para CORNFORD, la respuesta correcta para encuadrar la discusión sobre la inmediatez de la responsabilidad

¹⁴⁵ Véase FAIRGRIEVE (2003): 23-24.

¹⁴⁶ En este sentido VALDIVIA (2006): 146-147.

¹⁴⁷ Lo explica con detalle CANE (1999).

¹⁴⁸ Véase CORNFORD (2018): 57.

pública es a través de la asunción o suposición de responsabilidad. Esta idea, que debe ser entendida en términos amplios, abarca tanto los principios de reciprocidad y confianza entre quien se somete a la órbita organizacional y quien entrega prestaciones, como el principio de dependencia severa, entendido como la relación explícita que existe entre la Administración y el administrado.¹⁴⁹

El presente trabajo se inclina por rearticular la TIE desde una lógica de presunción de la responsabilidad pública. Sin embargo, optar por dicha opción no impide que se mantenga la interrogante sobre la justificación que establece la obligación del Estado de remediar los daños causados por el funcionario público. En este escenario, el argumento del *respondeat superior* es un camino posible para justificar que sea la entidad estatal quien responda por los daños causados por el funcionario.

3.3. El argumento del *respondeat superior*

Habitualmente, el argumento del *respondeat superior* se aplica en estructuras que reflejan una relación de subordinación. Este argumento es comúnmente utilizado en el derecho de daños para responsabilizar vicariamente al empleador, respecto de los daños causados por el empleado o agente (como suele llamarse). Precisamente, esta característica permite sostener que la relación empleador y empleado sea semejante a la relación Estado y funcionario en una cuestión central: el control que ejerce uno de ellos sobre el otro para que cumpla una labor o función.

Según ATIYAH, la responsabilidad vicaria es “una responsabilidad impuesta por el derecho a una persona como resultado de (1) un acto ilícito u omisión de otro, (2) de una cierta relación entre el autor del daño y el demandado a quien se pretende hacer responsable, y (3) de una cierta conexión entre el acto ilícito u omisión y esa relación”.¹⁵⁰ Esta definición proporciona elementos estructurales y sustanciales que nos permiten entender la compleja interacción que se debe generar entre los actores involucrados y así determinar la respectiva responsabilidad. Por un lado, encontramos la conformación de una relación triádica entre el causante del daño, quien lo sufre y el responsable de aquel daño. Por otro lado, se logra

¹⁴⁹ Véase CORNFORD (2018): 62-67.

¹⁵⁰ ATIYAH (1967): 3.

avizorar la justificación que debe sostenerse para atribuir responsabilidad a un individuo distinto del causante del daño mediante el *respondeat superior*.

Sobre el argumento del *respondeat superior*, WEINRIB considera que su aplicación “extiende la noción de culpa al imputar el injusto dañino a unidades más grandes”¹⁵¹. Esto es así porque dispone que el ente principal deba resarcir los perjuicios cometidos por los actos negligentes del agente, aunque como principal no haya ordenado ni previsto de alguna manera específica aquellos actos.¹⁵² Este argumento (o principio según WEINRIB) ofrece la amplitud conceptual necesaria para explicar qué tipo de vínculo debe existir entre las partes involucradas y cómo ha de operar en ese contexto particular. Con la incorporación de esta justificación podemos complejizar la explicación de la estructura que tiene la responsabilidad estatal. De esta forma, A (Estado) es responsable por los perjuicios causados por B (funcionario) en contra de otro C (víctima), aunque A no haya cometido daño alguno, en virtud del argumento del *respondeat superior* que surge de la relación vertical que existe entre A y B¹⁵³.

En este orden de cosas, para que el *respondeat superior* sea considerado como una justificación general y sea aplicado en la responsabilidad estatal necesita diferenciarse de la forma que habitualmente se utiliza en los casos entre empleador y empleado. Para ello, intentaré responder dos preguntas: a) ¿Qué justifica que el Estado sea responsable de los daños cometidos por los funcionarios públicos? Y; b) ¿Qué requisitos deben concurrir para que la entidad estatal responda por los daños de los funcionarios?

Para responder la primera pregunta es necesario ampliar la aplicación del *respondeat superior*. El caso clásico para graficar la interacción estructural de la responsabilidad vicaria es la responsabilidad que se atribuye al empleador (A), respecto de los daños cometidos por sus trabajadores (B) en contra de un tercero (C). Según esta explicación, si en una operación de cadera el médico (B) interviene equivocadamente a un paciente (C) del lado izquierdo, en vez del lado derecho, generando en este un perjuicio en su integridad física, quien debe hacerse cargo de la reparación de los daños generados en el paciente es la clínica (A). En la relación B-C, se logra identificar el causante del acto dañoso (B) y quien lo sufre (C);

¹⁵¹ WEINRIB (2017): 214.

¹⁵² En la jurisprudencia inglesa la aplicación del *respondeat superior* comienza a asentarse desde el caso *Stavely Iron y Chemical Co. V. Jones Ltd.* (1956, App. Cas. 627, en 643 (H.L., per Lord Reid).

¹⁵³ Esta es una explicación adaptada a la originalmente utilizada para dar cuenta de la responsabilidad vicaria, véase FLEMING (1954): 161.

mientras que en la relación A-C interactúa el responsable del daño causado (A) y quien lo sufre (C). Sobre esta última, el vínculo laboral entre la clínica y el médico justifica que sea el empleador quien deba remediar el daño causado por el trabajador, a pesar de no haber actuado directamente en la intervención quirúrgica.

Sin embargo, uno de los problemas que se presentan para ampliar la aplicación del *respondeat superior* es demostrar la relación jurídica que liga a los actores cuando el vínculo laboral o funcionario no es explícito. Por aquella razón, MORGAN le da forma a la crítica que señala que, ante la creciente cantidad de casos que se han ido incorporando, no existe unanimidad entre los jueces y académicos acerca de la justificación de la responsabilidad vicaria.¹⁵⁴ Si bien la relación empleador-empleado es un tipo de caso de la responsabilidad vicaria que se justifica por la existencia de un contrato de trabajo entre el empleador y el empleado, existen otros casos donde la justificación se encuentra en el control y atribución que se despliega de aquella relación.¹⁵⁵

Como la justificación del contrato de trabajo impide que otros casos se puedan resolver mediante el argumento del *respondeat superior*, intentaré ampliar el alcance de la justificación atendiendo no tan solo a la existencia de una relación laboral explícita, sino que también a un vínculo funcionario que incorpore los casos donde participan Estado y funcionarios.

El caso inglés *Moore vs. Bude-Stratton Town Council*¹⁵⁶ nos abre la puerta para repensar la justificación de la responsabilidad vicaria y circunscribir la aplicación del *respondeat superior* en el ámbito del derecho público. Este caso se torna interesante de analizar tanto por el contexto en el que se desenvuelven los hechos, cuyos involucrados en el conflicto son empleados del Consejo, autoridades del Consejo y el Consejo, como por el criterio que utiliza el tribunal para atribuir responsabilidad vicaria al Consejo.

En los hechos, el Sr. Moore (jardinero del Consejo) renuncia a su puesto de trabajo debido a los tratos abusivos proporcionados por la Sra. Parsons (miembro del Consejo). Una de las cuestiones que se discute en la sentencia es la amplitud de las facultades de la Sra. Parsons para reprender al Sr. Moore por el desempeño de su trabajo. En este punto el tribunal

¹⁵⁴ Véase MORGAN (2012): 618.

¹⁵⁵ Véase MORGAN (2012): 625

¹⁵⁶ El caso *Moore vs. Bude-Stratton Town Council* (2000), lo conoce y resuelve el Tribunal de Apelaciones Laboral de Londres.

argumenta que la Sra. Parsons no puede reprender ni dirigir la labor del Sr. Moores, puesto que dentro de sus atribuciones no se encuentra aquella facultad. La conclusión que se extrae de este primer foco es que la Sra. Parsons se extralimitó de sus funciones, abusando de su poder y desencadenando un daño en el Sr. Moores. En un segundo punto, el tribunal argumenta que el daño sufrido por el Sr. Moores es responsabilidad del Consejo, órgano que funciona por intermedio de sus miembros. En otras palabras, el tribunal imputa responsabilidad vicaria, pues quien causó el daño (Sra. Parsons) actúa como miembro representando al Consejo.

Ahora bien, la justificación para declarar la responsabilidad vicaria no puede ser la relación laboral que existe entre la Sra. Parsons y el Consejo. En primer lugar, porque no existe una relación de empleador y trabajador. La Sra. Parsons es una autoridad elegida por los ciudadanos de Bude-Stratton, es un escaño de representación popular y, por lo tanto, la responsabilidad vicaria no se justifica por una eventual relación contractual entre las autoridades del Consejo y el Consejo mismo, sino que a partir de sus obligaciones y atribuciones emanadas del ordenamiento jurídico. En segundo lugar, al ser un caso innovador que se desarrolla en el ámbito del derecho público, se entiende que el deber de cuidado de una autoridad pública tiene como estándar mínimo de comportamiento los parámetros normativos que se encuentran preestablecidos por ley. En consecuencia, si la Sra. Parsons actuó fuera de su esfera de competencia en nombre del Consejo generando un daño en el trabajador, quien responde por aquella negligencia es el Consejo, órgano público legalmente responsable de los actos de sus miembros.

Nada de lo expuesto nos hace mantener la postura que la responsabilidad vicaria tiene como ámbito de aplicación exclusivo la relación que surge entre empleador-empleado en el ámbito del derecho privado, ni menos que el contrato de trabajo es la única razón para justificar la responsabilidad del empleador por los daños causados por el empleado. En este orden de cosas, cabe sostener la factibilidad de extender el ámbito de aplicación del *respondeat superior* al derecho público, y, de esa manera, reunir piezas del derecho de daños para darle una fisonomía específica a la responsabilidad extracontractual del Estado.

Si esta aproximación es correcta, ajustaremos el análisis en el ámbito público teniendo como eje explicativo la relación entre el principal (Estado) y agente (funcionario) en virtud de la justificación del *respondeat superior*. Según esta distinción, el principal es responsable

de lo pactado en el contrato firmado con el agente, mas no por los daños que comete fuera de esta relación contractual.¹⁵⁷ Si lo trasladamos, encontramos semejanzas en cuanto a la relación laboral que existe entre un empleado público y el Estado, aunque también surge una ampliación normativa con la relación de subordinación funcionaria que en general existe entre el empleado público y la entidad estatal. Por lo tanto, el escenario se amplía y el Estado es responsable de lo pactado en el contrato de firmado y de las actuaciones que el funcionario público comete dentro de sus funciones. En atención a ello, utilizaré de forma laxa las expresiones ‘principal’ o ‘Estado’, para referirme a quienes son responsables de los actos dañosos, y ‘agente público’ o ‘funcionario público’ para mencionar a los causantes del daño.

En cuanto a la segunda pregunta, una forma de justificar la relación Estado-funcionario es argüir al control de la función pública que el primero ejerce sobre el segundo. El concepto de control que se adscribe en esta parte se refiere a la comprobación de una actuación que se encuentra provista de conexión con la entidad estatal, según la cual sea posible identificar las atribuciones específicas que respaldan las actuaciones de los funcionarios. La incorporación del *respondeat superior* en la responsabilidad extracontractual del Estado amplía el supuesto de reconocimiento del vínculo jurídico entre ambas partes y, con ello, facilita la identificación del control que ejerce el Estado sobre el funcionario para determinar si la actuación fue diligente.

En este orden de cosas, si nos inclinamos por una TIE que solo comprende a funcionarios que son parte de una entidad estatal (y no agentes públicos de entidades no gubernamentales), entonces tendremos que la finalidad del interés público que estos persiguen se ajusta a la función pública que deben ejercer para reflejar un vínculo jurídico explícito entre ambos.¹⁵⁸ Por lo tanto, el Estado será responsable de los actos dañosos cometidos por el agente cuando estos ocurran dentro del alcance de su trabajo o atribuciones.¹⁵⁹

¹⁵⁷ El análisis de la responsabilidad vicaria logra completitud cuando se estudia la justificación de tener que responder subsidiariamente según la doctrina del *respondeat superior*, aunque para ello es necesario precisar algunas consideraciones conceptuales. Esta distinción la destaca DOBBS, HYADEN Y BUBLICK (2016): 753.

¹⁵⁸ Me refiero a lo estipulado en el punto 3.1.

¹⁵⁹ Esta formulación es similar a la esbozada arriba en la tradición continental con la explicación de CHAPÚS (1954). Para contrastarla con la operatividad del *respondeat superior* en la responsabilidad vicaria, véase DOBBS, HYADEN y BUBLICK (2016): 758.

Este segundo requisito nos lleva a responder la pregunta sobre qué significa actuar dentro del alcance de las atribuciones entregadas. En cuanto a los límites en el alcance de la función o empleo, resulta preciso señalar que debe tenerse en consideración el tiempo y espacio para comenzar a delimitar la actuación del agente público. En tiempo, estará dentro de sus funciones cuando lo haga desde que comienza la primera la labor en su trabajo hasta que realiza la última y, de ser necesario, dentro de ese período de tiempo cuando lo haga entre algún período temporal específico, por ejemplo, en horario trabajo. En algunas legislaciones distinguen las jornadas de trabajo de sus funcionarios para determinar el tiempo que deben dedicar a la labor encomendada y la remuneración que deben recibir.¹⁶⁰

Respecto del espacio, el agente actuará dentro de sus funciones cuando lo haga en el ámbito laboral que se desempeña y no fuera de aquella esfera. Por lo tanto, para que el agente actúe sin generar daños, debe hacerlo en el período de tiempo en que se encuentre desempeñando sus funciones y en el marco de las funciones que en el trabajo le han sido encomendadas.¹⁶¹ Esto no obsta a que el agente en algunos casos, atendiendo a cuestiones de imprevisión o fuerza mayor, desobedezca las órdenes entregadas para cumplir con los objetivos del organismo público. Ahora si lo hace de forma intencional causando un daño, actúa fuera del alcance de su empleo y, por ello, es responsable del perjuicio cometido.

En definitiva, lo que justifica que el Estado sea responsable de los daños causados por el funcionario público es la relación de subordinación que existe entre ambos. Este vínculo se logra explicar a partir de una comprensión extendida del *respondeat superior*, cuya aplicación en la responsabilidad extracontractual del Estado no solo destaca por la relación contractual explícita mediante un contrato de trabajo entre principal y agente, sino que también por el control de la función pública que ejerce el Estado sobre las atribuciones de los funcionarios, las cuales deben ser ejercidas, a lo menos, en virtud de los criterios temporales y espaciales.

¹⁶⁰ En el caso chileno, las jornadas de trabajo de los funcionarios públicos se clasifican en jornada ordinaria, extraordinaria y especiales. Las implicancias de cada una ellas, véase con detalle en CELIS (2020): 363-373.

¹⁶¹ En esta parte, me centro en el funcionamiento de una entidad pública donde el régimen laboral o funcionario esté determinado por un horario de trabajo fijo en un espacio físico determinado. Estos son los tipos de casos que por general se desarrollan en responsabilidad del Estado, véase el sistema anglosajón en HARLOW (2004), el sistema continental en CHAPÚS (1954), GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2007) y el contraste de ambos sistemas en FAIRGRIEVE (2003). Sin perjuicio de ello, tengo claridad que este tipo de régimen laboral no es el único, que existen otros regímenes de trabajo más complejos, por ejemplo, aquellos que involucran viajes diplomáticos de sus trabajadores y donde es más complejo delimitar el espacio y tiempo en dichos escenarios. Para efectos de esta investigación no me detendré en dicha variante.

4. La igualdad en la responsabilidad extracontractual del Estado

El argumento que presenta CANE desde las teorías no-instrumentalistas reflejan dos cosas: a) las RDJ se encuentran presentes en el derecho público y privado y; b) el derecho de daños debería proporcionar herramientas para solucionar las controversias que se originan en ambas situaciones. Sin embargo, esta aproximación no identifica el componente que debiese utilizarse para equilibrar las RDJ en el ámbito público. El Estado y los ciudadanos persiguen distintos planos de intereses, por lo tanto, resulta indispensable abordar desde una perspectiva igualitaria la asimetría de posiciones que ambas partes presentan. El punto de partida será la distinción de los modelos de justicia aristotélicos, luego expongo una manera de armonizar los modelos de justicia correctivo y distributivo y, por último, expongo los fundamentos teóricos que justifican la incorporación de una perspectiva igualitaria en las relaciones penitenciarias.

4.1. Los modelos de justicia aristotélicos

Desde ARISTÓTELES existe una tendencia por vincular el modelo de justicia correctiva con las relaciones entre particulares y el modelo de justicia distributiva con las relaciones entre el sujeto y la sociedad. Esta explicación nos entrega ciertas luces acerca del campo de aplicación de la responsabilidad civil y estatal. De manera simplificada podríamos sostener que la responsabilidad civil extracontractual es más próxima al primer modelo y la responsabilidad extracontractual del Estado al segundo. Sin embargo, en ninguno de los dos casos la balanza se inclina completamente por alguna de las alternativas señaladas. En lo que sigue me centraré de forma acotada en la trayectoria de la justicia correctiva y distributiva, y el impacto que dichos modelos han tenido en la responsabilidad extracontractual del Estado.

ARISTÓTELES desarrolla el concepto de igualdad a partir de dos modelos de justicia que identifica: justicia correctiva y justicia distributiva. En la justicia correctiva la igualdad se expresa en términos aritméticos y opera de manera involuntaria cuando se produce un daño en un sujeto.¹⁶² Como la justicia correctiva es para ARISTÓTELES una cuestión de igualdad aritmética no importan las características personales de las partes involucradas, en esto el derecho vela porque el daño no altere la igualdad que en abstracto presentan las

¹⁶² Véase ARISTÓTELES (1985): 247.

partes.¹⁶³ Este modelo de justicia, vela por el restablecimiento de la igualdad alterada, es decir, que se retorne la ganancia al afectado que injustamente le ha sido despojada por otro. De esta forma, la corrección busca reprochar al dañador, recomponer la posición del afectado y restablecer el equilibrio entre ambas partes.

Esto último, según ARISTÓTELES, se logra mediante la intervención judicial. El rol del juez en estos casos es equilibrar la ganancia y pérdida de los involucrados en un conflicto, lo cual se explica de tal forma que “cuando uno recibe y el otro da un golpe, o uno mata y otro muere, el sufrimiento y la acción se reparten desigualmente, pero el juez procura igualarlos con el castigo quitando la ganancia”¹⁶⁴. En estos términos, ARISTÓTELES entiende que la ganancia es el golpe que se ha dado y la pérdida es el sufrimiento de quien recibe ese golpe. En esta acción una de las partes se aprovecha de la otra, altera la igualdad entre ambas y el castigo opera como mecanismo de restablecimiento de la igualdad que ha sido lesionada. Según la explicación aristotélica, “[e]l juez reestablece la igualdad, y es como si de una línea dividida en segmentos desiguales quitara del mayor el trozo que excede de la mitad y lo añadiera al segmento menor. Cuando el todo se divide en dos partes, se dice que cada una tiene lo suyo siempre que ambas sean iguales, y lo igual sea el término medio entre lo mayor y lo menor según la proporción aritmética”¹⁶⁵. De esta forma, el juez debe determinar un término medio entre la ganancia y la pérdida para corregir la injusticia sufrida por una de las partes.¹⁶⁶

Según esta breve explicación veamos un ejemplo de responsabilidad civil extracontractual. Alfredo regularmente practica running en las inmediaciones de su casa para evitar accidentes con los vehículos que transitan por la calle, sin embargo, un día se hiere el pie con clavos que estaban esparcidos en la acera peatonal. Estos clavos son de propiedad de Camila, su vecina, quien se encuentra ampliando su casa. Alfredo acudió a urgencias del servicio de salud donde lo tuvieron que operar por riesgo a contraer tétano. Finalmente se salva de la muerte después de haber sido intervenido quirúrgicamente, pero queda con

¹⁶³ En palabras de ARISTÓTELES “[n]o importa, en efecto, que un hombre bueno haya despojado a uno malo o al revés, o que un hombre bueno o malo hayan cometido un adulterio: la ley solo mira a la naturaleza del daño y trata ambas partes como iguales, al que comete la injusticia y al perjudicado.” ARISTÓTELES (1985): 247-248.

¹⁶⁴ ARISTÓTELES (1985): 248.

¹⁶⁵ ARISTÓTELES (1985): 249

¹⁶⁶ De los ejemplos entregados por ARISTÓTELES se desprende que cuando hace alusión a ganancias y pérdidas se refiere tanto al ámbito civil como al penal.

algunas secuelas físicas que le impiden practicar su deporte favorito por un año. En este caso, el modelo de justicia correctiva se vincula con el derecho de daños en dos cosas: la naturaleza del daño producido y la operatividad del derecho de daños en las relaciones de igualdad jurídica. El primer aspecto refleja que el daño sufrido por Alfredo es grave, porque tuvo que someterse a una operación quirúrgica de manera inmediata, y porque el período de recuperación es prolongado. Esto supone que los costos del perjuicio involucran pérdidas patrimoniales, en cuanto al costo de la operación, y emocionales, en la medida que Alfredo no podrá practicar su deporte favorito. En cuanto al segundo aspecto, la igualdad entre ambas partes se encuentra en un desequilibrio normativo porque la pérdida sufrida por Alfredo es ilegítima y, por ende, para restablecer la igualdad entre ambos, Camila debe resarcir los daños que produjo en la persona de Alfredo. La igualdad abstracta supone que, ante una actuación dañosa e ilegítima, el dañador deba recomponer a quien sufrió la pérdida ilegítima.

En el caso de la justicia distributiva, ARISTÓTELES advierte que la justicia se justifica mediante proporciones geométricas.¹⁶⁷ Esto quiere decir que lo justo será una distribución igualitaria de bienes que debe tener como criterio principal el mérito de aquellos sujetos que participan de una determinada interacción.¹⁶⁸ Para ARISTÓTELES esta forma de entender la igualdad representa dos grandes características. La primera es que la igualdad se logra mediante una distribución proporcionada de un conjunto de bienes o recursos entre los participantes y, la segunda, es que el criterio de distribución debe ser capaz de incorporar los motivos y las circunstancias que rodean a los sujetos en una sociedad para determinar la prioridad en la búsqueda de sus respectivos méritos.

Según la aproximación aristotélica, la igualdad proporcionada es una manifestación distinta de la igualdad aritmética. En estricto rigor, la justicia distributiva propone que la igualdad entre los miembros de una sociedad refleje los diferentes planes de vida que cada uno persigue. Esta idea la esboza ARISTÓTELES, quien en términos generales señala que, dependiendo de sus posiciones en la sociedad, los sujetos persiguen sus propios intereses pues “no todos coinciden en cuanto al mérito mismo, sino que los demócratas lo ponen en la libertad, los oligárquicos en la riqueza o nobleza, y los aristócratas en la virtud”¹⁶⁹. Así, para determinar la igualdad proporcional es indispensable que el criterio distributivo envuelva

¹⁶⁷ Véase ARISTÓTELES (1985): 246-247.

¹⁶⁸ Véase ARISTÓTELES (1985): 245.

¹⁶⁹ ARISTÓTELES (1985): 246.

“una cualidad interna de capacidad, condición, carácter o logros, o una cualidad externa de circunstancia, sea natural o social”¹⁷⁰ que rodeen al individuo. La búsqueda de justicia mediante una igualdad proporcional supone regular la estructura básica de la sociedad, más allá de las interacciones entre particulares.

Veamos un ejemplo de responsabilidad pública. Supongamos que Alfredo es un recluso que se encuentra cumpliendo una pena privativa de libertad desde hace cuatro años en prisión estatal. Un día en horario de esparcimiento protagoniza una riña y sufre una herida corto punzante en su estómago, causándole la muerte después de haber sido trasladado al centro asistencial. Sin lugar a dudas, el ámbito carcelario origina una serie de actividades riesgosas para reos y funcionarios, por esa razón cabe preguntarse por los criterios de distribución de daños cuando se presentan este tipo de situaciones. La dificultad de analizar esta situación es que, por un lado, el daño está materializado y Alfredo se encuentra muerto, y, por otro lado, que las obligaciones de la Administración Penitenciaria deben ser evaluadas según consideraciones propias de la entidad. Imaginemos que el tribunal analiza el caso mediante el criterio del socorro oportuno y considera que trasladar oportunamente al recluso a un recinto asistencial constituye una actuación diligente. Sin embargo, si el análisis se realiza desde el criterio preventivo, entonces podría cuestionarse el hecho que los funcionarios no fueron capaces de realizar todo lo posible por prevenir la riña entre dos reclusos.

Visto así, los casos de responsabilidad extracontractual del Estado se resuelven de mejor manera mediante un modelo de justicia distributiva (igualdad proporcionada). En este tipo de interacciones, los particulares se someten a las actuaciones normativas que son entregadas al ente estatal, por ende, la desigualdad es un antecedente que se encuentra preestablecido y asumido por quienes han pactado obediencia mutua. Cuando el Estado cumple una obligación de vigilancia carcelaria, se espera que sus funcionarios públicos estén provistos los recursos humanos y materiales necesarios para cumplir con el interés público. En el caso indicado, para determinar la responsabilidad estatal se deben contemplar los recursos materiales que posee la Administración Penitenciaria y la cantidad de personas que deben ser auxiliadas. Precisamente, los criterios indicados se desprenden de la característica interna de la Administración Penitenciaria que se asocia con el tipo de funcionamiento de

¹⁷⁰ BENSON (1992): 535. Traducción propia.

una institución que está obligada a vigilar, resguardar y promover la reinserción social de las personas privadas de libertad.

4.2. Justicia correctiva y justicia distributiva en la TIE

La comprensión de la responsabilidad civil extracontractual desde un modelo de justicia correctivo y/o distributivo no resulta ser una cuestión pacífica. Las posiciones para interpretar esta parcela del derecho privado se resumen en dos. Por un lado, la postura de WEINRIB que se centra en comprender las interacciones involuntarias de los privados solo en razón de las consideraciones correctivas que justifican la reparación a un tercero¹⁷¹. Por otro lado, la postura extendida que critica la suficiencia del modelo de justicia correctivo para justificar la reparación del daño causado a un tercero distinto de la víctima¹⁷², lo cual supondría la incorporación de criterios sustantivos que sean útiles en el plano de la comprensión funcional de la responsabilidad extracontractual.

En sintonía con la última postura, CANE intenta compatibilizar la idea de justicia correctiva con su estructura relacional básica y la justicia distributiva con el contenido de las reglas y principios que se encuentran dentro de dicha estructura.¹⁷³ Para este autor los modelos son complementarios en el ideario del derecho de daños, así por lo menos lo considera cuando precisa que la justicia correctiva especifica la estructura del derecho de daños como un sistema de derechos y obligaciones correlativos entre hechores y sufridores de daños, mientras que la justicia distributiva opera dentro de esta estructura especificando en qué consisten estos derechos y obligaciones¹⁷⁴. PAPAYANNIS también adhiere a la idea de incorporar criterios distributivos. Su postura sostiene que las reglas de la responsabilidad extracontractual tienen efectos distributivos porque definen los derechos y deberes de indemnidad, es decir, derechos a no sufrir ciertos daños y deberes de no causarlos¹⁷⁵. Por último, bien vale mencionar la provocativa aproximación que plantea KEREN-PAZ bajo el prisma del igualitarismo. En su argumento principal, el autor sostiene que la responsabilidad

¹⁷¹ Véase la propuesta teórica en WEINRIB (2017): 176-199.

¹⁷² Véase una de las principales críticas a las estructuras exclusivamente correctivas en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual en GARDNER (2011): 1-50.

¹⁷³ Véase CANE (2001): 414-415.

¹⁷⁴ Véase CANE (2001): 416.

¹⁷⁵ Para dilucidar la manera en que la responsabilidad extracontractual implementa conjuntamente las ideas correctivas y distributivas, véase PAPAYANNIS (2014a): 271-348.

extracontractual debe atender a las posiciones anteriores de las partes involucradas en la interacción para equilibrar las asimetrías de posiciones¹⁷⁶.

Todas estas posiciones advierten sobre la necesidad de complementar las consideraciones correctivas planteadas por WEINRIB. Teniendo estas ideas generales, bien podría sostenerse que la responsabilidad extracontractual logra su mayor poder explicativo cuando, por un lado, se consignan consideraciones correctivas para establecer la estructura normativa de las relaciones privadas, posicionando a las partes con sus derechos y deberes correlativos, mientras que, por otro lado, se incorporan consideraciones distributivas que definen la operatividad de esta estructura normativa.

En la responsabilidad extracontractual del Estado esta discusión no es ajena. Para Cornford, el modelo de justicia correctivo se encuentra inserto en la estructura de la responsabilidad pública. La explicación recalca la relación bilateral entre quien causa el daño y quien sufre la pérdida. Por esa razón, el autor estima que, si una entidad estatal incurre en una carga ilegítima en contra de un privado, la norma jurídica pública debiese corregir ese daño injustificado mediante una reparación pecuniaria.¹⁷⁷ Sin embargo, la dimensión distributiva no está contemplada en esta comprensión de la responsabilidad pública, más bien encontramos elementos que responden a una lógica relacional según lo que Weinrib plantea para la responsabilidad civil.

Nuevamente, pero desde la responsabilidad estatal, CANE conforma la TIE sobre la base de consideraciones pensadas en un primer momento para el derecho de daños. La similitud estructural entre ambas parcelas, permite que la TIE pueda sostenerse sobre la base de la correlatividad y los aspectos funcionales que recaen sobre ella. De esta manera, la relación entre Estado y ciudadanos puede entenderse en clave de derechos y obligaciones correlativas entre partes que se encuentran en disputa, y, a su vez, en relación a las características que rodean esta interacción mediante reglas y principios que precisan su operatividad.

En un sentido similar, LETELIER profundiza el vínculo entre las consideraciones correctivas y distributivas en la esfera de responsabilidad por infracciones estatales en el

¹⁷⁶ Para la comprensión de un enfoque progresivo de la responsabilidad extracontractual, de corte igualitario, que toma en cuenta el efecto distributivo de las reglas para favorecer a los menos privilegiados, véase el marco teórico ofrecido por KEREN-PAZ (2016): 21-41.

¹⁷⁷ Véase CORNFORD (2013): 131-132.

derecho de la Unión Europea (UE). El autor sostiene que, si bien la justicia correctiva ha sido comúnmente utilizada para justificar los objetivos y funciones de la responsabilidad extracontractual del Estado, los criterios sustantivos extraídos desde la justicia distributiva juegan un papel primordial para comprender completamente este ámbito del derecho administrativo¹⁷⁸. Para LETELIER es un problema que los tribunales den respuestas jurídicas, o neutrales, a cuestiones que tienen carácter político, ya que la función de los tribunales debiese centrarse en la especificación de los derechos que surgen en las interacciones involuntarias, y no en el simple reconocimiento de derechos¹⁷⁹. En otras palabras, no basta con tener un acto u omisión estatal contrario a derecho, sino que es necesario que el tribunal evalúe la diligencia de la actuación según ciertos criterios sustantivos.

LETELIER expone dos pasos que deben seguir los tribunales para construir correctamente los deberes de cuidado estatales y resolver los casos de responsabilidad pública. Por un lado, el autor sostiene que los tribunales de justicia no solo están llamados a decidir casos mediante un ejercicio de interpretación restringido, esto es, como mero aplicador o ejecutor de la norma jurídica. En el ámbito de la responsabilidad pública, la interpretación judicial debe resolver casos dónde se debe especificar, por ejemplo, el alcance del interés público. El ejercicio interpretativo debe encontrar un contenido posible para un concepto indeterminado que la norma jurídica no es capaz de precisar por sí sola.¹⁸⁰ Por otro lado, LETELIER advierte que una manera de completar la construcción de deberes de cuidados es mediante la aplicación de criterios distributivos. Según el autor, en la responsabilidad pública los tribunales debiesen resolver casos utilizando argumentos creados mediante criterios sustantivos. Precisamente, las consideraciones distributivas se perfilan como una fuente argumentativa que da contenido a los conceptos oscuros de una norma. Si uno de los participantes es el Estado, entonces el deber de cuidado o la obligación estatal debiese definirse, distributivamente, según la magnitud de la falta cometida.¹⁸¹

Los daños que se originan dentro de las cárceles son difíciles de evaluar. Como hemos podido adelantar, el campo de los derechos de los reclusos y la obligación de la Administración Penitenciaria están separados por una delgada línea divisora. Un análisis

¹⁷⁸ Véase LETELIER (2010): 11.

¹⁷⁹ Véase LETELIER (2010): 12.

¹⁸⁰ Véase LETELIER (2010): 13.

¹⁸¹ Véase LETELIER (2010): 14.

formal que busca corregir perjuicios no parece suficiente para examinar la diligencia de una actuación penitenciaria, por esa razón, la aplicación de criterios sustantivos y particulares, como por ejemplo aquellos criterios que analizan las circunstancias concretas que rodean la actividad penitenciaria, resultan imprescindibles para establecer la responsabilidad del Estado. La utilización de criterios sustantivos permite que los tribunales evalúen con mayor precisión la obligación que posee el Estado respecto de las personas privadas de libertad. Uno de esos criterios debería ser el criterio igualitario, entendido como un componente que equilibra las posiciones de asimetría acentuada que existen en las relaciones jurídicas penitenciarias.

4.3. Equilibrio entre partes jurídicamente desiguales

Los intereses entre las partes que interactúan en el ámbito público no tan solo son distintos, sino que también contrapuestos. Esto hace que las posiciones normativas entre el Estado y los ciudadanos se desarrollen en un plano de asimetría. Mientras los particulares ejercen su libertad para satisfacer sus propios planes de vida, las entidades estatales ejercen su poder político para satisfacer el interés público, incluso, interviniendo de manera legítima en los intereses particulares de la ciudadanía.

Sin embargo, la subordinación estatal no puede ser vista de manera homogénea. Para FISS, la dominación que sufren ciertos grupos de personas se refleja a través de tres características. La primera característica se relaciona con la pertenencia a un grupo social específico, la segunda con la desventaja sufrida por un período de tiempo prolongado y, por último, que el ejercicio del poder político del grupo se encuentre severamente limitado¹⁸². Una forma de reflejar la posición desfavorecida en una RDJ es la ubicación social que ocupan las personas en la sociedad, ya sea por su género, raza o etnia, capacidad económica, discapacidad física, sector etario y/o estatus jurídico.

En los términos de FISS, esto quiere decir que la aplicación del criterio igualitario es variable. El rendimiento depende de quien enfrente al Estado, si un particular aventajado o un particular desaventajado. Respecto del último caso, las decisiones judiciales debiesen aplicar el criterio igualitario para restablecer la desventaja injustificada que un modelo correctivo no logra corregir. El autor llama *proceso de asimilación* a la protección de

¹⁸² Véase FISS (1999): 144.

derechos e intereses que ayuda a que desaparezca la desventaja del grupo o, en su defecto, mejore las capacidades políticas, sociales y/o económicas de sus miembros¹⁸³. En el ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado, este proceso se traduce en que los tribunales deben argumentar de manera precisa y/o reforzada la diligencia de las actuaciones administrativas. En otras palabras, para descartar la falta de servicio los tribunales deben evaluar las actuaciones en razón de las obligaciones impuestas y la finalidad que persigue el sector involucrado en la interacción pública.

Antes de modelar algunos ejemplos de sectores regulados donde se presenta esta característica, resulta necesario precisar el sentido y alcance conceptual del criterio igualitario.

Desde RAWLS, se suele sostener que en estos casos los bienes sociales primarios han sido distribuidos de manera desigual, por lo tanto, resulta necesario incorporar desde el derecho medidas igualitarias que logren equilibrar las relaciones desiguales que surgen en una sociedad¹⁸⁴. En este escenario, las teorías igualitarias vienen a reivindicar los principios que expresan igual consideración y respeto por todos los ciudadanos. Se trata de aproximaciones que buscan terminar con un desequilibrio involuntario de quien lo sufre, y, en razón de ello, intentan restablecer la capacidad para decidir con libertad lo que se desea. Esta manera de enfrentar el problema de la desigualdad supone que habrá casos donde la pérdida, irremediamente, tendrá que ser asumida por la víctima. No obstante, la frontera que demarca la pérdida indemnizable presenta algunos matices que dependen de la teoría igualitaria adoptada. Las versiones que intentan dar cuenta de esta problemática son dos: el igualitarismo de la suerte¹⁸⁵ y la igualdad democrática.

¹⁸³ Véase FISS (1999): 145.

¹⁸⁴ Véase RAWLS (1995): 69-70. Para el autor, los bienes sociales primarios deben distribuirse de manera semejante en derechos y deberes. Ahora, si en esa distribución se produce una desigualdad que mejora las condiciones de vida de las personas más desfavorecidas, entonces debería permitirse esa medida.

¹⁸⁵ Esta aproximación presenta matices respecto de los ámbitos desde dónde se defienden. Por un lado, se encuentra la facción que acepta la transferencia de recursos de tal forma que las personas quedan igualadas en su bienestar, véase ARNESON (1990), COHEN (1995), ROEMER (1994) y NAGEL (1991). Mientras que, por otro lado, está la facción que promueve que exista responsabilidad por las elecciones personales que permita distinguir entre quienes deben beneficiarse del esquema distributivo y quienes no, véase DWORKIN (1981a), DWORKIN (1981b), RAKOWSKI (1991) y VAN PARIJS (1991). De esta forma, estas posiciones intentan resolver cuestiones tales como: la razón que tuvieron los desventajados para estar en esa posición y los mecanismos que se deben utilizar para la redistribución de recursos. Esta posición se cobija en una interpretación *rawlsiana* para asumir dos aspectos centrales: 1) que debe compensarse a los individuos por la mala suerte inmerecida y; 2) que la compensación debe ser transferida desde quienes han obtenido bienes inmerecidamente. Véase RAWLS (1995): 103-110.

La presente investigación se inclina por la teoría de la igualdad democrática desarrollada por ANDERSON para definir el criterio igualitario en las RDJ. Para ANDERSON, la finalidad principal de la igualdad debiese ser asegurar la libertad de todas las personas y acabar con la opresión social¹⁸⁶. Esta pretensión muestra, en términos positivos, que la igualdad se debe reflejar en relaciones entre personas con las mismas capacidades, y, en términos negativos, que se busca abolir cualquier tipo de relación que presente rasgos de dominación, explotación y/o marginalización.¹⁸⁷ La relación entre individuos superiores e inferiores es una de las características de la opresión social, más aún cuando se expresa en marginalización, jerarquía de estatus, dominación, explotación e imperialismo cultural.¹⁸⁸ En estos términos, la distancia que marca la igualdad democrática es que no se presenta como una teoría moralizante que evalúa aspectos subjetivos, sino que más bien como una teoría que busca igualar las capacidades jurídicas entre los miembros de la sociedad.¹⁸⁹

En razón de ello, los elementos que destaca ANDERSON para conformar un concepto de igualdad democrática son los siguientes. Primero, la garantía de condiciones mínimas para desempeñarse como un ciudadano libre en una comunidad política. Segundo, el posicionamiento de una teoría relacional, en donde las capacidades de los miembros de la sociedad son su preocupación principal para concebir una relación entre personas que se exigen cosas recíprocamente. Por último, la distribución de bienes de acuerdo a principios y procesos que expresan respeto por todos.¹⁹⁰

Esta conceptualización abre dos grandes preguntas. La primera indica ¿Qué es aquello que se debe igualar? En esto, ANDERSON adhiere a la postura de SEN, quien sostiene que una teoría igualitaria debe perseguir la igualdad para todos en el ámbito de las capacidades. Una persona goza de una mayor libertad mientras mayor sea el rango de oportunidades que efectivamente posee para conformar su plan de vida de la manera que mejor estime. La idea

¹⁸⁶ Véase ANDERSON (1999): 312.

¹⁸⁷ Véase ANDERSON (1999): 312.

¹⁸⁸ En estos términos, véase las manifestaciones de la opresión social que devela YOUNG (1990).

¹⁸⁹ En este punto, ANDERSON critica el camino que utiliza el igualitarismo de la suerte para enfrentar el problema de la desigualdad. Las dificultades que identifica se relacionan con los aspectos moralizantes que esboza esta interpretación de la igualdad, por ejemplo: dictando a las personas cómo usar sus oportunidades y evaluando el nivel de responsabilidad de las personas en aquellas elecciones que llevan a resultados negativos, véase ANDERSON (1999): 308-311. Esto se agudiza cuando el foco de atención se centra en redistribuir bienes desde personas superiores a otras catalogadas como estúpidas, poco talentosas, amargadas y/o feas, véase NAGEL (1979): 91-105.

¹⁹⁰ Véase ANDERSON (1999): 313.

de capacidad permite que las personas se encuentren en un plano de igualdad para perseguir libremente sus intereses particulares¹⁹¹.

La segunda pregunta señala ¿Cuáles serían las capacidades que la sociedad debiese igualar? ANDERSON identifica tres aspectos que garantiza la igualdad democrática respecto de la estructura de las capacidades, ellos son: 1) acceso efectivo a niveles de funcionamiento; 2) acceso a niveles de funcionalidad suficientes para el posicionamiento igualitario dentro de la sociedad y; 3) acceso efectivo a un conjunto de capacidades suficientes durante el transcurso de una vida. En cuanto al primero de ellos, ANDERSON señala que el acceso a un nivel de funcionalidad significa que los individuos pueden alcanzarlo al desplegar medios que ya se encuentran a su disposición¹⁹². En este plano, la igualdad democrática articula un sistema de incentivos que propone la posibilidad de acceder a bienes, siempre que la persona desee hacerlo. Por ejemplo, nada debiese impedir que un recluso pueda ser atendido en un servicio de salud producto de una enfermedad, salvo que elija ser parte de una congregación religiosa que desaconseja ciertas intervenciones médicas.¹⁹³

Respecto al segundo aspecto, ANDERSON asume una posición moderada. La idea de garantizar un conjunto de capacidades suficientes es objeto de una interpretación amplia, y lleva a preguntarnos por el alcance que tiene la expresión *capacidades suficientes*. Sin lugar a dudas, es una cuestión debatible, ya que no todas las funcionalidades requieren los mismos niveles de capacidad. Lo cierto es que las capacidades suficientes deben abarcar un mínimo determinado que permita el ejercicio de derechos y desarrollo de las personas en la sociedad en un plano de igualdad sustantivo¹⁹⁴. En este sentido, una revisión profunda de las celdas de los reclusos debe contemplar una serie de medidas destinadas para que no exista ningún lesionado, con un personal capacitado que utilice de manera adecuada la fuerza para que la población penal no sufra daños injustificados en su integridad física.

Por último, ANDERSON precisa que “la igualdad democrática garantiza acceso efectivo a un paquete de capacidades suficiente para pararse como un igual frente a otros durante el transcurso de una vida”¹⁹⁵. Este conjunto de capacidades permite que una persona

¹⁹¹ Véase ANDERSON (1999): 316, citando a SEN (1992): 39-42.

¹⁹² ANDERSON (1999): 318.

¹⁹³ Sobre la responsabilidad que se originan por transfusión de sangre y alimentación forzada en el ámbito carcelario, véase POBLETE (2019): 33-36

¹⁹⁴ Véase Anderson (1999): 319.

¹⁹⁵ ANDERSON (1999): 319. Traducción propia.

pueda posicionarse frente a miembros de la sociedad con las mismas herramientas. La particularidad de esta visión, a diferencia del igualitarismo de la suerte, es que la fortuna no juega un rol protagónico, por lo tanto, la mala suerte de haber tomado una decisión con consecuencias negativas no obstruye a aquella persona de la posibilidad de gozar del conjunto de capacidades suficientes a lo largo de su vida. La igualdad democrática garantiza capacidades inalienables que perduran en el tiempo, derechos que se mantienen vigentes y disponibles para ser ejercidos por sus destinatarios¹⁹⁶. De esta forma, si una persona cumple una condena, cualesquiera sean las razones que tuvo para hacerlo, aquello no obsta a que deba entregarse un trato digno al interior del recinto penitenciario.

En el ámbito del derecho administrativo, el conjunto de capacidades suficiente depende del sector regulado analizado. La particularidad de los servicios, en su orgánica y funcionamiento, permite identificar, en algunos casos, desigualdades ilegítimas y la necesidad de incorporar dosis igualitarias. Por ejemplo, el sistema de responsabilidad por falta de servicio de la Ley GES es parcialmente especial en relación a la Ley de Bases de la Administración. Esta relación de especialidad implica que el juez tiene una carga de argumentación muy precisa: debe integrar los principios de acceso, oportunidad, costo y equidad del sistema sanitario al juicio de imputación de responsabilidad, pues este es el único modo de interpretar e integrar la cláusula falta de servicio de forma coherente con la legislación sanitaria. En este contexto, la perspectiva igualitaria busca garantizar que los particulares tengan acceso permanente y efectivo a un conjunto de medidas sanitarias costosas, propiciando un acceso a la salud y reduciendo el sometimiento a la esfera organizativa de la Administración¹⁹⁷.

Por su parte, la falta de servicio en contextos carcelarios también responde a una especialidad en razón de las particularidades de la relación jurídica penitenciaria. Esta interacción se caracteriza por la constante fricción entre los derechos de los reclusos y el deber de cuidado estatal. La dificultad que se presenta es que la intervención estatal está propensa a ser negligente, ya que los privados de libertad están sometidos a fuertes medidas de vigilancia. Esto supone una intervención estatal intrusiva que merma la capacidad de los

¹⁹⁶ Véase Anderson (1999): 320.

¹⁹⁷ Sobre la falta de servicio en la Ley N°19.966 (GES), véase AGÜERO *et al* (2020): 171-191. En estos términos, véase *Fuentealba con Servicio de Salud de Talcahuano* (2018) y *Urbina con Servicio de Salud de la Región del Libertador Bernardo O'Higgins* (2017).

reclusos para ejercer, por ejemplo, sus derechos en salud, integridad física y privacidad. De esta forma, el paquete de capacidades suficiente debe estar compuesto por medidas que logren armonizar la posición jurídica de los presos y las condiciones materiales de vida en las que se encuentran en las cárceles.

En este ámbito, los jueces también poseen una carga argumentativa reforzada. Esto es así porque para determinar la diligencia de Gendarmería no tan solo tienen que evaluar las actuaciones penitenciarias en atención a los deberes de vigilancia, sino que también tienen que decidir estos casos de acuerdo a los deberes de resguardo que se desprenden de la finalidad resocializadora de la ley penitenciaria.¹⁹⁸ En este sentido, la ley penitenciaria posee una arista igualitaria que busca garantizar a los reclusos un acceso permanente a un conjunto de medidas resocializadoras, reduciendo su compromiso delictual y proveyendo de ciertas herramientas básicas para su retorno a la sociedad. Una exposición extendida para comprender y disolver este nudo, se llevará a cabo en el capítulo IV.

5. La convergencia instrumental del derecho de administrativo y el derecho de daños

La última dificultad que logro avizorar es la falta de una explicación para esclarecer el carácter compensatorio de la rendición de cuentas. En este punto no entrego una respuesta alternativa, sino que profundizo la estipulación plural esbozada por CANE en su formulación teórica. En lo que sigue, centro mi atención en el análisis del carácter enmendatorio que implícitamente se encuentra inserto en la rendición de cuentas estatal y, a partir de ello, vinculo conceptualmente los objetivos del derecho administrativo y el derecho de daños. Sin perjuicio de ello, antes fijo los nuevos paradigmas del derecho público que el mismo CANE desarrolla en profundidad en su obra *Responsibility in Law and Morality*. Estas ideas iniciales se analizarán posteriormente, cuando en el capítulo V se responda a la pregunta sobre qué daños no son tolerables y, por ende, deben ser indemnizados.

¹⁹⁸ Sobre los deberes de custodia y resguardo en la actividad penitenciaria, véase Poblete (2019), p. 25-29. En *Herrera con Fisco de Chile* (2012), la Corte Suprema responsabiliza al Estado por a una negligencia médica sufrida por un recluso. En la argumentación, la Corte destaca que el recluso sufre la amputación de una pierna por una atención médica tardía, lo cual limita su fuerza laboral en libertad y compromete su reinserción social. En un mismo sentido argumentativo, véase *García con Gendarmería de Chile* (2020).

5.1. Paradigmas del derecho público: entre el derecho civil y el derecho penal

Para CANE los paradigmas del derecho público se posicionan entre los objetivos del derecho civil, en cuanto a la prevención y reparación el daño, y los objetivos del derecho penal, en especial la disuasión de ciertos tipos de conducta que conducen a la configuración de tipos penales.¹⁹⁹ En esta materia, CANE entiende que el derecho público centra su análisis en el desempeño de las funciones públicas que emanan de la Administración y que son ejecutadas por sus autoridades y funcionarios públicos.²⁰⁰ Para este autor el derecho público se ocupa por un lado de las funciones, estructura, organización y procesos de los funcionarios públicos; y, por otro lado, se centra en la regulación, control y revisión en el ejercicio de las funciones públicas cuando define y aplica las obligaciones que poseen los funcionarios públicos.²⁰¹ Esta dualidad de perspectivas funcionales, nos permite delimitar el campo del derecho público en temas de responsabilidad.

La perspectiva que nos interesa es la segunda, principalmente, porque nos ayuda a dilucidar las actuaciones que son objeto de ser resarcidas según las funciones públicas ejercidas. A diferencia de lo que ocurre en el derecho penal y el derecho civil, que centran su atención en la disuasión de conductas y el resarcimiento a individuos particulares, el derecho público busca evitar que instituciones públicas tomen decisiones fuera del interés público perseguido. Esta diferencia es relevante porque demuestra que en un régimen de derecho público la responsabilidad es en general estricta y, por consiguiente, la culpa posee rasgos diferentes en esta parcela del derecho. Este elemento en el derecho penal es determinante a la hora de fijar si, por ejemplo, una actuación reviste un delito de hurto o robo; en el caso del derecho civil por regla general la culpa también juega un rol central para determinar ilícitos civiles, como son los casos de daños o perjuicios patrimoniales o extrapatrimoniales.

En este punto, lo central es destacar el campo en el que se posiciona el derecho público, en particular el derecho administrativo, respecto del derecho civil y el derecho penal. La reubicación de los paradigmas del derecho público nos permite fijar un punto de referencia para la vinculación instrumental que pretendo desarrollar, entre el objetivo reparador o compensatorio del derecho de daños y el objetivo explicativo que propone el derecho público

¹⁹⁹ Véase CANE (2002): 251.

²⁰⁰ Sobre este tema, me remito a la explicación entregada acerca del *dramatis personae* en el punto 3.1. del presente capítulo.

²⁰¹ Véase CANE (2002): 251-252.

mediante la rendición de cuentas. En lo que sigue ofreceré una explicación que logre dar contenido al aspecto enmendatorio de la rendición de cuentas y, con ello, satisfacer la vinculación conceptual de ambos objetivos.

5.2. Deberes derivados de la responsabilidad por rendición de cuentas (*accountability*)

La rendición de cuentas tiene un alcance sobre todas las actividades públicas. El ámbito de aplicación es amplio y comprende todas las actuaciones que derivan de la función pública, dentro de ellas las actuaciones administrativas.²⁰² En esta parcela, OLIVER entiende que la rendición de cuentas en el ámbito público es “estar obligado a dar cuentas o explicaciones de las acciones y, cuando corresponda, a sufrir las consecuencias, asumir la culpa o el compromiso de restablecer los derechos si pareciera que se han cometido errores.”²⁰³

Esta conceptualización nos entrega una aproximación adecuada para abordar el análisis de la rendición de cuentas en relación con los deberes contenidos en las actuaciones estatales. El estudio de OLIVER aborda los deberes involucrados en esta materia, pero no diferencia entre una y otra obligación estatal. Es por esa razón que distingo entre *deberes de aclaración*, como aquellas obligaciones que tiene el Estado de explicar y justificar sus actuaciones ante la ciudadanía, y *deberes de enmienda*, como aquellas obligaciones de restablecer jurídicamente a quien, por alguna actuación estatal, ha sufrido lesiones en sus derechos o daños en los intereses perseguidos.

En cuanto a los deberes de aclaración, OLIVER considera que “la rendición de cuentas implica, en este contexto, un deber legal, político, social o moral por parte de un agente público de explicar y justificar su acción o inacción ante particulares que exigen explicaciones de acuerdo con los estándares establecidos o asociados con su posición de ciudadanos”²⁰⁴. Dicho esto, la rendición de cuentas puede ser contemplada de dos maneras distintas dependiendo de la posición en la que se encuentren los involucrados. Por un lado, el deber que tiene el agente público de actuar de acuerdo con el interés público y, por otro lado, el derecho que tiene el ciudadano de exigir actuaciones que no involucren el interés particular de quien ejerce una función pública.

²⁰² Los diferentes ejemplos de *accountability*, véase en ENDICOTT (2018): 589.

²⁰³ OLIVER (1991): 22. Traducción propia.

²⁰⁴ OLIVER (2013): 289. Traducción propia.

En palabras de OLIVER la actuación estatal debe estar revestida de altruismo a la hora de ejercer las funciones que el cargo público exige, lo cual es inverso a la idea de satisfacción de los intereses personales por medio de aprovechamiento de recursos públicos.²⁰⁵ Un Estado de derecho liberal debe contemplar dos grandes pilares que garanticen que el deber de aclaración no sea incumplido arbitrariamente por quien ejerce a autoridad: el interés público y la función pública. Precisamente, el interés público es la finalidad que debe ser alcanzada por medio de la función pública, cuyo estándar de diligencia se asocia con las actuaciones de los funcionarios públicos o autoridades según las atribuciones normativas derivadas del cargo que ejerce.²⁰⁶

En cuanto a su ámbito de aplicación, OLIVER considera que la rendición de cuentas se aplica a autoridades, sean de elección popular o no, funcionarios y otros agentes que ejercen funciones públicas.²⁰⁷ En este orden de cosas, los obligados no tan solo son aquellos quienes deben su posición por una elección directa de los ciudadanos, sino que también se obliga a todos aquellos agentes designados o contratados que prestan un servicio público. En un primer nivel, las obligaciones que surgen de la rendición de cuentas consideran que el aparataje público se controle por sí mismo. El principio de pesos y contrapesos demuestra que, si existe una actuación injustificada del poder ejecutivo, eventualmente, sea el poder legislativo o poder judicial quien ejerza un control sobre dicha actuación. En un segundo nivel, las obligaciones que emanan del aparato público son controladas por los ciudadanos para no sufrir lesiones por actuaciones injustificadas del Estado.

Desde la concepción que el mismo OLIVER entrega de rendición de cuentas se pueden extraer e interpretar los deberes de enmienda. En una primera acepción, enmendar se refiere a la acción de arreglar o quitar un defecto. En general, podemos interpretar que el Estado se encuentra obligado a arreglar un mal que produjo con su actuación y debe revertir la lesión de derechos producida. En una segunda acepción, la palabra enmendar hace alusión a resarcir o subsanar daños, típica del derecho de daños. Desde la responsabilidad extracontractual del Estado esta interpretación nos resulta relevante, puesto que Oliver entrega una noción de rendición de cuentas que contiene un elemento enmendatorio que se puede interpretar según esta segunda acepción. De esta forma, el Estado que produce un mal en un ciudadano o

²⁰⁵ Véase OLIVER (2013): 289.

²⁰⁶ En los mismos términos, véase PONCE (2019): 25.

²⁰⁷ Véase OLIVER (2013): 289.

particular debe revertir la situación de afectación resarciendo el daño producido, que según el derecho de daños debiese traducirse en una indemnización de perjuicios.

Este elemento logra ser identificado por HARLOW, quien vincula conceptualmente la rendición de cuentas estatal y la responsabilidad civil extracontractual. HARLOW nota que la definición de rendición de cuentas entregada por OLIVER tiene un elemento enmendatorio cuando hace alusión a “el compromiso de restablecer los derechos si pareciera que se han cometido errores”.²⁰⁸ Para HARLOW, esta definición es clave porque entrega una comprensión total de las dimensiones de la rendición de cuentas y, por consiguiente, identifica la manera de enmendar aquellos perjuicios sufridos por la víctima. En este sentido, el deber de enmendar se encontraría implícito en la rendición de cuentas, puesto que impone un deber en el agente público que ha cometido un acto negligente o ha incurrido en una omisión indebida. Visto así, la Administración no solo se obliga con los ciudadanos a actuar de manera diligente rindiendo explicaciones si las acciones indebidas así lo ameritan, sino que también se compromete a la reparación pecuniaria de todos aquellos daños que se generan producto de su actuación ilegítima.

Estos deberes parecen suficientes para que los ciudadanos puedan limitar la actuación coactiva del Estado. Sin embargo, más allá de la interpretación extensiva que pudimos identificar, la rendición de cuentas no estipula un mecanismo para restablecer el derecho o resarcir el daño causado por las actuaciones indebidas de la Administración. La interpretación que hace HARLOW sobre el aspecto enmendatorio de la rendición de cuentas no especifica los tipos de daños que se debiesen reparar ante la existencia de un daño o vulneración de derechos. En este punto la irrupción del derecho de daños comienza a ser importante para determinar la responsabilidad de la Administración mediante el remedio compensatorio que ofrece la responsabilidad civil extracontractual: la indemnización de perjuicios. Si bien el derecho administrativo reconoce derechos a los particulares mediante la rendición de cuentas para ejercer un límite al poder coercitivo del Estado, el derecho de daños entrega las herramientas para ejercer dichos derechos mediante la responsabilidad extracontractual.

En estos términos, se reformulan los objetivos de la responsabilidad extracontractual del Estado. La rendición de cuentas estatal se presenta como un mecanismo que incorpora la dimensión compensatoria, por lo tanto, el Estado debe resarcir ante la producción de un daño.

²⁰⁸ HARLOW (2004): 51. Traducción propia.

Precisamente, el elemento enmendatorio no lo desarrolla CANE para explicar la convergencia instrumental de los objetivos del derecho administrativo y derecho de daños.²⁰⁹ No logra identificar que en ambos objetivos existe un carácter enmendatorio. En el derecho de daños se encuentra explícitamente en la ley de responsabilidad extracontractual, mientras que en el derecho administrativo está presente de forma implícita en la ley que contempla la rendición de cuentas. De esta forma, en cuanto a la idea original de CANE sobre la visión instrumental pluralista de la rendición de cuentas, podríamos afirmar que la ley no tan solo obliga a la Administración a dar explicaciones sobre sus actos mediante los deberes de aclaración, sino que también a restablecer derechos o compensar perjuicios causados injustificadamente a terceros por medio de los deberes de enmienda.

Este enfoque instrumentalista pluralista nos sirve, en general, para repensar los paradigmas del derecho público y, en particular, para permear en los objetivos de la responsabilidad extracontractual del Estado mediante la compensación monetaria. Esto explica la vinculación entre los daños cometidos por el Estado y el consiguiente deber de resarcir. Si se entiende la falta de servicio como un símil de la culpa civil, entonces la reformulación desarrollada es útil para entender la incorporación de la indemnización de perjuicios como un remedio compensatorio disponible en nuestro régimen de responsabilidad público. En esto, el artículo 42 de la Ley de Bases no entrega muchas pistas, ni elementos para sostener ello, aunque el argumento entregado hasta acá posee la precisión conceptual necesaria para afirmar la convergencia instrumental entre los objetivos de ambas parcelas del derecho.

Los casos que hemos ido desarrollando a la largo de este capítulo dicen relación con la responsabilidad que se le atribuye al Estado por los perjuicios causados por gendarmes dentro de los recintos penitenciarios. En los términos expuestos hasta aquí, tendríamos que considerar que la rendición de cuentas es un objetivo del derecho administrativo que se traduce en el deber que tiene la Administración Penitenciaria de dar explicaciones por la actuación negligente del gendarme (deber de aclaración) y, también, en el deber de resarcir económicamente al recluso dañado injustificadamente (deber de enmienda). Esta

²⁰⁹ Al autor no parece inquietarle mayormente este aspecto, pues en su trabajo asume que el *common law* carece de una distinción categórica y arraigada institucionalmente entre el derecho público y el derecho privado. Véase CANE (2014): 168. Es por ello por lo que cualquier problema que surja en aquella zona es debido al problema fronterizo que se evidencia entre ambas ramas del derecho.

aproximación incluye el carácter enmendatorio de la rendición de cuentas, que se presenta debido a la actuación dañosa sufrida por el recluso que, apoyado normativamente en la responsabilidad civil extracontractual, puede accionar en contra del Estado. De esta forma, el interno se encuentra revestido de un derecho para exigir las explicaciones respectivas de la actuación dañosa del gendarme (funcionario público) y, a su vez, facultado para exigir que la Administración Penitenciaria (servicio público) le compense los daños sufridos dentro del recinto penitenciario.

6. Recapitulación

En el presente capítulo se analizó la formulación teórica de CANE en su obra *Tort Law and Public Functions*. En ella se propone explorar las implicaciones teóricas que supone aplicar el derecho de daños, de manera secundaria, en las RDJ. En estricto rigor, CANE defiende la aplicación del derecho de daños en este tipo de relaciones, pero confeccionando un marco teórico distinto de aquel utilizado para las relaciones de igualdad jurídica. Los argumentos que entrega CANE para sostener su posición intentan responder al carácter distintivo que debe tener un marco teórico. Sin embargo, los principales argumentos que entrega el autor, a mi juicio, no son satisfactorios. En una primera parte, descompongo la propuesta teórica de Cane y, posteriormente, entrego argumentos que consolidan el marco teórico que debiese ser considerado para la aplicación del derecho de daños en las RDJ, en general, y las RDA que se originan en las relaciones penitenciarias, en particular. Los tres argumentos que desarrollo son la base para corregir la TIE propuesta por CANE. Estas consideraciones conceptuales son preliminares, pero básicas para un marco teórico que pretende responsabilizar al Estado por las actuaciones de sus funcionarios.

La primera dificultad que evidencio es la idea de correlatividad que se encuentra inserta en la TIE. CANE identifica que en las RDJ el agente privado tiene el derecho a ser remediado ante el daño sufrido y que el agente público tiene el deber de reparar el perjuicio causado. Sin embargo, esta confrontación supone incorporar entidades no gubernamentales como agentes públicos siempre que desempeñen funciones públicas. El problema de esta incorporación es que el Estado no posee ningún control sobre la entidad no gubernamental que ejerce funciones públicas y, ante un eventual daño, debería responder con fondos fiscales una actividad de carácter privado. Para resolver esta inconsistencia de la TIE, primero,

descarto que dentro de las participantes las entidades no gubernamentales sean consideradas como agentes públicos y, a su vez, que los funcionarios públicos sean considerados como agentes privados cuando desempeñan labores menores (como es el caso de los conductores); segundo, establezco las razones por las cuales el causante del daño (el funcionario) es distinto del responsable del daño (el Estado) y; tercero, propongo el argumento del *respondeat superior* para justificar que el Estado deba resarcir los daños cometidos por los funcionarios en razón de la función pública.

La segunda dificultad que identifiqué aborda el componente generador de equilibrio entre partes jurídicamente desiguales. Para CANE este componente se logra con la vinculación conceptual entre el principio de igualdad y el principio de proporcionalidad. El argumento que presento para contrastar esta explicación supone analizar el principio de igualdad desde la perspectiva de la asimetría de posiciones. De esta manera, sostengo que el equilibrio se logra si la igualdad es analizada desde la justicia distributiva en términos geométricos, y no solo desde la justicia correctiva en términos aritméticos. El estudio realizado desde esta vereda permite descubrir las condiciones cualitativas que cada parte presenta. Por un lado, se logra evidenciar el grado de poder que tiene el Estado cuando interviene en los intereses propios perseguidos por los miembros de la sociedad y, por otro lado, la desventaja que presentan los agentes privados debido a la intervención estatal que limita la prosecución de su plan de vida. Como los particulares de la interacción son personas privadas de libertad, la aproximación adoptada es la igualdad democrática que tiene como objetivo principal asegurar condiciones de vida digna, acabando con la opresión social.

Por último, identifiqué que el argumento entregado por CANE para asimilar los objetivos del derecho administrativo (rendición de cuentas) y el derecho de daños (compensación) carece de profundidad. Para contrarrestar este vacío armonizo los objetivos de la siguiente manera. Por un lado, reubico los paradigmas del derecho público entre el derecho civil y el derecho penal y, por otro lado, reinterpreto el carácter compensatorio de la responsabilidad por rendición de cuentas. Esta conclusión se puede extraer de la distinción que hago entre *deberes de aclaración*, que consisten en la explicación de una actuación, y *deberes de enmienda*, que consisten en la obligación de enmendar o restablecer los derechos lesionados de un tercero o, de manera más precisa, resarcir los daños ocasionados a un particular. Esta interpretación da cuenta de una explicación instrumental pluralista que

incorpora la compensación en la responsabilidad por rendición de cuentas. Este último aspecto es clave para comprender que la responsabilidad por rendición de cuentas es un mecanismo compensatorio.

CAPÍTULO III

El estándar de diligencia en la responsabilidad extracontractual del Estado

RESUMEN: El presente trabajo analiza la diligencia de las actuaciones materiales de la Administración. Sostiene que las prestaciones materiales cumplen con el estándar de diligencia de la falta de servicio cuando la conducta se basa en deberes normativos y el debido cuidado que, en algunos casos, se especificará mediante acciones discrecionales para lograr u optimizar el interés público. La investigación intenta dar una respuesta a aquellas actuaciones ejercidas en espacios no regulados o defectuosamente regulados, pero que encuentran una justificación razonable. El modelo metodológico sobre enunciados jurídicos de ATIENZA y RUIZ MANERO, en una versión adaptada y levemente corregida, servirá para explicar la formulación normativa de los estándares de diligencia administrativos basados en obligaciones.

PALABRAS CLAVES: estándar de diligencia, deberes, actuaciones materiales, discrecionalidad, razonabilidad.

1. Presentación

El análisis de los estándares de diligencia de la Administración Pública deriva del estudio de la responsabilidad por culpa o falta de servicio.²¹⁰ En este ámbito, los estándares de diligencia guían el comportamiento de los agentes públicos, de quienes se espera ejerzan sus funciones y/o cumplan mediante el cumplimiento de las disposiciones jurídicas que rigen sus actuaciones y los principios generales del derecho administrativo. En términos simples, aquello implica que la superación de un estándar de diligencia nos entrega certeza de que la actuación administrativa se ejecutó bajo el alero de una disposición jurídica y satisfaciendo el interés público. No obstante, la diligencia también se alcanza, como veremos después, mediante actuaciones administrativas discrecionales ejercidas en aquellos espacios no regulados o defectuosamente regulados.

La investigación asume que en el lenguaje ordinario y jurídico existen desacuerdos conceptuales sobre las nociones de estándar, umbral y prototipo.²¹¹ Este capítulo no tiene pretensiones de resolver las controversias terminológicas expuestas, sino usar dichas nociones para evaluar las actuaciones materiales de la Administración. En este sentido, resulta oportuno precisar que en adelante se utilizará la noción de *estándar de diligencia* como un parámetro jurídico que es útil para distinguir entre actuaciones diligentes y negligentes. El contenido de esta noción requiere asumir, previamente, una serie de elementos y criterios útiles para identificar con mayor precisión la pertenencia a una u otra categoría. Si en un caso concreto se iguala o supera el *umbral de exigencia*²¹², entonces la

²¹⁰ Como se revisó en el capítulo I, no existen mayores desacuerdos sobre el régimen de responsabilidad estatal chileno. La clásica discusión sobre la objetividad y subjetividad de la responsabilidad estatal ha pasado a un segundo plano. La dogmática administrativista chilena tiene como punto de partida la responsabilidad por falta de servicio, que, en términos concretos, asume una serie de reglas y principios del derecho civil. Este fenómeno nos permite explorar, por ejemplo, los conceptos de deber de cuidado y estándares de diligencia.

²¹¹ La discusión más reciente en esta materia es posible encontrarla en *Discusiones XVIII* sobre estándares de prueba. En este número, COLOMA y GAMA discuten sobre la relevancia y pertinencia del uso de la partícula ‘estándar’ para determinar la pertenencia de un ejemplar a una categoría u otra. En particular, COLOMA plantea la posibilidad de distinguir entre umbrales, utilizados para dirimir la pertenencia a una categoría de acuerdo con consideraciones cuantitativas, y prototipos, usados para determinar la pertenencia a una categoría de acuerdo a consideraciones cualitativas, véase COLOMA (2016): 27. Por su parte, GAMA mira con escepticismo esta distinción, principalmente, porque COLOMA no analiza el modo y sentido en que podría haber una relación entre las nociones de estándar recogidas en el lenguaje ordinario, jurídico y en el estándar de prueba, véase GAMA (2016): 62-63.

²¹² El grado de exigibilidad va a estar determinado por el tipo de funciones desempeñadas por la administración. Por ejemplo, un hospital público tiene la obligación de entregar prestaciones de salud, mientras que la administración penitenciaria tiene la obligación de custodiar a los reclusos.

actuación administrativa que antes habría sido calificada como dudosa o indeterminada, pasa a pertenecer a la categoría de diligente; en caso contrario, queda fuera de dicha categoría.

En un plano de análisis general, el estándar de diligencia es lo suficientemente amplio como para solucionar una cantidad importante de casos individuales.²¹³ En razón de ello, las formulaciones presentadas se encuentran próximas a un resultado que depende de las explicaciones que justifican la pertenencia o no a una categoría; una lógica binaria carecería de dichos matices. En este sentido, el estándar de diligencia general se convierte en una medida común para todas las reparticiones públicas, más allá de las consideraciones particulares que presenta el funcionamiento de cada una de ellas; esto se traduce en que el argumento último para justificar una actuación administrativa será indicar que el comportamiento del funcionario es razonable porque satisface o maximiza una finalidad pública.²¹⁴

En la responsabilidad pública esto supone adecuar el comportamiento del funcionario a un estándar de diligencia, cuyas actuaciones debiesen ejercerse para obtener u optimizar un estado de cosas, alcanzando un umbral de exigencia general. Los elementos que conforman la falta de servicio permiten aventurar que estamos en presencia de un estándar que persigue la obtención o maximización del interés público empleando medios idóneos. En efecto, el estándar general será el parámetro jurídico utilizado para determinar la diligencia o negligencia de una actuación administrativa, mientras que la superación del umbral de exigencia mínimo estará condicionada por el cumplimiento los deberes y acciones discrecionales adoptadas por los funcionarios públicos. En estos términos, la falta de servicio se presenta como un estándar de conducta que regula el comportamiento de los agentes públicos sobre un modelo basado en obligaciones.²¹⁵

El presente capítulo sostiene que las prestaciones materiales cumplen con el estándar de diligencia de la falta de servicio cuando la conducta se basa en deberes normativos y el

²¹³ En la lógica de los sistemas normativos, ALCHOURRÓN y BULYGIN entienden que las normas generales correlacionan un caso genérico con una solución de casos individuales pertenecientes a una misma materia, véase ALCHOURRÓN y BULYGIN (1975): 59.

²¹⁴ Esto no es muy distinto en el ámbito civil. Sobre este punto, PAPAYANNIS insiste en la importancia de justificar los estándares de diligencia particulares según la razonabilidad de los estándares de diligencia generales. Este juego argumentativo lo expone detalladamente en PAPAYANNIS (2020): 13.

²¹⁵ Desde la dogmática administrativista, se ha intentado depurar conceptualmente el derecho a una *buena administración* para confeccionar un estándar de conducta que regule el comportamiento de los servidores públicos, como el estándar de diligencia de un *buen padre de familia* y, así, cambiar el paradigma de la discrecionalidad administrativa como una elección de indiferentes jurídicos. Véase PONCE (2019): 25.

debido cuidado que, en algunos casos, se especificará mediante acciones discrecionales razonables para lograr u optimizar el interés público. El objetivo principal de este capítulo es determinar la diligencia de las actuaciones administrativas utilizando el estándar general de *la falta de servicio*. El camino trazado para lograr aquello contempla las siguientes etapas. Primero, se propone una aproximación metodológica para la formulación de los estándares de diligencia administrativos, basados en obligaciones, desde el modelo de enunciados jurídicos de ATIENZA y RUIZ MANERO. Segundo, se establece el alcance de las actuaciones administrativas, fijando la atención en el principio de legalidad y la distinción entre funciones y obligaciones de la Administración. Tercero, se determinan las obligaciones de la Administración y el lugar que tienen las acciones discrecionales en ese ámbito. Cuarto, se aplica el modelo corregido de ATIENZA y RUIZ MANERO para fijar la construcción de la falta de servicio como estándar de diligencia de la Administración Pública, incorporando las acciones razonables como elementos determinantes para lograr u optimizar un estado de cosas futura: el interés público. Por último, se destacan consideraciones a modo de recapitulación.

2. La construcción de un estándar de diligencia administrativo: una propuesta metodológica

En el capítulo I se sostuvo que la expresión *falta de servicio* es un concepto jurídico indeterminado. Se trataría de una noción donde existe incertidumbre sobre las propiedades o elementos que la componen, es decir, adolecería de vaguedad. En sistemas jurídicos complejos, los diseños legislativos incurren a menudo en este problema (inclúyase la ambigüedad, redundancia, contradicción e inconsistencia). Por lo tanto, para determinar si una acción se omitió debiendo ejecutarla, se prestó tardía o defectuosamente es indispensable evaluar las actuaciones materiales que se efectuaron para cumplir con el mandato general.

En esta primera parte del capítulo, se propondrá una metodología para construir un estándar de diligencia basado en obligaciones. Para ello, se adecúa el modelo de ATIENZA y RUIZ MANERO sobre normas de acción y normas de fin para ser usado en el ámbito del derecho administrativo. Posteriormente, se utiliza la distinción de responsabilidad de GARZÓN VALDÉS para ubicar a las obligaciones prospectivas dentro de las normas de fin. Por último, se destaca que las obligaciones contenidas en las normas de fin permiten vincular las

actuaciones materiales del destinatario con acciones discrecionales.

2.1. El modelo de ATIENZA y RUIZ MANERO

La formulación del concepto de poder que proponen ATIENZA y RUIZ MANERO en *Las piezas del derecho* subyace a aquellas concepciones que generalmente se emplean en las ciencias sociales. Para estos autores, el concepto de poder debe ser estipulado de la siguiente manera: “*A* tiene poder sobre *B* cuando *A* tiene la capacidad de afectar a los intereses de *B*”²¹⁶. Esta formulación demuestra que no es suficiente ejercer poder para afectar intereses de otro, también se requiere la capacidad de afectar – de manera positiva o negativa – los intereses de otro. Estas precisiones resultan útiles para terminar de afirmar que “el poder es un tipo de relación en que los sujetos que participan en ella están en una situación de desigualdad en cuanto que unos pueden afectar los intereses de los otros.”²¹⁷

Desde esta aproximación la vinculación de las normas jurídicas con el poder y los intereses parece tener un sentido más preciso. La fuente que origina el poder o la capacidad de un agente de afectar a otro es la norma jurídica. En otras palabras, las relaciones desiguales se caracterizan por la afectación de los intereses que una de las partes infiere a otra en razón del poder que la norma jurídica le confiere. De esta forma, tenemos que, en el ámbito del derecho administrativo, los organismos públicos tienen la capacidad de interferir en los intereses de los ciudadanos porque la norma de derecho público permite al agente ejercer sus funciones para perseguir el interés público. Precisamente, la desigualdad se origina cuando la norma jurídica permite que los órganos de la Administración intervengan en los planes de vida de las personas, justificando la actuación en razón de las pretensiones generales que persiguen.

Según ATIENZA y RUIZ MANERO, esta conexión general, que tiene por objetivo la articulación normativa de intereses, es posible explicarla de manera depurada mediante las denominadas normas de acción y normas de fin. Para estos autores, ambos tipos de normas poseen diferencias que, una vez identificadas, nos permiten comprender de manera detallada el modelo de enunciados jurídicos. Las normas de acción se caracterizan por delimitar la articulación de intereses antes del surgimiento del conflicto entre las partes involucradas, por

²¹⁶ ATIENZA y RUIZ (1996): 15.

²¹⁷ ATIENZA y RUIZ (1996): 16

lo tanto, no es necesario ponderar en cada ocasión de qué manera su conducta podría afectar los intereses de otro sujeto. Estas normas demarcan el terreno dentro del cual cada agente puede actuar para perseguir sus propios intereses. Por su parte, las normas de fin se caracterizan por promover determinados intereses sociales, lo cual exige que en cada caso se ponderen dichos intereses con los intereses de las partes involucradas. Lo relevante en este tipo de normas es determinar el peso relativo de los intereses surgidos en una interacción determinada.²¹⁸

Con los años estos autores afinaron las diferencias entre normas de acción y de fin. En *Ilícitos atípicos* profundizan su reflexión sobre estas reglas, pero enfocando su análisis en el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación del poder. En este contexto, ATIENZA y RUIZ MANERO señalan que las normas de acción son pautas de conducta que establecen mandatos o permisiones y se caracterizan por la conformación de su estructura y la finalidad de regular *ex ante* las conductas de los ciudadanos. En cuanto a la estructura, las reglas de acción se componen de “un antecedente o condición de aplicación, que contiene un conjunto cerrado de propiedades; y un consecuente o solución normativa en donde cabe distinguir, a su vez, dos elementos: una acción (mejor, una clase de acciones) y su calificación deontica como obligatoria, prohibida, permitida.”²¹⁹ La regulación de la conducta de los ciudadanos en un momento *ex ante* excluye la posibilidad que sean ellos mismos quienes determinen, bajo su propia deliberación, el comportamiento adecuado. Por lo tanto, para que el juez determine si la conducta seguida fue la adecuada es necesario que contemple las propiedades permisivas o prohibitivas que la regla establece.

En cuanto a las normas de fin, ATIENZA y RUIZ MANERO afirman que sus características no son muy distintas de las normas de acción, salvo en la formulación del consecuente. Este aspecto en las normas de fin es distinto porque “el consecuente establece el deber o la permisión no de realizar una determinada acción, sino de dar lugar a un cierto estado de cosas.”²²⁰ Como vimos antes, este tipo de reglas promueve intereses sociales que no se encuentran previamente delimitados, más bien pretenden alcanzar un estado de cosas. Estas normas permiten que el destinatario seleccione el medio oportuno para alcanzar una

²¹⁸ Véase ATIENZA y RUIZ (1996): 17.

²¹⁹ ATIENZA y RUIZ (2000): 16.

²²⁰ ATIENZA y RUIZ (2000): 17.

finalidad determinada, aunque ello no obsta a que tenga que considerarse como límites a las normas de acción.

En ambos tipos de normas la estructura se encuentra compuesta por un antecedente y un consecuente.²²¹ Esta estructura normativa, responde a la reconstrucción de las normas jurídicas como enunciados condicionales, en el cual el antecedente determina la condición u objeto de la regulación (“Si...”) y responde a la pregunta sobre ¿qué se regula?, mientras que el consecuente establece la consecuencia o modo de la regulación (“...entonces...”) y responde a la pregunta ¿cómo se regula?²²² Esta explicación nos sirve para comprender que la estructura normativa ha cambiado, que ya no se conforman en términos imperativos como “Está prohibido provocar daños a otros”, sino que más bien en términos condicionales como “Si alguien ha causado un daño injusto a otra persona, entonces debe resarcirla”.²²³

Dicho esto, cabe preguntarse cómo este modelo resulta provechoso para ser aplicado en derecho administrativo, específicamente en responsabilidad del Estado. Una respuesta en sintonía metodológica es presentada por LIFANTE. De manera más precisa podría decirse que se trata de ajustes porque las observaciones planteadas no tienen como objetivo derribar el modelo de ATIENZA y RUIZ MANERO, sino que más bien aportan en contenido y precisión. El primer ajuste se relaciona con el alcance de las normas de fin. Según LIFANTE, para estar en presencia de este tipo de normas, no basta con la posibilidad de elegir diversos medios idóneos para la obtención de un estado de cosas, sino que también es necesario que los medios idóneos seleccionados deben ser considerados *jurídicamente relevantes*. Expresamente, LIFANTE señala que:

“[L]as normas de fin operan como “mandatos de optimización”, en el sentido de que a lo que obligan es a adoptar el medio considerado óptimo a la luz de las circunstancias del caso para dar lugar o maximizar el fin

²²¹ Sobre este punto, cabe recalcar que, si bien la mayoría de las normas jurídicas tienen una estructura normativa como enunciado hipotético o condicional, existen excepciones a esta estructura normativa. Los ejemplos clásicos son las normas de derogación expresa, que en una formulación clásica indican “Queda derogado el artículo x de la ley Y”, y las normas de interpretación auténtica, donde el legislador señala que “El artículo X debe entenderse de una forma Z”.

²²² GUASTINI explica que la forma lógica de las normas se encuentra estructurada por el enunciado condicional “Si F, entonces G”. Donde F es el antecedente o el supuesto de hecho, y G es la consecuencia jurídica. Véase GUASTINI (2014): 36-37.

²²³ KELSEN reconstruye desde la teoría del derecho la distinción kantiana entre *imperativos hipotéticos*, que ordenan una determinada acción u omisión como medio para un fin, e *imperativos categóricos*, que ordenan una determinada acción u omisión como fin y no como medio para un fin. Véase con profundidad la distinción en KELSEN (2018): 45-46.

previsto. No se trata meramente de conseguir el máximo de algo, sino de optimizar los recursos disponibles para la consecución o maximización de algo. La norma no determina de antemano cual es la acción (o las acciones) a realizar, sino que dicha determinación ha de ser llevada a cabo por el sujeto destinatario de la norma, quien, a la luz de las circunstancias del caso, deberá adoptar la decisión que considere más eficiente a efectos de conseguir o maximizar el fin perseguido.”²²⁴

En este orden de cosas, la maximización del fin previsto cambia la perspectiva del destinatario de la norma, pues lo hace responsable de la selección de los medios causalmente idóneos. La discrecionalidad que ejerce el destinatario de la norma se relaciona con la adopción de medidas que afecten lo menos posible otros fines o valores reconocidos por el ordenamiento jurídico. Precisamente, la ponderación realizada en cada caso particular evalúa no tan solo la diversidad de medios idóneos, sino que también la selección de medios jurídicamente relevantes para alcanzar o maximizar el fin perseguido. El argumento de LIFANTE exige que la discrecionalidad ejercida por los destinatarios de la norma contemple aspectos evaluativos para seleccionar los medios idóneos. Esta crítica, más allá de derrumbar el modelo de ATIENZA y RUIZ, lo que hace es aportar en precisión el alcance de las normas de fin.

El segundo ajuste se relaciona con la aplicación del modelo al eje temático de la presente investigación. El análisis que ofrece LIFANTE señala que la responsabilidad de los funcionarios públicos se relaciona con las normas de fin, hace hincapié que al destinatario de la norma le corresponde, como sujeto responsable, la determinación de la conducta debida para alcanzar o maximizar el interés público.²²⁵ Sin embargo, esto no quiere decir que el funcionario no pueda ser responsable de las acciones o inacciones después de elegir el medio que, supuestamente, es el menos lesivo en relación a otros fines o valores, todo lo contrario: “esta responsabilidad determina quién o quiénes [...] deben asumir ciertas funciones en el marco de una institución social y, por lo tanto, quiénes deberán hacerse cargo del fracaso, y en qué grado, si esas funciones no se realizan de manera adecuada”²²⁶.

En este sentido, la selección de los medios utilizados recae plenamente en el funcionario; la conducta discrecional ejercida se expresa como un acto deliberativo del

²²⁴ LIFANTE (2002):433. Esta crítica también se encuentra, posteriormente, en LIFANTE (2006): 112.

²²⁵ Véase LIFANTE (2017): 113.

²²⁶ LIFANTE (2017): 114.

agente público. Sin embargo, aquella elección se encuentra cercada por limitaciones internas, es decir, por los propios deberes que ejecutan los funcionarios públicos para cumplir con el interés público exigido, y limitaciones externas, puesto que dichas actuaciones no deben transgredir ciertos bienes jurídicos protegidos en la interacción, ni valores sociales que pudiesen encontrarse comprometidos.

Como se puede apreciar, el modelo de ATIENZA y RUIZ MANERO se presenta como una plataforma para construir un estándar de diligencia. Las vinculaciones realizadas por LIFANTE nos permiten enfrentar con mayor precisión este desafío y proponen las bases para que la confección de un estándar basado en obligaciones. Bajo las consideraciones expuestas, entonces quedaría determinar cómo tienen que leerse las normas de derecho administrativo cuando se evalúa el cumplimiento de deberes en actuaciones o prestaciones materiales.

2.2. Dos sentidos de responsabilidad

La literatura sobre responsabilidad da cuenta de una extensa cantidad de clasificaciones sobre las cuales se puede sistematizar esta noción. Las aproximaciones son variadas, aunque para efectos de ordenar el presente capítulo comenzaré por separar, siguiendo la distinción de GARZÓN VALDÉS, entre *enunciados de responsabilidad prospectivos* y *enunciados de responsabilidad retrospectivos*.²²⁷

En los enunciados de responsabilidad prospectivos se sostiene que alguien es responsable de un estado de cosas ocurrido en el futuro. En estos supuestos, la expresión *responsabilidad* puede ser entendida como deber u obligación de hacer (acción) o no hacer (omisión) algo en un tiempo posterior. Un ejemplo sencillo sería aquel que señala que Pedro es responsable del cuidado del jardín de Juan durante las vacaciones de este último. Por su parte, en los enunciados de responsabilidad retrospectivos se afirma que alguien es responsable por un estado de cosas ocurrido en el pasado. En el caso de los enunciados retrospectivos la expresión *responsabilidad* puede traducirse como culpabilidad. Un ejemplo sería aquel que indica la responsabilidad de Pedro por haber dejado que se marchitaran las flores de Juan.²²⁸

²²⁷ Debido a la amplia e inabarcable literatura sobre responsabilidad, solo me remito a esta clasificación para perfilar de manera más precisa el objeto de estudio de la presente investigación.

²²⁸ Véase la explicación en extenso en GARZÓN VALDÉS (1996): 260.

Según la distinción trazada, habría que escoger uno de esos sentidos cuando estamos en presencia de un sistema de responsabilidad estatal por falta de servicio (o culpa). Sin embargo, la elección entre uno y otro sentido va a depender del plano analizado en razón de su temporalidad. Por un lado, el sentido prospectivo se puede encasillar en las obligaciones impuestas a una repartición pública. Por otro lado, el sentido retrospectivo se puede evaluar en razón de la atribución de responsabilidad estatal cuando se determina la respectiva indemnización de perjuicios.

Respecto del sentido prospectivo, la responsabilidad se vincula con la obligación que tiene la Administración para la obtención de un estado de cosas futura. Según LIFANTE, los deberes administrativos se expresan como normas de fin cuando su formulación normativa está destinada a conseguir o maximizar un estado de cosas futuras. El desarrollo de esta idea indica que la Administración es responsable – o tiene la obligación – de actuar de manera diligente para satisfacer el interés público. Esto importa porque nos permite enlazar las características de estos enunciados con los deberes normativos y el cuidado debido que se espera de los funcionarios públicos.²²⁹

Lo interesante de los enunciados de responsabilidad prospectivos es constatar una responsabilidad futura cuando no se logra alcanzar o maximizar un estado de cosas. En estos casos, el mandato no significa que la Administración deba realizar una acción específica contenida en la norma jurídica, sino que más bien el mandato le indica a la Administración que, mediante dicha obligación, debe alcanzar un objetivo deseado. En materia de responsabilidad estatal, el punto de partida es la obligación principal y primordial que se origina en la ley o reglamento que contiene el mandato; a partir de ello, los deberes de cuidado que derivan de esas normas se someten a un análisis que demuestre su compatibilidad con la obligación general.²³⁰

En cuanto al sentido retrospectivo, la responsabilidad se relaciona con la atribución de culpabilidad de la Administración ante los daños causados a terceros. En estos casos, diremos que la responsabilidad se origina por un estado de cosas que no se logró, y, por el

²²⁹ En este sentido, LIFANTE es enfática en señalar que la responsabilidad de los funcionarios públicos no desaparece por haber escogido los medios discrecionales que mejor optimizaban los fines y valores del servicio público. Sin embargo, ello no quiere decir que la conducta elegida no se encuentre sujeta a control, véase en LIFANTE (2017): 113.

²³⁰ Sobre la idea de compatibilidad entre los deberes generales y específicos me remito a lo desarrollado en el punto 4.

contrario, se lesionó a una persona de manera injustificada. Según LIFANTE, este sentido de responsabilidad se expresa en normas de acción, básicamente, porque se estaría evaluando con una lógica binaria si la calificación deóntica (prohibido dañar injustificadamente a otro) se cumplió o no se cumplió.²³¹ En la hipótesis de que la Administración es responsable (retrospectivamente) tiene que indemnizar el perjuicio sufrido por la otra persona, en caso contrario no procedería resarcir daño alguno.

En este orden de cosas, la distinción trazada muestra la necesidad de diferenciar los planos de análisis para establecer la manera en que deben ser abordados. Sin embargo, LIFANTE advierte que esto no quiere decir que sean ámbitos totalmente independientes, porque para determinar la responsabilidad en sentido retrospectivo (indemnización de perjuicios), tenemos que saber cuál es la responsabilidad prospectiva (obligaciones) que asume la Administración con la sociedad y que se plasma en normas jurídicas.²³² Precisamente, uno de los aspectos más relevantes en los juicios de responsabilidad por culpa es establecer la diligencia de las actuaciones administrativas y, con ello, evaluar qué es aquello que se espera (o exige) para que una conducta no sea catalogada como negligente.

2.3. Actuaciones materiales y discrecionalidad

Una vez modeladas las normas de acción y normas de fin en el ámbito de la responsabilidad del Estado, queda explicitar la relación entre las actuaciones materiales y la discrecionalidad. Para confeccionar dicho vínculo es necesario centrarse en la responsabilidad en su sentido prospectivo, es decir, en la obligación que tiene la Administración para el cumplimiento o la maximización de un estado de cosas futura. Las razones para ubicar el tema en dicho plano son dos: a) las normas jurídicas que establecen obligaciones que involucran prestaciones materiales están formuladas de manera general; b) la Administración tiene que concretar la conducta descrita mediante criterios funcionales que reflejen las circunstancias reales de funcionamiento. Cada una de ellas, posee rasgos relevantes para determinar el umbral de exigencia al cual se someten las actuaciones de las reparticiones públicas.

Se dice que el derecho administrativo se estaría desmaterializando. Según RODRÍGUEZ, esta idea se refiere a la posibilidad de que, en algunos ámbitos, la regulación

²³¹ Véase LIFANTE (2017): 114.

²³² Véase LIFANTE (2017): 115.

administrativa asume un rol más bien general y se limita a crear estructuras procedimentales y organizativas. La razón que justificaría este fenómeno es que el agente público, en razón de la *lex artis*, tiene la experiencia adecuada para determinar empíricamente qué decisión adoptar ante situaciones concretas.²³³ Una regulación exhaustiva entorpecería el trabajo del funcionario para cumplir con sus obligaciones y satisfacer el interés público, por lo tanto, se delegaría al juez la posibilidad de evaluar la diligencia de las actuaciones desplegadas por la Administración.

En este sentido, RODRÍGUEZ sostiene que las normas que regulan las obligaciones de la Administración no resultan apropiadas para ser programadas materialmente por los legisladores. Esta tendencia se inclina porque sea el mismo funcionario quien dirija racionalmente la decisión administrativa por una vía distinta a la regulación de su contenido. Por esa razón, resulta idóneo que los destinatarios de la norma colmen aquellos espacios desprovistos de regulación específica o que se encuentran defectuosamente regulados sin criterios jurídicos, sino que más bien con reglas que representen el contexto en que se despliega la actuación.²³⁴

Frente a este escenario, la conclusión evidente es que la norma jurídica que establece la obligación administrativa posee espacios de indeterminación conceptual. Sobre este punto, BACIGALUPO está de acuerdo que ante conceptos jurídicos indeterminados surja la discrecionalidad administrativa y plantea la necesidad que sea el mismo funcionario quien deba especificar la conducta que se debe adoptar para satisfacer la pretensión de la persona que exige una prestación.²³⁵ Este ejercicio lógico deductivo, como veremos en detalle más adelante, viene a integrar una laguna *intra legem* en sede aplicativa. El surgimiento de la discrecionalidad viene entonces aparejado a un campo normativo que sea encuentra vacío y que debe ser colmado por quien posee las herramientas para ello.

El ejemplo clásico en esta materia es el ámbito sanitario. En este plano, los médicos siguen el procedimiento establecido en su respectiva *lex artis* para llevar a cabo una operación, aunque dicho procedimiento no establece ni es exhaustivo a la hora de especificar todos los pasos que los especialistas deben seguir, o las conductas que deben adoptar ante

²³³ En estos términos lo plantea RODRÍGUEZ (2016): 27.

²³⁴ Véase RODRÍGUEZ (2016): 28

²³⁵ Véase BACIGALUPO (1996): 199-201.

situaciones imprevistas. En estos casos, los médicos decidirán proseguir la operación o detenerla, según el contexto en que se encuentren y en razón de su experiencia profesional.

La tendencia, mostrada hasta acá, devela que la regulación específica pasó a un segundo plano, y se adoptó una técnica legislativa que facilita el cumplimiento de obligaciones cuando se trata de prestaciones materiales. Sin embargo, la dificultad que asume esta posición es que las acciones discrecionales deben ser ejecutadas bajo parámetros de razonabilidad y serán los jueces quienes evalúen la diligencia (o no) de la actuación materializada por la Administración.

Sobre esta propuesta metodológica, veamos cómo sería posible engarzar el estándar de diligencia en la responsabilidad del Estado por falta de servicio.

3. El alcance de las actuaciones administrativas

En general, las actuaciones de la Administración se encuentran justificadas cuando se ejecutan dentro del marco de regulación asignado. A estas alturas, resulta un ejercicio común apelar a dicha consideración y determinar el plano de legalidad de las actuaciones materializadas por funcionarios públicos. No obstante, aún persisten algunos problemas para delimitar el terreno de la legalidad. Este problema se refleja con fuerza cuando intentamos establecer qué poderes puede ejercer y/o qué deberes asume una repartición pública. En el primer caso, la legalidad se relaciona con las facultades legítimas que ejerce un funcionario para satisfacer el interés general, mientras que en el segundo la legalidad se vincula con las obligaciones que asume el funcionario para intervenir legítimamente en los planes de vida y hacer cumplir el mandato de la norma.

En lo que sigue, se precisará el campo que ocupa la legalidad en las actuaciones administrativas y se distinguirá entre funciones y obligaciones de la Administración. Esto último para definir el comportamiento que se debe analizar para determinar qué acciones u omisiones pueden ser utilizadas en un eventual juicio de responsabilidad.

3.1. El principio de legalidad en las actuaciones administrativas

El principio de legalidad es uno de los principios generales que dan fisonomía a un Estado de derecho. En derecho público esta noción pareciera responder a ciertos elementos asentados que establecen el ámbito jurídico donde se pueden desplegar las funciones públicas. Sin

embargo, esta forma de entender el principio de legalidad no siempre fue igual. Una manera de entender esta evolución conceptual es mediante la distinción entre legalidad mínima y legalidad máxima.²³⁶

La noción mínima del principio de legalidad suponía dos cosas: un ámbito legal reducido y una discrecionalidad administrativa amplia. En cuanto al ámbito legal, este se encontraba compuesto de escasas normas jurídicas generales que permitían que la Administración actuara para perseguir el interés general. Esta reducción normativa originó la disyuntiva sobre el camino que debía tomar la Administración para resolver casos no regulados por la norma general. Por esa razón la discrecionalidad administrativa comenzó a aumentar progresivamente. Se presentaron nuevos paradigmas sociales que reclamaban una solución proveniente desde la Administración y la legalidad pasó a un segundo plano. El problema que se estaba originando era que la intervención administrativa procedía más por omisiones legislativas que por normas que permitían u obligaban.²³⁷ En este orden de cosas, una noción restringida del principio de legalidad genera que su aplicación sea residual y que la discrecionalidad administrativa expanda su ámbito de aplicación.

Según este sentido de legalidad, el límite de la discrecionalidad sería la satisfacción del interés general. La actuación administrativa supondría el cumplimiento de una serie de condiciones socialmente reconocidas y jurídicamente justificadas. No obstante, ello no sería así. Los problemas que presentaría esta aproximación serían dos: el difuso ámbito de aplicación y las amplias facultades del agente público. Según el primer problema, el efecto que genera una comprensión restringida de la legalidad es el aumento del ámbito de la discrecionalidad y, con ello, la posibilidad de que las actuaciones administrativas se ejerzan de manera injustificada. Tanto porque no sería posible constatar un criterio general para solucionar los diferentes casos que se presentan dentro de una sociedad determinada, como porque no sería empíricamente demostrable que la actuación estatal tuviese algún fundamento de validez determinado. En cuanto al segundo problema, el funcionario no

²³⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ catalogan estos dos enfoques como la 'doctrina de la vinculación negativa' y la 'doctrina de la vinculación positiva'. Mientras que la primera contempla un espacio de actuación legal amplia, en virtud de la discrecionalidad para perseguir el interés general, la segunda estipula un espacio reducido para la actuación de los órganos estatales. Para profundizar sobre estas categorías dogmáticas véase GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2011): 445 y ss.

²³⁷ GARCÍA de ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2011): 446, citan a MEYER-ANSCHUTZ para hacer alusión esta dimensión del principio de legalidad.

necesitaría de una norma expresa para ejecutar alguna acción o incurrir en una omisión, por lo tanto, bastaría con la articulación de un fundamento legal indirecto o una interpretación extensiva de un precepto legal o reglamentario para justificar la intervención estatal. En estos casos, la norma general funciona como un recipiente de validez que legitima las actuaciones que tienen como finalidad la prestación de servicios.

Los problemas esbozados fueron advertidos por MERKL, quien desarrolló una teoría del derecho capaz de precisar el aspecto jurídico al cual debe someterse la Administración. La postura de MERKL es considerada como una noción máxima del principio de legalidad, puesto que continúa el análisis de una de las tesis centrales de la teoría de KELSEN sobre el concepto de Estado como sistema de funciones jurídicas.²³⁸ Esto quiere decir que las actuaciones estatales son posibles solo en la medida en que el derecho permite que aquello ocurra. A partir de esta aseveración, la precisión que efectúa MERKL se basa en el impacto que tiene el principio de legalidad en las actuaciones materiales de la Administración y la naturaleza de la función administrativa. Sobre este aspecto, el autor considera que:

“este principio significa, no solo que la Administración, considerada en su conjunto, está condicionada por la existencia de un derecho administrativo, sino que también cada *acción administrativa* aislada está condicionada por la existencia de un precepto administrativo que admite semejante acción normativa”.²³⁹

El enfoque de MERKL nos lleva a reflexionar sobre el alcance que tienen las actuaciones administrativas. Por un lado, desde un punto de vista general, las actuaciones de la Administración deben encontrar un sustento normativo – legal y reglamentario – para justificar las intervenciones en los planes de vida de la ciudadanía. A diferencia del derecho privado, donde las personas pueden hacer todo lo que el derecho no les prohíbe,²⁴⁰ en el derecho público, el agente público solo puede hacer aquello que ha sido, en principio,

²³⁸ El punto de partida que adopta MERKL, para la elaboración teórica de los aspectos centrales del derecho administrativo, supone proseguir, con algunos matices, el lineamiento central de la teoría del derecho de KELSEN (1992), esto es, que la administración es una porción del Estado que tiene una naturaleza exclusivamente jurídica. Véase el prólogo de MERKL (2004).

²³⁹ MERKL (2004): 206. *Cursiva propia.*

²⁴⁰ En derecho privado, las disposiciones jurídicas sirven como límites para regular las relaciones entre particulares, véase BEEVER (2007) 79-84. En estos casos, las personas actúan libremente, aunque con la obligación de no tener que dañar a otros. Sobre el ‘deber de no dañar’ véase PAPAYANNIS (2014b): 19-68.

expresamente permitido o mandatado por la norma.²⁴¹ Por otro lado, desde un punto de vista particular, las funciones y obligaciones que emergen del derecho administrativo son materializadas por funcionarios, quienes ejecutan acciones e incurren en omisiones en la medida que la norma jurídica legal o administrativa así lo establece. Según MERKL, estas acciones aisladas o separadas del conjunto también estarían sometidas por el principio de legalidad, ya que el origen y el fundamento de la conducta se encontrarían condicionadas por leyes, reglamentos, decretos e incluso procedimientos que perfeccionan un mandato administrativo.²⁴²

Esta noción extendida produce que el ámbito de la legalidad se posicione como fuente de actuación principal, mientras que la discrecionalidad es relegada a un plano secundario. En los términos expuestos, el campo de la regulación legal y reglamentaria aumenta, pero también se delimita el campo para ejecutar dichas conductas. La fijación del fundamento y alcance de las actuaciones estatales en la normativa administrativa refleja el marco jurídico que tienen los agentes públicos para intervenir de manera justificada en la esfera privada. Por su parte, en este nuevo escenario, la discrecionalidad no desaparece. La razón principal sería que la exhaustividad en la regulación de las reparticiones públicas no impide que se generen lagunas normativas donde la Administración no podría actuar debiendo hacerlo. Sin embargo, dicho espacio es más bien reducido y debiese incorporar algunos elementos para evitar la posibilidad de causar daños ilegítimos. Por ello es importante recalcar que por más regulada que se encuentren las reparticiones públicas, aquello no implica que la discrecionalidad administrativa desaparezca completamente.

3.2. Funciones y obligaciones de la Administración Pública

La distinción entre funciones y obligaciones administrativas resulta indispensable para fijar si el hecho de la autoridad da lugar a responsabilidad. Por lo general, las leyes que establecen el estatuto orgánico de los servicios públicos (como la Ley de Gendarmería) se limitan a definir sus funciones y establecer las respectivas finalidades. Según BARROS, la dificultad que se presenta en estos casos es definir las materias que son competencia de la Administración, de aquellas materias que constituyen deberes de servicio, ya que solo en

²⁴¹ Veremos en los siguientes apartados el papel que tiene la discrecionalidad en las actuaciones administrativas donde el funcionario no tiene claridad qué medios utilizar para alcanzar el estándar de diligencia exigido.

²⁴² Véase MERKL (2004): 207.

razón de dicha distinción sería posible establecer la línea divisoria entre la función pública entendida como potestad y como obligación.²⁴³ Precisamente, la separación conceptual entre las funciones (o poderes) y las obligaciones (o deberes) administrativas determina el alcance de las actuaciones de los funcionarios públicos.

Sobre la noción de facultad, CANE distingue tres sentidos. El primero de ellos se relaciona con la facultad legal, donde una norma permite que un funcionario público ejecute un conjunto de acciones determinadas y cuya fuente normativa se encuentra la ley. En este punto, CANE señala que no es un error afirmar que la norma que consagra una facultad ‘x’ autoriza legalmente a un agente público para realizar una actividad determinada. Si retrotraemos el análisis, el tipo de poder señalado se encuadra con el principio de legalidad máximo antes indicado.²⁴⁴ En general, un servicio público tiene la potestad de ejercer funciones porque una disposición jurídica expresamente lo dispone, por ejemplo, el registro civil tiene facultades para expedir certificados de nacimiento porque la regulación así lo dispone.

El segundo sentido se expresa como una facultad *de facto*. Según este sentido, el agente público no actúa motivado bajo mandato expreso de una norma jurídica, sino que lo hace porque el derecho no se lo prohíbe y porque tiene la capacidad de ejecutar satisfactoriamente dicha acción concreta.²⁴⁵ La salvedad hecha en este tipo de poder es que recae sobre el gobierno central de manera excepcional, como por ejemplo en casos donde el Estado debe ejecutar acciones en materia de relaciones internacionales. Con esto me refiero, por ejemplo, a las negociaciones que llevan a cabo los jefes de Estado cuando celebran un tratado internacional que involucra a dos o más estados parte.

Por último, CANE señala que la discrecionalidad es una forma de facultad. En este plano, el funcionario elige, dentro de un conjunto de opciones limitadas, la manera más razonable para ejecutar una acción y cumplir con el interés general.²⁴⁶ En esta acepción, la actuación estatal no sigue una conducta para hacer algo de una manera específica, no existe una permisión jurídica que guíe el comportamiento que debe seguir el agente público. En estos casos, la misma norma entrega una serie de opciones (A, B y C) para que la

²⁴³ Véase BARROS (2020): 533.

²⁴⁴ Véase CANE (2011a): 55.

²⁴⁵ Véase CANE (2011a): 56.

²⁴⁶ Véase CANE (2011a): 57.

Administración tome una decisión escogiendo una de ellas. Diríamos que esta expresión de facultad estaría acotada al esquema de posibilidades que en la norma jurídica se dispone.

Para los propósitos de la presente investigación, se podría descartar sin mayores inconvenientes la facultad *de facto*. Esto porque su ejercicio no tendría impacto directo en la órbita de las relaciones jurídicas que se presentan entre Administración y administrado. El ejemplo modelado demuestra esta lejanía. Por su parte, las nociones de facultad en su sentido legal y discrecional nos permiten fijar ciertas coordenadas para mostrar la manera en que las funciones de la Administración se expresan en el ámbito de la responsabilidad del Estado. El sentido legal muestra la manera genuina en que la norma autoriza la actuación administrativa, mientras que el segundo sentido devela el estrecho vínculo entre facultad y discrecionalidad. Sin perjuicio de los matices identificados, en ambas se logra apreciar que el objetivo de la norma permisiva es determinar las competencias de los órganos de la Administración y guiar el comportamiento del agente público para cumplir con sus funciones.

Por ejemplo, las entidades policiales tienen funciones que por lo general se resumen en dos: la protección del orden público y la mantención de la seguridad nacional. Este tipo de competencias es posible encontrarlas en cuerpos jurídicos que expresan las funciones del órgano de la Administración y establecen algunos aspectos para determinar en qué dirección debe ser ejecutado su comportamiento. En este plano, el artículo 5.2, letra b) de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad establece que dentro de las actuaciones de la policía se encuentra:

“Observar en todo momento un trato correcto y esmerado en sus relaciones con los ciudadanos, a quienes procurarán auxiliar y proteger, siempre que las circunstancias lo aconsejen o fueren requeridos para ello. En todas sus intervenciones, proporcionarán información cumplida, y tan amplia como sea posible, sobre las causas y finalidad de las mismas.”

La cuestión central que debemos considerar es que esta disposición está estructurada sobre un modelo basado en facultades. Lo que regula la norma es la relación que tiene la policía con los ciudadanos, en virtud del cual los primeros ejercerán sus funciones de protección del orden público *siempre que las circunstancias lo aconsejen o fueren requeridos para ello*. Esta expresión no hace más que dar un margen de discrecionalidad a la policía para determinar el momento propicio para auxiliar y proteger a la ciudadanía. El espacio de actuación se encuentra sujeto a la evaluación que los funcionarios realizan de las

circunstancias o el contexto en el que se encuentran. A su vez, la norma establece un segundo espacio de discrecionalidad cuando señala que la información entregada, en atención a las funciones ejercidas, será *tan amplia como sea posible*. Sin perjuicio de ello, el límite que presenta la discrecionalidad en estos casos es que se actúe de acuerdo con las reglas y principios que conforman el cuerpo jurídico citado.

Una vez abarcada la noción de facultad, queda entonces determinar el alcance de las obligaciones administrativas. Para CANE, un deber tiene delimitaciones más claras porque es posible contrastar la conducta que tiene que seguir el organismo y lo que realmente realizó. En este sentido, la Administración tiene una obligación de comportarse de una manera determinada, siguiendo normas con cláusulas generales y/o normas que establecen con mayor especificidad el comportamiento debido. Por su parte, para constatar que la Administración cumplió con la obligación impuesta ante situaciones complejas o dudosas, es necesario que otro órgano (por lo general, un tribunal) evalúe el comportamiento ejecutado. Si después del control no se cumple con la norma impuesta, entonces se tendría que explicitar cuál era la conducta que se esperaba. Por lo tanto, no sería la Administración, quien tiene una obligación que cumplir, la encargada de establecer si su actuación está en conformidad con la imposición normativa.²⁴⁷

Al igual que las funciones, las obligaciones administrativas tienen su origen en un reconocimiento jurídico. La diferencia está en que las obligaciones se expresan como una imposición normativa dirigida a la Administración. En este plano, CANE vincula la discrecionalidad con los deberes administrativos. Por un lado, contempla los llamados deberes legales o estatutarios, que tienen la característica de ser deberes que son vinculantes de acuerdo con una norma jurídica que establece la obligación de un funcionario de tener que hacer una acción clara y concreta. En este ámbito, la legislación general y la reglamentación particular establecen parámetros de comportamiento para los funcionarios públicos que se traducen en estándares que miden la diligencia de las actuaciones mandatadas. Por otro lado, CANE considera que la ejecución de los deberes legales o estatutarios dependerá del grado de indeterminación de la norma que impone la obligación. En este sentido, si la formulación de la norma es general y la conducta descrita no es suficiente para saber si se aplica a un caso concreto, entonces la intervención discrecional en ese grupo de casos parece una vía

²⁴⁷ Véase CANE (2011a) 57.

razonable y necesaria. Por supuesto, esto no es otra cosa que seleccionar, dentro de un conjunto limitado de opciones, la acción o medio más idóneo para el cumplimiento de la obligación y alcanzar la finalidad pública.²⁴⁸

En el ámbito de las obligaciones, la discrecionalidad se presenta de una manera diferente. Se origina desde una norma jurídica que el funcionario tiene la obligación de cumplir mediante acciones concretas para alcanzar, en la medida de lo posible, ciertos intereses generales, como, por ejemplo, la reinserción social de las personas privadas de libertad, garantizar la salud pública y la seguridad de la población. En estos casos, la discrecionalidad es ejercida para completar el cuadro regulativo de un deber cuyas acciones específicas no se encuentran explícitas en la norma que establece la obligación, pero que se pueden desprender a partir de su formulación como un conjunto de posibles alternativas.

Por lo general, la norma está formulada desde un modelo basado en obligaciones. Esto quiere decir que la conducta del funcionario no se encuentra en la dimensión de la permisión, sino que más bien en la dimensión del mandato. Se espera que los funcionarios ejecuten una acción para cumplir con una obligación que persigue una finalidad impuesta por la norma. Sobre este punto, el artículo 5.2, letra c) de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad establece que:

“En el ejercicio de sus funciones deberán actuar con la decisión necesaria, y sin demora cuando de ello dependa evitar un daño grave, inmediato e irreparable; rigiéndose al hacerlo por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance.”

Según la disposición, es posible identificar una actuación discrecional de la policía para casos limitados. Excepcionalmente, los agentes públicos tendrán que actuar con *la decisión necesaria* (discrecionalidad) para *evitar un daño grave, inmediato e irreparable* (interés superior). Sin perjuicio de ello, la misma disposición exige que los medios utilizados se rijan por los *principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad*. De esta forma, para que el funcionario evite que otra persona sufra un daño irreparable, debe actuar de manera discrecional seleccionando los medios idóneos para ello. La norma no indicará al agente la acción que debe ejecutar, sino que más bien le dará lineamientos generales para que

²⁴⁸ Véase CANE (2011a): 57.

su actuación sea catalogada como diligente.²⁴⁹ Lo cierto es que la norma refleja que una de las características de la discreción es que se puede ejercer en un ámbito de actuación reducido, por lo que la actuación de los funcionarios policiales solo es posible en casos particulares en circunstancias excepcionales.

En esta parcela no estamos en presencia de una acción considerada como facultad del funcionario, sino como una acción que debe ejecutar el funcionario. Como hemos visto, una de las dificultades que presentan este tipo de acciones es que las leyes y estatutos que establecen la obligación utilizan expresiones vagas. En estos casos, la indeterminación conceptual genera que la regulación sea insuficiente para abarcar todas las situaciones en que pueden actuar los funcionarios. Esto genera que sea el mismo portador de la obligación quién determine la forma en que se ejecuta la acción impuesta, por lo que deber y discreción se enlazan cuando el funcionario actúa de acuerdo una obligación general en un ámbito que no está regulado de manera específica.²⁵⁰

De esta forma, tiene sentido que la policía cumpla con la obligación general de resguardar el orden público mediante acciones específicas discrecionales. En los ejemplos entregados, *la protección de la seguridad de las personas* es una noción que adolece de indeterminación y requiere ser cristalizada como acción por el funcionario policial. En estos casos, la discrecionalidad administrativa sería necesaria para determinar si las actuaciones fueron ejecutadas haciendo uso de los recursos materiales y humanos que se encontraban disponibles. Según este panorama, la conducta desplegada se encuentra revestida de ciertos parámetros de exigibilidad para cumplir con la obligación impuesta que irían más allá de la estipulación legal y/o reglamentaria. Precisamente, ante una inconsistencia entre lo que se debió hacer y lo que efectivamente se hizo, sería posible determinar la procedencia de una eventual responsabilidad estatal.

²⁴⁹ No es mi objetivo ahondar en los problemas que se originan en esta parte de la investigación, pero sí dejo consignada la dificultad que debe sortear el funcionario para evaluar *in situ* los requerimientos que la norma exige.

²⁵⁰ Este diagnóstico lo evidencia CANE (2011a): 58, cuando cita *Meade v Haringey LBC*. En este caso, la corte tuvo que evaluar si con el cierre de la escuela, producto de una huelga de sus trabajadores, se incumplía con el deber de proveer 'suficientes escuelas'. Sobre estos hechos, la corte señala que las autoridades no incumplieron con su obligación, puesto que el colegio seleccionó una alternativa sobre un conjunto de medidas que podía ejercer para alcanzar el interés superior en dicha situación.

4. Los deberes de la Administración Pública

En materia de deberes, los sistemas de responsabilidad públicos intentan armonizar la obligación normativa con los deberes de cuidado de los funcionarios. Habitualmente se intenta proyectar ambos deberes como si se tratara de una misma estructura. En el *common law*, el principio general sobre responsabilidad de las autoridades públicas (*Public Authority Liability*) sostiene que el cuidado de las actuaciones derivadas de la función pública debe ser tomado de la misma manera que el cuidado requerido para los ciudadanos en sus asuntos privados. Sin embargo, CANE identifica dos dificultades para la aplicación de este principio: a) la relación entre la responsabilidad por ilícitos (*tort*) y el concepto de ilegalidad del derecho público y; b) el espacio de libertad para elegir una acción en el marco de deberes del derecho público.²⁵¹

En ambas dificultades, el desarrollo sugiere establecer las obligaciones de la Administración Pública respecto de la ciudadanía. Esto exige, por un lado, relacionar los deberes generales, cuyo origen es normativo, con los deberes específicos, que se construyen en razón de la prudencia particular para ejecutar una determinada obligación. Por otro lado, también exige identificar el lugar de la discrecionalidad de las actuaciones materiales en el marco de deberes del derecho público.

4.1. La relación entre deberes generales y deberes específicos

En cuanto a la primera dificultad, la atención se centra en la vinculación de los deberes generales y específicos mediante la noción de legalidad en sentido público y privado. En principio, existe la posibilidad que la Administración sea culpable de un perjuicio causado sin la necesidad de haber actuado ilegalmente en el sentido de derecho público. Previamente se afirmó que la legalidad en sentido público regula ampliamente las actuaciones de la Administración y se caracteriza porque cada acción está supeditada a un poder y/o deber legal o estatutario. Sobre esta idea, la ilegalidad se produce cuando una actuación administrativa no cumple con los deberes que la normativa de derecho público impone a los respectivos órganos del Estado. Por su parte, la legalidad en sentido privado se caracteriza por regular un ámbito de actuaciones reducido. El ámbito de actuación de los particulares

²⁵¹ Véase CANE (2011a): 201.

tiene como límite a hacer todo aquello que la norma no prohíbe, sin perjuicio de aquellos cuidados que cada individuo debe tener para no crear riesgos irrazonables.

Para CANE, el análisis de la legalidad en sentido público y privado puede ser analizada desde la distinción entre deberes generales y específicos. Para ello, sería necesario vincular las obligaciones normativas de la Administración con el deber de cuidado de sus agentes cuando ejercen funciones públicas. En este orden cosas, CANE plantea que el debido cuidado (o prudencia) requiere ser compatible con dos aspectos: el esquema general de las leyes y las disposiciones estatutarias específicas que originan las conductas que tienen ser ejecutadas por los funcionarios.²⁵² En otras palabras, es necesario que la diligencia adoptada por el funcionario público no tan solo cumpla con las normas de mandato que establecen e indican las acciones que debe ejecutar, sino que también dichas acciones particulares deben ser ejecutadas con la debida prudencia.

Sin embargo, la construcción de este vínculo es compleja. CORNFORD es consciente de ello, por esa razón elabora una argumentación que, progresivamente, va detallando esta armonía conceptual. Sobre estas ideas es posible trazar este recorrido y se distinguen dos fases argumentativas: general y específica.²⁵³ Respecto de la argumentación general, CORNFORD señala que las obligaciones y el remedio utilizado para compensar el daño causado por las autoridades públicas se pueden explicar, en gran medida, por el derecho público.²⁵⁴ Aunque esta aproximación no deja afuera el aporte conceptual que el derecho de daños realiza en esta materia, refleja la necesidad de reflexionar sobre estos conceptos en el plano del derecho administrativo.

De esta forma, CORNFORD agrupa cuatro ideas centrales para articular un caso ideal de responsabilidad pública: a) la existencia de principios comunes, tanto en derecho público como en privado; b) la aplicación de principios basados en justicia correctiva y distributiva²⁵⁵; c) el derecho de exigir una indemnización por los perjuicios sufridos

²⁵² Véase CANE (2011a): 205.

²⁵³ He confeccionado esta distinción con la finalidad de ordenar las ideas vertidas en el presente capítulo.

²⁵⁴ El autor habla de 'daños de derecho público' (*wrongs public law*), Véase CORNFORD (2013): 129.

²⁵⁵ En el capítulo II sostengo que la responsabilidad extracontractual del Estado debe ser leída en términos de justicia correctiva, en cuanto a la estructura normativa de las relaciones entre las partes, y en términos de justicia distributiva, en tanto las consideraciones distributivas (igualitarias) son las que operan dentro de la estructura normativa. Esta visión, desde la responsabilidad extracontractual, la expone CANE (2001): 416

injustamente y; d) la obligación que tiene la Administración de reparar el daño causado injustamente.²⁵⁶

El paso 1 establece los puntos de encuentro generales que existe entre el derecho público y privado. Si bien en ambas parcelas la aplicación del derecho tiene finalidades diferentes, aquello no obsta que compartan ciertos principios cuando se trata de atribución de responsabilidad. El paso 2 identifica los principios generales que comparten ambas ramas del derecho desde consideraciones correctivas y distributivas. Para CORNFORD, la estructura normativa de la justicia correctiva permite evidenciar, por un lado, los deberes del Estado y, por otro lado, los derechos de los ciudadanos en los casos de incumplimiento de deberes. Así en el paso 3, el autor muestra la existencia de deberes estatales y el derecho de los ciudadanos para ejercer acciones en contra de perjuicios sufridos de manera injusta. Según la interacción que nos ofrece la justicia correctiva, el Estado tiene la obligación de reparar un daño injusto sufrido por el ciudadano. Por su parte, el paso 4 detalla la manera en que las actuaciones estatales incumplen con sus obligaciones y, como aquello, daría paso a una eventual reparación en atención ciertos criterios distributivos. Esta explicación proporciona una aproximación introductoria para abordar con mayor profundidad aspectos concernientes a la vinculación entre deberes estatales y deberes de cuidado en sentido privado.

La línea que desarrolla CORNFORD atiende a una profundización de la naturaleza de los deberes estatales. Por ende, el autor critica que no se estime la naturaleza pública de las autoridades para establecer sus deberes de cuidado.²⁵⁷ En este sentido, la distancia que existe entre un deber contenido en una norma general y un deber de cuidado específico requiere de una lectura más refinada de la relación entre Administración y administrado. Sobre este punto, CORNFORD muestra que la aplicación del principio de presunción de responsabilidad (*assumption of responsibility*) no es la mejor manera de comprender la incidencia del deber de cuidado en los casos donde existe una relación de derecho público.²⁵⁸ Esta forma de atribución de responsabilidad presupone la realización de un acto positivo que formalice la relación jurídica entre demandado y demandante. En ese sentido, todos los casos por omisión que se generan en razón de esta manera de comprender la responsabilidad estatal no serían

²⁵⁶ Véase CORNFORD (2013): 131-132.

²⁵⁷ Véase CORNFORD (2018): 58-62.

²⁵⁸ El autor utiliza la noción de presunción de responsabilidad como un término general, cuya comprensión incluye los principios de voluntariedad, mutualidad y dependencia, véase CORNFORD (2018): 63-65.

objeto de negligencia. Paradigmáticamente, en los casos donde no existe una asunción de responsabilidad no sería posible hablar de negligencia porque no existe un vínculo jurídico formalizado entre quien causa el daño y quien lo sufre.²⁵⁹ Esta crítica lleva a CONFORD a incursionar en otras formas de conciliar los deberes estatales con el cuidado debido que se espera de los funcionarios.

Respecto de la argumentación específica, CORNFORD robustece la concepción de las obligaciones estatales. La precisión que realiza este autor, sobre jurisprudencia anglosajona destacada, dice relación con la posibilidad de vincular deberes generales de los funcionarios con deberes de cuidado específicos que atribuyen responsabilidad.²⁶⁰ Esta pretensión tiene como eje central la interpretación de los tribunales, quienes adecúan la imposición de deberes de cuidado a funcionarios públicos cuando los efectos derivados del cuidado específico sirven de base para alegar el incumplimiento de un deber normativo.²⁶¹ En otras palabras, el ejercicio que realizan los tribunales es determinar si la actuación ejecutada vincula el deber de cuidado exigido al funcionario público, o la acción que se espera que realice en virtud de su posición, con el deber legal y/o estatutario que impone obligaciones a la Administración.

Sobre estas consideraciones se evalúa la compatibilidad de deberes. Por un lado, se evalúa la relación entre la Administración y el administrado, y, por otro lado, si los efectos derivados del cuidado específico sirven de base para alegar el incumplimiento de un deber legal y/o estatutario. En los casos donde se ejecutan actuaciones materiales, las obligaciones se evalúan en virtud de la relación que mantiene el administrado y la Administración Pública. De acuerdo con esta estipulación, la Administración Pública tendría un régimen de deberes diferenciado que depende del grado de sometimiento que los particulares tienen respecto de un organismo público determinado. En estos términos, el tipo de relación que existe entre un servicio público de salud y sus pacientes es diferente de la relación que existe entre la Administración Penitenciaria y las personas privadas de libertad. Eso porque los últimos estarían sujetos a una serie de restricciones y controles que los primeros no.

²⁵⁹ Esta manera de enfrentar la responsabilidad estatal conlleva un problema central: existe un amplio grupo de casos donde no existe un acto positivo del Estado por asumir responsabilidad ante los daños causados a particulares. Más bien se trata de interacciones involuntarias. Sobre los distintos tipos de casos en que se puede aplicar la presunción de responsabilidad a autoridades, véase CORNFORD (2018):68-81.

²⁶⁰ Véase CORNFORD (2019): 549.

²⁶¹ Véase CORNFORD (2019): 550.

Por su parte, la sincronización entre deberes generales (normativos) y deberes específicos (conducta esperada) resulta indispensable para determinar la diligencia de una actuación administrativa. Por ejemplo, como deber general de Gendarmería se encuentra la vigilancia y el resguardo de las personas privadas de libertad, mientras que como deber específico de Gendarmería se esperaría que actuara de manera razonable ante eventos dañosos. Sobre el cuidado debido, se esperaría que los gendarmes tuvieran una conducta prudente en razón de su preparación como funcionarios de la cárcel. Por lo tanto, sería razonable que se trasladara a un recluso herido al recinto asistencial en un tiempo prudente o se evitara una riña entre dos bandas rivales para proteger al resto de la población penal. En esos casos, se hablaría de razonabilidad en la medida que la actuación que se espera de Gendarmería es conforme con la obligación legal impuesta. No habría problemas porque se dispusieron los recursos humanos y materiales para prevenir o disminuir el daño que se pudo haber producido si no se actuaba con prontitud. Sin embargo, luego se verá que el cumplimiento de las obligaciones estatales también requiere la ejecución de acciones discrecionales.

4.2. La discrecionalidad en el marco de los deberes del derecho público

En cuanto a la segunda dificultad, el análisis apunta a la identificación de la discrecionalidad de las actuaciones materiales en el marco de deberes del derecho público. Previamente se revisó que la vinculación entre deberes generales y específicos sería la fórmula básica para establecer la diligencia de las actuaciones materiales de la Administración. No obstante ello, la ejecución discrecional de acciones materiales también juega un rol importante para el cumplimiento de los deberes administrativos.

En este punto, se advierte la necesidad de incorporar las actuaciones discrecionales de la Administración para completar el respectivo marco de deberes. La idea clásica que señala que la obligación se satisface cuando se cumplen con los deberes formulados en una norma jurídico, debe incluir aquellas actuaciones que no están estipuladas en la norma, pero se espera que el funcionario las ejecute. Para RODRÍGUEZ esto tienen sentido, puesto que el derecho no regularía con rigurosidad las prestaciones o actuaciones materiales de la Administración, sino que más bien se limitaría a establecer el marco organizativo y

procedimental en que dichas prestaciones se realizan.²⁶² Por esa razón, el legislador entrega a la Administración la concreción de las obligaciones que se presentan en el marco organizativo y procedimental.

Por su parte, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ intentan identificar la naturaleza jurídica y los elementos constitutivos de la discreción administrativa. En este sentido, aclaran que la discrecionalidad no es una facultad extra-legal, sino que más bien se lleva a cabo mediante una remisión legal para completar el cuadro regulativo de la obligación.²⁶³ De esta forma, los elementos que toda discrecional debiese contener, según estos autores, es la existencia misma de la posibilidad de ejercerla, su extensión, la competencia para actuarla y la finalidad que se desea satisfacer. El conjunto de estos elementos delimita la discreción a un ámbito específico, cuya ejecución no solo debe estar justificada en cuanto a la objetividad y neutralidad de la norma, sino que también contemplando las consideraciones singulares que pudiesen presentarse caso a caso.²⁶⁴ Esta idea no es nueva para GARCÍA DE ENTERRÍA, quien, previamente, ya había llegado a la conclusión que las autoridades administrativas cuentan con poderes discrecionales para lograr el cumplimiento de la finalidad pública o interés general.²⁶⁵ En efecto, según este autor se trata de una conducta activa de la autoridad para deliberar entre las distintas alternativas que le norma prevé en un ámbito de actuación determinado.²⁶⁶

Según esta estipulación general, el desafío sería determinar el límite de la discrecionalidad cuando la Administración concreta la obligación general contenida en el marco de deberes. En derecho privado la razonabilidad es esencial para determinar el estándar de comportamiento de quienes interactúan, en estos casos lo irrazonable se contrasta con aquello que habría hecho, por ejemplo, un *buen padre de familia*. Esta situación en derecho administrativo varía en dos aspectos. El primero se relaciona con el origen y fundamento de una actuación material, puesto que en derecho público la legalidad es el elemento principal para alcanzar el umbral de exigencia de una actuación diligente. Mientras

²⁶² Véase RODRÍGUEZ (2016): 121.

²⁶³ Véase GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2011): 464.

²⁶⁴ Véase GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2011): 465.

²⁶⁵ Véase GARCÍA DE ENTERRÍA (1983): 37.

²⁶⁶ Según GARCÍA DE ENTERRÍA, en este ámbito la discrecionalidad se puede distinguir entre discrecionalidad de actuación y discrecionalidad de juicio. Mientras la primera involucra actuaciones materiales de los funcionarios públicos, la segunda intenta identificar el fundamento de una norma jurídica objetiva. Véase GARCÍA DE ENTERRÍA (1983): 37-38.

que el segundo aspecto se relaciona con la vinculación entre actuaciones discrecionales y razonabilidad. En estos casos, la razonabilidad jugaría un papel complementario en la medida que la legalidad no resulta suficiente para establecer conductas idóneas cuando el derecho no alcanza a regular ciertas situaciones. Por lo tanto, la razonabilidad funcionaría como límite de las acciones que ejecutan y las omisiones en que incurre la Administración.²⁶⁷

La frontera de la razonabilidad produce que las conductas que circulan en zonas de penumbra sean contrastadas con aquello que se espera de un agente público. Sin duda que existirán espacios regulados que requerirán de acciones discrecionales razonables para completar el cuadro normativo de la obligación impuesta. En estos casos, la complejidad radica en que las actuaciones deben encontrarse justificadas en virtud de la razonabilidad proveniente del ejercicio del poder público. Esto se lograría, primero, identificando el espacio por donde circula la discrecionalidad administrativa y, segundo, confrontando su contenido con la arbitrariedad.

Sobre el espacio de la discrecionalidad administrativa, bien puede afirmarse que se encuentra condicionada por la técnica escalonada de la producción del derecho.²⁶⁸ Esto quiere decir que el lugar de la discrecionalidad se encuentra en el espacio que distancia una norma general de una norma particular y el espacio entre una norma particular y la prestación efectivamente realizada. En el primer nivel de normas, la obligación consagrada es lo suficientemente general para preguntarse por la manera en que esas obligaciones han de cumplirse; en razón de ello, en el segundo nivel, las prestaciones contenidas en las normas se intentan especificar mediante actuaciones discrecionales.²⁶⁹ En el último espacio, la manera de concretar de manera razonable las prestaciones de la Administración sería mediante lo que RODRÍGUEZ denomina como *criterios funcionales del correcto desempeño de una tarea práctica*, lo cual no es otra cosa que seguir las reglas de la respectiva *lex artis*

²⁶⁷ Sobre la razonabilidad de los estándares de diligencia véase el caso clásico *Houses Ltd v Wednesbury Corporation*. En esta sentencia se establece un estándar de comportamiento que gira en torno a la razonabilidad, cuyo límite es traspasado siempre que las decisiones o actuaciones adoptadas sean tan irrazonables que ninguna autoridad razonable lo hubiese hecho.

²⁶⁸ En contrario, no estaría condicionada por la formulación efectuada por el derecho positivo. Véase MERKL (2004): 182.

²⁶⁹ Mientras que, en el primer nivel, la discrecionalidad administrativa se ubica en el espacio que existe, por ejemplo, entre una norma constitucional y una norma legal, en el segundo nivel, las acciones discrecionales son utilizadas para completar el cumplimiento de la obligación.

o las prestaciones específicas que realiza una determinada repartición pública, ya sea en materia sanitaria, policial o carcelaria.²⁷⁰

Sin embargo, para terminar de fijar la razonabilidad de una prestación material también es necesario identificar las diferencias conceptuales entre discrecionalidad y arbitrariedad. Ambos conceptos presentan diferencias que bien vale resaltar. Por un lado, la arbitrariedad nace como consecuencia de una actuación no justificada y, por otro lado, la discrecionalidad se vincula con una actuación razonable. Sin perjuicio de ello, esta última noción no se presenta de una sola forma. Esto lo evidencia MERKL, quien intenta ampliar y precisar la expresión, distinguiendo entre actos condicionados y actos discrecionales. El autor señala que:

“No es una distinción absoluta, sino que representa, en el fondo, por un lado, un grupo de actos en que la norma jurídica condicionante resalta de tal modo que parece desaparecer el elemento discrecional, y por otro lado, aquellos actos en que esta discreción sobresale visiblemente.”²⁷¹

Esta categorización nos muestra que las actuaciones administrativas se concentran en distintos grupos dependiendo del grado de visibilidad de la discreción. La exposición de una discrecionalidad amplia nos indica que estamos en presencia de *actos discrecionales*, mientras que una discrecionalidad reducida, casi imperceptible, representa a aquellos *actos condicionados*. Ambas formas de discrecionalidad nos indican cuál es el ámbito en el que se puede ejercer el poder público, estableciendo entonces que la justificación de una actuación se encuentra dentro de los contornos normativos dispuestos para el funcionamiento de la Administración. Por ejemplo, la entrega de una partida de nacimiento o defunción se considera como un acto condicionado, pues la obligación de entregar dicho documento también comprende que el contenido escrito tenga expresiones inequívocas de lo que se desea informar. En cambio, el deber de cuidar a un recluso es posible entenderlo como un acto discrecional, puesto que el funcionario público tiene la obligación de velar por la seguridad de los presos según los protocolos de actuación existentes ante situaciones de riesgo, lo cual no obsta que la normativa entregue un espacio de discrecionalidad para que el gendarme actúe sobre la base de su experiencia funcionaria.

²⁷⁰ Véase RODRÍGUEZ (2016): 122.

²⁷¹ MERKL (2004): 183.

Sin perjuicio de la distinción empleada, queda claro que la actuación discrecional de un funcionario público se justifica mediante una remisión normativa (legal o estatutaria). La variación radica en el alcance que dicha remisión establece. En estricto rigor, no existe discreción al margen de la norma jurídica, sino solo en virtud de ella y en la medida que ella lo disponga, por lo tanto, los límites de las actuaciones administrativas estarán determinados por las opciones que la norma entrega al funcionario para ejecutar una acción. De manera excepcional, cuando la normativa no establece acciones concretas para la actuación administrativa, el límite se encontrará en la razonabilidad empleada por el funcionario, la cual será evaluada en virtud de los hechos acaecidos y del espectro normativo en que se desarrolla. La ejecución de una acción, y no de otras que se encuentren fuera de los límites legales y/o estatutarios, determinará si el funcionario público ha actuado sin traspasar los límites de la discreción conferida.

En este último escenario, el peligro que es posible avizorar es la existencia del ejercicio inadecuado o irrazonable del poder. A modo de explicación, MERKL recalca la diferencia entre desviación de poder y abuso de poder. Mientras que el primero concurre porque de manera involuntaria el funcionario público efectuó una acción que no debía realizar, el segundo presenta intenciones deliberadas por actuar de manera distinta a los intereses públicos que persigue la norma jurídica.²⁷² Si nos detenemos en el caso de las actuaciones dentro de las cárceles, tendremos que la atribución de responsabilidad es más proclive en aquellos casos donde existe un abuso de poder que cuando media una actuación involuntaria. Esto no quiere decir, como veremos más adelante, que la negligencia no exista, sino que crece la posibilidad de responsabilizar al gendarme que actúa fuera de los contornos de la norma jurídica que establece como finalidad la promoción de la reinserción social.

Como vemos, la discrecionalidad administrativa no es una idea que sea posible demarcar de manera pacífica. Una vía de solución que, previamente, había adelantado DAVIS era que la discrecionalidad administrativa debía ser acotada por los legisladores y después por los propios administradores. Sin perjuicio de la importancia de una regulación legal, la intervención de los legisladores siempre será más imprecisa debido a la generalidad con la cual proyectan sus funciones, en tanto crean leyes que son aplicables a una generalidad de casos particulares. De esta forma, la Administración tiene la posibilidad de encasillar de

²⁷² Véase MERKL (2004): 201.

manera más precisa los espacios de discrecionalidad.²⁷³ La solución que encuentra DAVIS es mediante la formulación de reglas que establezcan una obediencia estructural que guíen la conducta de los funcionarios públicos; esto porque la discrecionalidad que, por ejemplo, ejerce la policía es muy alta si no se controla mediante instrumentos dictados por la autoridad jerárquica y organizacional.²⁷⁴ No obstante que la solución planteada por DAVIS alerta sobre las dificultades de controlar la discrecionalidad en la práctica cotidiana de los agentes públicos, el autor no hace eco de las voces que aconsejan hacerla desaparecer en el ámbito de la Administración.

5. La falta de servicio como estándar de diligencia de la Administración Pública

En esta última parte del capítulo, aplico el modelo corregido de ATIENZA y RUIZ MANERO para fijar la construcción de la falta de servicio como estándar de diligencia de la Administración Pública. Para ello, distingo entre espacios regulados y espacios no regulados. Sobre estos últimos, incorporo el análisis de las actuaciones discrecionales razonables como elementos determinantes para lograr u optimizar un estado de cosas futura: el interés público.

5.1. Espacios regulados

La realización de acciones se encuentra directamente vinculada con las conductas contenidas en normas jurídicas. Estas pueden ser acciones específicas o generales. Se revisó que las primeras se encuentran en las denominadas normas de acción, las cuales limitan en un momento *ex ante* los intereses perseguidos por la Administración para no intervenir injustamente en los intereses de los administrados. En estas normas, la imposición se encuentra fijada en la conducta descrita por la norma para lograr el interés público. En cambio, las conductas generales se encuentran en las normas de fin que tienen como principal objetivo maximizar o alcanzar un determinado estado de cosas mediante acciones discrecionales.

En el ordenamiento jurídico chileno, las normas sobre responsabilidad del Estado están formuladas como cláusulas generales. Tanto el artículo 4, como el artículo 42 de la ley de Bases están formulados en estos términos. Previamente se revisó que la particularidad de

²⁷³ Véase DAVIS (1969): 215.

²⁷⁴ Véase DAVIS (1969): 216.

estas normas era que, por un lado, establecían la responsabilidad del Estado por los daños causados injustamente y, por otro lado, que la conducta ejecutada tenía que ser catalogada como una falta de servicio. Sobre estas consideraciones normativas, la condición de aplicación procede cuando: a) la Administración actúa de manera negligente o con falta de servicio; b) el particular sufre un daño y; c) el daño sufrido por el particular haya sido causado por la actuación negligente de la Administración. Una vez acreditados estas circunstancias es posible determinar la responsabilidad del Estado y, a su vez, podemos exigir un castigo para el causante del daño.

Sin embargo, cuando nos enfrentamos a la primera propiedad nos damos cuenta de que el concepto *falta de servicio* es indeterminado. La dificultad que rodea esta expresión es su vaguedad, no tenemos claridad sobre los límites que la rodean, puesto que la norma no nos entrega los componentes necesarios para saber qué comprende esta expresión. Solo mediante el desarrollo jurisprudencial se ha podido cercar esta noción. La jurisprudencia chilena ha entendido que se incurre en falta de servicio cuando: a) el servicio se presta tardíamente; b) el servicio se presta defectuosamente y; c) el servicio no se presta debiendo haberse prestado.²⁷⁵ En estos tres supuestos es posible identificar un comportamiento negligente de la Administración.

En estos términos, la falta de servicio sirve para medir la satisfacción de una exigencia que se impone a la Administración. Por esa razón, se habla que el estándar de conducta está basado en obligaciones y no en funciones. Por ejemplo, el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, en su artículo 32, establece que la Administración Penitenciaria deberá efectuar las acciones tendientes para lograr la plena reinserción social, pudiendo establecer convenios con instituciones públicas o privadas para el cumplimiento de su cometido. En este caso, se logra identificar la obligación que tiene Gendarmería de velar porque los reclusos logren reinserirse en el medio libre después del cumplimiento de la pena. Por lo tanto, para que se satisfaga la obligación es indispensable que se cumpla con el estándar que exige la norma, esto es, que la Administración Penitenciaria ejecute acciones prudentes para reinsertar a la población penal, lo cual incluye que la prestación se efectúe de manera colaborativa con instituciones públicas y/o privadas.

²⁷⁵ La primera sentencia que conceptualizó la falta de servicio como culpa de la Administración pública fue *Domic con Fisco de Chile (2002)*. Disponible en: <https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/b03d97fa-4b27-40b7-8ad0-9149a7e44a84/13.pdf?MOD=AJPERES>

No obstante, un problema constante de la normativa administrativista es que no distingue totalmente entre funciones y deberes de las reparticiones públicas. Habrá casos en que la ley se limita a establecer una función, sin especificar la convergencia entre la competencia y el deber de satisfacerla.²⁷⁶ En la misma normativa penitenciaria se logra avizorar como la ley que regula la organización de Gendarmería de Chile, en su artículo 1º, establece como finalidades del servicio público atender, vigilar y contribuir a la reinserción social, y, a partir de dicha estipulación normativa, reconocer los deberes de vigilar y resguardar a las personas privadas de libertad. La exigencia que surge desde el ejercicio interpretativo permite identificar qué actuaciones se pueden hacer valer ante un tribunal.

En este tipo de casos, resulta un tanto más complejo establecer un estándar de diligencia porque la norma no se encuentra formulada como una obligación. Sin embargo, BARROS sostiene que, si existe un vínculo entre falta de servicio y culpa civil, entonces el estándar de diligencia en responsabilidad del Estado debiese fijarse en razón de las conductas ejecutadas por los agentes públicos.²⁷⁷ Esto quiere decir que el estándar de un *buen padre de familia* en materia civil tiene que traducirse en un estándar de derecho público que invite a medir o evaluar las prestaciones de la Administración. De esta manera, podría decirse que una actuación diligente tiene que superar un estándar que exige la ejecución de una prestación de manera prudente y en un tiempo razonable. Por el contrario, el límite de la responsabilidad estatal es la conducta tan poco razonable en que ninguna autoridad consciente de sus deberes hubiera incurrido en ella.²⁷⁸

La vinculación propuesta homologa la actividad administrativa con las actuaciones de sujetos privados. Los casos decididos mediante culpa civil suponen estructuras similares a la falta de servicio, aun cuando el origen normativo sea distinto. Sobre este punto, BARROS sostiene que “si un órgano del Estado mantiene un consultorio médico, y allí se incurre en un descuido profesional, no hay razón alguna para someter esa responsabilidad a condiciones más exigentes que las aplicables a la responsabilidad de un consultorio privado que ofrece servicios en condiciones de recursos semejantes.”²⁷⁹ En los hechos, las obligaciones que asume una clínica cuando realiza una operación son similares en términos sustantivos que las

²⁷⁶ Véase BARROS (2020): 536.

²⁷⁷ Véase BARROS (2020): 537.

²⁷⁸ En estos términos, véase CANE (2011a): 208.

²⁷⁹ Véase BARROS (2020): 538.

obligaciones que asume un hospital público cuando opera a un paciente, a pesar que desde lo formal el deber de cuidado provenga de una fuente jurídica diferente.

Lo negligencia en estos casos se produce cuando no se observa el estándar de cuidado de quien actúa con prudencia y diligencia. Más allá de las obligaciones que derivan de una actuación específica contenida en una norma, las obligaciones generales, incluso aquellas donde no es clara la separación con las funciones, conforman ciertos parámetros de conducta que son exigibles a la Administración. Dicho estándar no se aleja de las características principales de las actuaciones ejecutadas en materia civil, ya que la culpa civil y la falta de servicio se originan sobre la base de una estructura basada en obligaciones.

Por último, la determinación del estándar de conducta permite resolver la responsabilidad estatal y la consiguiente indemnización de perjuicios de una persona dañada injustamente. Precisamente, la responsabilidad se fija en razón de la calificación de una conducta como falta de servicio. Lo cierto es que para determinar esa falta de servicio o el incumplimiento del estándar de conducta se requiere de la observación o evaluación de las actuaciones efectivamente prestadas y la normativa que regula la actividad que es objeto de control judicial. Tales serían los casos de regulación en materia de tránsito²⁸⁰ o la regulación específica de la falta de servicio en materia de salud.²⁸¹

Por su parte, la indemnización se establece en la última etapa del juicio de responsabilidad. Esta manera de solución jurídica se extrae desde el derecho civil, que se diferencia de lo que ocurre en materia penal, puesto que en este último el castigo es, por lo general, la imposición de una pena privativa de libertad para quien comete un delito. La indemnización de perjuicios en el derecho administrativo también juega un rol preponderante para remediar el mal causado. Desde una perspectiva económica, la función que cumple la compensación es la de resarcir todo aquello que fue despojado de forma ilegítima.²⁸² La incertidumbre sobre esta materia se traslada a los tribunales, quienes, dependiendo de la gravedad del daño provocado, determinarán el monto de la indemnización en caso de resolver la responsabilidad pública.²⁸³

²⁸⁰ Así lo expone BARROS (2020): 539.

²⁸¹ Sobre la especialidad de la falta de servicio en materia sanitaria, véase AGÜERO *et al* (2020): 171-191. Una aproximación jurisprudencial, véase en VALDIVIA (2019): 213-246.

²⁸² Sobre este punto, me remito a lo desarrollado en el capítulo II.

²⁸³ Con esto me refiero a que no es lo mismo indemnizar a una persona que sufrió lesiones físicas, que indemnizar a una persona que producto del daño causado quedó discapacitada. En este último caso, el daño

Sin embargo, persisten dos problemas sobre la construcción normativa del estándar de diligencia de la Administración Pública. Por una parte, la insuficiente densidad normativa en materia de responsabilidad extracontractual del Estado para determinar las obligaciones de las diferentes reparticiones públicas. Por otra parte, la necesidad de incorporar elementos para que los tribunales evalúen la diligencia debida de las prestaciones o actuaciones materiales ejecutas por la Administración. Sobre el desarrollo de este último punto se enfocará el siguiente apartado.

5.2. Espacios no regulados

Un problema constante que sufre un espacio que se apega al principio de legalidad es que, como se indicó arriba, siempre es posible que se omita la regulación o se regule de manera insatisfactoria una o más supuestos de hecho. Como el espectro normativo es finito, la completitud del sistema no es tal, y, ante ese escenario, se suelen identificar lagunas axiológicas; vacíos donde no existe norma, pero que a juicio de quien interpreta la disposición debiesen estar regulados.²⁸⁴ En estos espacios, la actuación administrativa es razonable en la medida que sea posible justificar que el funcionario público debía actuar, aún a falta de norma que estipule una acción específica para satisfacer u optimizar el interés público.

De esta forma, los intereses no se limitan *ex ante* mediante una regulación exhaustiva como ocurre en las normas de acción, al contrario, la Administración puede alcanzar el interés público mediante actuaciones discrecionales justificadas. Las normas de fin permiten que los destinatarios de la norma puedan colmar aquellos espacios desprovistos de regulación específica o que se encuentran defectuosamente regulados. Esto da pie para el desarrollo de los elementos que se encuentran en los espacios no regulados, pero que son indispensables para determinar la diligencia de las prestaciones que tiene que proporcionar la Administración Pública.

5.2.1. El interés público

La primera diferencia entre las normas de acción y normas de fin es que en las últimas la

patrimonial y extrapatrimonial causado a la víctima es mayor porque no puede reincorporarse a su vida cotidiana, así como lo hacía antes de sufrir el perjuicio.

²⁸⁴ Un tratamiento profundo sobre el problema de la relevancia y las lagunas axiológicas es posible encontrarlo en ALCHOURRÓN y BULYGIN (1975):145-167.

calificación deóntica radica en la obtención u optimización de un cierto estado de cosas. En palabras sencillas, esto se traduce en la posibilidad de alcanzar una finalidad mediante acciones que no se encuentran explícitamente estipuladas como una obligación por una norma jurídica.

En este escenario, los deberes legales y/o estatutarios se expresan en normas de fin cuando su formulación está destinada a conseguir o maximizar un estado de cosas futuras. En estos casos, el mandato no significa que la Administración deba realizar una acción específica contenida en la norma jurídica, sino que más bien el mandato le indica a la Administración que, mediante dicha obligación, debe alcanzar un objetivo deseado. En materia de responsabilidad pública, el punto de partida es la obligación principal y primordial que se origina en la ley, estatuto o reglamento que contiene el mandato; a partir de ello, los deberes de cuidado que derivan de esas normas se someten a un análisis que demuestre su compatibilidad con la obligación general contenida en la norma. Esta precisión nos permite identificar la estructura de una norma de fin como mandato.

Ahora bien, si los deberes de la Administración están formulados como normas de fin, entonces cabe preguntarse qué es el estado de cosas que se persigue en la responsabilidad pública. La respuesta para la interrogante planteada requiere la fijación de una idea central: la Administración persigue el interés público. Esto quiere decir que la actividad administrativa busca la satisfacción de necesidades o expectativas de la comunidad consagradas generalmente en la ley mediante prestaciones ejecutadas por autoridades competentes.²⁸⁵ En Chile, el artículo 53 de la Ley de Bases tiene una formulación con estas características, y señala que:

“El *interés general* exige el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, para concretar, dentro del orden jurídico, una gestión eficiente y eficaz. Se expresa en el recto y correcto ejercicio del poder público por parte de las autoridades administrativas; en lo razonable e imparcial de sus decisiones; en la rectitud de ejecución de las normas, planes, programas y acciones; en la integridad ética y profesional de la administración de los recursos públicos que se gestionan; en la expedición en el cumplimiento de sus funciones legales, y en el acceso ciudadano a la información administrativa, en conformidad a la ley.”²⁸⁶

²⁸⁵ En estos términos, véase CORREA (2006): 140.

²⁸⁶ La cursiva es propia.

Si analizamos con detención el artículo, nos encontramos con una norma que señala las conductas generales que deben adoptar los funcionarios públicos para ejercer de manera proba sus funciones. La obligación general de la norma exige el empleo de medios idóneos (o actuaciones discrecionales) para lograr el interés general (o cierto estado de cosas), los cuales están relacionados con una gestión eficiente y eficaz. Asimismo, la norma hace alusión a la razonabilidad de las decisiones administrativas, y la rectitud en la ejecución de las normas. Según lo indicado, el estado de cosas que se pretende alcanzar es el interés general o público. Precisamente, aquello que busca satisfacer la Administración Pública es el interés general de los administrados, la cual se cumple ejerciendo funciones y obligaciones de manera eficaz y eficiente.

Desde la norma citada proliferan principios jurídicos instrumentales de carácter general que expresan, entre otras cosas, la razonabilidad e imparcialidad de las decisiones administrativas; ya sean actuaciones, hechos, conductas o contratos administrativos. En general, la consagración del interés público se repite como finalidad central de la Administración en los ordenamientos jurídicos, por lo que deja de ser un mero intento por lograr el beneficio de la comunidad, y, más bien, se transforma en una exigencia que debe ser alcanzada mediante acciones justificadas para que la actuación sea etiquetada como diligente.²⁸⁷

Sin embargo, el interés público presenta algunas dificultades conceptuales y funcionales. Por un lado, esta finalidad experimenta un dinamismo conceptual que va unido a ciertas consideraciones ético-políticas asumidas por la sociedad. El interés público se asienta sobre consideraciones sociales dinámicas que cambian en el tiempo de acuerdo a la apreciación subjetiva que la sociedad tiene respecto de una situación particular. Esto se demuestra en aquellos casos de relevancia moral donde la sociedad ha cambiado la percepción negativa sobre ellos, como por ejemplo el matrimonio igualitario²⁸⁸, el aborto²⁸⁹ y la eutanasia.²⁹⁰

²⁸⁷ Véase CORREA (2006): 144.

²⁸⁸ Sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo desde una aproximación política del reconocimiento, véase MARSHALL (2018): 201-230.

²⁸⁹ Sobre la despenalización del aborto en Chile, véase en ZÚÑIGA (2018): 125-141.

²⁹⁰ Sobre los derechos de los pacientes y la posibilidad de autodeterminar su destino mediante la eutanasia es posible encontrarlo en ZÚÑIGA (2012).

Por otro lado, se logra advertir que, en la norma citada, no se indica qué acciones específicas son las que se deben ejecutar. Al contrario, las consideraciones estipuladas son lineamientos generales que nos sirven de base para evaluar preliminarmente si la conducta es diligente y, así, alcanzar un umbral de conducta general. En este contexto, la administración tiene dos alternativas para actuar: apelar a regulación sectorial y/o actuar discrecionalmente. El análisis de la primera alternativa nos llevará indefectiblemente a tener que analizar la discrecionalidad del sector regulado, esto, en atención a la falta de capacidad que tiene el derecho de regular todos los casos que se pueden presentar.²⁹¹ Por lo tanto, un análisis general de la discrecionalidad en el cumplimiento de las obligaciones administrativas nos entregará soluciones para aplicarlas en los sectores regulados de la Administración.

5.2.2. Las acciones discrecionales

La segunda diferencia de las normas de fin, respecto de las normas de acción, destaca la discrecionalidad en los medios utilizados para lograr o maximizar la finalidad perseguida. Según ATIENZA y RUIZ, esta característica permite que los destinatarios de la norma puedan elegir distintas alternativas de conducta en un ámbito jurídico demarcado. Previamente se estableció la idea que las actuaciones discrecionales se justifican, en general, mediante una remisión normativa que entrega opciones de conducta al funcionario público, y, excepcionalmente, cuando la remisión normativa es confusa mediante la razonabilidad empleada por el funcionario. El desarrollo de esta última dimensión nos permite articular la idea que la discrecionalidad originada en las normas de fin como mandato se justifican mediante actuaciones administrativas razonables. Para solucionar algunos problemas de la discrecionalidad administrativa es indispensable determinar el sentido en que se utilizará la expresión, su justificación y los alcances conceptuales.

Para comenzar el análisis propuesto, antes sugiero mostrar los aspectos que identifica LIFANTE para mejorar la distinción clásica entre *tener discrecionalidad* y *ejercer discrecionalidad*.²⁹² Para la autora, estos dos sentidos de discrecionalidad son distintos, puesto que *tener discrecionalidad* se vincula con la idea de libertad entendida como la ausencia de impedimentos para elegir entre distintas alternativas ante la indeterminación del

²⁹¹ En la presente investigación, este fenómeno se constata en el capítulo IV y V.

²⁹² En derecho administrativo, esta distinción la emplea DESDENTADO (1997). Sin perjuicio de ello, la distinción fue desarrollada previamente desde la teoría del derecho por WALUCHOW (1983): 321-339.

derecho. En este tipo de discrecionalidad se intentan solucionar problemas de subsunción de casos concretos en el ámbito de aplicación de normas generales. Por su parte, *ejercer discrecionalidad* se vincula con la idea de libertad positiva, es decir, que hace referencia a la potestad discrecional que tienen los órganos administrativos antes de que surjan las circunstancias concretas originadas por su ejercicio.²⁹³ Según esta distinción, el sentido *tener discrecionalidad* se ajusta a esta investigación, principalmente, porque se trata de una discrecionalidad limitada, en cuanto a la libertad condicionada que tiene el funcionario para ejercerla, y porque tiene una finalidad reducida: decidir casos concretos.

En este escenario, la discrecionalidad es vista como una herramienta necesaria para el funcionamiento de la Administración Pública. Las razones que justifican su utilización pueden ser variadas, sin embargo, considero que se pueden resumir en dos: la necesidad de favorecer la eficacia sobre la burocracia administrativa y la dificultad de regular todos los casos que se presentan, en general, en la Administración Pública, y, en particular, en los sectores regulados. En cuanto a la necesidad de la eficacia administrativa²⁹⁴, cabe mencionar que el progresivo crecimiento de la administración pública es un fenómeno que va de la mano con el aumento de normas que han tenido que dictarse para regular cada servicio público creado. Claramente, cada incorporación de un sector regulado no tan solo significa aumentar la capacidad de respuesta de la administración, sino que también plantea serios problemas de operatividad y coordinación. Estas dificultades requieren ser solucionadas de manera pronta, en un tiempo inmediato para satisfacer las necesidades del administrado, sin embargo, el aparataje burocrático de la administración entorpece una respuesta adecuada. En razón de ello, no parece descabellado intentar actuar con dosis de eficacia, esto es, sustituir el modelo reglamentista estricto por un modelo de dirección por objetivos, lo cual supone, reconocer un ámbito de diligencia para alcanzar el interés público.²⁹⁵

En cuanto a la dificultad de regular todos los casos que se presentan en la Administración Pública, parece sensato entregar un margen de discrecionalidad a los funcionarios cuando tengan que actuar en zonas de penumbras normativas.²⁹⁶ Esta idea, que

²⁹³ Véase LIFANTE (2002): 431.

²⁹⁴ Por eficacia entiendo “la producción intencionada (con arreglo a un fin o causa) de una realidad (adecuada al fin) como resultado de la acción de un agente idóneo para obrar”, véase la definición en PONCE (2001): 472.

²⁹⁵ Véase SÁNCHEZ (1991): 33.

²⁹⁶ Esta aproximación, sería compatible con a la idea *discrecionalidad en sentido débil* y contraria a la idea de *discrecionalidad en sentido fuerte*, ambas desarrolladas por DWORKIN (1989): 83-87.

sido mencionada a lo largo del trabajo, supone que por más regulado que se encuentre la actividad de un sector público siempre habrá espacios que no estén regulados o se encuentren defectuosamente regulados. Con el cambio de paradigma del derecho administrativo, podemos aventurar que fijar el cumplimiento de una finalidad de manera razonable, antes de no cumplirla porque la norma no lo indica expresamente, es la manera adecuada para llevar a cabo sus obligaciones.²⁹⁷ En estos términos, las actuaciones razonables vienen a colmar lagunas normativas.

Como vemos, estas dos razones son útiles para justificar la discrecionalidad administrativa. Por un lado, se identifica la necesidad de favorecer la eficacia sobre la burocracia, y, por otro lado, se constata la dificultad de regular todos los supuestos de hecho que se generan en el ámbito de la administración pública en general y en los sectores regulados. En ambos planos se apela a la persecución del interés público por sobre el cumplimiento estricto de la norma, siempre y cuando dichas actuaciones sean razonables, esto es, que se encuentren condicionadas por la prudencia de los medios utilizados por el destinatario de la norma; lo que no es otra cosa que el respeto por los principios y bienes jurídicos protegidos en la interacción.

En este orden de cosas, es necesario conceptualizar la discrecionalidad administrativa como una libertad condicionada tanto por la legalidad, como por la razonabilidad. La noción que desarrolla HUEPE para caracterizar la discrecionalidad administrativa cumple con estas consideraciones, pues adopta lo que denomina una *teoría unitaria de discrecionalidad como margen de movilidad condicionada por la prudencia*. Esto quiere decir que:

“la discrecionalidad, ya como margen de volición o cognición, se encuentra *condicionada* en toda su estructura por un *concepto jurídico indeterminado*, como lo es la *razonabilidad* del ejercicio de la actividad discrecional, que no es otra cosa que la concreción jurídica de la prudencia que es un elemento que conforma, en su esencia, el concepto etimológico de discrecionalidad.”²⁹⁸

El esfuerzo que hace HUEPE por conceptualizar de esta manera la discrecionalidad administrativa se evidencia en dos aspectos. El primero se relaciona con la integración del

²⁹⁷ La idea del cambio de paradigma puede verse reflejada con mayor profundidad con la distinción *Red Light* y *Green Light Theory* propuesta por HARLOW y RAWLINGS (2009): 1-48.

²⁹⁸ HUEPE (2018): 102. Las cursivas son originales del extracto citado.

margen de volición y cognición. Para HUEPE, el margen de volición se caracteriza porque el funcionario puede elegir o decidir una u otra alternativa presente en un conjunto de opciones, mientras que el margen de cognición se caracteriza porque el agente público puede descubrir o deducir las alternativas posibles.²⁹⁹ La vinculación de ambos márgenes permite aceptar que toda actividad discrecional sea jurídicamente controlable, y, eventualmente, corregible.³⁰⁰ Es decir que el ejercicio de la discrecionalidad en cualquiera de los supuestos indicados no puede quedar exento de control. El segundo aspecto se relaciona con la condición o límite de las actuaciones administrativas. Para HUEPE, la razonabilidad se vincula con la prudencia que deben tener los funcionarios cuando cumplen sus obligaciones. Precisamente, una actuación es prudente cuando la discrecionalidad se justifica mediante conductas que se encuentran dentro de la zona de la razonabilidad, esto es, cuando respetan las reglas y los principios jurídicos involucrados en la interacción.³⁰¹

Esta aproximación nos permite explicar, por un lado, el fundamento que vincula todos los casos de discrecionalidad administrativa con un control jurídico respectivo y, por otro lado, el alcance de la discrecionalidad administrativa cuando es ejercida en zonas de incertidumbre. De esta forma, la discrecionalidad no se encuentra fuera del alcance de la eventual corrección que pueden ejercer los tribunales de justicia una vez identificada y comprobada la negligencia de los funcionarios. A su vez, esta evaluación tiene como límite específico la prudencia con la que actúan los agentes públicos, es decir, que una actuación es prudente o diligente cuando alcanza u optimiza el interés general mediante criterios de razonabilidad. El problema que persiste en la hipótesis planteada es determinar cuáles son esos criterios, puesto que *razonabilidad* es un concepto jurídico indeterminado que necesita ser ajustado aún más. En esto último seguiremos perfilando el análisis.

5.2.3. El límite de la razonabilidad

Por último, podemos señalar que la razonabilidad se presenta como un límite de las acciones discrecionales. El concepto previamente asumido así lo establece. Sin embargo, la pregunta que persiste es ¿cómo se manifiesta la razonabilidad en el ámbito de los deberes de la

²⁹⁹ En este punto, HUEPE se distancia de la tradición alemana y española pues considera que formulan teorías parciales y no compatibilizan la idea de discrecionalidad y control discrecional. Véase HUEPE (2018): 100.

³⁰⁰ HUEPE distingue entre control, como un proceso de verificación y comprobación del correcto ejercicio de la discrecionalidad, y corrección, como la función de invalidar, modificar o sustituir. Véase HUEPE (2018): 101.

³⁰¹ Véase HUEPE (2018): 103.

Administración? Para responder esa pregunta, previamente tenemos que despejar una variante que usualmente está en conflicto y sostener que el examen de idoneidad de una medida no es una competencia exclusiva de quien toma la decisión de ejecutar, es decir de la Administración Pública, sino que los jueces también pueden y tienen que controlar el alcance de dicha decisión bajo ciertas consideraciones fácticas y jurídicas. Con ello, es posible determinar la adecuación de la medida a los fines que con ella se propone alcanzar.³⁰² En lo que sigue, asumiremos que la razonabilidad es un elemento implícito de las actuaciones administrativas y que, además, funciona como un criterio de control judicial de la diligencia debida.³⁰³

Como se indicó previamente, el interés público es una finalidad que persigue la Administración Pública. En el ámbito de los deberes administrativos, se podría sostener que los agentes públicos deben actuar con prudencia y diligencia mediante actuaciones razonables e imparciales. Mientras que una norma que establece obligaciones y también fija la manera en que debiesen cumplirse, entrega un escaso margen para que los funcionarios puedan actuar discrecionalmente; una norma que persigue una finalidad como el interés público, reconoce un ámbito de discrecionalidad mayor para las actuaciones administrativas, y, por ende, se evalúa la conducta mediante la razonabilidad adoptada. Precisamente, la limitación trasciende al hecho que el funcionario cumpla con los deberes normativos, también exige que las actuaciones administrativas, mediante acciones idóneas derivadas del deber de cuidado, se encuentren justificadas en virtud del interés público y, de esa forma, sean consideradas diligentes.

Ahora bien, la razonabilidad es un concepto altamente abstracto que desde distintas aproximaciones se ha intentado delimitar.³⁰⁴ Una manera de formular lo razonable es mediante su contraposición conceptual: la arbitrariedad. En palabras de MERKL, lo arbitrario

³⁰² Un análisis detallado sobre los alcances del principio de razonabilidad en el control judicial, véase en BOULIN (2014): 105-115.

³⁰³ Sin perjuicio de que en esta investigación no analizaré la naturaleza jurídica de la razonabilidad administrativa, hay quienes consideran que la razonabilidad es un test para controlar la proporcionalidad de una determinada decisión, véase GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2008): 490-491, y quienes consideran que la razonabilidad como un principio jurídico del derecho público, véase un estudio comparado en SAPAG (2008): 157, y en Chile véase a MARTÍNEZ y ZÚÑIGA (2011): 199 y HUEPE (2018): 226.

³⁰⁴ En el ámbito de la argumentación jurídica, PERELMAN y OLBRECHTS-TYTECA han jugado un rol sustantivo para la consolidación conceptual de la *razonabilidad*. En su obra Tratado de la argumentación: La nueva retórica (*La nouvelle rhétorique, Traité de l'argumentation*), los autores señalan que la razonabilidad tiene como límite lo que es inadmisibles para una comunidad en un momento dado, es decir, que lo irrazonable representa el límite negativo de cualquier argumentación jurídica, véase PERELMAN y OLBRECHTS-TYTECA (1989): 15.

se entiende como “la falta de vinculación jurídica mediante una voluntad extraña o, lo que es lo mismo, capacidad jurídica de expresar la voluntad propia.”³⁰⁵ En estos términos, por más que existan poderosas razones extralegales para sostener un determinado comportamiento, dicha voluntad sigue siendo arbitraria; por ende, una actuación es razonable siempre que su justificación se encuentre apoyada en alguna disposición jurídica. El problema de esta aproximación es que la actuación de un funcionario siempre puede ser vinculada con una disposición jurídica, por lo tanto, en teoría nunca sería responsable de una actuación arbitraria. La noción de razonabilidad de MERKL no analiza si el medio utilizado por el funcionario era el que generaba menores costes en términos de transgresión de principios y/o lesión de bienes jurídicos protegidos.

Una aproximación que va más allá, y que intentaré modelar con las actuaciones administrativas, es el análisis del concepto de razonabilidad que confecciona ATIENZA sobre aquellos actos que interpretan y aplican enunciados jurídicos.³⁰⁶ El autor estima que la razonabilidad en sentido estricto se predica de ciertas decisiones jurídicas que deberían adoptarse sin seguir criterios estrictamente racionales.³⁰⁷ Si analizamos esta aproximación desde las actuaciones materiales de la Administración, entonces la justificación de los medios empleados no necesariamente se deriva de alguna regla particular del sistema jurídico; por el contrario, la justificación se puede encontrar en criterios distintos de los estipulados por dichas reglas. Esto quiere decir que las prestaciones entregadas son evaluadas en razón de la respectiva *lex artis* y los criterios extrajurídicos (o indirectamente jurídicos) que derivan del correcto desempeño de la tarea practicada.³⁰⁸

En este orden de cosas, sostendré la idea que las actuaciones discrecionales pueden ser catalogadas como razonables si i) se toman en situaciones en que no se podría adoptar una decisión estrictamente racional, y ii) logran un equilibrio entre las exigencias contrapuestas.³⁰⁹

³⁰⁵ MERKL (2004): 196.

³⁰⁶ El autor entrega tres vías que son susceptibles de ser evaluadas como razonables, ellas son: 1) enunciados jurídicos; 2) agentes jurídicos y: 3) actos consistentes en interpretar y aplicar enunciados jurídicos, véase ATIENZA (1987): 192.

³⁰⁷ Si bien el autor distingue entre razonabilidad en sentido estricto y razonabilidad en sentido amplio, detiene su análisis solo en el primero.

³⁰⁸ Véase RODRÍGUEZ (2016): 122.

³⁰⁹ Véase ATIENZA (1987): 193.

La primera característica revela lo problemático de tomar decisiones apropiadas, mediante criterios de racionalidad, cuando estamos en presencia de espacios que no se encuentran regulados o están defectuosamente regulados. En este contexto, ATIENZA considera que una decisión o actuación es racional cuando: 1) respeta las reglas de la lógica; 2) respeta los principios de la razonabilidad práctica; 3) se adopta sin eludir una fuente del derecho vinculante y; 4) no se adopta mediante criterios extrajurídicos. Sobre esta base, los casos que se incorporan en los espacios normativos regulados no presentan dificultades cuando se aplica alguno de los criterios antes mencionados. Sin embargo, cuando estamos en presencia de casos no regulados e intentamos utilizar estos criterios puede ocurrir que: no exista solución, la solución sea inaceptable o que exista más de una solución.³¹⁰ Para resolver estos problemas es necesario utilizar criterios alternativos. En estas situaciones, la discrecionalidad se justificará cuando los funcionarios emplean medios idóneos o razonables para lograr o maximizar el interés público.

Por su parte, la segunda característica nos indica la dificultad de actuar de manera discrecional equilibrando los intereses de la administración y los administrados. Para ATIENZA, dicho equilibrio no quiere decir que estemos frente a una decisión o actuación que se encuentre en un término medio, principalmente, porque los principios jurídicos no tienen el mismo peso. De esta forma, el equilibrio se encuentra más próximo a un punto que otro.³¹¹ Los casos que nos interesan son aquellos donde encontramos, por un lado, un deber administrativo, y, por otro lado, un derecho del administrado. Por lo tanto, el equilibrio de las exigencias contrapuestas no es otra cosa que armonizar el interés público de la administración con los intereses particulares de los ciudadanos.³¹² Veamos el siguiente caso para modelar, resumidamente, las características indicadas.

Supongamos que existe una relación jurídica en que A (Gendarmería) tiene el deber de vigilar y resguardar a B (recluso) que se encuentra con lesiones graves producto de una huelga de hambre. En estos casos, la finalidad o interés público que persigue la Administración Penitenciaria es proteger la vida y salud de la población penal. El escenario

³¹⁰ Véase ATIENZA (1987): 194.

³¹¹ Véase ATIENZA (1987): 195.

³¹² En un trabajo posterior, ATIENZA señala que las soluciones razonables de los casos difíciles deben encontrarse sobre un *equilibrio mínimo*. En razón de ello, los casos trágicos es posible encontrarlos cuando se trata de dos o más derechos fundamentales y la solución a dicha controversia se sitúa bajo esa línea. Véase ATIENZA (1989): 99-100.

ideal sería que B desea y está dispuesto a recibir los cuidados de A, por lo que si utilizamos los criterios de racionalidad contenidos en una norma jurídica (que pueden ser X, Y o Z) entonces A no tendría problemas en auxiliar la salud de B. Los criterios de racionalidad podrían ser medidas a favor del recluso, quien consiente en el sometimiento a exámenes, tratamientos médicos y/o regímenes de alimentación. Sin embargo, si B no recibe los cuidados de A, porque desea continuar con la manifestación política desplegada, entonces las acciones de A para cumplir con sus obligaciones no serían útiles si se enmarcan en los criterios de racionalidad (X, Y o Z). Frente a esta dificultad, la obligación de resguardar la vida de B se podría satisfacer utilizando criterios alternativos o funcionales (P, R o S) que podrían consistir en medidas que no están estipuladas en la norma, pero que en los hechos resultan efectivas para lograr satisfacer el interés público. Por ejemplo, someter a B a una alimentación forzada después de quedar inconsciente. En este caso, la actuación discrecional le permite al funcionario utilizar criterios de racionalidad alternativos para salvar la vida de B, lo cual se justifica porque es razonable intervenir y proveer de alimentos al recluso para que no muera.

Según el modelo corregido de ATIENZA y RUIZ, los límites que se proyectan son el uso de medios discrecionales que no afecten mayormente los valores y bienes jurídicos comprometidos en la interacción. En razón de ello, parece adecuado salvar la vida de las personas como manera de salvaguardar un bien jurídico que se presenta como presupuesto para ejercer otros derechos. La optimización de los medios seleccionados nos permite determinar con mayor acuciosidad la diligencia o negligencia de la repartición pública en cuestión. Esta última forma de establecer la razonabilidad nos invita a determinar qué conducta debiese ser la apropiada o, dicho de otro modo, qué es aquello que se espera que deban hacer los funcionarios públicos en una situación determinada ante los espacios normativos que se encuentran vacíos o desprovistos de regulación.

La existencia de lagunas no hace más que motivar la discrecionalidad administrativa en la medida que sea posible justificar que el funcionario público tenía que ejercer su deber de cuidado, aún a falta de norma, para cumplir con su obligación de resguardar la salud de las personas y satisfacer el interés público. En este ámbito, nos encontraremos con casos en donde el deber de la Administración será actuar a favor del bienestar público, mediante una actuación que no se encuentra establecida por una ley o estatuto, sino que por la condición

de funcionario de Gendarmería. Esto no se trata de una actuación arbitraria del funcionario, sino que más bien de una actuación discrecional que es jurídicamente lícita y se respalda en la persecución o maximización de un estado de cosas futuro: el interés público.

El panorama presentado reformula el lugar que ocupa la razonabilidad en el espacio normativo de la Administración. En este sentido, la razonabilidad juega un rol diferenciado según el tipo de actuaciones ejecutadas. En los casos de cumplimiento de una acción específica, lo razonable se encuentra reducido al cumplimiento de los deberes indicados en la norma jurídica, en otras palabras, cuando el funcionario cumple con el comportamiento descrito por la norma adoptando criterios racionales. Recordemos que en estos casos no es posible hablar de discrecionalidad. En cambio, la razonabilidad encuentra espacio, y es el límite, en los casos donde la actuación administrativa tiene que ser ejecutada de manera prudente y diligente para alcanzar un interés general, superando el estándar de la falta de servicio mediante acciones discrecionales razonables.

6. Recapitulación

El presente capítulo sostiene que las actuaciones administrativas superan el estándar de diligencia de la falta de servicio cuando la conducta se basa en deberes normativos, deberes de cuidado y, en algunos casos, medios discrecionales razonables para lograr u optimizar el interés público. Para sostener esta tesis desarrollo los siguientes pasos.

Primero. Enmarco mi análisis en el modelo teórico de ATIENZA y RUIZ MANERO sobre normas de acción y de fin. Las diferencias entre ambas normas se encuentran en que, las primeras, regulan en un momento *ex ante* los intereses de las personas involucradas en la interacción, y, además, no permiten que los destinatarios de las normas actúen de manera discrecional; mientras que, las segundas, no regulan *ex ante* los intereses de quienes interactúan en la relación, y sí permiten que los destinatarios de las normas utilicen discrecionalmente medios idóneos para lograr un estado de cosas.

Junto con ello, incorporo dos ajustes a este modelo realizados por LIFANTE. La autora plantea que, por un lado, las reglas de fin no solo debiesen alcanzar un estado de cosas, sino que también debiesen maximizar la finalidad; esto nos lleva a replantear el tipo de discrecionalidad que ejerce el destinatario de la norma, ya que la discrecionalidad debe ejercerse seleccionando el medio idóneo que menos afecte los bienes jurídicos y valores

comprometidos dentro de la interacción. Por otro lado, LIFANTE origina una compatibilidad conceptual entre las reglas de fin y la responsabilidad de del Estado. Esta aproximación resulta fructífera para la investigación, puesto que nos permite comprender, inicialmente, cómo el modelo de ATIENZA y RUIZ MANERO es útil para explicar el problema de la diligencia debida en las actuaciones de la administración.

Segundo. Explico las dimensiones de las actuaciones administrativas. En esta parte de la investigación se da cuenta de la dimensión máxima del principio de legalidad, la cual postula que los funcionarios públicos deben encontrar el fundamento y la limitación de sus actuaciones en una norma jurídica. MERKEL resulta un agente importante para esta concepción, puesto que ajusta esta demarcación del principio de legalidad con la asunción de responsabilidad y, de esa manera, permite establecer las conductas que tienen que adoptar los órganos de la Administración.

En este orden de cosas, las actuaciones administrativas pueden traducirse en funciones y obligaciones de la Administración. La diferencia de cada una, según CANE, es la formulación normativa que presentan. Mientras que las funciones son formulaciones basadas en un modelo de facultades, las obligaciones son formulaciones basadas en un modelo de deberes. A su vez, CANE sostiene que la discrecionalidad es posible encontrarla de manera diferenciada en poderes y obligaciones administrativas. En la dimensión de las facultades, la discrecionalidad se presenta como la posibilidad de los funcionarios públicos para llevar a cabo una acción, dentro de opciones limitadas, y así cumplir la finalidad perseguida. En el ámbito de las obligaciones, se origina desde una norma jurídica que el funcionario tiene la obligación de cumplir mediante acciones concretas o generales para alcanzar, en la medida de lo posible, ciertos intereses generales.

Tercero. Determino los deberes de la Administración Pública mediante la vinculación entre responsabilidad pública y responsabilidad derivada de interacciones privadas. En estricto rigor, se vincula el principio general sobre responsabilidad de las autoridades públicas con la idea de que el cuidado de las actuaciones derivadas de la función pública debe ser tomado de la misma manera que el cuidado requerido para los ciudadanos en sus asuntos privados. Sin embargo, se identifican dos dificultades para la aplicación de este principio: a) la relación entre la responsabilidad por ilícitos (*tort*) y el concepto de ilegalidad del derecho

público y; b) el espacio de libertad para elegir una acción en el marco de deberes del derecho público.

Sobre aquellos problemas de aplicación propongo el desarrollo de los siguientes tópicos. El primero es la relación entre deberes generales y específicos. Según CORNFORD, lo relevante es la sincronía entre los deberes que surgen de normas jurídicas (leyes o reglamentos) y los deberes de cuidado que responden a las conductas que se espera ejecute la Administración, aunque no se encuentran explicitadas en una norma jurídica. El segundo es la ubicación de la discrecionalidad de las actuaciones materiales en el marco de deberes del derecho público. Esto porque el derecho no regularía con rigurosidad las prestaciones o actuaciones materiales de la Administración, sino que más bien se limitaría a establecer el marco organizativo y procedimental en que dichas prestaciones se realizan. Por esa razón, el legislador entrega a la Administración la concreción de las obligaciones que se presentan en el marco organizativo y procedimental.

Por último. Aplico el modelo corregido de ATIENZA y RUIZ MANERO para determinar la construcción de la falta de servicio como estándar de diligencia de la Administración Pública. En esta parte de la investigación, la razonabilidad será el argumento mediante el cual se podrá justificar jurídicamente la inclusión de un caso que en principio no se encontraba regulado. Para llegar a ese estadio de análisis, distingo entre espacios normativos regulados, que serán las zonas que se encuentran reguladas por normas jurídicas, y espacios normativos no regulados, que serán aquellas zonas que se encuentran desprovistas de normas o defectuosamente reguladas.

El primer espacio normativo se vincula con la realización de acciones generales o específicas que se encuentran contenidas en normas jurídicas. La particularidad del ordenamiento jurídico chileno es que las normas sobre responsabilidad del Estado están formuladas como cláusulas generales. Por lo tanto, un problema constante de esta característica es que siempre es posible que se omita la regulación o se regule de manera insatisfactoria una o más de sus posibles combinaciones (casos de subinclusión). En atención a ello, el segundo espacio normativo es vinculado con las normas de fin. Según esta dimensión, los deberes de la Administración se enmarcarían como enunciados de responsabilidad prospectivos, lo cual se traduciría en una obligación futura que pretende alcanzar o maximizar un estado de cosas: el interés público. La diferencia que se recalca en

esta dimensión es la posibilidad de seleccionar medios idóneos para no incurrir en falta de servicio, siempre y cuando la elección tenga el menor coste para los bienes jurídicos y valores comprometidos en la interacción, y se justifique mediante acciones discrecionales razonables.

CAPÍTULO IV

Los deberes de la Administración Penitenciaria

RESUMEN: El presente capítulo analiza la diligencia de la Administración Penitenciaria desde una perspectiva igualitaria. Se adopta esta aproximación puesto que las actuaciones penitenciarias se ejercen sobre personas que se encuentran en un estado de desventaja dentro de las cárceles, configurándose una relación de desigualdad injustificada. Esto promueve que, en los casos de responsabilidad del Estado por falta de servicio, los tribunales de justicia deban evaluar las actuaciones de la Administración Penitenciaria mediante un estándar de diligencia diferenciado. Este método no tan solo contempla obligaciones de custodia sobre los reclusos, sino que también obligaciones tendientes a resguardar las condiciones de vida digna dentro de la cárcel. Por lo tanto, las obligaciones estatales están orientadas a vigilar la correcta ejecución de la pena y proteger los derechos que no son privados producto del encarcelamiento.

PALABRAS CLAVES: relaciones jurídicas penitenciarias, desventaja carcelaria, ideal igualitario, diligencia de la Administración Penitenciaria.

1. Presentación

En el capítulo II, se analizaron las interacciones públicas como *relaciones de desigualdad jurídica* (RDJ). La denominación trazada por CANE da cuenta del contraste entre intereses públicos y privados, existiendo una primacía del interés público sobre el interés particular; a diferencia de las relaciones de igualdad jurídica donde los intereses particulares se encuentran en un mismo plano normativo. Las posiciones enfrentadas demuestran un desequilibrio difícil de contrarrestar en condiciones normales, lo que se agudiza cuando los intereses que se encuentran en juego se desarrollan en el contexto carcelario.

En Chile, los participantes de las relaciones penitenciarias son la Administración Penitenciaria y las personas privadas de libertad.³¹³ Por un lado, la Administración Penitenciaria cumple funciones de vigilancia y resguardo para alcanzar la finalidad resocializadora, mientras que, por otro lado, la población penal intenta satisfacer su plan de vida dentro de la cárcel. Esta constante fricción no solo produce incertidumbres para establecer la efectiva protección jurídica de los internos, sino que también origina problemas para determinar la diligencia de las actuaciones penitenciarias. Las dificultades que se presentan en este último ámbito se vinculan con la falta de servicio de la actividad penitenciaria, cuyo tratamiento a nivel local ha sido escasamente desarrollado por la dogmática administrativista.³¹⁴

Frente a este escenario, el objetivo del presente capítulo es analizar las actuaciones diligentes de la Administración Penitenciaria desde una aproximación igualitaria. La razón para adoptar esta perspectiva es reducir el desequilibrio que experimentan las personas privadas de libertad cuando se someten a la esfera organizativa de la Administración Penitenciaria. Las obligaciones de Gendarmería de Chile y la protección jurídica diferenciada de la población penal (cuando se consagran y refuerzan derechos penitenciarios), dan cuenta de una posición desaventajada de estos últimos. De esta forma, el trabajo sostiene que, para fijar correctamente la diligencia de las actuaciones penitenciarias, los tribunales tienen que emplear una argumentación reforzada que se traduzca en la aplicación de un estándar de diligencia igualitario. Este método sugiere que las controversias originadas dentro de las

³¹³ En estos términos, véase CORDERO (2009): 10-11. Sobre la delimitación entre derecho administrativo y derecho penitenciario, véase DURÁN (2020): 124-133.

³¹⁴ En esta línea de investigación, puede verse un análisis que sienta las bases conceptuales para resarcir los daños causados por la Administración Penitenciaria, en POBLETE (2019): 19-37.

cárceles deban ser decididas no tan solo contemplando las obligaciones de custodia sobre los reclusos, sino que también las obligaciones tendientes a resguardar las condiciones de vida digna dentro de la cárcel.³¹⁵

La estructura del trabajo se presenta de la siguiente manera. Primero, se efectúa un análisis conceptual de las denominadas relaciones de sujeción especial hasta lo que actualmente se conoce como relaciones jurídicas penitenciarias. En este punto, se desea resaltar que la estructura normativa se encuentra completa cuando se reconocen los derechos penitenciarios y se delimita el funcionamiento de la Administración Penitenciaria. Segundo, se identifican aspectos sobre los cuales podemos sostener que las personas privadas de libertad son un grupo desaventajado. La subordinación estatal, la exposición pública injustificada y la exclusión social se presentan como manifestaciones de una posición desfavorable respecto del resto de las personas. Tercero, vinculo el ideal igualitario de ANDERSON, desarrollado en el capítulo II, con en el marco de deberes de la Administración Penitenciaria, específicamente, con los deberes de resguardo. Cuarto, testeó un conjunto de sentencias de la Corte Suprema chilena donde analizo la diligencia de las actuaciones de Gendarmería de Chile desde diferentes criterios. En particular, fijo la atención sobre el criterio de la protección igualitaria para establecer la incidencia y el rendimiento de este criterio distributivo en los juicios de responsabilidad donde interactúan los participantes de las relaciones jurídicas penitencias. Por último, se articularán algunas consideraciones a modo de recapitulación.

2. Las relaciones jurídicas penitenciarias

Las relaciones penitenciarias han captado la atención de lo que actualmente conocemos como derecho penitenciario. Esta rama del derecho intenta esclarecer las posiciones jurídicas entre la Administración Penitenciaria y las personas privadas de libertad. Sin embargo, esto no siempre fue así, el paradigma de las relaciones penitenciarias ha sufrido algunos cambios importantes. Por esta razón, resulta necesario indagar en los orígenes y evolución de las

³¹⁵ La matriz ofrecida por un modelo justicia distributiva permite que la fijación de un estándar de conducta se encuentre determinado por uno o más criterios. Por ejemplo, LETELIER sostiene que el estándar de diligencia debe comprender no solo las posibilidades reales de actuación del órgano administrativo, sino que también la legalidad presupuestaria del respectivo servicio público, véase LETELIER (2012b): 8.

relaciones de sujeción especial, la estructura de la relación jurídica penitenciaria y las críticas que se han esbozado al respecto.

2.1. Origen y evolución de las relaciones de sujeción especial

La relación de sujeción especial nace en Alemania a fines del siglo XIX. Originalmente, esta institución daba cuenta de la dependencia que experimentaba el administrado cuando entraba en la esfera organizativa de la Administración. Se diferencia de la sujeción general, principalmente, porque la naturaleza jurídica de la sujeción especial prevé una suerte de sometimiento que se traduce en una intervención administrativa profunda. De esta forma, el alcance de la sujeción especial fue más bien reducido, se aplicó a militares, funcionarios, estudiantes y presos. Respecto de los últimos, las tensiones fueron creciendo cada vez más. Las relaciones enmarcadas en contextos carcelarios eran ejemplos habituales para justificar una zona donde el derecho no permeaba. En estos casos, la sujeción especial fue una categoría utilizada para impedir el reconocimiento de un estatus jurídico a las personas privadas de libertad. En atención a esta falta de juridicidad, los problemas que se presentaban podían resumirse en dos: el abuso de poder de los funcionarios penitenciarios y la desprotección jurídica de los presos.³¹⁶

Las restricciones que imponía la sujeción especial se mantuvieron hasta el período de postguerra, donde una serie de cuerpos normativos internacionales consagraron los derechos humanos.³¹⁷ Este reconocimiento tuvo un alcance universal, para hombres y mujeres, pero también se consagraron derechos humanos a las personas privadas de libertad. El reconocimiento de derechos a este colectivo resulta trascendente, puesto que el derecho internacional de los derechos humanos rectificó su posición normativa, estableciendo que tenían la capacidad de ejercer aquellos derechos que no afectados por la ejecución de la pena. Por ejemplo, el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece el estatus normativo de quienes se encuentran en la cárcel, pues indica que “toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respecto debido a la dignidad inherente

³¹⁶ Respecto a los orígenes de la sujeción especial, me remito a la completa reconstrucción elaborada por LÓPEZ (1994): 53 y ss, quien se refiere a los aportes teóricos de LABAND y JELLINEK para introducir esta categoría en el derecho alemán y como ello impacta en los distintos ámbitos de aplicación.

³¹⁷ El primer documento es la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), véase en español: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

al ser humano”³¹⁸. En este orden de cosas, la obligación de entregar un trato digno a los reclusos se relaciona con el inicio de un proceso de reconocimiento general de derechos humanos dentro de las cárceles, lo cual va en congruencia con el artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos que estipula que “nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.”³¹⁹

Los lineamientos internacionales hicieron que, posteriormente, en 1972 el Tribunal Constitucional alemán cambiara el paradigma de la relación de sujeción especial fallando un caso originado en el contexto carcelario.³²⁰ La sentencia establece las ideas centrales para la concepción moderna de las relaciones penitenciarias cuando sostiene que retener y leer la correspondencia ajena vulnera el secreto de correspondencia de los reclusos. En esa oportunidad, el Tribunal expone cinco ideas trascendentales. En primer lugar, reconoce que los derechos fundamentales de los presos sólo pueden restringirse a través de una ley o con base en una ley. En segundo lugar, establece que las intervenciones en los derechos fundamentales de los prisioneros, que no tienen un fundamento legal, sólo pueden ser de carácter provisional. En tercer lugar, justifica que la limitación de los derechos fundamentales de los prisioneros sólo puede ser considerada cuando es indispensable para el logro de los fines de la sociedad, contemplados por el orden de valores de la Constitución. En cuarto lugar, fija que es función de la ley de ejecución penal establecer límites que consideren en forma adecuada tanto la libertad de opinión de los prisioneros, como los requerimientos indispensables para el cumplimiento de la sanción penal en forma ordenada y adecuada. Por último, se reconoce el control jurisdiccional que poseen los tribunales de justicia sobre las actuaciones de los funcionarios penitenciarios, por lo tanto, no es solo la misma Administración quien se encarga de velar por el cumplimiento de las obligaciones impuestas normativamente, sino que también los tribunales pueden evaluar la diligencia exigida para alcanzar el interés público.

Como se dijo antes, la sentencia del Tribunal Constitucional cambia los elementos constitutivos que, hasta ese momento, comprendía una relación de sujeción especial. Desde

³¹⁸ El texto en español se encuentra en: https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ccpr_SP.pdf

³¹⁹ El texto en español se encuentra en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1249.pdf>

³²⁰ Hago referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, cuya ubicación es el tomo 33, 1-18 y el número de expediente 2 BvR 41/71, dictada el 14 de marzo de 1972. Un extracto de la decisión es posible encontrarla en: https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=0a66a4a6-1683-a992-ac69-28a29908d6aa&groupId=252038

1972 en adelante la doctrina alemana comienza a ampliar el alcance de las actuaciones de los funcionarios penitenciarios, pues no tan solo deben garantizar que la población carcelaria se mantenga dentro del perímetro del establecimiento penitenciario, sino que también es indispensable garantizar, en ese mismo espacio físico, sus derechos fundamentales. Por esa razón, la intervención excepcional de la Administración Penitenciaria se justifica cuando buscan satisfacer el interés público, que se reproduce en el ámbito carcelario como la reinserción social de los reclusos.

En España, la concepción de las relaciones de sujeción especial cambia de manera similar al caso alemán.³²¹ El hito que marca la evolución de esta institución es la sentencia del Tribunal Constitucional español sobre la huelga de hambre de los presos del Grapo (Grupo de Resistencia Antifascista Primero de Octubre).³²² Sobre los hechos, este grupo de reclusos comienza una protesta para ser reubicados junto con sus compañeros en un mismo calabozo y en las mismas condiciones de vida digna que tenían antes de ser dispersados por la autoridad penitenciaria. Ante esta situación, el tribunal se pronuncia sobre la huelga de hambre y el deber de actuar que tiene la Administración Penitenciaria en este caso. En la sentencia, el tribunal establece que las relaciones de sujeción especial deben ser proclives a la protección de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad. Por lo tanto, la Administración Penitenciaria se encuentra obligada a prestar asistencia médica a los reclusos, aunque en el caso de la huelga de hambre la alimentación forzada solo es posible cuando estos no se encuentren en un estado para tomar decisiones libres y conscientes. A partir de ello, se pueden inferir dos conclusiones. En un sentido positivo, que las relaciones de sujeción especial deben garantizar los derechos de los reclusos dentro de las cárceles, y, en un sentido negativo, que no es posible la intervención material de los funcionarios penitenciarios sin una base legal que la justifique, en este caso: la lucidez de quienes protestan.

Después de la dictación de esta sentencia, la dogmática administrativista española comenzó a reformular las dimensiones conceptuales de las relaciones de sujeción especial. En España, esta categoría no tan solo fue aplicada a presos, funcionarios, militares y

³²¹ Sin perjuicio de esta similitud, la evolución jurisprudencial de la sujeción especial es diversa en Alemania y España. Sobre esta disímil evolución jurisprudencial, véase COTINO (1999).

³²² Me refiero a la sentencia 120/1990 de 27 de junio de 1990. La edición completa de la resolución puede consultarse en: http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1545#complete_resolucion

estudiantes, sino que también a colegios profesionales, espectáculos taurinos, entre otros.³²³ En ellas, el esfuerzo se centró en el análisis del principio de legalidad, y no tanto en los derechos de los colectivos de las personas afectadas.³²⁴ De esta manera, la temática fue abordada desde análisis formales que, lentamente, fueron abriendo preguntas acerca de la idoneidad en el uso de esta categoría jurídica en los distintos ámbitos de aplicación.

En la búsqueda por reformular las relaciones de sujeción especial, resulta esclarecedora la idea inicial de GALLEGO, quien estima que esta categoría debe regirse por el principio de legalidad como consecuencia de la decisión colectiva de conformarse en un Estado de Derecho.³²⁵ Esta aseveración, no hace más que reafirmar que un Estado de Derecho debe construirse sobre la base de principios comunes para la sociedad, incluidas aquellas personas que se encuentran privadas de algunas libertades. La sujeción especial no puede ser utilizada como un manto de poder que justifique actuaciones ilegítimas por parte de los funcionarios públicos. Por lo tanto, la concepción moderna de la sujeción especial exige que el derecho administrativo estructure las relaciones jurídicas bajo el principio de legalidad, donde la intervención de la Administración no se justifica en virtud de la sujeción o sometimiento del administrado, sino que más bien mediante un mandato legal establecido.³²⁶

2.2. La estructura de las relaciones jurídicas penitenciarias

Según la concepción moderna de las relaciones penitenciarias, los elementos básicos que estructuran esta interacción son los siguientes: el reconocimiento de derechos fundamentales de los reclusos, la intervención justificada de la Administración mediante la ley penitenciaria y el control judicial de los tribunales de justicia ante controversias originadas entre las partes involucradas. Sin embargo, para algunos autores, dichos elementos no son suficientes para demarcar completamente los contenidos de las relaciones jurídicas penitenciarias.³²⁷ En

³²³ Para una comprensión detallada, véase a los principales autores que se ocuparon de acoger conceptualmente la doctrina de las relaciones de sujeción especial en España, a saber: GARCÍA (1992), LASAGABASTER (1994) y LÓPEZ (1994).

³²⁴ Véase PRIETO (2009): 220-221.

³²⁵ Véase GALLEGO (1961): 50.

³²⁶ Para no incurrir en problemas de incerteza conceptual, LASAGABASTER propone abandonar la categoría *relaciones de sujeción especial*, y en su lugar resolver los problemas de legalidad o transgresión de derechos mediante instrumentos ordinarios de interpretación, véase LASAGABASTER (1994): 423.

³²⁷ Sobre esta materia, existen dos grandes críticas. La primera indica que la sujeción especial no responde a los nuevos paradigmas de las relaciones penitenciarias, mientras que la segunda sostiene que es necesario ahondar aún más en una estructura que garantice la protección de derechos de los reclusos. Véase LASAGABASTER (1994): 423, BENITO (2007): 57-90 y SOLAR (2019): 779-809.

atención a ello, es posible sumar los siguientes: la especificación de los derechos de los reclusos y el funcionamiento propio de la Administración Penitenciaria.

La especificación de derechos se vincula con el estatus jurídico de las personas privadas de libertad. La posición que ocupan dentro del derecho comprende dos niveles de consagración de derechos, por un lado, una consagración de derechos fundamentales, y, por otro lado, una consagración de derechos penitenciarios. En cuanto a la consagración de derechos fundamentales, los miembros de esta colectividad no gozan de todos los derechos que un ordenamiento jurídico reconoce a ciudadanos libres. Para MATA y MARTÍN, “la configuración jurídica de esta relación se efectúa a través de declaraciones constitucionales vinculadas a la ejecución de penas que pudiera tener un texto fundamental y de la concreta aplicación de los derechos fundamentales allí también establecidos para el sistema de privación de libertad.”³²⁸

En otras palabras, el texto constitucional tiene la función de establecer el contenido y las restricciones de derechos cuando una persona se encuentra cumpliendo una pena de cárcel. Según esta ambivalencia, la sociedad asume que la consecuencia jurídica de la comisión de un delito es castigada penalmente, aunque ello no significa que la población penal deba encontrarse desprovista de protección jurídica. Por lo tanto, los eventuales problemas no se encontrarían en la limitación de derechos, sino que más bien en la ausencia de herramientas que garanticen aquellos derechos que no fueron limitados por la pena (sabiendo que la finalidad de la ley penitenciaria es la resocialización).

El segundo aspecto se relaciona con la consagración de derechos penitenciarios. Esto comprende la existencia de un conjunto de derechos consagrados especialmente a nivel reglamentario, dirigidos a los reclusos y son temporales. Es un derecho de minorías, es decir, solo rige para dicho grupo de personas. Mediante un estatuto penitenciario se reconocen derechos tales como: comunicarse con el exterior, recibir visitas y aquellos que se refieran a las condiciones sanitarias y habitacionales. Sobre estos también recae el fenómeno de la especificación de los derechos de los privados de libertad, cuya fuente universal es posible encontrarla en la normativa penitenciaria internacional.³²⁹ Según MATA y MARTÍN, este

³²⁸ MATA Y MARTÍN (2016): 175.

³²⁹ En esta materia destacan el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra (1955), y aprobadas por el Consejo Económico y Social (1957); Principios de Ética médica aplicables a la protección de personas presas o detenidas contra la tortura, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas (1982); Procedimientos para la aplicación efectiva

reconocimiento “hace necesario evaluar cada uno de los derechos fundamentales en su concreta realización en los muy diversos momentos de la vida en prisión durante la ejecución de la pena.”³³⁰ De esta forma, el estatus jurídico de una persona privada de libertad no tan solo comprende aquellos derechos fundamentales que no fueron restringidos por la ejecución de la pena, sino que también aquellos derechos penitenciarios reconocidos por motivo de la ejecución de la pena durante el tiempo de confinamiento dentro de la cárcel.

Por su parte, el funcionamiento de la Administración Penitenciaria se mide según las obligaciones que tiene respecto de los reclusos. Esto porque, como se indicó antes, no solo debe velar por el cumplimiento de la pena, sino que también debe satisfacer la finalidad resocializadora mediante el resguardo de condiciones de vida digna. En el ámbito interamericano se conoce como posición de garante a la participación que adopta el Estado en la relación jurídica penitenciaria para alcanzar el interés público. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la CIDH) ha sido enfática en señalar que el Estado debe asumir una serie de responsabilidades particulares que se ven reflejadas en las siguientes obligaciones: garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna dentro del penal; y garantizar el goce de aquellos derechos que no se le han restringido producto de la privación de libertad. De la misma forma, para la CIDH la posición de garante supone que habrá casos donde el Estado no ha de intervenir para no generar daños en los reclusos, denominados deberes u obligaciones de no hacer, así como también habrá casos en los que deberá intervenir para evitar potenciales perjuicios, denominados deberes u obligaciones de hacer.³³¹

Sin perjuicio de ello, las intervenciones de la Administración Penitenciaria pueden provocar abusos de poder o restringir derechos que se encuentran fuera del castigo penal. Ante esas situaciones, la ley penitenciaria es la fuente que permite una actividad controlada,

de las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas (1984); Los principios básicos para el tratamiento de los reclusos, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas (1990) y; Las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas (1990) y; Las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas (1998).

³³⁰ MATA Y MARTÍN (2016): 176.

³³¹ En este sentido, ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C 180, párrafo 130, 6 de mayo de 2008; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C 217, párrafo 95,1 de septiembre de 2010; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C 123, párrafo 97, 11 de marzo de 2005; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C 112, párrafo 152, 02 de septiembre de 2004.

limitando justificadamente derechos fundamentales; así por lo menos lo establece específicamente, por ejemplo, el artículo 25.2 de la Constitución Española. Sin embargo, las limitaciones solo proceden si la Administración Penitenciaria actúa mediante un precepto legal que justifica la limitación de derechos vinculados al tratamiento y régimen penitenciarios; esto no quita, como veremos más adelante, que los funcionarios puedan actuar de manera discrecional para alcanzar la finalidad resocializadora. Esta última precisión mermaría el aparente desacuerdo sobre las limitaciones reglamentarias, en la medida que las obligaciones penitenciarias no solo pueden identificarse en la ley, sino que también, y de manera más específica, en la normativa reglamentaria.³³²

Esta manera de estructurar las relaciones penitenciarias tiene como consecuencia inmediata el reconocimiento de un vínculo jurídico entre los reclusos y la Administración Penitenciaria. Mientras que la población penal intenta satisfacer su plan de vida dentro de la cárcel, la Administración Penitenciaria cumple funciones de vigilancia y resguardo para alcanzar la finalidad resocializadora. Si bien esta manera de fijar las posiciones penitenciarias reduce el sometimiento de los reclusos en la esfera organizativa de la Administración Penitenciaria, no impide que persistan tensiones para satisfacer los intereses comprometidos en la interacción, ni tampoco que se despeje la incertidumbre para determinar la falta de servicio en este ámbito. Es por ello que, para evaluar la actividad penitenciaria, resulta indispensable profundizar en el análisis de cada posición.

2.3. Críticas a las relaciones penitenciarias basadas en la sujeción especial

En España, el cambio de paradigma de las relaciones de sujeción especial tardó en cristalizarse en la jurisprudencia, especialmente en el ámbito penitenciario. Una primera crítica es que los tribunales, en un principio, no se pronunciaban de manera uniforme sobre los nuevos elementos de la sujeción especial. MAPELLI expone que los vaivenes jurisprudenciales que se presentaron en la materia son notorios hasta la primera mitad de la década de los 90, donde esta categoría es utilizada como una herramienta para limitar derechos y, al mismo tiempo, para proteger los derechos de los reclusos.³³³ En este escenario,

³³² Sobre las limitaciones reglamentarias, hay quienes están de acuerdo con la restricción de derechos siempre que la propia ley habilite de manera específica la intervención administrativa, véase TELLEZ (1998): 47; mientras que hay quienes critican la remisión desde la ley al reglamento, puesto que el texto fundamental solo mandata a la ley para regular estas restricciones, véase LAMARCA (1992): 225.

³³³ Al respecto, véase MAPELLI (1993): 281 y ss.

como el uso de la etiqueta de la *sujeción especial* no era homogénea, los efectos jurídicos que producía la categoría dependían de la inclinación adoptada por el tribunal. No existía un criterio que unificara posiciones para resolver las controversias originadas en este tipo de interacciones.

La oscilación jurisprudencial que advierte MAPELLI, deja en evidencia que la utilización de la misma etiqueta para justificar efectos jurídicos opuestos se debe a un problema de regulación legal. Según MAPELLI, esto se traduce en que se mantienen ciertos rasgos de la concepción tradicional de las relaciones de sujeción especial en la legislación penitenciaria. Por lo tanto, la ambigüedad que se origina en la regulación penitenciaria hace que, en ciertos casos, la Administración Penitenciaria limite derechos de los privados de libertad de manera injustificada, amparando su actuación en el sometimiento de facto experimentado por el administrado.³³⁴ En razón de ello, LASAGABASTER propone abandonar la categoría, con escaso desarrollo de su contenido, para no volver a experimentar efectos jurídicos distintos con supuestos de hecho semejantes.³³⁵

El fenómeno antes señalado facilita el terreno para una segunda crítica sobre los elementos que componen las relaciones de sujeción especial en el contexto carcelario. Para BENITO, esta crítica va más allá de dejar de utilizar la categoría tal y como se conoce desde la tradición alemana clásica, sino que más bien se trata de dar una fisonomía propia a una categoría cuyos elementos contemporáneos responden a finalidades distintas. En este orden de cosas, la autora propone denominar *relación jurídica penitenciaria* a la interacción que se estructura según los siguientes elementos generales: el principio de legalidad, la validez de los derechos fundamentales y la efectividad del control judicial.³³⁶

En cuanto al principio de legalidad, BENITO sostiene que la Constitución Española brinda una serie de garantías que vinculan el reconocimiento de los derechos fundamentales de los reclusos con los poderes públicos. Entre dichas garantías, se encuentra la reserva legal, cuya finalidad es regular el ejercicio de los derechos fundamentales, debiendo respetar su contenido esencial.³³⁷ En este ámbito, la idea de una intervención material solo es posible si

³³⁴ Véase MAPELLI (1998): 95-96.

³³⁵ En este sentido, LASAGABASTER expone el esfuerzo excesivo con que los tribunales españoles utilizan la categoría versus los escuálidos esfuerzos desplegados para determinar su alcance, véase LASAGABASTER (1994): 163.

³³⁶ Véase BENITO (2007): 60.

³³⁷ Véase BENITO (2007): 61-62.

la actuación se basa en una norma legal que así lo autorice. Respecto de la validez de los derechos fundamentales, la autora hace hincapié en el reconocimiento explícito que la Constitución Española realiza en materia carcelaria. El artículo 25.2 del texto fundamental reconoce que la finalidad de la pena es la reinserción social y, además, consagra derechos fundamentales a las personas privadas de libertad, a excepción de aquellos derechos expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria.³³⁸ Según esta postura, la pena cumple una función reeducadora, por lo tanto, resulta coherente mostrar a la población penal como parte de la estructura de la sociedad, y no como un sector excluido de la misma. Por último, en cuanto a la efectividad del control judicial, la autora señala que la revisión de las actuaciones de los funcionarios penitenciarios debe evaluarse según las fuentes de restricción. La que genera mayor controversia es la fuente de restricción legal, principalmente, porque la ley penitenciaria, por un lado, contiene criterios amplios e indeterminados para establecer la conducta diligente ejecutada por los funcionarios dentro de las cárceles, y, por otro lado, realiza numerosas remisiones a nivel de reglamentación penitenciaria. Según BENITO, esto origina una amplia zona de discrecionalidad para que la Administración Penitenciaria pueda diseñar el régimen de ejecución penal, siendo inherente el peligro de robustecer en exceso la custodia en desmedro de la protección de derechos.³³⁹

Por último, una tercera crítica se dirige a la incapacidad de vincular la reinserción social de los reclusos con un ideal igualitario. Para SOLAR, la finalidad resocializadora se encuentra lejos de igualar la posición de los reclusos con el grueso de la sociedad; al contrario, promueve una prisionización que dificulta su adaptación en el mundo exterior.³⁴⁰ En este sentido, la autora señala que una regulación igualitaria debiese entender que “los internos cuentan con los mismos derechos que los ciudadanos libres en tanto esto sea compatible con el cumplimiento de la condena de privación de libertad.”³⁴¹ Sin embargo, la legislación española, como bien señalamos en la crítica previa, regula de manera general los derechos de los reclusos, remitiendo al ámbito reglamentario la responsabilidad de especificar dicho ámbito de protección. Para la autora, “ello provoca que, en la resolución de

³³⁸ Véase BENITO (2007): 69-77.

³³⁹ Véase BENITO (2007): 81-82.

³⁴⁰ Véase SOLAR (2019): 800.

³⁴¹ SOLAR (2019): 805.

una controversia jurídica sobre la determinación de sus derechos, acudamos primero a la normativa penitenciaria (...), antes que a la normativa general de carácter legal.”³⁴²

En atención a lo antes indicado, las relaciones de sujeción especial en el ámbito carcelario deben ser estructuradas desde la concepción de personas con derechos, aunque excepcionalmente limitados. La doctrina española intenta aplicar este enfoque para lograr comprender las dimensiones de las relaciones jurídicas entre Administración Penitenciaria y privados de libertad. En este sentido, la relación jurídica contemplaría, por un lado, la reinserción social como un derecho de los reclusos y una finalidad reeducadora de la ley penitenciaria, y, por otro lado, la obligación de la Administración Penitenciaria de garantizar el goce de aquellos derechos fundamentales que no fueron limitados por la pena. No obstante, el problema que persiste en ambos planos, consagrados en la Constitución, es que su demarcación la termina de establecer el Reglamento Penitenciario, que tiene la tendencia a custodiar y vigilar a la población penal, antes que proveerles las herramientas necesarias para su reintegración al mundo exterior.

3. Desventajas de las personas privadas de libertad

En Chile el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios (en adelante Reglamento) consagra una relación de derecho público que consiste en el reconocimiento de obligaciones disciplinarias y garantías. La realidad normativa demuestra que el poder disciplinar que tiene Gendarmería es amplio, y es ejercido con discrecionalidad y sin fuertes controles externos.³⁴³ Por su parte, el deber de protección de derechos es contradictorio. El hecho de que un reglamento, y no una ley, regule la mayoría de las materias concernientes a la actividad penitenciaria, entre ellas las relaciones penitenciarias, evidencia que Chile no ha cumplido con los compromisos internacionales asumidos.³⁴⁴ Por ejemplo, mientras existe un reconocimiento reglamentario sobre la protección de derechos penitenciarios, el artículo 13 de la Constitución chilena establece como requisito indispensable de la ciudadanía no haber sido condenado a pena aflictiva.

Este panorama demuestra una falta de regulación legal y constitucional que guíe sistemáticamente el comportamiento estatal en materia carcelaria. Esta incertidumbre

³⁴² SOLAR (2019): 805.

³⁴³ La contradicción en esta materia es recalada por HORVITZ (2018): 927-929.

³⁴⁴ Algunas consideraciones críticas hacia el reglamento penitenciario, véase en GUZMÁN (1997): 271-280.

jurídica invita a repensar si la estructura de las relaciones penitenciarias contempla efectivamente la dimensión garantista en nuestro derecho. Una de las particularidades de las personas privadas de libertad es que son apartadas legítimamente del medio libre para ser encarceladas. La sanción penal impuesta se justifica en razón de la infracción de la ley penal, cuyo respeto de antemano es acordado por los miembros de la sociedad. En estos términos, la pena se presentaría como un daño que podríamos catalogar como legítimo.³⁴⁵

Sin embargo, este desequilibrio no puede ser motivo para acentuar la desventaja de quienes se encuentran cumpliendo una pena. En estos términos, la expresión *desventaja* debiese entenderse en un contexto de asimetría relacional, donde las personas privadas de libertad se encuentran en una posición desmejorada respecto de los demás miembros de la sociedad.³⁴⁶ Observar el problema de la desventaja desde el prisma de las diferencias nos alerta sobre los efectos indeseados que se producen sobre un grupo determinado que históricamente ha sufrido de una posición en la sociedad. Esto se manifiesta cuando dentro de la cárcel las medidas adoptadas son insuficientes o defectuosas para proteger y resguardar los derechos penitenciarios y cuando se omiten de medidas para promover la reincorporación de sus miembros. Se produce una desventaja injustificada en la población penal que se acentúa con la profunda subordinación que mantienen respecto del Estado, la exposición pública injustificada y la marginación social causada por la ausencia de medidas que propendan a su reinserción social.

3.1. La subordinación estatal

Para FISS, la subordinación y dominación que sufren ciertos grupos de personas se expresa a través de tres características. La primera característica se relaciona con la pertenencia a un grupo social específico, la segunda con la desventaja sufrida por un período de tiempo prolongado y, por último, que el ejercicio del poder político del grupo se encuentre severamente limitado.³⁴⁷ El autor identifica estas características para enfocar su argumento en lo referido a la raza, aunque esto, en sus mismas palabras, no obsta a que el desarrollo de

³⁴⁵ En el capítulo V se ahondará en la idea de daño ilegítimo en el ámbito penitenciario.

³⁴⁶ Para una comprensión acabada del sentido relacional y relativo de la desventaja en los juicios de responsabilidad extracontractual, véase KEREN-PAZ (2016): 30.

³⁴⁷ Véase FISS (1999): 144.

cada una de ellas pueda ser perfilada a otros ámbitos donde sea posible identificar un grupo desaventajado.³⁴⁸

Respecto de la pertenencia a un grupo social específico, FISS señala que cualquier grupo que se encuentre sometido a una desventaja perpetua y que, producto de ello, su poder político sea limitado debe ser considerado como desaventajado y objeto de protección.³⁴⁹ Aunque antes de llegar a esa conclusión, FISS desarrolla dos particularidades que cercan el concepto de grupo:

“Por un lado, el grupo constituye una entidad (aunque no implique un cuerpo físico). Esto significa que el grupo tiene una existencia distinta de la de sus miembros, que tiene una identidad propia. Es posible, así, hablar del grupo sin referirse a los miembros particulares que lo componen. Por otro lado, el grupo se distingue por la condición de la interdependencia. Esto es, la identidad y el bienestar de los miembros del grupo y la identidad y el bienestar del grupo se encuentran interrelacionados. Los miembros del grupo se autoidentifican – explican quiénes son – refiriéndose a su condición de miembros del grupo; y su estatus resulta determinado en parte por el estatus del grupo”.³⁵⁰

El grupo de las personas privadas de libertad constituye una entidad que tiene la particularidad de someterse a la esfera organizativa de la Administración Penitenciaria. Las personas que se encuentran presas son parte de un grupo particular que se diferencia del resto de la sociedad, porque la pertenencia al colectivo significa la disminución en el ejercicio de derechos y la exposición a un estado de vulnerabilidad.³⁵¹ Por una parte, la ejecución de la pena contempla la restricción legítima de derechos y libertades, posicionando al Estado como custodio del cumplimiento del castigo, mientras que, por la otra, la sociedad se encarga de juzgar a los miembros de este colectivo, estigmatizando su condición y cercando la implementación de medidas efectivas para las eventuales políticas públicas de reinserción social.

Por su parte, los miembros del grupo y el grupo están interrelacionados. Sobre este punto, el estatus jurídico resulta ser un componente que distingue las capacidades jurídicas dentro y fuera de la cárcel, así como también lo que significa pertenecer al grupo

³⁴⁸ En esta línea, destaca el trabajo de ESPARZA, quien enfoca el estudio de la igualdad desde la no subordinación para combatir la opresión social dispuesta por el patriarcado. Véase la aproximación general en ESPARZA (2017): 81-93.

³⁴⁹ Véase FISS (1999): 144.

³⁵⁰ FISS (1999): 138.

³⁵¹ En estos términos, véase CASTRO *et al* (2010): 29-35.

desfavorecido. La posición jurídica determina la capacidad de ejercer derechos, que varían entre quienes gozan de libertad y quienes no, y la adscripción a un grupo desfavorecido. De esta forma, la capacidad jurídica de los reclusos disminuye y la probabilidad de ser objeto de un abuso de poder, ante los cuidados de un carcelero, aumenta. Y es que el grado de dependencia que tienen los reclusos respecto de sus custodios, produce que el cuidado debido y el daño ilegítimo se encuentren separados por una delgada línea fronteriza.

Como vemos, la desventaja que debe enfrentar este grupo es doble. No tan solo tiene que lidiar con un ente estatal que debe velar por la estadía del recluso en la cárcel y las condiciones dignas del encierro, sino que también con la posición dominante de una sociedad que ve la cárcel como un lugar para criminales y no de personas con derechos (como ellos). Estas diferencias le dan identidad a la población carcelaria como grupo desaventajado, ya que permite identificar una serie de características propias (no deseadas) respecto de otro grupo social y porque muestra las dimensiones en donde opera la subordinación. En esta investigación, interesa explorar la subordinación jurídica que experimenta el grupo respecto de las hipótesis de responsabilidad extracontractual del Estado.

En relación a la segunda característica, para evaluar la desventaja sufrida en el tiempo por la población carcelaria debe considerarse la mutabilidad jurídica del grupo. En el espectro de los grupos desaventajados nos encontramos con miembros de grupos sociales que sufren constantemente un perjuicio, ya que su posición desfavorecida, a pesar del transcurso del tiempo, no cambia, y con miembros de grupos desmejorados cuya posición puede cambiar o mutar.³⁵² Según esta clasificación, los reclusos pertenecerían a este último grupo, puesto que sufren de manera temporal restricciones de derechos. El estatus jurídico del colectivo depende del período de tiempo que contempla la encarcelación.

Sin embargo, esta desventaja temporal presenta una multiplicidad de combinaciones que puede hacer aún más gravosa la estadía en la cárcel. Encontramos personas que sufren desventajas previo a cumplir una pena. En estos casos, la pertenencia a otro grupo desaventajado se podría catalogar como compleja, principalmente, porque la persona sufre una desventaja de doble pertenencia. Las personas no tan solo se encuentran desprovistas de derechos al estar presas, sino que también sufren de una desventaja por ser parte de un grupo vulnerable antes de ingresar a la cárcel. En estos términos, la estadía en la cárcel puede

³⁵² Véase FISS (1999): 145.

agudizar una posición que, por la pertenencia previa a un grupo, ya se encontraba desfavorecida.

De manera resumida, el vínculo entre cárceles y pobreza se puede evidenciar con tres ejemplos. Primero, la pobreza se ha convertido en uno de los principales denominadores comunes de las cárceles latinoamericanas. Los recintos penitenciarios están compuestos mayoritariamente de personas pertenecientes a estratos sociales bajos, convirtiéndose en una especie de depósito de pobreza. Esto reproduce y acentúa un problema estructural de las sociedades latinoamericanas: la marcada desigualdad económica que existe entre las clases sociales.³⁵³ Un segundo ejemplo se evidencia por las desiguales condiciones carcelarias entre personas que distintas posiciones sociales. En Chile, las cárceles poseen un diseño institucional que permite la posibilidad de pagar para acceder a condiciones carcelarias diferenciadas. Según el artículo 22 del Reglamento, las personas que cumplan con ciertas exigencias comprobadas por la Administración Penitenciaria y paguen de una mensualidad, podrán permanecer en departamentos separados durante la estadía en la cárcel.³⁵⁴ Finalmente, una persona que es pobre al entrar en la cárcel se vuelve aún más pobre estando encerrada sin poder ser parte de la fuerza laboral. Esto se agrava aún más si el diagnóstico indica que la población penal está compuesta mayoritariamente de personas pobres. Esa pobreza extrema altera por completo el significado del castigo y convierte a la cárcel en un lugar hostil que no presta ninguna utilidad para la reinserción social.³⁵⁵

Por último, respecto de la merma del poder político de las personas privadas de libertad, identifiqué dos aspectos: la restricción de derechos políticos y la ausencia de una entidad que resguarde los intereses de la población penal.

Producto de la privación de libertad la condición jurídica del condenado comprende la restricción del derecho a sufragio y el derecho a ser electo para cargos de elección popular. La magnitud de la medida se traduce en que los condenados a pena aflictiva no puedan votar en elecciones de autoridades y plebiscitos, ni tampoco ser representantes de una colectividad mediante votación popular. Este hecho que parece razonable esconde dos situaciones debatibles. Por un lado, no todas las personas que se encuentran privadas de libertad están

³⁵³ Véase CUNEO (2017): 193-194. Desde una perspectiva sociológica, véase ITURRALDE (2007): 71.

³⁵⁴ Véase VALENZUELA (2013): 180-186.

³⁵⁵ Una crítica sobre las consideraciones clásicas para ejercer castigo penal sobre las personas que se encuentran en pobreza extrema, véase en LORCA (2018).

incapacitadas para votar. En Chile, las personas que no se encuentran cumpliendo una pena aflictiva, pero que están presas en un recinto penitenciario, como es el caso de la prisión preventiva, de facto no pueden ejercer su derecho a voto pudiendo hacerlo. Son cuestiones administrativas las que finalmente impiden que este conjunto de personas pueda ejercer esa dimensión de sus derechos políticos.³⁵⁶

Por otro lado, una postura más progresista sostendría que la no participación electoral de la población penal, ya no solo de quienes no se encuentran cumpliendo pena aflictiva, genera contradicciones, puesto que el mismo grupo que está dentro de la cárcel no puede participar de las elecciones de quienes redactan las normas penales o están a cargo de implementar las políticas públicas en el mismo ámbito carcelario. Sobre este punto, Mañalich sostiene que, bajo una justificación democrática de la pena, una persona condenada no debiese perder la condición ciudadana, ya que el castigo penal presupone su reconocimiento como miembro de la comunidad política.³⁵⁷

Otro problema que también disminuye severamente el poder político de este grupo social es la ausencia de una entidad estatal que garantice sus condiciones habitacionales y salubres. En algunos países de Latinoamérica, como Colombia, existe la figura del Juez de Ejecución Penal y vela porque las condiciones dentro del penal estén de acuerdo a los estándares exigidos para cumplir con la finalidad resocializadora. Así, ante un eventual daño o perjuicio los reclusos pueden acudir a esta entidad para que resuelva la controversia generada con la Administración Penitenciaria.³⁵⁸ Esto en Chile no ocurre así. La figura del Juez de Ejecución Penal no existe, y, ante esa situación, Gendarmería no tan solo vela por el cumplimiento efectivo de la pena, sino que también, se encarga de garantizar el ejercicio de derechos dentro del recinto penitenciario. Esta situación reduce la capacidad jurídica que tienen los integrantes del colectivo para reivindicar las frágiles condiciones en que se encuentran dentro de una cárcel.³⁵⁹ Por ejemplo, ante situaciones de hacinamiento

³⁵⁶ Para un análisis profundo, véase el comentario jurisprudencial de MARSHALL y ROCHOW (2018): 233-254.

³⁵⁷ Véase MAÑALICH (2005): 63-64. Un análisis sobre la concepción deliberativa de la democracia en la redacción de normas penales, véase en GARGARELLA (2016): 128-132.

³⁵⁸ Una perspectiva actual sobre la función de reinserción social y el papel de los jueces de ejecución de penas y las medidas de seguridad en Colombia, véase en GUZMÁN y RAMBO (2019).

³⁵⁹ Desde una mirada crítica a la reforma procesal penal chilena, KÜNSEMÜLLER sostiene que no basta con la incorporación de un Juez de Ejecución Penal, sino que es necesario una reforma integral de toda la fase de ejecución penal. Véase KÜNSEMÜLLER (2005): 113-123.

habitacional o abuso de poder de los funcionarios, no existe una instancia jurisdiccional para denunciar los daños sufridos por la población carcelaria.

3.2. La cárcel como una cuestión pública

Sin lugar a dudas la cárcel es un fenómeno que capta la atención pública. Son variadas las maneras de reflejar esta característica, ya sea mediante programas políticos en campañas presidenciales que prometen endurecer las penas para acabar con la delincuencia, la implementación de políticas públicas destinadas a la reinserción social, incluso las intervenciones de expertos sobre instituciones, medidas o políticas públicas concernientes al mejoramiento de la vida en las cárceles. Cualquiera sea la forma de abordar la materia, la cárcel está presente en el debate público. Sin embargo, también evidencia una situación criticable: la innecesaria exposición pública de las personas privadas de libertad. Este hecho se presenta como un rasgo de vulnerabilidad de los reclusos, puesto que produce una mediatización del crimen y un populismo punitivo.

La mediatización del crimen produce, entre otras cosas, la *mutación de la opinión pública*. Este fenómeno se refiere a que la opinión de la sociedad sobre la delincuencia y el castigo se encuentra influenciada por la información que entregan los medios de comunicación, quienes se transforman en la fuente de información más próxima para la formación ciudadana sobre aquello que debiese hacerse con el acusado ante un hecho delictual. En estos casos, los medios de comunicación desplazan al derecho como fuente válida y en su reemplazo informan a la sociedad sobre los hechos acaecidos y las eventuales consecuencias jurídicas que acarrea el hecho criminal. Sin embargo, también capturan la atención de los televidentes mediante imágenes morbosas, dramáticas y violentas; origina un temor generalizado, atemorizando a un público que se siente amenazado por la violencia del crimen. A su vez, esta interacción mediática hace que los medios de comunicación adecúen sus líneas editoriales para entregar la información de la forma en que su público objetivo así lo exija. De esta forma, no resulta ajeno que los casos mediáticos, que reproducen excesivamente las aristas del crimen cometido, capten la atención de un público que clama ciegamente por una justicia que se traduzca en el encarcelamiento inmediato y efectivo de quien es acusado de un delito.³⁶⁰

³⁶⁰ Véase en CUNEO (2017): 169-171.

La mediatización de la criminalidad también refleja lo que BOTTOM comienza a denominar *populismo punitivo*.³⁶¹ Según este autor, la criminalidad es manipulada para el provecho electoral y la implementación de políticas públicas, buscando endurecer las medidas de prisión para reducir las tasas delictuales y garantizar la seguridad ciudadana de las personas que son víctimas de la criminalidad³⁶². La atmósfera instaurada permite que los debates electorales estén cargados con propuestas que busquen dar seguridad a la comunidad, esto se traduce en el respeto por la ley y el orden y en medidas que buscan *combatir con la delincuencia* y/o implementar políticas de *tolerancia cero con la delincuencia*.³⁶³ En este sentido, la politización de la criminalidad propaga ideas que no son concordantes con las tesis defendidas desde la criminología y el derecho penitenciario, peor aún divulgan ideas retributivas clásicas que van en contra de las tendencias actuales en materia carcelaria.

Las dimensiones identificadas nos permiten sostener que el imaginario creado para informar a la ciudadanía u obtener sufragios no hace más que responsabilizar de los males sociales a quienes infringen la ley penal. La exposición pública de las personas privadas de libertad sobredimensiona la criminalidad, instaura la idea que la cárcel es un lugar exclusivo para segregar y confinar e impide un debate sobre políticas públicas que se traduzcan en medidas integrales para favorecer la reinserción social.³⁶⁴

3.3. La exclusión social

En términos sociales, la cárcel se vincula con la marginación que sufren quienes se encuentran o estuvieron en la cárcel. La clásica confrontación *ellos y nosotros* genera estereotipos entre quien actúa fuera de las fronteras jurídicamente permitidas y quien las respeta. De esta forma, el distanciamiento entre la población penal y la sociedad libre produce un fenómeno de marginación social, donde se acusa a los condenados de no estar alineados con los intereses colectivos que persigue la sociedad. Este síntoma es identificado por ZAFFARONI, quien entiende que los presos se encuentran en una posición de vulnerabilidad

³⁶¹ Sobre el uso de la etiqueta *populismo punitivo*, véase BOTTOMS (1995): 18.

³⁶² Véase BOTTOMS (1995): 40.

³⁶³ La política de seguridad ciudadana *tolerancia cero* nace en Estados Unidos como una medida que busca castigar severamente los delitos cometidos, sin importar su gravedad y acelerando el período que transcurre entre el delito y la sentencia judicial.

³⁶⁴ La trayectoria cronológica de la tramitación de la ley de ejecución de penas chilena refleja impedimentos ideológicos para su promulgación. El fracaso de los proyectos véanse con profundidad en STIPPEL (2013): 58-67; 93-113, respectivamente.

respecto de la sociedad y el Estado. Desde luego, sus propuestas tienden a dar racionalidad al castigo penal, tanto porque el aparataje estatal dispuesto es inmensamente superior a la capacidad que el acusado tiene para defenderse, como por el hecho de limitar la violencia sobre quienes no hacen más que contribuir mínimamente a ella.³⁶⁵

Como vemos, la dicotomía *ellos y nosotros* origina cuestionamientos que van desnudando los problemas que presenta esta distinción para la justificación del castigo. Otra crítica es formulada por GARGARELLA, quien intenta dar una respuesta justificada a las conductas graves que los miembros de una comunidad igualitaria pudieran cometer.³⁶⁶ Los caminos que explora el autor están ligados a la inclusión de las personas que cometen un delito, por esa razón “el Estado no procurará asegurar que esa persona no vuelva a cometer una falta a través de la imposición del miedo [...], sino a través de la razón y el convencimiento. Asumiendo que el ofensor es una persona capaz de entender razones y modificar su comportamiento, el Estado debe hacer entender que rompió un compromiso que [...] estaba obligado (por propia decisión) a respetar.”³⁶⁷

Según lo antes señalado, GARGARELLA explica que no se trata de minimizar el castigo, sino de integrar a los desfavorecidos al sistema. Sin embargo, dicha inclusión no consiste en que el juez deje en libertad al perseguido o lo condene por un supuesto riesgo inminente, más bien se trata de bloquear la posibilidad de que siga siendo tratado como un marginado social.³⁶⁸ Las variantes pueden ser múltiples para reflejar que los estereotipos de grupos desaventajados generan una identidad no deseada, así, por ejemplo, una persona que comete el delito de robo difícilmente será confiable para la sociedad si a la hora de buscar trabajo sus antecedentes personales se encuentran con anotaciones penales, o, incluso, si es que dentro de la cárcel fue testigo de una violencia mayor que la experimentada antes de ingresar al recinto.

Dicho esto, resulta incomprensible excluir a una persona para que cambie su conducta delictiva sin entregarle las herramientas mínimas para ser reintegrado, en estos casos el efecto que inevitablemente se produce es la reincidencia y, con ello, el reinicio del ciclo represivo por parte del aparataje estatal. Según GARGARELLA, esto refleja una sociedad desigual donde

³⁶⁵ Véase ZAFFARONI (1988): 277.

³⁶⁶ Véase GARGARELLA (2016): 15.

³⁶⁷ GARGARELLA (2016): 14-15.

³⁶⁸ Véase GARGARELLA (2016): 41.

el Estado, por un lado, castiga a una persona por cometer un acto injusto, mientras que, por otro lado, a esa misma persona se la priva injustamente de las condiciones mínimas para su desarrollo personal.³⁶⁹

4. Hacia un estándar de diligencia igualitario

En el capítulo II se expusieron las razones teóricas para equilibrar las relaciones jurídicas penitenciarias mediante un criterio de distribución igualitario. En los términos de ANDERSON, la igualdad democrática se presenta como una aproximación adecuada para combatir la desventaja injustificada que sufren algunos grupos dentro de la sociedad. Para canalizar esta idea en los juicios de responsabilidad estatal se adoptó la idea de *proceso de asimilación* desarrollada por FISS, la cual sugiere resolver casos complejos mediante estándares de protección variables. En palabras sencillas, la posición desfavorable se podría reivindicar mediante decisiones judiciales que tuviesen como finalidad incentivar la protección de un grupo o colectivo en razón de su posición desmejorada respecto de los otros miembros de la sociedad. Sin duda que el resguardo de derechos e intereses ayuda a que desaparezca la desventaja del grupo o, en su defecto, mejore las capacidades políticas, sociales y/o económicas de sus miembros.

En el ámbito carcelario, la aplicación de estándares diferenciados se justificaría debido a la subordinación estatal y la exclusión social sufrida por las personas privadas de libertad. De esta forma, el proceso de asimilación exigiría a los jueces una argumentación reforzada para establecer la diligencia de las actuaciones penitenciarias. Precisamente, como los particulares de la interacción son personas privadas de libertad, la aproximación igualitaria tendría como objetivo principal asegurar condiciones de vida digna dentro de las cárceles. En lo que sigue, se analizarán los aspectos básicos que debe contemplar la autoridad para ejercer el castigo penal y se establecerán los deberes que tienen que contemplar los tribunales de justicia cuando evalúan la diligencia de las actuaciones penitenciarias.

4.1. El alcance punitivo de la privación de libertad

A diferencia de otros grupos desaventajados, las personas privadas de libertad están sometidas a una restricción legítima de derechos. La ejecución de la pena contempla que los

³⁶⁹ Véase GARGARELLA (2016): 133.

reclusos no puedan ejercer sus derechos políticos y libertades ambulatorias, mientras que los demás derechos son ejercidos en la medida que el funcionamiento de la Administración Penitenciaria así lo dispone. Desde esta perspectiva, podríamos decir que la pena por sí misma es un daño que los reclusos tienen que tolerar. En principio, resulta un dato de la causa el hecho que la población penal se encuentre sometido a un castigo. Sin embargo, y como se ha revisado previamente, la ejecución de la pena no es absoluta y por ello es necesario fijar ciertos contornos para determinar el límite de la actividad penitenciaria.

En lo que sigue, centraré la atención en aquellos aspectos mínimos que debiesen ser contemplados para ejercer la facultad de castigar, manteniendo las capacidades jurídicas de la población penal. De manera provisoria y no taxativa, sostengo que estos límites son: el respeto que debe tener la Administración Penitenciaria por la legalidad durante la ejecución de la pena y la presencia de la finalidad preventiva de la pena en el momento de su ejecución para hacer posible la resocialización de los castigados.³⁷⁰

4.1.1. La legalidad en la ejecución penal

Según ROXIN “el derecho penal se enfrenta al individuo de tres maneras: amenazando, imponiendo y ejecutando penas; y esas tres esferas de actividad estatal necesitan una justificación cada una por separado”.³⁷¹ Todas ellas se relacionan cronológicamente con la sanción penal. Primero, la amenaza se vincula con la instancia previa del castigo, donde la ley advierte a los ciudadanos las consecuencias jurídicas que produce actuar en contravención al derecho penal.³⁷² Segundo, la imposición de la pena es el acto de adjudicación del tribunal, quien mediante una sentencia judicial determina la culpabilidad de una persona por haber cometido un delito.³⁷³ Por último, la ejecución de la pena se relaciona con la materialización de la pena, con el cumplimiento efectivo de la sanción penal impuesta.³⁷⁴

³⁷⁰ En esta parte de la investigación, considero oportuno señalar que la investigación no se detiene a analizar pormenorizadamente las distintas teorías que versan sobre la finalidad de la pena, ni tampoco me inclinaré por una de ellas, más bien hago uso de algunas ideas como análisis introductorios que me servirán para comprender la finalidad resocializadora de ley penitenciaria. Para una explicación general sobre las distintas finalidades de la pena, véase VON HIRISCH (1998): 659 y ss.

³⁷¹ ROXIN (1976): 20.

³⁷² Véase ROXIN (1976): 20-24.

³⁷³ Véase ROXIN (1976): 27-31.

³⁷⁴ Véase ROXIN (1976): 31-33.

En todas las etapas señaladas, el principio de legalidad actúa como denominador común, aunque su invocación es diferenciada. Por lo tanto, para vincular la condena y la ejecución de la pena es necesario identificar los puntos de encuentro. Una reflexión exhaustiva en esta materia exige que el Estado no solo imponga una pena merecida, sino que también genere las condiciones adecuadas para su materialización; con lo cual se entiende que el *ius puniendi* es un proceso integrador que comprende no solo la imposición de la pena, sino que también su materialización.³⁷⁵ Según lo indicado por ROXIN, en la imposición se justifica la pena debido a la gravedad del delito cometido, así, el castigo merecido recae sobre las acciones culpables que se logran comprobar. En el caso de la ejecución de la pena, la justificación recae sobre las medidas carcelarias adoptadas para lograr la finalidad resocializadora y la supresión de condiciones deplorables para el cumplimiento de la pena. En ambos casos, las medidas se evalúan en virtud de las condiciones carcelarias y la disciplina demostrada por la población penal.

Por ejemplo, el garantismo penal evalúa el aumento o reducción de la pena desde el principio de certeza. Sobre este principio, FERRAJOLI se pregunta qué tan legítimo resulta que la Administración Penitenciaria o el Juez de Ejecución reduzcan la pena que fue previamente determinada por los Tribunales de Justicia. Para el autor, las respuestas positivas de estas preguntas se justifican con el presupuesto de la reeducación del recluso, esto significa que “si un preso resulta arrepentido antes del fin o, por el contrario, no arrepentido en el momento del fin de la ejecución, deberá ser liberado en el primer caso anticipadamente y en el segundo con posterioridad a la fecha de extinción de las penas infligidas”.³⁷⁶ Según la idea de FERRAJOLI, una persona cambia debido al transcurso del tiempo dentro de la cárcel, por lo que no tendría sentido seguir con el sufrimiento de quien se ha convertido en una persona totalmente distinta de la condenada.³⁷⁷

En este sentido, el castigo ejecutado no es considerado como un acto de venganza de quien detenta el poder, sino que más bien se articula como un mecanismo de defensa de la sociedad. El ingreso de los condenados a la cárcel no supone su exclusión como sujetos de derechos y obligaciones, pese a la situación jurídica excepcional en la que se encuentran. Por

³⁷⁵ Véase esta relación de ideas en MAÑALICH (2011): 172. Para este autor, la irrogación del mal no es más que la materialización de la pena, cuya condición necesaria es el reproche penal merecido.

³⁷⁶ FERRAJOLI (1995): 406.

³⁷⁷ Véase FERRAJOLI (1995): 407.

lo tanto, las consecuencias jurídicas que derivan del principio de legalidad en sede judicial también deben extenderse en sede administrativa; en esta última, el principio de legalidad evalúa las condiciones habitacionales y sanitarias de encarcelamiento de los reclusos, las instalaciones que ofrece el establecimiento penitenciario y el trato de los funcionarios que ejercen funciones de vigilancia.³⁷⁸

En congruencia con lo antes señalado, el Código Penal chileno no tan solo consagra el principio de legalidad al momento de imponer la pena, sino que también una vez que ésta se materializa. El cuerpo normativo establece que no es posible “ejecutarse pena alguna sino en virtud de una sentencia ejecutoriada” (artículo 79), así como “tampoco puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley” y “reglamentos especiales para el gobierno de los establecimientos en que deben cumplirse las penas” (artículo 80). Esta manifestación del principio de legalidad sostiene su normatividad sobre la base de una racionalidad que es acorde con la ejecución de la pena, consagrando garantías que hacen tolerable la vida del recluso dentro de la cárcel, así como también imponiendo límites para la actuación de la Administración Penitenciaria.

4.1.2. La finalidad resocializadora

En general, los ordenamientos jurídicos que consagran esta finalidad buscan reintegrar al recluso en la sociedad, reducir la duración prefijada de la pena o suspender su ejecución adoptando otras medidas alternativas.³⁷⁹ Sin embargo, su delimitación es imprecisa, puesto que su contenido no se encuentra claramente demarcado y aquello podría ser usado para intentar justificar eventuales acciones u omisiones arbitrarias de la Administración en la esfera íntima de los reclusos.³⁸⁰

Debido a esta dispersión conceptual, resulta conveniente distinguir las dimensiones generales que abarcaría la resocialización. En este sentido, MAPELLI señala que “si partimos

³⁷⁸ En estos términos, el principio de legalidad es el fundamento y límite de las actuaciones penitenciarias, puesto que, por un lado, deben estar amparadas de acuerdo a algún precepto legal, y, por otro lado, deben ejecutarse sin transgredir la dignidad humana de la población penal. Véase MATA Y MARTÍN (2016): 215-217.

³⁷⁹ Así por lo menos lo indica el artículo 25.2 de la Constitución Española y el artículo 1° de la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile.

³⁸⁰ Para GARCÍA-PABLOS, la ambigüedad del concepto *resocialización* permite el surgimiento de diversas concepciones que tienen, por un lado, semejanzas en cuanto a la manifiesta hostilidad hacia el retribucionismo, aunque, por otro lado, diferencias respecto a la intensidad de la intervención penal sobre al condenado, véase GARCÍA-PABLOS (1979): 652-654.

de una interpretación amplia de la resocialización, entendiéndola como proceso por el que se fomenta la responsabilidad del penado, se opta por una tesis consecuente con las ciencias del comportamiento, pero se cae en el peligro de etización del Derecho Penal. Si, por el contrario, nos inclinamos por una interpretación estricta, procurando exclusivamente la responsabilidad legal del penado, entonces optamos por una actitud pacífica para con el Derecho Penal pero inoperable desde una perspectiva de las ciencias sociales”.³⁸¹

Como vemos, la reincorporación del condenado a la sociedad puede darse desde una perspectiva amplia, incorporando valores morales como una forma de reeducar a quien se encuentra condenado, o desde una perspectiva restringida, cumpliendo con los preceptos legales que regulan la actividad penitenciaria para que el condenado no vuelva a reincidir. En cada uno de estos ámbitos podemos encontrar algún reparo respecto de la demarcación conceptual de la resocialización, así una intervención leve puede ser una medida insuficiente para lograr una readaptación social efectiva para el recluso, mientras que una intromisión profunda puede dar lugar a excesos de poder, generando daños ilegítimos en la integridad física o psíquica de los reclusos.³⁸²

Sin perjuicio de la conceptualización adoptada, que revisaremos en las siguientes líneas, la resocialización también se presenta como un límite del *ius puniendi*. Esta finalidad actúa como una forma de legitimación material de la privación de libertad, donde el Estado mantiene ciertas expectativas sociales mediante la custodia de los condenados, aunque disminuyendo la intervención punitiva. Según FERRAJOLI la reducción del *ius puniendi* estatal se origina con la determinación de la pena mínima necesaria en sede legislativa y judicial, puesto que se adoptan una serie de medidas que disminuyen la penalidad, entre ellas: la supresión de la pena de muerte y cadena perpetua, la reducción de las penas privativas de libertad y la aparición de penas alternativas para su ejecución, como la libertad vigilada y los arrestos domiciliarios.³⁸³ Esto se explica desde una concepción que entiende la criminalidad como un problema social, donde el poder público debe intervenir para remover las condiciones que posibilitan el hecho criminal.³⁸⁴

³⁸¹ MAPELLI (1983): 20.

³⁸² Esto se puede ver reflejado cuando la autoridad traspasa, de manera consciente, el límite de lo tolerable para intervenir en la esfera privada de los reclusos, véase FEIJOO (2014): 152.

³⁸³ Véase FERRAJOLI (1995): 409-410.

³⁸⁴ Véase MATA Y MARTÍN (2016): 205.

Con esto en juego, parece evidente que imponer un castigo sin fijar la mirada en una futura rehabilitación del reo crea un problema en la ejecución de la pena. Un castigo sin límites genera que la política criminal centre su atención en endurecer las penas asignadas a los delitos, dejando de lado la finalidad que tiene el hecho de reinsertar a los castigados en la sociedad. Precisamente, este escenario es propicio para erradicar las prácticas delictivas que motivan al condenado a reincidir en su comportamiento y, al mismo tiempo, darle una nueva oportunidad para su desarrollo humano en el medio libre.³⁸⁵

Según lo dicho hasta aquí, la resocialización no es posible comprenderla como una finalidad con un alcance unívoco. En el caso chileno, el problema que podemos avizorar es doble, ya que, por un lado, no existe una consagración constitucional de la resocialización, puesto que su reconocimiento se efectúa mediante la Ley de Gendarmería como una de las finalidades de la Administración Penitenciaria (artículo 1°) y; por otro lado, la Ley no fija un contenido claro, ni establece elementos precisos que sean útiles para cercar su contenido. Esta dificultad produce que el alcance de la resocialización se pueda reducir a la interpretación adoptada por los tribunales cuando resuelven este tipo de asuntos.

4.2. Umbral de exigencia en las relaciones penitenciarias

En el ámbito del derecho administrativo las obligaciones no son uniformes. Los sectores regulados son numerosos y el funcionamiento en cada uno de ellos es diferenciado. El interés público que se debe satisfacer recae sobre aspectos particulares. Por lo tanto, la diligencia empleada en cada servicio público debe evaluarse según las obligaciones que se exigen para cada repartición. Por ejemplo, la sanidad pública protege la salud de la población, las fuerzas armadas resguardan la seguridad nacional y el registro civil ordena y sistematiza el estado civil de las personas naturales. En el ámbito penitenciario, la finalidad o interés que persigue Gendarmería es vigilar y promover la reinserción social de las personas presas.

El estándar de diligencia que debe cumplir la Administración Penitenciaria se basa en las obligaciones específicas que derivan de su funcionamiento. Como en nuestro país la responsabilidad del Estado es por falta de servicio, las actuaciones administrativas deben ser evaluadas según las dimensiones de este título de imputación. Los tribunales juzgan la diligencia de Gendarmería en atención a su funcionamiento, esto es, si es que la actuación

³⁸⁵ Véase BERGALLI (2003): 57-58.

fue defectuosa, tardía o no se prestó debiendo prestarse. Todas estas variantes son causales para imputar responsabilidad a la Administración Penitenciaria.

Ahora bien, el funcionamiento de este servicio público se explica a partir de las obligaciones que tiene el Estado en materia de ejecución de la pena. En Chile, estas se encuentran consagradas en la Ley y el Reglamento. En un primer conjunto de deberes, encontramos que la Ley Orgánica indica que la Administración Penitenciaria tiene la obligación de “atender, vigilar y contribuir a la reinserción social de las personas privadas de libertad” (artículo 1°). Un segundo conjunto de deberes se encuentra regulado en el Reglamento, consagrando que los internos se encuentran en una relación de derecho público respecto del Estado; de manera que fuera de los derechos perdidos o limitados por una condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres (artículo 2°). Esto se traduce en que la Administración Penitenciaria debe procurar la realización efectiva de los derechos compatibles con la condición del interno; por lo que Gendarmería debe entregar un trato digno a aquellas personas privadas de libertad (artículo 5°, inc. 2°).

El conjunto de deberes identificados exige que el Estado cumpla una función diferenciada. Esto se explica por la relación de derecho público que existe entre los reclusos y la Administración Penitenciaria, ya que el interno queda inserto en la esfera organizativa de Gendarmería, sometido a un régimen jurídico que restringe su libertad personal, pero que mantiene la expectativa de garantizar aquellos derechos que no fueron cercenados producto de su imposición. Para comprender este marco deberes, sigo la distinción trazada entre deberes de custodia y deberes de resguardo.³⁸⁶

4.2.1. Deberes de custodia

Los deberes de custodia están representados por las obligaciones que velan por el cumplimiento efectivo de la pena.³⁸⁷ La lectura de la Ley de Gendarmería evidencia que las obligaciones que se originan en este ámbito están destinadas a atender y vigilar la estadía de las personas privadas de libertad en la cárcel. Esto significa contar con una infraestructura adecuada para el confinamiento de los condenados, así como también con personal suficiente

³⁸⁶ Sobre esta distinción, el trabajo realizado por CASTRO *et al* (2010) fue iluminador para modelar el conjunto de deberes penitenciarios en el ámbito del derecho administrativo.

³⁸⁷ En estos términos, véase POBLETE (2019): 27.

y capacitado para su vigilancia. Estos aspectos son relevantes cuando los tribunales evalúan la diligencia de las actuaciones penitenciarias.

Sin embargo, una dificultad que se presenta en este tipo de obligaciones es su generalidad. Con esto me refiero a lo complejo que resulta definir la exigencia exacta a la que se somete Gendarmería. Satisfacer el umbral del interés público comprende el cumplimiento de las actuaciones que impone la Ley y el Reglamento, así como también aquellas actuaciones que el contexto exige a los gendarmes. No se establece de manera exacta cómo los funcionarios deben evitar o terminar con una riña, aunque parece razonable intervenir en dicha situación causando el menor daño posible a quienes participan de la trifulca.

Sobre este deber, podemos señalar que la Administración Penitenciaria debe velar por el respeto del régimen penitenciario. Las medidas disciplinarias encuentran sustento en el conjunto de normas que están destinadas a mantener una convivencia pacífica y ordenada de las personas dentro de las cárceles (artículo 24 del Reglamento); asimismo Gendarmería debe cuidar porque los internos respeten los reglamentos de orden y disciplina, sanidad e higiene, además de conservar con cuidado las instalaciones del establecimiento, utensilios y vestuario que eventualmente les sean proporcionados (artículo 26 del Reglamento). Por último, el servicio público debe dotar de una ficha individual a cada preso, teniendo como finalidad la identificación y registro de estos, así como la aplicación de un tratamiento penitenciario diferenciado. En esta ficha, se detallan los datos personales, procesales, de salud, educación, trabajo, conductuales, psicológicos y sociales, y todo otro dato relevante sobre la vida penitenciaria de los internos (artículo 26, inc. 2° del Reglamento).

Cada una de las medidas reglamentarias proporcionan elementos que permiten dar contenido al deber de custodia. En estos términos, podemos conceptualizar el deber de custodia como la obligación que tiene Gendarmería de vigilar a los condenados para el cumplimiento efectivo de la pena dispuesta en la sentencia judicial, ofreciendo una estadía con una infraestructura carcelaria adecuada en lo que concierne a habitación e higiene, así como también un despliegue suficiente de funcionarios capacitados para atender las necesidades y los eventos que se presentan al interior del recinto carcelario.

4.2.2. Deberes de resguardo

Los deberes de resguardo están representados por el grupo de obligaciones que incorporan medidas para proteger los derechos penitenciarios.³⁸⁸ En virtud de estas obligaciones, la Administración Penitenciaria tiene que asegurar condiciones de vida que no mermen el ejercicio de los derechos y libertades que no han sido restringidos producto de la privación de libertad. Conjugar el deber de custodia y resguardo impone un doble esfuerzo de Gendarmería, que no tan solo tiene que preocuparse de vigilar a los reclusos para que cumplan efectivamente la pena, sino que también adoptar medidas tendientes a prevenir daños, que pudieran ocurrir por abusos de los mismos funcionarios, por riñas entre internos, así como también por actos suicidas.

En este sentido, entregar un trato digno a los reclusos obliga a la Administración Penitenciaria a adoptar una serie de medidas que promuevan el cumplimiento de su finalidad principal: la resocialización. Para CARNEVALI y MALDONADO, esta finalidad se vincula con el desarrollo de la acción educativa de los sentenciados durante la pena privativa de libertad, aunque la expresión *acción educativa*, según los autores, “se utiliza específicamente en referencia al denominado *proceso de reinserción social*, ofreciendo una conceptualización que implícitamente se enmarca en una perspectiva tradicional del *tratamiento*, donde el condenado es comprendido como un individuo que padece déficits de formación personal y que, por ello, requiere que la actuación penitenciaria enfoque los esfuerzos vinculados a socialización en acciones que son asumidas como parte de su *educación* como persona.”³⁸⁹ Por lo que el proceso educativo no se relaciona con actividades de formación escolar, sino que más bien con actividades destinadas a disminuir el compromiso delictivo de los condenados, entregando una cierta estructura personal.³⁹⁰

Esta manera de perfilar la reinserción social fija un conjunto de acciones que debe llevar a cabo Gendarmería para cumplir con el deber de resguardo. El marco normativo establece una serie de medidas que permiten a los reclusos asemejar, en algo, la privación de libertad con el mundo exterior a través de medidas que buscan proteger aquellos derechos penitenciarios. Así, la normativa regula el régimen cotidiano y laboral, estableciendo un

³⁸⁸ En estos términos, véase POBLETE (2019): 28.

³⁸⁹ CARNEVALI Y MALDONADO (2013): 390.

³⁹⁰ En resumidas cuentas, lo que se persigue con la resocialización es remover o neutralizar los factores que han llevado a delinquir al delincuente. Véase CARNEVALI Y MALDONADO (2013): 391.

horario similar al del medio libre, con horarios de inicio y término de la jornada laboral diaria, y de alimentación; se garantizan espacios de esparcimiento y formación, destinando al menos ocho horas diarias para el descanso y ofreciendo actividades tanto recreativas como culturales (artículo 27 del Reglamento). También se hace efectivo el ingreso o traslado a módulos o pabellones especiales a aquellos internos cuya situación haga necesaria la adopción de medidas dirigidas a garantizar la vida e integridad física o psíquica de las personas y el orden y seguridad del recinto penal (artículo 28 del Reglamento). Por último, se regulan beneficios intrapenitenciarios, como los permisos de salida que forman parte de la reinserción social, entregando gradualmente mayores espacios de libertad, como sería el caso de la salida dominical (artículo 96 del Reglamento).

En este orden de ideas, el deber de resguardo puede definirse como la obligación que tiene Gendarmería de garantizar la capacidad jurídica de las personas privadas de libertad, mejorando las condiciones de vida en la cárcel mediante la implementación de medidas que promuevan la reinserción social. Se presenta como un complemento del deber de custodia, porque busca proteger la capacidad jurídica de personas que se encuentran en una posición jurídica desmejorada.

En este sentido, la ley penitenciaria refleja una arista igualitaria porque busca garantizar a los reclusos un acceso permanente a un conjunto de medidas resocializadoras, reduciendo su compromiso delictual y proveyendo de ciertas herramientas básicas para su retorno a la sociedad. Esto permite reafirmar la idea de que los tribunales poseen una carga argumentativa reforzada porque tienen que integrar los deberes de custodia y resguardo al juicio de imputación de responsabilidad. En este escenario, los jueces tienen que evaluar la actividad penitenciaria en razón de la vigilancia que se ejerce en un espacio físico determinado y en relación a las condiciones materiales que hacen digna la vida de los reclusos dentro de la cárcel. Sin duda que este ejercicio de interpretación judicial despeja rasgos de subordinación injustificados en el ámbito carcelario.

5. Criterios jurisprudenciales para un estándar de diligencia penitenciario

En esta última parte, analizo la diligencia de la Administración Penitenciaria mediante algunas sentencias pronunciadas por la Tercera Sala de la Corte Suprema. Para ello distingo algunos criterios utilizados por la Corte para resolver la falta de servicio en materia carcelaria.

Identifico tres criterios³⁹¹: el criterio de la prevención, que se vincula con las acciones u omisiones de Gendarmería para evitar eventos dañosos, ya sea requisando, allanando, incautando o vigilando de manera habitual el recinto; el criterio del auxilio adecuado, que constata la diligencia de Gendarmería una vez ocurrido el hecho dañoso, socorriendo oportunamente a la víctima, ya sea trasladando a un recinto asistencial o entregando las medicaciones correspondientes y; el criterio de la protección igualitaria, que evalúa las actuaciones penitenciarias en razón de la protección de derechos penitenciarios, incorporando en su argumentación aspectos que dan cuenta de medidas a favor de la resocialización.

5.1. Criterio de la prevención

En *Sepúlveda con Fisco de Chile (2019)*, el demandante alega falta de servicio de Gendarmería por la muerte del recluso Juan Castillo, quien se encontraba cumpliendo pena privativa de libertad en el Centro de Cumplimiento Penitenciario Biobío. Los hechos señalan que el día 02 de octubre de 2014, el interno Castillo protagoniza una riña en el comedor de la cárcel con otro recluso, quien le propina heridas torácicas graves que provocaron la muerte de Castillo. Una controversia central en este caso es que el circuito de televisión que vigila ese espacio común no logró captar la riña en el momento que se originó.³⁹²

Según estos antecedentes, la Corte Suprema estima que la actuación de Gendarmería es negligente. Si bien, en un primer momento está de acuerdo con que la Administración Penitenciaria no cuenta con los recursos humanos para vigilar a cada uno de los miembros de la población penal, esta sí debería contar con otros mecanismos para prevenir o detectar a tiempo hechos que pudiesen ser dañosos para los reclusos. En este sentido, la Corte es enfática en señalar que el sistema de vigilancia por cámaras de seguridad debía estar funcionando adecuadamente en uno de los espacios comunes donde habitualmente comparten los presos: el comedor del módulo. De haber contado con un sistema de televigilancia eficiente y correctamente diseñado, se hubiese alertado oportunamente de la riña que condujo a la muerte del recluso.³⁹³

³⁹¹ Prevengo que la clasificación ofrecida es provisoria. Asimismo, por razones de extensión temática dejo fuera del análisis el criterio de la prueba.

³⁹² Corte Suprema, rol N°55-2018, 25 de febrero de 2019. Considerando quinto.

³⁹³ Corte Suprema, rol N°55-2018, 25 de febrero de 2019. Considerando décimo quinto.

5.2. Criterio del auxilio adecuado

En *Olmedo con Fisco de Chile (2015)*, la parte demandante alega falta de servicio de Gendarmería por los perjuicios que padecieron como consecuencia del fallecimiento de Richard Olmedo. Los hechos establecidos por la Corte señalan que el día 14 de octubre de 2012 el recluso Olmedo recibió heridas torácicas por arma blanca en medio de una riña protagonizada con otro recluso. Minutos después fue trasladado al Hospital San Martín de Quillota, donde habría muerto producto de las lesiones graves con las que había llegado. Según los antecedentes del caso, el servicio público habría realizado las revisiones previas necesarias y presado auxilio oportuno después de haberse desencadenado la riña. Por su parte, la sentencia constata un hecho relevante para la causa: el momento en que ocurre la riña era justo el horario de colación de los funcionarios y de visita a los reclusos.³⁹⁴

Con estos antecedentes, la Corte evalúa la actuación de Gendarmería mediante un análisis que involucra los recursos materiales y humanos desplegados. En la sentencia se logra identificar que la actuación de los gendarmes es acorde con las obligaciones legales y reglamentarias; además, la prudencia con que actúan los funcionarios se ve reflejada antes, durante y después del evento dañoso. Antes de la riña, se realizaron todas las revisiones, requisas y allanamientos que habitualmente se realizan en el penal. Durante la riña, el personal se encontraba repartido en el casino para la respectiva colación y el espacio para que los reclusos recibieran a sus visitas. Sobre esto último, la Corte coloca énfasis en señalar que no resulta previsible que en horario de visita los reclusos incurran en este tipo de indisciplinas. Después de ocurrida la riña, el personal penitenciario trasladó de manera oportuna a Olmedo a un centro de salud para ser asistido. Por lo tanto, no resulta razonable exigir a Gendarmería mantener una vigilancia absoluta, a cada instante del día y la noche, proporcionando personal para custodiar de manera personalizada a la población penal.³⁹⁵

Finalmente, la Corte estimó que Gendarmería actuó de manera diligente. En este sentido, la exigencia de velar por la vida y la integridad física de los reclusos, proyectando el deber de resguardo, puede verse satisfecho en la medida que el servicio público adoptó todas

³⁹⁴ Corte Suprema, rol N°6530-2015, 14 de septiembre de 2015. Considerando quinto.

³⁹⁵ Corte Suprema, rol N°6530-2015, 14 de septiembre de 2015. Considerando sexto.

las medidas legales y reglamentarias impuestas y, además, actuó con prudencia en un momento del día en que normalmente no ocurre este tipo de episodios dañosos.

5.3. Criterio igualitario

Sobre el criterio igualitario, recuérdese cuando en el capítulo I fue citado *Cerro Chuño*. En este caso, la Corte Suprema atribuyó responsabilidad estatal porque el Servicio de Salud de Arica no adoptó las medidas sanitarias adecuadas para el tratamiento de los residuos tóxicos que fueron acopiados en lugares aledaños a víctimas catalogadas como vulnerables o desaventajadas. La Corte estimó que la decisión administrativa constituyó una exposición al riesgo desproporcionada y una afectación a la indemnidad de estas personas, de tal forma que se constituye por sí misma como suficiente para la concurrencia de la falta de servicio; más aún si la protección de la salud es una función central de la autoridad sanitaria.

Este caso marca un hito jurisprudencial para la incorporación de una dimensión garantista en las obligaciones de los servicios públicos. En la actividad penitenciaria, esta tendencia se logra evidenciar cuando Gendarmería incumple una obligación y causa daños injustificados sobre un grupo de personas que se encuentra en una situación desfavorecida: los privados de libertad. Se verá que, en algunos casos, la argumentación de la Corte considera aspectos relacionados con la atención y custodia de la población penal, mientras que en otros se podrá apreciar que la Corte identifica situaciones de desventaja injustificada que son objeto de protección diferenciada (igualitaria). En este último conjunto de casos, la argumentación de la Corte ahonda en los deberes de resguardo de la Administración Penitenciaria, principalmente, cuando se trata de la protección de la vida, integridad física, salud y privacidad de los reclusos.

En *Rebolledo con Fisco de Chile (2015)*, la Corte Suprema analiza los hechos desde el criterio de la prevención, pero con algunas variables que nos permiten comprender dimensiones generales de la protección igualitaria. En este caso, el recluso José Gutiérrez falleció a causa de una herida penetrante producida por un arma blanca en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Concepción.³⁹⁶ Según el establecimiento de estos hechos, la Corte Suprema estima que no existe falta de servicio porque no se logra comprobar que Gendarmería no cumplió con el estándar de diligencia impuesto. A continuación, la sentencia

³⁹⁶ Corte Suprema, rol N°32.118-2014, 30 de septiembre de 2015. Considerando segundo.

indica que el estándar de la falta de servicio permite la formulación de reglas de deberes de actuación en concreto que, si no se cumplen permiten calificar de antijurídica una actuación. Sin embargo, la falta de diligencia en este caso no logra ser acreditada y, por lo tanto, no se puede imputar el daño sufrido por la demandante a Gendarmería ante cualquier evento que ocurre dentro del establecimiento penitenciario.³⁹⁷

La sentencia citada resulta relevante porque analiza el estándar de diligencia y su vinculación con los deberes de cuidado. Una primera relación que hace la sentencia es entre estándar de diligencia y falta de servicio. La Corte Suprema estima que la falta de servicio es un estándar de comportamiento que sirve de medida para determinar si la actuación de Gendarmería es diligente o negligente. En razón de ello, los elementos que utiliza para determinar la superación del umbral exigido es el conjunto de deberes impuestos legal y reglamentariamente. Sin perjuicio de ello, y como segundo aspecto importante, la Corte señala que el estándar de la falta de servicio permite la formulación de reglas de deberes de actuación en concreto. Sobre esta materia, CORDERO señala que “los parámetros o criterios de comportamiento no son el mero cumplimiento de las obligaciones legales, sino el cumplimiento adecuado de las mismas.”³⁹⁸ Esto se vincula con la idea que la Administración, en general, tiene que actuar ante la incapacidad de la norma jurídica para resolver los casos que se presentan ante ella.

Según dichas consideraciones, se espera que la Administración Penitenciaria termine el cuadro regulativo de sus obligaciones mediante la discrecionalidad administrativa, cuyo límite sería la razonabilidad.³⁹⁹ De esta forma, para que la Corte evalúe correctamente el marco de deberes penitenciario tiene que aplicar estándares de diligencia diferenciados para catalogar las actuaciones penitenciarias. Como el Reglamento regula con abundancia el poder disciplinar de Gendarmería, el examen de la Corte sobre el deber de custodia no presenta mayores dificultades.

Sin embargo, en el caso de los deberes de resguardo, el Reglamento regula escasamente la protección de derechos penitenciarios y las medidas para lograr la reinserción social. Frente a este escenario, las decisiones judiciales que utilizan un criterio de distribución igualitario favorecen el restablecimiento de la desventaja injustificada que un modelo

³⁹⁷ Corte Suprema, rol N°32.118-2014, 30 de septiembre de 2015. Considerando sexto

³⁹⁸ CORDERO (2017): 96-97.

³⁹⁹ En estos términos, véase HUEPE (2018): 103.

correctivo no logra reparar. Por esa razón, analizo algunas sentencias que contienen pasajes argumentativos donde es posible robustecer el alcance de los deberes de resguardo. Esto no quiere decir que, de manera consciente y deliberada, la Corte adopte una perspectiva igualitaria. En estricto rigor, el tenor de las sentencias indica que la argumentación de la Corte provee de una protección jurídica diferenciada a los privados de libertad, en especial, cuando se encuentran en una situación que agrava la posición dentro de la cárcel.

5.3.1. Protección jurídica diferenciada

La normativa penitenciaria no regula de manera específica la responsabilidad del Estado. A diferencia de otros ámbitos, como el municipal o sanitario (GES), la noción *falta de servicio* es evaluada según la terminología general de la Ley de Bases. No obstante, dicha situación no impide que el estatus de especialidad se encuentre presente en la actividad penitenciaria. El estándar de la falta de servicio requiere una relación entre los principios generales de la Ley de Bases y las reglas que provee la normativa específica en esta materia.⁴⁰⁰ En razón de este vínculo, resulta posible argumentar que el sistema de imputación de responsabilidad en contextos carcelarios tiene un rasgo diferenciador en relación al contenido general de la Ley de Bases. La diferencia radica en la necesidad de reforzar y consagrar derechos penitenciarios reconocidos a propósito del cumplimiento de la pena.

El ordenamiento jurídico reconoce que la privación de libertad es la sanción más gravosa de todas. Por esa razón intenta mitigar el impacto que produce la estadía en la cárcel mediante la imposición de deberes administrativos que garanticen ciertas condiciones de vida digna dentro del penal. Ante dicha explicación, el juez tiene que resolver los casos de falta de servicio en contextos carcelarios contemplando los deberes de resguardo de Gendarmería. Como se dijo previamente, esta es una propuesta interpretativa y no representa una realidad judicial, ni menos una línea jurisprudencial dominante o constante. Aunque, habría buenas razones para pensar que la tendencia va en ese camino debido a sentencias dictadas con atisbos de protección igualitaria. Algunas de ellas, serían las siguientes.

⁴⁰⁰ Según ZORZETTO, para que una norma sea especial respecto de otra norma, es necesario identificar previamente en cada norma, al menos un elemento que se encuentre en relación de especie a género y viceversa. Además, exige identificar previamente una o más diferencias específicas relevantes entre ambas normas. En este sentido, las normas jurídicas en el ámbito carcelario se presentarían como especiales, respecto de las normas generales contenidas en la Ley de Bases. Una explicación sistematizada de la distinción entre la relación de especialidad entre normas y la relación de género a especie, véase en ZORZETTO (2013): 389-396.

En *Cuneo con Fisco de Chile (2012)*, la parte demandante alega falta de servicio de Gendarmería de Chile por no haber advertido las circunstancias en que se inicia el fuego en la celda de aislamiento donde se encontraba el recluso Ángel Cuneo. Para la Corte Suprema, los hechos del caso señalan que el 22 enero de 2005 el recluso Cuneo fue ingresado a una celda de aislamiento que compartía con otro recluso. Momentos después se inició un incendio que afectó el colchón, la vestimenta y el cuerpo de Cuneo. Posterior a ello, el recluso fue trasladado al Hospital Van Buren donde, el 27 de enero, fallece producto de las graves quemaduras que había sufrido durante el incendio.⁴⁰¹

Sobre estos hechos, la Corte Suprema evalúa la diligencia con que actúa Gendarmería. El criterio de la prevención resulta central en el análisis de la Corte, toda vez que el servicio público debió haber realizado las acciones tendientes a evitar que ocurriera el incendio. Incluso, el hecho que agrava la falta es que el fallecimiento de la víctima se debió a las quemaduras que sufrió en una celda de aislamiento, lugar altamente vigilado. Por lo tanto, cualquiera que haya sido el origen del siniestro demuestra que los controles no fueron eficientes para evitar el ingreso de elementos incendiarios.⁴⁰²

También, la sentencia hace alusión al deber de resguardo que tiene la Administración Penitenciaria. La Corte establece que Gendarmería tiene la obligación de velar por la vida y seguridad de los internos, cuestión que en los hechos no sucedió, pues no se tomaron las medidas adecuadas para impedir los daños sufridos.⁴⁰³ Un aspecto que resulta importante para la Corte es el hecho que las celdas aisladas están destinadas para que una persona se encuentra sola en ella y no, como ocurre de manera irregular, sea compartida con otra. Esto genera hacinamiento y la posibilidad de que se ingresen elementos peligrosos a la celda.⁴⁰⁴

Según lo señalado, la Corte declara como negligente la actuación de Gendarmería. Las razones se resumen en los daños causados por el servicio público y en la imposibilidad de cumplir con un proceso socializador efectivo. La Corte acreditó que Gendarmería ubicó a dos reclusos en una misma celda de aislamiento, lo cual constituye una medida disciplinar irregular que origina peligro para la vida y la seguridad de la población penal. Esto trae consigo la desprotección de derechos penitenciarios (tales como la protección de la salud y

⁴⁰¹ Corte Suprema, rol N°574-2010, 09 de agosto de 2012. Considerando sexto.

⁴⁰² Corte Suprema, rol N°574-2010, 09 de agosto de 2012. Considerando trigésimo octavo.

⁴⁰³ Corte Suprema, rol N°574-2010, 09 de agosto de 2012. Considerando cuadragésimo cuarto.

⁴⁰⁴ Corte Suprema, rol N°574-2010, 09 de agosto de 2012. Considerando cuadragésimo quinto.

la asistencia médica oportuna), los cuales son exigibles a la Administración Penitenciaria en atención al deber de resguardo impuesto.

En el caso *Herrera con Fisco de Chile (2012)*, la parte demandante alega negligencia de Gendarmería de Chile pues prestó asistencia médica tardía al recluso Luis Herrera Gavilán. Los hechos establecidos de la causa señalan que el recluso fue diagnosticado con un tumor en la pierna izquierda en mayo de 2002. Cinco meses después, en octubre de 2002, se facilitaron los exámenes de imágenes para la revisión del médico tratante, y en febrero de 2003, nueve meses después del diagnóstico, se llevó a cabo la biopsia. La parte demandante alegó que Gendarmería no prestó la asistencia médica que debía haber prestado según sus obligaciones normativas. La distancia temporal entre la identificación del tumor y la revisión de los exámenes fue de nueve meses, tiempo suficiente para que al recluso Herrera le tuvieran que amputar su pierna izquierda.⁴⁰⁵

En este escenario, la Corte Suprema revisó las obligaciones a las cuales se encontraba sometido Gendarmería de Chile. La sentencia señala que Gendarmería no tan solo es responsable de la vigilancia de los internos, sino que también de su integridad física, salud y vida en virtud de sus obligaciones legales y reglamentarias. A su vez, en el texto podemos identificar que la resolución adoptada esboza los criterios del auxilio adecuado y de la protección igualitaria. Sobre el auxilio adecuado, el tribunal constata que la Administración Penitenciaria no cumplió con la obligación de prestar la asistencia médica oportuna, demorándose más de un año en el traslado del paciente desde el centro de cumplimiento penitenciario al Hospital San José. Peor aún, después del traslado, y constatada la gravedad del tumor encontrado, se demoraron cinco meses en realizar exámenes y nueve meses más en efectuar la respectiva biopsia, todo ello con carácter de urgente.⁴⁰⁶

Respecto de la protección igualitaria, la sentencia se hace cargo de los deberes de resguardo de Gendarmería. Es elocuente cuando indica que garantizar la integridad física de Herrera significa no tan solo que este salga en libertad después de cumplir la condena impuesta, sino que lo haga en condiciones de vida sana, y no con una pierna menos producto de una negligencia de Gendarmería.⁴⁰⁷ El hecho de encontrarse en una relación de derecho público, donde los reclusos están en una posición de desventaja, refuerza la idea que la

⁴⁰⁵ Corte Suprema, rol N°2618-2012, 28 de diciembre de 2012. Considerando vigésimo segundo.

⁴⁰⁶ Corte Suprema, rol N°2618-2012, 28 de diciembre de 2012. Considerando vigésimo noveno.

⁴⁰⁷ Corte Suprema, rol N°2618-2012, 28 de diciembre de 2012. Considerando vigésimo octavo.

Administración Penitenciaria debe cumplir con las obligaciones impuestas en materia de protección de derechos y en la reincorporación social del condenado, quien no puede ejercer trabajos que involucren traslados físicos.⁴⁰⁸ En atención a ello, la Corte estima que las actuaciones administrativas no pueden ser catalogadas como diligentes, y, por lo tanto, Gendarmería incurriría en falta de servicio.

En estos casos, la incorporación del deber de resguardo al juicio de responsabilidad tiene un impacto directo en la argumentación de los tribunales para determinar la diligencia de la Administración Penitenciaria. El umbral de exigencia aumenta porque no tan solo se tiene que velar por la vigilancia de la población penal, sino que también se debe propender a generar condiciones aptas dentro del penal para promover una reinserción social efectiva. El reconocimiento de derechos penitenciarios, como una forma de protección jurídica diferenciada, supone que los daños generados en dicha esfera no tienen que ser tolerados por los internos.

5.3.2. Situaciones agravadas dentro de la cárcel

Sin perjuicio de los casos revisados previamente, existirán situaciones que agravan aún más la posición de las personas privadas de libertad. En esta última parte del capítulo, identifiqué dos hipótesis: el contagio masivo de la población penal y la muerte fetal por un embarazo de alto riesgo.

Respecto al primer caso, en *Del Solar con Consejo de Defensa del Estado (2013)*, la negligencia recae sobre el contagio masivo de la población carcelaria. En particular, la familia del interno Pablo Vidal alega falta de servicio de Gendarmería porque no tomó los resguardos suficientes para evitar el contagio de virus hanta dentro del Centro Penitenciario El Manzano. Según indagaciones del servicio de salud, se constató la existencia de restos de basura, excrementos y ratones muertos en el perímetro de la cocina. Además, se verificó que no se adoptaron las medidas indicadas por la autoridad sanitaria para controlar roedores con hanta cuando se efectuó el desmalezamiento y la desratización del perímetro.⁴⁰⁹

Los argumentos expuestos por la Corte sostienen que Gendarmería no cumplió con la obligación de implementar medidas sanitarias, ni tampoco dio un trato digno a los reclusos.

⁴⁰⁸ Corte Suprema, rol N°2618-2012, 28 de diciembre de 2012. Considerando trigésimo.

⁴⁰⁹ Corte Suprema, rol N°9369-2011, 13 de mayo de 2013. Considerando tercero.

Esto refleja que la negligencia de Gendarmería se produjo cuando no cumplió con las recomendaciones realizadas por la autoridad sanitaria, puesto que no implementó ningún plan de desratización idóneo ante la presencia de roedores portadores del virus hanta. Al contrario, mantuvo precarias condiciones de higiene y sanitización que permitieron el ingreso de estos roedores al establecimiento carcelario.⁴¹⁰ Según la Corte, esto refuerza la idea de que Gendarmería no mantuvo un espacio que reuniera adecuadas condiciones de higiene y salubridad, y, por lo tanto, incumplió su deber de entregar un trato digno a los internos, atendiendo a la condición humana de los mismos.⁴¹¹

La sentencia muestra que la argumentación de la Corte tiende a proteger al interno Vidal, en particular, y la población penal, en general. Desde la posición del recluso muerto, la Corte estima que el incumplimiento de las condiciones sanitarias afecta directamente la dignidad de las personas que se encuentran reclusas. Esto refleja que las dimensiones del deber de resguardo, alcanza el ámbito de la dignidad de los reclusos. En este caso, la obligación de Gendarmería no es otra que prestar la debida atención de salud para que los internos puedan vivir de manera digna dentro del penal. En estos términos, el incumplimiento de esta dimensión del deber de resguardo, supone la falta de servicio de la Administración Penitenciaria.

En cuanto al segundo caso, en *García con Gendarmería de Chile (2020)*, la negligencia recae sobre una mujer embarazada que se encuentra presa. Se resaltan todos estos aspectos porque dentro de la cárcel conviven distintos grupos que no tan solo tienen someterse a la disciplina de una cárcel, sino que también cargan con la desventaja de pertenecer a un grupo socialmente desfavorecido. En particular, se trata de la subordinación ejercida por el patriarcado y que históricamente han sufrido las mujeres en nuestra sociedad.⁴¹² De esta forma, identificar las diferencias dentro de la cárcel mediante el particularismo y la interseccionalidad permite profundizar en aquellas desigualdades que ocurren al interior de grupos subordinados y oprimidos que se autodefinen como no hegemónicos.⁴¹³ En estas situaciones, se esperaría que el control judicial contemplara dichas consideraciones para determinar la diligencia de la actividad penitenciaria.

⁴¹⁰ Corte Suprema, rol N°9369-2011, 13 de mayo de 2013. Considerando sexto.

⁴¹¹ Corte Suprema, rol N°9369-2011, 13 de mayo de 2013. Considerando octavo.

⁴¹² Una explicación extendida que da cuenta de la subordinación que sufren las mujeres por causa del patriarcado, puede encontrarse en ESPARZA (2017): 93-111.

⁴¹³ En estos términos, véase VILLAVICENCIO (2018): 67-70.

En *García con Gendarmería de Chile (2020)*, la Corte Suprema resuelve el caso aplicando un razonamiento que justifica aún más la aplicación del criterio igualitario. Los hechos establecidos indican que Maritza García ingresó al Centro de Orientación femenina el día 22 de diciembre de 2010, período en el que ya tenía 5 meses de embarazo, y cuyo estado era delicado puesto que había sido declarado un embarazo de alto riesgo por tratarse de una paciente con diabetes gestacional descompensada y obesidad mórbida. Para mayor atención y seguridad es trasladada a un módulo especial donde se encuentran las mujeres embarazadas. Días antes del parto programado, la demandante fue a control médico y, luego de una ecografía, el médico constató que había muerte fetal, y fue extraído ese mismo día.⁴¹⁴

En la sentencia de reemplazo, la Corte Suprema concluye que Gendarmería actuó de manera negligente. Los argumentos que entrega intentan dar cuenta de las obligaciones de vigilancia y protección de derechos carcelarios. Respecto de estos últimos, se establece que la protección jurídica de la vida, integridad física y salud alcanza tanto a la reclusa embarazada como al que está por nacer.⁴¹⁵ Los antecedentes y las pruebas rendidas logran acreditar que el embarazo de la reclusa era de alto riesgo y, en virtud de ello, Gendarmería debía dar atención adecuada y oportuna.⁴¹⁶ Lo que refleja la negligencia del servicio público es la inexistencia de un tratamiento médico adecuado para la condición que presentaba la reclusa, puesto que no se logró identificar el registro de insulina administrado diariamente, exámenes o medición de glicemia y tampoco un régimen de comidas para diabéticos.⁴¹⁷

Los antecedentes expuestos demuestran que Gendarmería actuó por debajo del estándar que le era exigido ante el embarazo de alto riesgo de la demandante. El personal actuó durante su privación de libertad y estado de gravidez, con una actitud omisiva y de total falta de diligencia, puesto que no se cumplió con el deber jurídico de cuidado de la salud de la reclusa García ni de su hijo que estaba por nacer.⁴¹⁸ En este caso, la argumentación de la Corte refleja una perspectiva igualitaria, ya que considera que la condición de mujer embarazada y diabética de la reclusa es objeto de un tratamiento médico diferenciado,

⁴¹⁴ Corte Suprema, rol N°384-2019, sentencia de casación, 19 de junio de 2020. Considerando tercero.

⁴¹⁵ Corte Suprema, rol N°384-2019, sentencia de reemplazo, 19 de junio de 2020. Considerando cuarto.

⁴¹⁶ Corte Suprema, rol N°384-2019, sentencia de reemplazo, 19 de junio de 2020. Considerando octavo.

⁴¹⁷ Corte Suprema, rol N°384-2019, sentencia de reemplazo, 19 de junio de 2020. Considerando décimo.

⁴¹⁸ Corte Suprema, rol N°384-2019, sentencia de reemplazo, 19 de junio de 2020. Considerando décimo segundo.

distinto de aquellos tratamientos que habitualmente son empleados en los recintos de salud y que son aplicados a personas que se encuentran fuera de la cárcel.

6. Recapitulación

El objetivo del presente capítulo es mostrar el lugar que ocupa el ideal igualitario en los estándares de diligencia de las relaciones jurídicas penitenciarias. Para alcanzar esa meta se abordaron los siguientes temas:

Primero, se efectuó un análisis conceptual de las relaciones jurídicas penitenciarias. Para una comprensión correcta de este vínculo jurídico, no tan solo deben comprenderse el reconocimiento de derechos penitenciarios, la intervención de la Administración Penitenciaria mediante el principio de legalidad y el control judicial de los tribunales de justicia, sino que también la especificación de los derechos de los reclusos y los deberes de la Administración Penitenciaria.

En segundo lugar, se identificaron rasgos sobre los cuales podemos sostener que las personas privadas de libertad son un grupo desaventajado. En este punto, se constató una contradicción entre la protección jurídica ofrecida por la reglamentación penitenciaria y la escasa regulación legal y constitucional en esta materia. Esta incertidumbre jurídica acusa la incapacidad de ejercer derechos en un contexto donde, según la concepción moderna de las relaciones penitenciarias, es posible hacerlo. Precisamente, la desprotección de derechos penitenciarios y el difuso alcance de las funciones estatales, produce una desventaja en la población penal, la cual se refleja con la profunda subordinación que experimentan respecto del Estado y la marginación social causada por la ausencia de medidas que propendan a su reinserción social.

En tercer lugar, se constata que la desventaja puede ser combatida mediante la aplicación de estándares de protección variables. La justificación para incorporar dosis de ideal igualitario es la posición desaventajada de los reclusos en atención a su estatus jurídico diferenciado y al difuso alcance punitivo del Estado. Para determinar el umbral de exigencia penitenciario, distingo entre deberes de custodia, vinculados con la obligación de vigilar la estadía de los condenados dentro del establecimiento penitenciario, y deberes de resguardo, vinculados con la obligación de garantizar la capacidad jurídica de la población carcelaria y

la implementación de medidas igualitarias para disminuir el compromiso delictivo del condenado.

Finalmente, se estudió un conjunto de sentencias para determinar la manera en que la Corte Suprema chilena ha decidido los casos sobre responsabilidad del Estado por falta de servicio en materia carcelaria. Por lo general, la Corte ha decidido sobre la base de los criterios de la prevención y el auxilio adecuado. De manera menos habitual utiliza el criterio de la protección igualitaria. Si bien la Corte no profundiza sobre el criterio igualitario, se destacan aquellos casos donde resuelve mediante consideraciones diferenciadas, en especial, cuando ante eventos dañosos se protege la vida, integridad física, salud y privacidad de la población penal. De esta manera, para determinar la diligencia de la actividad penitenciaria desde una perspectiva igualitaria, resulta indispensable que la Corte evalúe los deberes de custodia y los deberes de resguardo que posee Gendarmería.

CAPÍTULO V

Los daños injustos causados por la Administración Penitenciaria

RESUMEN: El presente capítulo persigue dos objetivos: especificar los perjuicios que son objeto de indemnización y determinar las condiciones que deben cumplirse para vincular la actuación negligente de la Administración Penitenciaria con los daños sufridos por los reclusos. Para lograr esos objetivos, la investigación se divide de la siguiente manera. Primero, se delimita el concepto de daño ilegítimo de acuerdo a las particularidades del derecho administrativo y se establecen los daños que son objeto de indemnización. Segundo, se articula la causalidad de la actividad penitenciaria desde la estructura clásica seguida por el derecho de daños que distingue entre causalidad material y jurídica. Tercero, se analizan las dificultades para establecer la causalidad en los daños causados directa e indirectamente por la Administración Penitenciaria. Finalmente, se identifican las principales causas para justificar la ruptura de la relación causal en la actividad penitenciaria.

PALABRAS CLAVES: actividad penitenciaria, daños indemnizables, causalidad directa e indirecta, autolesiones, ruptura del nexo causal.

1. Presentación

Para completar el cuadro de la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio no basta con analizar la diligencia de las actuaciones administrativas. El daño y la causalidad también son requisitos del juicio de responsabilidad por culpa. La pertinencia de este análisis radica en la posibilidad de atribuir correctamente los perjuicios sufridos por el administrado. Esta manera de analizar la responsabilidad se replica en el ámbito penitenciario. Después de abordar los deberes de la Administración Penitenciaria en el capítulo IV, la investigación exige continuar la temática hacia el análisis de los daños causados en la actividad penitenciaria. Por esa razón, el presente capítulo tiene como objetivos principales: a) especificar los perjuicios que son objeto de indemnización y; b) determinar las condiciones que deben cumplirse para vincular la actuación negligente de la Administración Penitenciaria con los daños sufridos por los reclusos

Para lograr esos objetivos, la exposición de este capítulo se divide de la siguiente manera. Primero, se delimita el concepto de daño injusto de acuerdo a las particularidades del derecho administrativo y se establecen los daños que son objeto de indemnización. Segundo, se articula la causalidad de la actividad penitenciaria desde la estructura seguida por el derecho de daños que distingue entre causalidad material y jurídica. Tercero, se analizan las dificultades para establecer la causalidad en los daños causados directa e indirectamente por la Administración Penitenciaria. Entre esas dificultades se identifican las implicancias de la concurrencia de dos o más causas en la producción del daño y los límites éticos para que las actuaciones de Gendarmería no causen daños injustos en casos de autolesiones. Cuarto, se identifican los elementos que justifican hablar de causales de exoneración de responsabilidad (que pueden ser totales o parciales). Por último, se entregarán algunas consideraciones finales a modo de recapitulación.

2. El daño en la actividad penitenciaria

La tarea de conceptualizar la noción de daño resulta una empresa compleja. Dicho esfuerzo permite fijar sus propiedades y establecer su ámbito de aplicación para dilucidar la respectiva responsabilidad. Si bien no es necesario realizar un análisis conceptual profundo para seguir el argumento principal de la investigación, bien vale identificar algunas cuestiones centrales de esta institución.

Distintos ordenamientos jurídicos contemplan, a lo menos, tres maneras para fijar los daños que se originan en interacciones involuntarias. En primer lugar, existen sistemas con catálogos estrictos donde se indican qué daños son susceptibles de compensación. En estos casos, los perjuicios son indemnizados cuando se incurre de manera específica con la descripción del injusto (*tort*), en caso contrario, se trataría de un daño que la víctima tendría que tolerar.⁴¹⁹ En segundo lugar, encontramos sistemas con cláusulas generales de responsabilidad, donde la fijación del daño recae en la interpretación judicial. Estos sistemas abiertos, definen el daño de manera amplia y no existe un catálogo de daños que establezca los elementos constitutivos del injusto a resarcir.⁴²⁰ Por último, existe un sistema mixto que trata de unir los modelos antes indicados y se encuentra representado por los principios de derecho europeo de la responsabilidad civil (PETL). En ellos, la determinación del daño se encuentra condicionada por la intromisión indebida en aquellos intereses jurídicamente protegidos, según lo establecido en el art. 2:012.⁴²¹

En esta primera parte, pretendo abordar la noción de daño desde el sistema de cláusula general que contempla el régimen de responsabilidad estatal chileno. Sin perjuicio de ello, adoptaré elementos conceptuales de autores de distintas tradiciones jurídicas para justificar una aplicación general de la institución del daño en la responsabilidad del Estado en materia carcelaria. Por ello, el análisis se centrará en la determinación de los daños causados sobre las expectativas legítimas que tienen las personas privadas de libertad y cuando procede que estos sean indemnizados por el Estado.

2.1. Los daños injustos

Para COLEMAN “dañar es perjudicar los intereses legítimos de una persona, y en ese sentido agraviarla. La conducta dañosa en ese sentido crea un deber de reparar las pérdidas que se producen.”⁴²² De esta manera, el concepto de daño entregado suministra ciertas coordenadas

⁴¹⁹ En los sistemas jurídicos anglosajones es habitual encontrar este tipo de regulación específica. Véase el caso del Reino Unido en ENDICOTT (2018): 530-575.

⁴²⁰ En el caso chileno, tanto el artículo 2314 del Código Civil, que establece la responsabilidad civil extracontractual, como el artículo 42 de la Ley de Bases de la Administración, que consagra la responsabilidad del Estado por falta de servicio, se expresan como cláusulas generales de responsabilidad. No existe un catálogo cerrado de injustos, delitos civiles o estatales (*torts*) que permitan determinar qué daños son susceptibles de indemnizar.

⁴²¹ Un examen pormenorizado sobre esta materia, véase en MARTÍN CASALS (2008): 57-63.

⁴²² COLEMAN (2010): 282.

que nos permiten ubicar su incidencia en el juicio de responsabilidad. La magnitud del daño provocado es esencial para analizar si procede la rectificación. Según esta forma de entender la interacción, cuando el demandante experimenta una pérdida injustificada en sus intereses legítimos, el demandado tiene que compensar económicamente los perjuicios causados.

En esta búsqueda por delimitar el daño, la idea de intereses o expectativas legítimas se presenta como un criterio definitorio para determinar cuándo un daño debiese ser indemnizado. Podría decirse que en las interacciones privadas se reflejaría de manera más o menos certera la distinción entre daños legítimos y daños ilegítimos.⁴²³ En principio, la igualdad formal que existe en este tipo de relaciones sería suficiente para determinar el equilibrio de posiciones entre particulares y, con ello, el respeto mutuo para no perjudicar los intereses de las personas que interactúan en una sociedad.⁴²⁴ Sin embargo, COLEMAN se inclina porque ciertas intervenciones justificadas, que causan daños en intereses legítimos, no generen el deber de reparar ni el derecho a ser compensado.⁴²⁵ Sería el caso de los daños sufridos por un empresario exitoso que es arruinado por otros competidores más exitosos. Si bien el empresario exitoso tiene intereses que fueron frustrados, aquello no daría pie para exigir una compensación.

Según esta explicación, existen intereses legítimos perjudicados que no son objeto de indemnización. En este sentido, solo las pérdidas que resultan de un daño injustificado a intereses legítimos requieren ser compensadas por el demandado. Dicha conducta sería incorrecta porque afecta intereses que se encuentran tutelados o protegidos por el derecho de daños.⁴²⁶ En los sistemas de cláusulas generales de responsabilidad, la interpretación judicial debiese entregar una justificación suficiente para delimitar qué intereses son legítimos y si se encuentran protegidos jurídicamente. En ese orden de cosas, no bastaría con demostrar que existe una afectación en un interés legítimo, sino que también habría que evaluar si ese interés legítimo se encuentra protegido por el derecho de daños.

En el ámbito público, la frontera entre daño justo e injusto es distinta. La razón

⁴²³ Se habla de daños legítimos cuando se perjudican intereses protegidos, ya sea que la protección se trate de intereses en la propia persona, la propiedad o en las expectativas no contractuales. Véase CANE (2011b): 106-135.

⁴²⁴ Me refiero a la igualdad transaccional que no otorga una posición preferente a ninguna de las partes. Véase WEINRIB (2017): 151.

⁴²⁵ COLEMAN (2010): 283.

⁴²⁶ COLEMAN (2010): 335.

parece evidente a estas alturas de la investigación: los órganos del Estado tienen la facultad para intervenir en los planes de vida de los particulares con la finalidad de perseguir el interés público.⁴²⁷ Esta particularidad demuestra que los daños en la responsabilidad del Estado encuentran un mayor soporte justificativo en el ordenamiento jurídico, que los daños producidos en el ámbito civil. No obstante, lo previamente señalado, la legislación chilena que regula la responsabilidad del Estado no entrega certezas sobre una cuestión previa: no provee de suficientes herramientas para delimitar los daños que deben ser compensados por la Administración y los daños que deben ser tolerados por los particulares. Si bien es cierto que el diseño legislativo con cláusulas generales de responsabilidad es una mejor técnica que el diseño con hipótesis de responsabilidad cerradas, también es cierto que asumir dicha opción no obsta a tener que resolver los problemas de abstracción e indeterminación.⁴²⁸

Tanto el artículo 4 como el artículo 42 de la Ley de Bases estipulan de manera general que el Estado debe ser responsable de los daños causados por los órganos de la Administración. En dichas disposiciones, no se distinguen situaciones que justifiquen la producción o indemnización de un daño determinado. Sin perjuicio de ello, las cosas no son tan desalentadoras. La dogmática administrativista ha intentado identificar fórmulas verbales que permiten resolver los eventos dañosos que se presentan en las controversias donde participan Estado y particulares. Una de esas variantes es expuesta por SOTO KLOSS cuando sostiene que la responsabilidad del Estado “surge a raíz de un acto, hecho u omisión, contrario a Derecho, de un órgano del Estado, que produce un daño en una víctima *no obligada jurídicamente a soportarlo*”.⁴²⁹ Desde ella se puede trazar una distinción que nos permita identificar las razones para que algunos daños tengan que ser tolerados por los particulares y otros no.⁴³⁰

Para entender esta aproximación, el derecho español sería de mayor utilidad. En materia de responsabilidad del Estado presenta una técnica legislativa más depurada cuando aborda la indemnización de perjuicios. Específicamente, el artículo 34.1 de la Ley 40/2015

⁴²⁷ Los fundamentos de esta explicación se encuentran desarrollados en el capítulo II.

⁴²⁸ Los problemas de vaguedad de la falta de servicio los presento en el capítulo I.

⁴²⁹ SOTO KLOSS (2012): 818. La cursiva es propia.

⁴³⁰ Otra manera para trazar esta distinción es mediante la idea del *sacrificio especial*. Este principio es el fundamento esencial del daño indemnizable cuando la actuación administrativa sea conforme a derecho y siempre que no existan causales de justificación del daño expresadas en el ejercicio de potestades atribuidas por el ordenamiento jurídicos. Véase OELCKERS (2010): 75-77.

sobre el Régimen Jurídico del Sector Público estipula que “sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de *daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley*”.⁴³¹ Esta fórmula revela que no todas las actuaciones estatales antijurídicas son necesariamente objeto de indemnización. La ley sería la encargada de estipular los casos donde sería posible soportar ciertos daños. En palabras sencillas, los daños producidos por la Administración pueden ser catalogados como justificados o injustificados de acuerdo a ciertas hipótesis legales, y no habría problema de convivencia entre una actuación antijurídica y el normal funcionamiento de la Administración.

Sin embargo, esta manera de interpretar la antijuridicidad sería algo confusa. Según MENÉNDEZ, la antijuridicidad debe ser analizada como el resultado indeseado de una actividad determinada, de tal forma que sea entendida como “el daño en el sentido de que el administrado no tenga el deber jurídico de soportar tales perjuicios al margen de la legalidad o de la corrección o no de la actuación del causante de los mismos”.⁴³² En este sentido, la antijuridicidad no tendría que medirse solo según el proceder legal de la Administración, sino que también en razón del impacto dañoso que tuvo su actuación sobre la víctima. La legislación puede indicar casos sobre los cuales sería posible imponer ciertas cargas (como los tributos), sin embargo, cuando estamos ante actuaciones materiales de la Administración, la legislación no entregaría suficientes soluciones para determinar qué acciones u omisiones deben ser toleradas por la víctima.⁴³³

Para ordenar este entramado conceptual, LETELIER desarrolla la idea de antijuridicidad de la Administración distinguiendo entre daños neutrales y daños permitidos. Respecto de los primeros, el autor señala que serían daños entendidos como meros perjuicios o menoscabos de una situación patrimonial o extrapatrimonial. Esta manera de enfrentar la noción de daño adolecería del elemento valorativo de la antijuridicidad para ser objeto de indemnización.⁴³⁴ En cuanto a los segundos, la idea de antijuridicidad estaría construida

⁴³¹ La cursiva es propia.

⁴³² MENÉNDEZ (2013): 47.

⁴³³ En el derecho español, estas situaciones justificarían una actuación activa de los tribunales para determinar la obligación indemnizatoria del Estado en los casos de actuaciones lícitas. La existencia de una ley que contemple la correspondiente indemnización no sería decisiva (o suficiente) para conceder una reparación pecuniaria en los eventos de actuaciones completamente ajustadas a derecho. Sobre el fenómeno expansivo de la obligación indemnizatoria en el derecho administrativo español, especialmente en los casos sobre responsabilidad lícita de la Administración, véase CÉSPEDES (2018): 77-119.

⁴³⁴ Véase LETELIER (2018): 1050.

sobre la base de normas competenciales que habilitarían a la Administración a intervenir justificadamente en ciertos casos, incluso cuando eso cause un daño al administrado.⁴³⁵ Esta construcción estaría alejada de las lógicas del derecho civil. En este ámbito, no parece congruente permitir daños con la finalidad de cumplir ciertos intereses en favor de una de las partes, sin embargo, en derecho administrativo es una práctica habitual que la Administración pueda causar daños sobre intereses legítimos para alcanzar intereses generales.

Según LETELIER, el desarrollo de la idea de daños permitidos revela dos tensiones: la tensión del disvalor y la tensión del diseño justificatorio. En el primero, la tensión gira en torno a la incorporación de un elemento de disvalor al daño causado por la Administración. Esto porque si una norma jurídica establece una carga determinada, aquella medida no sería posible de ser catalogada como negativa (existe un acuerdo legislativo que así lo dispone). Por el contrario, una medida que cause resultados dañosos injustificados en el marco de un Estado Liberal sería más propensa para ser objeto de indemnización. En estas circunstancias, las actuaciones estatales no serían miradas como necesarias.⁴³⁶ En el segundo, la tensión intenta demostrar que los puntos de partida normativos son distintos. La tensión del diseño justificatorio contrasta las normas dirigidas a los servicios públicos que están construidas sobre normas de competencia, respecto de las normas dirigidas a los particulares. Las potestades conferidas a la Administración Pública tienen la particularidad de alterar las posiciones de los participantes en las interacciones públicas (cual fuere la actividad regulada). Precisamente, el cambio en el estado de cosas de los administrados podría ser catalogado como un daño justificado.⁴³⁷

Visto así, los daños injustos en el ámbito público poseen una dimensión distinta que en el ámbito privado. En la responsabilidad extracontractual del Estado esto se refleja en que la Administración puede intervenir en los planes de vida de los particulares para satisfacer el interés general. Los ejemplos clásicos en esta materia son la imposición de cargas tributarias o la expropiación de una propiedad en razón de la utilidad pública para la construcción de una carretera. Sin embargo, habrá otros casos donde materialmente la Administración puede intervenir de manera justificada para resguardar la seguridad Nacional mediante el uso de la fuerza de la policía, proteger la salud de la población realizando intervenciones quirúrgicas

⁴³⁵ Véase LETELIER (2018): 1051.

⁴³⁶ Véase LETELIER (2018): 1052-1053.

⁴³⁷ Véase LETELIER (2018): 1053-1055.

de emergencia o dispersando una riña entre bandas dentro de una cárcel. Esta dimensión hace que el alcance indemnizatorio de los daños producidos en la responsabilidad estatal sea más reducido que en la responsabilidad civil, o, si se quiere, más difíciles de compensar porque responde a un grupo de casos más específico.

La distinción de daño justo e injusto en el ámbito penitenciario sorteando otra frontera. Previamente, se sostuvo que el cumplimiento de la pena es un daño en sí, pero de esos permitidos por el derecho y justificados en razón de un interés general. La ejecución de la pena, potestad entregada a Gendarmería, conlleva una custodia permanente sobre las personas privadas de libertad que han sido condenadas por haber infringido la normativa penal. Esto no quiere decir que todos los daños causados dentro de las cárceles deban ser tolerados por los reclusos, ni tampoco quiere decir que no sean susceptibles de indemnización. Por esa razón, la distinción entre daños justos y daños injustos se justificaría según si el perjuicio se produce dentro o fuera de lo presupuesto por la sanción penal. Estaríamos frente a los primeros cuando el daño o perjuicio se produce a propósito del cumplimiento de la pena, sobre alguno de los intereses y/o derechos restringidos por la privación de libertad. En cambio, estaríamos frente a los segundos cuando el daño o perjuicio se produce fuera de los contornos de la pena, esto es, fuera de los intereses y/o derechos restringidos por la sanción penal.⁴³⁸

La distinción trazada permite identificar que las hipótesis de daño que se producen fuera de los contornos de la pena desencadenarían la responsabilidad estatal. La explicación que rodea este conjunto de casos sería útil para determinar cuáles son las expectativas legítimas de las personas privadas de libertad y las actuaciones dañosas que debiesen ser imputadas a Gendarmería. De esta forma, la expresión adaptada que indica que *los reclusos no están obligados jurídicamente a soportar el daño causado por Gendarmería* se refiere a que las personas privadas de libertad no tienen que tolerar los perjuicios causados fuera de los contornos de la pena. Esta manera de delimitar los daños injustos en el ámbito carcelario entregaría un soporte teórico para incorporar o descartar justificaciones que permitan establecer cuando un daño es responsabilidad de la Administración Penitenciaria.

⁴³⁸ La distinción expuesta es desarrollada a partir del análisis que realiza POBLETE cuando aborda los daños derivados de la privación de libertad. Véase POBLETE (2019): 29-32.

2.2. Los daños indemnizables

El daño cometido por el Estado, según las reglas de la responsabilidad civil, debe ser resarcido en su integridad.⁴³⁹ Esto quiere decir que tanto los daños sufridos en el patrimonio, como los daños extrapatrimoniales deben ser compensados cuando se logra demostrar la falta de servicio de la repartición pública. La justificación para indemnizar una y/u otra dimensión del daño es diferente y presentan las siguientes particularidades.

Para FERRADA, “la obligación reparatoria del Estado recae, en primer lugar, sobre los daños materiales o patrimoniales, que son aquellos que afectan bienes que tienen un significado económico que expresa un valor de cambio, lo que se traduce en una disminución del activo (daño emergente) o en la imposibilidad de su incremento (lucro cesante).”⁴⁴⁰ En este plano, se sitúan algunos ejemplos que develan este tipo de menoscabo injustificado, como en los servicios de salud cuando después de una operación queda una aguja dentro del cuerpo del paciente causando un daño en su integridad física, o cuando por motivo de una acera que presenta desperfectos una persona sufre una caída y se lesiona una de sus extremidades.

La justificación para indemnizar daños patrimoniales en el ámbito penitenciario radica en las lesiones sufridas por los reclusos. Por daño emergente, se entiende el perjuicio injustificado sufrido por el recluso; la pérdida directa que proviene de no haberse cumplido o haberse cumplido imperfectamente la obligación de Gendarmería de tener que custodiar y resguardar el establecimiento penitenciario. Por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de percibirse como consecuencia de no haberse cumplido la obligación o haberse cumplido imperfectamente. En cada dimensión, la pérdida se traduce en algo material, ya sea porque la lesión provoca una disminución física en el recluso (daño emergente) o porque el daño causa que el recluso no pueda reincorporarse laboralmente una vez que cumpla su condena (lucro cesante).

La indemnización de perjuicios también comprende aquellos daños sufridos fuera del patrimonio de la víctima. Por ejemplo, el resarcimiento del daño moral viene a dar completitud a la obligación que tiene el Estado compensar los daños ilegítimos causados

⁴³⁹ Véase BARROS (2020): 526. Para BARROS, siguiendo el razonamiento de CHAPUS en Francia, no existen normas especiales ni razones jurídicas suficientes para hacer distinciones sustantivas entre la reparación civil y la administrativa.

⁴⁴⁰ FERRADA (2020): 399.

sobre los intereses jurídicamente protegidos. Sin perjuicio de ello, y a diferencia del derecho civil, su conceptualización se ha ido ampliando y ha encontrado mayores planos de certeza para el pago de indemnizaciones. Según el artículo 41 de la Ley 19.966, que regula las garantías en salud, el daño moral se determina en virtud de la gravedad del perjuicio y la modificación de las condiciones de existencia del afectado, en atención a su edad y condición física.⁴⁴¹ Aquello se ve fortalecido vía reglamentaria cuando se establecen montos máximos a pagar según el daño sufrido por la víctima.⁴⁴² En estos términos, la fijación de montos aproximados es considerado como un criterio de razonabilidad para determinar los parámetros aceptables de una indemnización, constituyendo un límite a las indemnizaciones excesivamente onerosas en contra del Estado.⁴⁴³

Si bien la legislación citada es especial, su fuente de explicación podría ser útil para justificar la indemnización de los daños morales sufridos en el ámbito carcelario. Algunos de los casos que se presentan en este ámbito son aquellos donde las familias demandan al Estado por tener que cargar con el peso emocional y psicológico de la muerte del recluso que es un pariente cercano. Así también habrá casos donde el daño moral se alega porque se actúa negligentemente sobre una reclusa que se encuentra embarazada y pierde a su bebé. En estos supuestos, que son solo una muestra de la dimensión explicada, el resarcimiento cumple una función reparatoria, tanto en los casos donde la familia alega la pérdida de un familiar por no haberse previsto un evento dañoso dentro de la cárcel (por ejemplo, una riña), como cuando la madre sufre la pérdida de su hijo en gestación debido a la atención médica negligente prestada por Gendarmería y el recinto hospitalario que se encuentra a cargo de los cuidados de salud de la embarazada.

3. El nexo causal en la actividad penitenciaria

Para HART y HONORÉ, la *bifurcación causal* es el modelo clásico de la causalidad y se descompone en elementos fácticos y jurídicos. Según este enfoque, las preguntas que habría que responderse serían las siguientes: ¿habría ocurrido el daño si el acto no hubiera sucedido?

⁴⁴¹ El artículo 41 de la Ley 19.966 señala que: “La indemnización por el daño moral será fijada por el juez considerando la gravedad del daño y la modificación de las condiciones de existencia del afectado con el daño producido, atendiendo su edad y condiciones físicas.”

⁴⁴² Con ello me refiero a la Resolución 142 exenta, que fija los montos máximos a pagar por los prestadores institucionales públicos en virtud del procedimiento de mediación establecido por la ley 19.966.

⁴⁴³ Véase FERRADA (2020): 400.

En caso de ser afirmativa, la siguiente pregunta intentaría responder si ¿existe algún principio que, para efectos legales, evite que se trate al daño como una consecuencia jurídicamente relevante de esa acción?⁴⁴⁴ La respuesta a estas dos interrogantes serviría de base para resolver aquellos problemas de causalidad que se presentan en el ámbito del derecho.

En materia de causalidad, la dogmática civilista y la jurisprudencia chilena adopta el modelo dominante de bifurcación de la indagación causal para analizar la responsabilidad extracontractual.⁴⁴⁵ De acuerdo con esta aproximación, la causalidad tendría una dimensión que se encarga de la comprobación de los hechos que justifican el nexo de causalidad y la atribución del daño sobre quien ejecuta la actuación negligente. Por lo tanto, el razonamiento judicial tendría que incorporar premisas normativas para evaluar y resolver los problemas de causalidad en la responsabilidad extracontractual.⁴⁴⁶

En el ámbito público, el nexo causal también es un requisito que tiene ser analizado en los juicios de responsabilidad. Para BERMÚDEZ, la causalidad es entendida como aquella etapa de la responsabilidad donde se relaciona la actuación de la Administración del Estado con el daño sufrido por el administrado, debiendo originarse un daño capaz de producir el perjuicio que se reclama.⁴⁴⁷ Esta manera de abordar el nexo causal no parece variar respecto de lo que ocurre en el derecho de daños. Por ello, no resulta extraño que los civilistas propongan una interpretación extensiva de la causalidad civil en la responsabilidad del Estado⁴⁴⁸ y los administrativistas asuman las orientaciones generales⁴⁴⁹ y excepcionales de la causalidad.⁴⁵⁰

Frente a este escenario, se seguirá el modelo de la bifurcación para analizar la causalidad en la actividad penitenciaria. La elección de este modelo se justifica ante la incapacidad de las teorías causales empíricas para atribuir adecuadamente responsabilidad sobre un hecho que causa daños. Por esa razón, resulta indispensable incorporar criterios

⁴⁴⁴ Véase HART y HONORÉ (1959): 110.

⁴⁴⁵ Esta tendencia comienza a cimentarse cuando la Corte Suprema realiza el análisis de la causalidad contemplando no tan solo los elementos fácticos, sino que también los elementos normativos del juicio de responsabilidad. Véase en detalle la jurisprudencia comentada por BARAONA (2003): 345-379 y CÁRDENAS (2006): 167-176.

⁴⁴⁶ Entiendo que las premisas normativas en el razonamiento judicial son aquellas normas utilizadas por el juez para decidir los casos sometidos a su conocimiento. En esto sigo a GUARINONI (2011): 217-218.

⁴⁴⁷ Véase BERMÚDEZ (2002): 258.

⁴⁴⁸ Véase BARROS (2020): 527; BARCIA (2010): 103-106 y PIZARRO (2006): 401-419.

⁴⁴⁹ Véase VALDIVIA (2019): 214.

⁴⁵⁰ Específicamente, el análisis de la causalidad ante desastres naturales de gran envergadura como los terremotos y maremotos. Véase POBLETE (2015): 250.

normativos de imputación objetiva.⁴⁵¹ La dogmática civil y administrativa chilena, además de la jurisprudencia nacional, finalmente adoptó el modelo de la bifurcación. Sobre la base de esta estructura se desarrollan los siguientes tópicos.⁴⁵²

3.1. Elemento fáctico: *conditio sine qua non* en derecho administrativo

El primer elemento para determinar la vinculación entre la falta de servicio y el daño producido es la condición fáctica que se debe cumplir. En razón de ello, el análisis se centra en los hechos que efectivamente ocurren y si esa acción u omisión constituye una condición necesaria para establecer el nexo causal entre la culpa y el daño sobre intereses legítimos. La utilización de este esquema coloca en su lugar aquellos aspectos que resultan indispensables para comprender las dimensiones de esta primera capa causal.

La concurrencia de condiciones para identificar las posibles causas, aunque sea remota en la cadena causal, presupone asumir la teoría de la equivalencia de las condiciones.⁴⁵³ Para su comprensión en la responsabilidad extracontractual, BARROS sostiene que las condiciones involucradas en un caso particular tienen un peso equivalente para causar un resultado positivo o negativo, lo cual supone que los antecedentes o hechos fácticos se encuentran en un plano de igualdad para ser considerados como causas de un efecto determinado.⁴⁵⁴ De esta forma, para resolver los conflictos sobre causalidad resulta indispensable identificar quien ha instigado a otro para se realice tal o cual acción.

Sin embargo, el ejercicio no es tan fácil. La condición que origina el nexo debe ser *necesaria* para ser catalogada como *causa*. Esto nos llevaría a asumir la concepción de la *conditio sine qua non* como el componente dominante en la causalidad material.⁴⁵⁵ Según ella, la supresión hipotética es el método para constatar si la concurrencia de la acción es un

⁴⁵¹ En España, la dogmática civilista solo reconocía la dimensión empírica de la causalidad hasta la incorporación de criterios normativos propuesta por PANTALEÓN (1990): 1561-1591.

⁴⁵² Esto no quiere decir que la elección realizada no esté exenta de críticas. Tanto porque sería una fórmula problemática para determinar el estándar de prueba de la causalidad en la responsabilidad extracontractual, véase FERRER (2014): 218-220, como porque la elección de un modelo alternativo que unifica la indagación causal en una sola pesquisa fáctica/normativa ofrecería un mayor poder explicativo, véase BÁRCENA (2014): 207-211. Ambas dificultades representan inquietudes cuyo trasfondo responde a cuestiones de teoría de la prueba y filosofía del derecho privado. Por ahora me limitaré a enunciarlas para advertir a los lectores de los posibles problemas que se originan cuando se realiza un análisis de la causalidad por separado en etapas sucesivas.

⁴⁵³ Por todos MILL (1952).

⁴⁵⁴ Véase BARROS (2020): 396.

⁴⁵⁵ En estos términos se expresan HART y HONORÉ (1959): 128-129.

factor determinante en controversias donde la causalidad permite dirimir la responsabilidad del demandado. En el juicio de responsabilidad, esta forma de razonar consistiría en el siguiente ejercicio mental: si al suprimir determinada condición ejecutada por el Estado y el resultado dañoso desaparece, entonces la condición es necesaria; mientras que si la misma condición o actuación estatal no tiene efectos sobre el resultado de una acción dañosa e igualmente se produce el efecto negativo sobre el administrado, entonces no se considera una condición necesaria.⁴⁵⁶ Según este método, se exige que la causalidad quede asentada después de haber suprimido la condición que causa el perjuicio o resultado indeseado.⁴⁵⁷

Sin embargo, el análisis de la condición necesaria requiere de ciertas precisiones. Esto porque habría que identificar aquellos casos donde coinciden la condición necesaria y suficiente de manera separada. Habría que determinar si existe causalidad alternativa, esto es, la intervención de dos o más conductas, cada una de las cuales es condición necesaria y suficiente del daño. El problema que se presenta es que la supresión de una conducta no evita que el daño se origine, por lo tanto, la *conditio sine quo non* resulta poco eficiente para determinar el respectivo vínculo causal.⁴⁵⁸ Dos ejemplos aclararán este punto.

En el ámbito civil, no es lo mismo identificar al causante de los daños en una colisión entre dos vehículos, que establecer la causalidad cuando un conductor impacta con su vehículo a otro, y este, a su vez, choca a un tercer vehículo que está adelante (choque múltiple). En este último caso, debiese determinarse la causalidad en razón de las dos colisiones seguidas que resultan ser necesarias y suficientes. Si los hechos se evalúan solo en razón de la primera o la segunda colisión, el análisis de la causalidad resulta insuficiente. Para fijar el nexo causal, la supresión hipotética exigiría que ante la ausencia de una de las condiciones el resultado dañoso persistiera. Para constatar aquello, incluso se podría invertir la carga de la prueba hacia los demandados para que pudiesen probar que no tuvieron

⁴⁵⁶ Si no se logra determinar la concurrencia de los hechos como condición necesaria, entonces el requisito del nexo causal no logra superar la primera parte que corresponde a la vinculación fáctica. En estos términos, véase Corte Suprema, rol N°15.257-2014, 20 de enero de 2015; Corte Suprema, rol N°3.989-2016, 12 de abril de 2016; Corte Suprema, rol N°16.002-2016, 02 de agosto de 2016.

⁴⁵⁷ Sobre la prueba de la causalidad en la responsabilidad civil, FERRER propone abandonar el estándar de la probabilidad prevaleciente o de la preponderancia de la prueba, por un estándar de prueba que provea de criterios intersubjetivos controlables. En particular, propone diseñar un criterio de decisión que sirva para elegir aquella hipótesis que resulte ser la mejor explicación disponible de lo ocurrido a la luz de los elementos de juicio existentes. Véase FERRER (2014): 222-230.

⁴⁵⁸ Este problema es advertido por BARROS (2020): 397, cuando identifica la concurrencia de causas alternativas para la producción del daño.

participación como causantes del daño.

En el ámbito administrativo, la dinámica es similar, aunque posee una particularidad que debe ser remarcada: es posible que el resultado dañoso sea causado conjuntamente por un particular y un servicio público. La hipótesis que se repite de manera habitual es la concurrencia de Gendarmería y reclusos como causantes de un daño hacia otro recluso que pertenece a la esfera organizativa de la Administración. Por ejemplo, en los casos de muertes por heridas provocadas en una riña pueden identificarse dos causas: el cuchillazo propinado por uno de los reclusos a otro y el traslado tardío de Gendarmería para la asistencia médica. Ambas causas pueden constituirse de manera separada como condiciones necesarias y suficientes.

Es cierto que las heridas sufridas en las riñas son causas suficientes de la muerte del recluso, pero el traslado tardío a un recinto de salud también se puede considerar como una causa del resultado indeseado porque se presenta como una condición necesaria que contribuye al resultado de muerte. En concreto, el ejercicio mental exige suprimir el hecho que se trasladó tardíamente al recluso para determinar si el resultado final de muerte persiste. Por un lado, si se logra determinar que un traslado rápido y oportuno hubiese evitado la muerte del recluso, entonces el traslado tardío es una condición suficiente y necesaria para construir el nexo causal fáctico. Por otro lado, si se logra establecer que un traslado rápido no hubiese evitado la muerte del recluso, entonces el traslado tardío no se presenta como una condición necesaria y suficiente para constituirse como causal. En ambos supuestos, lo relevante es determinar la relevancia de la condición (o el hecho concreto que se encuentra en pugna) para ser analizada como causal.

En ambos casos, se logra identificar una causalidad alternativa. La concurrencia de dos o más conductas dificulta la determinación del vínculo causal, aunque ello no impide que igualmente pueda ser identificable la causalidad mediante la *conditio sine qua non*. Estas variantes dan cuenta de la profundidad que en términos factuales puede proyectar la causalidad y, además, permite reflexionar sobre formas idóneas para solucionar eventuales problemas para fijar el vínculo causal.

3.2. Elemento normativo

Sin perjuicio de los esfuerzos por constatar la relación entre el hecho y el daño, la explicación de la dimensión natural no es suficiente para comprender todo el cuadro de la causalidad. No basta la vinculación fáctica, sino que también se tiene que establecer la vinculación normativa entre los hechos y el resultado final. Las pretensiones en este ámbito dan forma específica a la causalidad, ya que pretende resolver cuáles resultados dañosos son atribuibles al hecho concreto.

3.2.1. Imputación del daño según la finalidad de la actividad penitenciaria

La responsabilidad por culpa exige una conexión normativa entre la conducta culpable y el daño que se persigue prevenir.⁴⁵⁹ Así como en derecho civil existen reglas de conducta (como el cuidado razonable que se debe tener para conducir un vehículo), en derecho administrativo existen normas que contemplan finalidades específicas en los distintos sectores regulados de la Administración. Por ejemplo, los servicios de salud tienen como finalidad proteger la salud de la población y las Fuerzas Armadas tienen como finalidad la seguridad de la Nación. En ambos casos, se exige que cada órgano cumpla con sus funciones en razón de la finalidad de las normas jurídicas que regulan sus actuaciones generales y particulares. En el caso de Gendarmería, su finalidad radica en la vigilancia, resguardo y promoción de la reinserción social de las personas privadas de libertad. La particularidad de la actividad penitenciaria es que materializa el cumplimiento de una sanción penal, sometiendo a un conjunto de personas para proporcionar disciplina y condiciones de vida digna dentro de un recinto cerrado.⁴⁶⁰

En este orden cosas, cabe preguntarse si la norma infringida tiene por finalidad evitar los daños causados por la actividad penitenciaria. La respuesta es compleja, porque las obligaciones de Gendarmería son ambivalentes. En el capítulo IV se distinguió entre deberes de custodia y deberes de resguardo, donde se corroboró que la Administración Penitenciaria no tan solo debía vigilar y custodiar a la población penal dentro de los recintos carcelarios, sino que también tenía que implementar medidas tendientes a su reincorporación social. Esta

⁴⁵⁹ Véase BARROS (2020): 408.

⁴⁶⁰ El cambio de paradigma de la ejecución penal se ha trasladado desde un plano retributivo, en el sentido de que la persona privada de libertad debía pagar por todo el daño cometido, a uno de intervención preventiva positiva, donde el Estado tiene una mayor participación para promover e incentivar el regreso del recluso en la sociedad. Véase MATA Y MARTÍN (2016): 204-207.

manera de enfrentar el problema precisa de una especificación adicional: los deberes de Gendarmería tienen que ser entendidos como obligaciones de medio y no de resultado. Esto se traduce en que la Administración Penitenciaria no puede, ni tiene que garantizar de manera absoluta la estadía de los reclusos en la cárcel. Por un lado, no puede hacerlo porque los recursos humanos y materiales no son suficientes, y nunca lo serán, para vigilar de manera personalizada a cada miembro de la población penal. Por otro lado, no tiene que hacerlo porque la norma jurídica, por ejemplo, impone la promoción de la reinserción social, que no es otra cosa que realizar todo aquello que se encuentra dentro de sus posibilidades.

Una vez delimitado el campo de la actividad penitenciaria es posible fijar el límite de la responsabilidad. En estricto rigor, la norma jurídica que establece los deberes de Gendarmería funciona como criterio limitante. Nos indica qué debemos esperar de esta repartición pública y sobre qué grupo de personas recae esa obligación. De esta forma, la pregunta que deberíamos resolver en el ejemplo del traslado tardío del recluso gira en torno a si Gendarmería tenía la obligación de llevar a cabo el traslado a un recinto de salud. Ante esta interrogante la respuesta es categórica: no tan solo tiene la obligación de trasladarlo ante la concurrencia de un resultado dañoso, sino que tiene la obligación de evitar que se produzcan eventos riesgosos dentro del penal (como las riñas). Sobre esta consideración es posible construir la primera parte del vínculo normativo, porque se relaciona el daño sufrido por el recluso con la negligencia incurrida por Gendarmería. En otras palabras, el vínculo se crea porque la finalidad de la norma es específica y Gendarmería no cumplió con sus obligaciones respecto de quien tenía a su cuidado: el recluso.

No obstante, lo antes indicado, bien vale recalcar un aspecto relevante en esta materia. La ejecución de la pena supone un daño intrínseco que se manifiesta en la imposibilidad de desplazarse libremente y someterse a una esfera organizativa determinada. Estar preso significa soportar algunos daños porque precisamente se está cumpliendo una sanción penal. Supongamos que, para evitar una riña, el gendarme separa a los participantes de la trifulca con golpes en sus cuerpos para que no se lesionen con sus respectivas armas blancas. En esta situación, de seguro que los participantes de la riña sufren daños por parte del funcionario de Gendarmería, sin embargo, resulta una actuación permitida en la medida que evita que dicho evento termine con algún participante lesionado de gravedad o muerto. En este tipo de casos, la vinculación normativa no podría satisfacerse porque, precisamente,

para cumplir con los deberes de vigilancia y seguridad el gendarme tuvo que aplicar fuerza razonable ante una situación límite.

La explicación hasta acá desarrollada devela que la imputación del daño según la finalidad de la actividad sirve para determinar qué daños serían objeto de indemnización. En este sentido, la distinción entre daños justos y daños injustos nos permiten avizorar cuando el nexo causal se rompe o se mantiene, y si de ella se sigue el perjuicio causado.⁴⁶¹ Según los ejemplos revisados, los daños justos ocasionados por Gendarmería debiesen ser tolerados por los reclusos, mientras que los daños injustos provocados por el servicio público debiesen ser objeto de indemnización. La compensación monetaria procedería porque se perjudican injustificadamente las expectativas legítimas de la población penal establecidas en el estatuto de derechos penitenciarios. De esta manera, el daño se vincularía con la actividad penitenciaria cuando la intervención del servicio público causa perjuicios en los intereses jurídicamente protegidos de las personas privadas de libertad.

Esta primera capa de la causalidad normativa devela que el vínculo jurídico entre el hecho negligente y el resultado dañoso es necesario para determinar la indemnización de perjuicios. Aunque esto no es suficiente para determinar qué tipo de daños serían atribuibles a Gendarmería. Hasta aquí sabemos qué daños son objeto de indemnización en razón de la finalidad de Gendarmería, ahora queda por resolver cuáles de esos daños son causados efectivamente por la Administración Penitenciaria.

3.2.2. Imputación de los daños consecuentes a la Administración Penitenciaria

Para que el nexo causal no se rompa el demandante tiene que acreditar que los daños consecuentes son provocados por la Administración Penitenciaria. Esto quiere decir que la imputación objetiva de los daños consecuentes recae sobre los hechos del demandado.⁴⁶² Una vez que los tribunales establecen dicho vínculo normativo, el cuadro quedaría completo para decidir la responsabilidad sobre la imputación efectuada. En estos términos, el desglose de la explicación debería hacerse cargo de la identificación de aquellos daños que se pueden atribuir al hecho negligente para limitar la responsabilidad, tanto de las consecuencias

⁴⁶¹ Véase BARROS (2020): 413.

⁴⁶² En estos términos, pero en el ámbito civil véase BARROS (2020): 415.

dañosas directas como de las consecuencias dañosas indirectas.⁴⁶³

Según BARROS, para determinar si un daño es directo o indirecto, es indispensable resolver la pregunta de si el daño puede ser normativamente imputado al hecho del demandado. De esta forma, se podría catalogar un daño directo como aquel perjuicio donde no media otra causal entre el hecho y el daño, sino que solo la actuación exclusiva del demandado. Mientras que el daño sería indirecto cuando se presenta una causal intermedia, lo cual, en principio, restringiría la responsabilidad.⁴⁶⁴ En estos términos, BARROS señala que la imputación objetiva sería “una cuestión valorativa que obliga a discernir cuáles consecuencias dañosas mediatas, pero derivadas de manera causal del hecho ilícito, *deben* ser tenidas por relevantes a efectos de establecer la responsabilidad (a pesar de que hayan intervenido entretanto otras causas).”⁴⁶⁵

Frente a este escenario, no cabe duda de que los daños causados directamente por la Administración Penitenciaria deben ser indemnizados. En este tipo de situaciones, el daño producido es directo por dos razones: por un lado, porque en la autoría del daño solo participa Gendarmería y no interceden otros participantes como posibles causantes del perjuicio; por otro lado, porque el daño es sufrido por las personas que se encuentran custodiadas en la cárcel. Se reconoce con claridad que el funcionamiento defectuoso proviene de Gendarmería y que la víctima de esa conducta culposa es miembro de la población penal. Por ejemplo, los daños generados por un incendio demostrarían que la causa proviene de una actuación deficiente de Gendarmería, ya sea porque no llevó a cabo una mantención adecuada de las instalaciones del recinto penitenciario o porque no efectuó los controles preventivos requeridos para detectar a tiempo elementos inflamables ingresados por los presos.⁴⁶⁶

Respecto de los daños mediatos, la respuesta no es tan clara. En este conjunto de casos, la situación se complejiza porque el daño atribuido a Gendarmería sería considerado indirecto y, en principio, no cumpliría con los elementos suficientes para ser considerado indemnizable. Los daños que presentan la característica de la mediatez no podrían ser

⁴⁶³ En una opinión contraria a la expresada en el cuerpo del capítulo, SOTO KLOSS (2012): 816, sostiene que una de las características de la responsabilidad del Estado es que se trata de una responsabilidad directa y no procedería vincular un daño mediato en el análisis de la causalidad. Para sostener su posición distingue entre la responsabilidad producida por el hecho de la persona jurídica y la responsabilidad originada por sus funcionarios como una actividad de un tercero.

⁴⁶⁴ Véase BARROS (2020): 416.

⁴⁶⁵ BARROS (2020): 417. Cursiva en original.

⁴⁶⁶ Posteriormente, se revisará la causalidad en casos de incendios.

imputados a las actuaciones penitenciarias, ni menos podrían ser objeto de evaluación para el juicio de responsabilidad porque no habría una secuencia causal inmediata y ordenada entre el hecho y el pérdida o perjuicio. Siguiendo de manera estricta estos términos, el caso del traslado tardío del recluso a un centro hospitalario constituiría un daño mediato que no sería susceptible de indemnización, porque las heridas sufridas en la riña fueron causadas por otro interno. La participación de Gendarmería sería lejana y, por lo tanto, no podría ser susceptible de evaluación normativa.⁴⁶⁷

El problema de asumir esta aproximación es que confunde los planos de análisis de la causalidad y, como resultado, limita injustificadamente la responsabilidad del Estado. Deja afuera un conjunto de hipótesis donde es posible imputar jurídicamente el daño causado por Gendarmería, a pesar de que en la concurrencia de los hechos la acción haya sido compartida con otro agente. Esto permitiría que solo un grupo específicos de casos fuesen indemnizados por el Estado. Por esa razón el estudio de los elementos de la causalidad por separado, aunque seguido uno de otro, resulta tan relevante para la imputación del daño. Específicamente, en este ámbito no se trata de analizar la vinculación material que se agota con la comprobación de que el hecho culpable es condición necesaria para provocar el daño, sino que más bien se trata de evaluar aquellos daños mediatos que deben ser tenidos en cuenta para efectos de sostener la responsabilidad.⁴⁶⁸ Por lo tanto, cuando los daños son causados con la participación de otros agentes no se difumina totalmente la responsabilidad de la Administración Penitenciaria.

Dicho esto, quedaría entonces identificar qué criterios se utilizan habitualmente para identificar los daños mediatos que pueden ser considerados indemnizables. En derecho civil, habitualmente se utilizan ciertos criterios para limitar los daños indirectos que son objeto de indemnización. Entre ellos, se encuentra el criterio de la causa próxima, que considera como daño indemnizable a aquel que tiene una razonable proximidad con el hecho ilícito, es decir, que el daño no sea remoto. También se ha desarrollado el criterio de la causa adecuada, que

⁴⁶⁷ En la jurisprudencia española es posible identificar como regla general la producción de daños inmediatos para fijar el nexo entre el hecho y el resultado dañoso. No obstante, esto no quiere decir que el daño no pueda verse reflejado en formas indirectas o mediatas en los casos de enfermedades o heridos dentro de las cárceles. Véase NISTAL (2016): 47-48.

⁴⁶⁸ En estricto rigor, BARROS (2020): 416, sostiene que los tribunales no estarían constando hechos, sino que más bien estarían realizando un trabajo valorativo para determinar el elemento normativo de la causalidad en el juicio de responsabilidad.

sostiene que se deben indemnizar aquellos daños que no resultan inverosímiles. Se trata de un criterio que excluye la responsabilidad cuando los acontecimientos se desencadenan fuera del curso causal del hecho negligente. Por último, la imputación de daños consecuentes según el criterio del riesgo incremental se presenta como un criterio que limita la indemnización de daños atendiendo a si la conducta culpable envuelve un especial peligro de que surjan daños consecuentes. Este criterio se aplica en la medida que la acción imputada crea o aumenta un riesgo de daño existente vinculada al resultado dañoso.⁴⁶⁹

Se puede apreciar que estos criterios envuelven la idea central de delimitar el espacio de aquellos daños considerados indemnizables. Cada uno busca distinguir dos planos: la obligación de responder ante el daño consecuente atribuido por la negligencia de quien lo causa y el deber de soportar el daño por la víctima. La virtud de exponer descriptivamente estos criterios es que no debiesen excluirse unos con otros, puesto que la aplicación de cada uno de ellos es útil para solucionar distintos grupos de casos y, de esa manera, fijar con mayor certeza la responsabilidad del Estado. Los ejemplos en derecho administrativo son más bien variados, aunque en esta oportunidad centraré el análisis en los daños causados dentro de las cárceles.

4. Los daños causados dentro de las cárceles

En lo que sigue, se mostrarán casos donde se logra evidenciar los daños causados directamente por la Administración Penitenciaria y los daños causados conjuntamente por un tercero y la Administración Penitenciaria. Se verá que en ambos grupos es posible responsabilizar a la Administración Penitenciaria, aunque en el segundo sea más complejo sostener el nexo causal.

4.1. Daños causados directamente por la Administración Penitenciaria

En este grupo de casos, la relación causal se evalúa en razón de la inmediatez de la actuación penitenciaria que produce un daño en el recluso. La condición que provoca el resultado indeseado debe ser directa. Por esa razón, la concurrencia de esa condición particular es determinante para constatar el vínculo y atribuir la consiguiente responsabilidad jurídica. Los casos que poseen dicha característica causal son aquellos donde participa directa y

⁴⁶⁹ Véase BARROS (2020): 418-428.

exclusivamente la Administración Penitenciaria.

En *Velásquez con Concesionaria de Infraestructura Penitenciaria (2018)*, los hechos se desarrollaron de la siguiente manera. El interno Núñez Toro ingresó el 30 de abril de 2011 al centro Penitenciario Alto Bonito ubicado en Puerto Montt. En ese momento, se confeccionó una ficha de internación en la cual se consignó que era consumidor de drogas, que padecía asma bronquial, hipertensión arterial crónica y presentaba una lesión del tobillo. Estas patologías desencadenaron que el recluso sufriera una crisis durante la madrugada del 09 de mayo de 2011. Seguidamente, los funcionarios de Gendarmería lo auxiliaron y trasladaron para ser examinado en el ASA del Complejo Penitenciario de Alto Bonito. Sin embargo, una vez en el recinto de salud, la primera evaluación da cuenta de que el recluso se encontraba sin signos vitales.⁴⁷⁰

Sobre estos hechos, la Corte Suprema estimó que Gendarmería actuó de manera diligente. Esto porque, desde un principio, el servicio público prestó las atenciones adecuadas ante el conjunto de enfermedades que presentaba el interno Núñez. Por ejemplo, proporcionó un tratamiento para mitigar el asma que sufría, así como también un tratamiento psiquiátrico para combatir la adicción con las drogas. Posteriormente, una vez producido el problema de salud del interno, cinco funcionarios de Gendarmería participaron en su traslado al centro de salud (ASA), decisión que fue correcta, toda vez que movilizar al personal de salud, hacia la celda, no puede ser una actuación automática, pues el personal debe preparar los insumos que permitan el salvataje y además se debe contar con personal de Gendarmería que facilite el desplazamiento al interior del recinto penitenciario.⁴⁷¹ Estas medidas, según la Corte, dan cuenta de una actuación prudente y razonable por parte de la Administración Penitenciaria y el personal de salud del centro asistencial.

Sobre estas consideraciones, bien puede sostenerse la ausencia del nexo causal. Aun cuando esta Corte estima que se está ante una omisión culpable, lo cierto es que igualmente el arbitrio no podría prosperar, toda vez que en la especie no se puede establecer la existencia del vínculo de causalidad entre la supuesta omisión y el fallecimiento del interno. Los sentenciadores consideran que para la procedencia del vínculo resultaría necesario establecer que el personal del ASA se habría demorado menos de cinco minutos y que tal tiempo habría

⁴⁷⁰ Corte Suprema, rol N°40.020-2017, 20 de agosto de 2018. Considerando tercero.

⁴⁷¹ Corte Suprema, rol N°40-020-2017, 20 de agosto de 2018. Considerando undécimo.

sido suficiente para realizar maniobras de reanimación. Es por ello que, primero, no sólo es poco probable que el personal de salud se demorara menos del tiempo en trasladarse al Módulo 22, segundo, tampoco es factible suponer que, si así hubiese ocurrido, se habría encontrado al interno con vida, y tercero, que, de haberlo encontrado con vida, y habiéndosele realizando maniobras de reanimación, estas hubieran sido efectivas.⁴⁷²

En *Gallardo con Fisco de Chile (2017)*, los hechos dan cuenta de lo siguiente. El 6 de febrero de 2012 el interno Patricio Mondaca Gallardo, quien se encontraba recluido en el módulo 41 de la Cárcel de La Serena, recibió una lesión penetrante en la región precordial que le provocó la muerte ese mismo día en la enfermería del Centro Penitenciario. En los hechos descritos y asentados por el tribunal, no existió una riña o altercado, habiéndose acercado Mondaca Gallardo a la reja del módulo sostenido por otros dos internos, quienes manifestaron que se encontraba herido.⁴⁷³

En la sentencia queda consignado que Gendarmería actuó de manera diligente y la inexistencia del vínculo causal. Las razones vertidas se descomponen así. Por un lado, la Corte estima que no ha existido un mal funcionamiento del servicio, puesto que no logró acreditarse una infracción al deber de cuidado exigible a dicha institución. En efecto, los sucesos a que se refiere la presente causa no tienen la connotación necesaria para ser calificados como generadores de responsabilidad, desde que se han asentado en la causa circunstancias fácticas que reflejan que Gendarmería se comportó en forma adecuada, prestando a la víctima directa la seguridad que le era exigible de acuerdo a un servicio normal en las circunstancias que rodearon el desgraciado suceso.⁴⁷⁴ Por otro lado, la evaluación de la Corte, estimó que la causalidad no logró ser fijada porque no se pudo acreditar que la Administración no cumplió con su deber de prestar el servicio en la forma exigida por el legislador. Más bien se determinó que la participación de un tercero fue determinante para causar el daño injusto.⁴⁷⁵

Sin embargo, el voto disidente proporciona una visión que logra instalar argumentos interesantes de ser analizados en cuanto a la negligencia de la Administración Penitenciaria y en la existencia del nexo causal. En este sentido, la ministra Egnem sostiene que el servicio

⁴⁷² Corte Suprema, rol N°40-020-2017, 20 de agosto de 2018. Considerando décimo quinto.

⁴⁷³ Corte Suprema, rol N°4746-2017, 11 de diciembre de 2017. Considerando cuarto.

⁴⁷⁴ Corte Suprema, rol N°4746-2017, 11 de diciembre de 2017. Considerando séptimo.

⁴⁷⁵ Corte Suprema, rol N°4746-2017, 11 de diciembre de 2017. Considerando octavo.

de Gendarmería fue deficiente al no brindar al occiso la seguridad que le era requerida, puesto que el sujeto falleció a manos de otro individuo, cuya seguridad y vigilancia también estaba a cargo de Gendarmería, con un arma cuya tenencia y manipulación está prohibida a los reclusos, lo cual sería catalogado como un doble incumplimiento.⁴⁷⁶

El segundo aspecto que aborda el voto disidente, se refiere a la posibilidad de establecer el nexo causal, a pesar de que no sea un funcionario de Gendarmería quien causa el daño. Esto es así porque no concurren los requisitos que configuran el motivo de causa extraña por el hecho de un tercero, toda vez que ese extraño debe ser ajeno a Gendarmería y, por lo tanto, fuera de su control, y además, es menester que esa conducta deba ser imprevista e irresistible.⁴⁷⁷ Según este voto disidente, quien participa de la trifulca no es un tercero, por cuanto Gendarmería lo mantiene bajo su cuidado, actividad que, como ya se dijo, ejerció de forma deficiente, ni la acción del autor ejecutor del daño era imprevista e irresistible, por cuanto de haberse adoptado las providencias de seguridad que eran exigibles, no habría sido posible a ese tercero conservar el arma blanca con la que dio muerte a la víctima directa, y/o, a lo menos se hubiera brindado a la víctima la chance, o la posibilidad de mantener a resguardo su vida.⁴⁷⁸

Finalmente, en *Quijada con Fisco de Chile (2017)*, la Corte Suprema estima la falta de servicio de la Administración Penitenciaria sobre los siguientes hechos. El día 27 de febrero de 2010 se produjo un terremoto de gran magnitud, el que causó el colapso total del muro perimetral del establecimiento carcelario de Chillán, permitiendo de esta manera la fuga de 240 a 244 reos presos, quienes luego de huir procedieron a invadir, sustraer especies, e incendiar las casas habitaciones ubicadas en calle 5 de abril y que eran aledañas al establecimiento carcelario, es especial, colindante con el muro colapsado o derrumbado. Una vez controlada la situación de la fuga masiva de los reos imputados y condenados, éstos se vieron obligados a reingresar a patios y pasillos interiores y al no lograr su objeto de fuga, comenzaron a provocar intencionalmente incendios sumado a destrozos de las dependencias de los dormitorios 1, 2 4, sector talleres de módulo, Oficinas de Guardia Interna, clasificación, enfermería, kiosco de la población penal y, por último, las casas colindantes a

⁴⁷⁶ Corte Suprema, rol N°4746-2017, 11 de diciembre de 2017. Voto disidente, considerando sexto.

⁴⁷⁷ Corte Suprema, rol N°4746-2017, 11 de diciembre de 2017. Voto disidente, considerando décimo tercero.

⁴⁷⁸ Corte Suprema, rol N°4746-2017, 11 de diciembre de 2017. Voto disidente, considerando décimo cuarto.

la unidad, ubicadas en la calle 5 de abril.⁴⁷⁹

Sobre estos hechos, la Corte Suprema descarta el caso fortuito y establece la falta de servicio de Gendarmería. Por esa razón, la parte demandada sostiene que no existiría una relación de causalidad en el actuar de la Administración. Al respecto, afirma que el fallo recurrido ha incurrido en un error de interpretación al dar por establecida la existencia de la relación de causalidad entre la conducta que se calificó como falta de servicio y el resultado específico por el cual se demandó al Fisco, esto es, la destrucción de las viviendas de los demandantes por el incendio provocado por terceros ajenos al juicio.⁴⁸⁰

Sin embargo, la Corte Suprema estima que existen elementos de juicio suficientes para establecer que Gendarmería de Chile, en el caso de autos, desplegó un servicio deficiente y no ajustado a la normativa vigente, por cuanto es un hecho no controvertido que la fuga de los reos se produjo el día del sismo, debido a que el muro perimetral por calle 5 de abril colapsó en su totalidad hacia el del recinto penitenciario y que este muro tenía una fractura de 60 metros por ese lado de la calle, sin que la demandada hubiese realizado las reparaciones o mantenciones que eran pertinentes para evitar ese colapso.⁴⁸¹

Para la Corte, no cabe duda que Gendarmería de Chile y sus funcionarios, tenían la obligación de adoptar las acciones necesarias para asegurar a las personas que están bajo su custodia, manteniéndolas dentro del recinto penitenciario, incluso tratándose del sismo del 27 de febrero de 2010, sin que existiera en el lugar un muro perimetral que pudiera resistir el movimiento telúrico, siendo previsible que el antiguo muro podría colapsar, poniendo en riesgo el debido aseguramiento de las personas que se encontraban bajo su custodia y con ello, la seguridad de las viviendas que colindaban el recinto penitenciario. En consecuencia, tales circunstancias serían causas directas y necesarias del daño producido, por lo que no sólo se verifica una constatación física de causalidad, sino que además hay una constatación jurídica de que dicho daño le es imputable al demandado.⁴⁸²

⁴⁷⁹ Corte Suprema, rol N°76.461-2016, 05 de septiembre de 2017. Considerando décimo segundo.

⁴⁸⁰ Corte Suprema, rol N°76.461-2016, 05 de septiembre de 2017. Considerando décimo octavo.

⁴⁸¹ Corte Suprema, rol N°76.461-2016, 05 de septiembre de 2017. Considerando décimo noveno.

⁴⁸² Corte Suprema, rol N°76.461-2016, 05 de septiembre de 2017. Considerando vigésimo primero.

4.2. Daños causados indirectamente por la Administración Penitenciaria

En este grupo de casos, la relación causal se evalúa en razón del daño mediato que provoca en el recluso la Administración Penitenciaria con su actuación negligente. La condición que provoca el resultado indeseado en estos casos no es directa. Por lo tanto, se produce una concurrencia de causas compartidas para establecer el vínculo y atribuir la consiguiente responsabilidad jurídica. Esto no significa que se rompa el nexo de causalidad y la Administración Penitenciaria no sea responsable cuando estemos en presencia de este tipo de casos, sino que más bien se trata de hipótesis donde Gendarmería, junto con otros actores, causan el resultado indeseado.

En España, se habla de fórmulas mediatas. Esto se traduce en que el nexo causal puede demostrarse a pesar de que estemos en presencia de un daño indirecto, mediato o concurrente. La diferencia con los daños causados directamente por la Administración Penitenciaria es que la concurrencia de causas (o concausas) moderaría su responsabilidad, en relación al *quantum* indemnizatorio, pero no excluiría su participación en el daño causado.⁴⁸³ Los casos que poseen dicha característica causal son aquellos donde, por ejemplo, participan de manera conjunta reclusos y Administración Penitenciaria en la concurrencia de lesiones graves y muertes producidas por otro compañero de reclusión en una riña.⁴⁸⁴

En *Olmedo con Fisco de Chile (2015)*⁴⁸⁵, la parte demandante alega falta de servicio de Gendarmería por los perjuicios que padecieron como consecuencia del fallecimiento de Richard Olmedo. Los hechos establecidos por la Corte señalan que el día 14 de octubre de 2012 el recluso Olmedo recibió heridas torácicas por arma blanca en medio de una riña protagonizada con otro recluso. Minutos después fue trasladado al Hospital San Martín de Quillota, donde habría muerto producto de las lesiones graves con las que había llegado. Según los antecedentes del caso, el servicio público habría realizado las revisiones previas necesarias y presado auxilio oportuno después de haberse desencadenado la riña. Por su parte, la sentencia constata un hecho relevante para la causa: el momento en que ocurre la riña era justo el horario de colación de los funcionarios y de visita a los reclusos.⁴⁸⁶

⁴⁸³ Véase NISTAL (2016): 39.

⁴⁸⁴ Véase NISTAL (2000): 947-951.

⁴⁸⁵ Se consigna que este caso fue analizado en el capítulo IV apartado 5, pero desde la actuación diligente de la Administración Penitencia, no desde la causalidad.

⁴⁸⁶ Corte Suprema, rol N°6530-2015, 14 de septiembre de 2015. Considerando quinto.

En este caso, la causa de muerte de Olmedo son las heridas provocadas por otro recluso en una riña dentro del recinto penitenciario. La interrogante que se resuelve en este caso es si Gendarmería participa como causante indirecto del resultado dañoso. Sobre este punto, la sentencia sostiene que el servicio público actuó de manera correcta realizando una labor diligente antes, durante y después de ocurrida la riña. Antes de la riña, se realizaron todas las revisiones, requisas y allanamientos que habitualmente se realizan en el penal. Durante la riña, el personal se encontraba repartido en el casino para la respectiva colación y el espacio para que los reclusos recibieran a sus visitas. Después de ocurrida la riña, el personal penitenciario trasladó de manera oportuna a Olmedo a un centro de salud para ser asistido. Por lo tanto, no resulta razonable exigir a Gendarmería mantener una vigilancia absoluta, a cada instante del día y la noche, proporcionando personal para custodiar de manera personalizada a la población penal.⁴⁸⁷

Según el razonamiento desplegado, la causalidad material no podría ser constatada toda vez que la riña no fue propiciada por una omisión indebida y el traslado al recinto hospitalario fue oportuno. En cuanto a la causalidad jurídica, bien podría sostenerse que, si Gendarmería desplegó acciones en razón de sus recursos humanos y materiales, entonces sus actuaciones no estarían causando daños ilegítimos en la víctima de la riña. Las obligaciones jurídicas a las cuales está sometido no se estarían incumpliendo, ya que, en el momento de la riña, el personal estaba dispuesto para la visita de los familiares de los reclusos. De esta manera, el daño sufrido por Olmedo no podría ser atribuido a Gendarmería, toda vez que la relación jurídica penitenciaria no presupone la obligación de responder de todos los eventos dañosos que se producen al interior de las cárceles; en especial, cuando se toman todas las medidas necesarias para resguardar la vida e integridad física de los reclusos.

En *Sepúlveda con Fisco de Chile (2019)*⁴⁸⁸, el demandante alega falta de servicio de Gendarmería por la muerte del recluso Juan Castillo, quien se encontraba cumpliendo pena privativa de libertad en el Centro de Cumplimiento Penitenciario Biobío. Los hechos señalan que el día 02 de octubre de 2014, el interno Castillo protagoniza una riña en el comedor de la cárcel con otro recluso, quien le propina heridas torácicas graves que provocaron la muerte de Castillo. Una controversia central en este caso es que el circuito de televisión que vigila

⁴⁸⁷ Corte Suprema, rol N°6530-2015, 14 de septiembre de 2015. Considerando sexto.

⁴⁸⁸ Se consigna que este caso fue analizado en el capítulo IV apartado 5, pero desde la actuación diligente de la Administración Penitencia, no desde la causalidad.

ese espacio común no logró captar la riña en el momento que se originó.⁴⁸⁹

Según estos antecedentes, el análisis de la causalidad recaería en la exigencia de mantener cámaras de vigilancia en los espacios comunes de las cárceles. Frente a este escenario, la Corte estima que, si la Administración Penitenciaria no cuenta con los recursos humanos para vigilar a toda la población penal, entonces resultaría razonable contar con otros mecanismos de vigilancia para prevenir o detectar a tiempo eventos dañosos (como las riñas entre internos). En este sentido, de haber existido esas cámaras de seguridad en el patio se habría disuadido a los participantes de la riña o se habría actuado con mayor celeridad para revertir el resultado dañoso de Castillo. La obligación jurídica de Gendarmería de tener que vigilar no tan solo sería exigible por el personal desplegado en el recinto, sino que también mediante tecnología que permita un control más efectivo dentro de los penales. De haber contado con un sistema de televigilancia eficiente y correctamente diseñado, se hubiese alertado oportunamente de la riña que condujo a la muerte del recluso.⁴⁹⁰ Por lo tanto, la Administración Penitenciaria concurre de manera indirecta en el daño experimentado por el recluso, lo cual es suficiente para no romper el nexo de causalidad. Eventualmente, la atribución de un daño mediato moderaría el monto indemnizatorio que debería pagarse a los familiares que actúan como demandantes.

4.3. Autolesiones

Hasta acá se ha visto que la participación de la Administración Penitenciaria incide en el mantenimiento del nexo causal a pesar de que los daños sean causados indirectamente por ella. Se revisaron casos donde los involucrados eran un recluso (causante directo) y Gendarmería (causante indirecto). También se constató que la Corte Suprema no eximía de responsabilidad al servicio público por haber causado daños mediatos, sino que más bien se evaluó el nexo causal atendiendo a si Gendarmería cumplía con la finalidad de la norma penitenciaria, y si, en razón de ese comportamiento, era posible atribuir los daños sufridos por las víctimas.

En el grupo de casos donde participa indirectamente la Administración Penitenciaria también se encuentran las autolesiones. La diferencia de estos casos es que el perjuicio

⁴⁸⁹ Corte Suprema, rol N°55-2018, 25 de febrero de 2019. Considerando quinto.

⁴⁹⁰ Corte Suprema, rol N°55-2018, 25 de febrero de 2019. Considerando décimo cuarto y décimo quinto.

proviene del mismo recluso, quien se infiere daños a sí mismo. En este tenor, las lesiones pueden ser leves o graves (según el tipo de clasificación que se utilice) y pueden responder a distintas razones para su ejecución. En lo que sigue, mostraré las tensiones conceptuales que se producen para establecer el nexo causal en algunos casos de autolesiones graves, como transfusiones de sangre y alimentación forzada, y suicidios.

4.3.1. Autolesiones graves

No cabe duda de que establecer la causalidad en los casos de autolesiones dentro de un recinto carcelario es complejo. En estas hipótesis, los tribunales no tan solo tienen que evaluar la concurrencia de causas (directas e indirectas), sino que también establecer ciertos límites que permitan fijar con mayor certeza la atribución del daño a Gendarmería. Mientras que, por un lado, se encuentra la pretensión de los privados de libertad de proseguir un plan de vida autónomo, por otro lado, se encuentra Gendarmería que mediante medidas protectoras tiene la obligación de resguardar a la población penal.⁴⁹¹

Esta tensión se puede presentar de diferentes maneras en el contexto carcelario, pero se agudiza cuando existe un interés legítimo para causar el propio daño. Los casos de transfusión de sangre y alimentación forzada son ejemplos de ello. Mientras que los primeros deciden no someterse a una transfusión de sangre por convicciones religiosas, los segundos se abstienen de ingerir alimentos en señal de protesta por una causa justificada. Respecto de este tipo de casos, NINO advierte de la fragilidad del nexo causal. La razón que sostiene se vincula con la posibilidad de que “el daño esté causado por otra conducta consecuente del mismo agente o de un tercero y esa otra conducta sea la que se deba proscribir, o que esté causada por una conducta autoatentatoria de la propia salud”⁴⁹². En los casos citados, el nexo causal sería difícil de identificar, tanto porque la propia conducta de la víctima produce daños en sí misma, como porque se encuentra sometida a la esfera organizativa de la Administración Penitenciaria.

En la actualidad, existen normas expresas que reconocen a todas las personas, incluyendo a los presos, el derecho a rechazar tratamientos médicos o a suspender los ya iniciados. En efecto, la Ley N° 20.584 regula los derechos y deberes que tienen las personas

⁴⁹¹ Sobre el deber de cuidado de Gendarmería como una medida paternalista, véase POBLETE (2017): 115-121.

⁴⁹² NINO (2013): 173.

en relación con acciones vinculadas a su atención de Salud⁴⁹³, que en su artículo 14 reconoce el derecho básico de toda persona a no ser obligada a someterse a cualquier tratamiento médico, a excepción de aquella persona que se encuentre incapacitada para expresar su voluntad. Asimismo, la norma señala que el rechazo de dichos tratamientos no podrá tener como *objetivo* la aceleración de la muerte, la realización de prácticas eutanásicas o el auxilio al suicidio.⁴⁹⁴

Lo anterior, refuerza el hecho que los reclusos puedan rechazar transfusiones de sangre o la ingesta de alimentos, puesto que el *objetivo* de rechazar estas medidas es profesar sus creencias religiosas y manifestar su pensamiento sobre ciertas situaciones controvertidas, respectivamente. Esto se ve justificado por el deber de resguardo que tiene la Administración Penitenciaria de proporcionar un contexto adecuado para que los encarcelados puedan ejercer y exigir sus derechos y libertades; en los casos mencionados la libertad de culto y libertad de expresión (o derecho de protesta). Cosa distinta es aventurar las *consecuencias* que puede traer el rechazo de estas medidas en situaciones críticas, las cuales pueden desencadenar en autolesiones graves o la muerte de quienes las practican.⁴⁹⁵

Sin embargo, resulta indispensable fijar un límite ético para que la Administración Penitenciaria pueda intervenir y no ser un mero espectador de las manifestaciones políticas y las creencias religiosas sostenidas por la población penal. En la huelga de hambre de los presos del GRAPO el límite para la intervención estatal fue la pérdida de conciencia de los reclusos. En este caso, la alimentación forzada se justificó en razón de la incapacidad de los huelguistas de manifestar su intención de proseguir o no con la medida de presión.⁴⁹⁶ Si bien el objetivo de la huelga es protestar para mejorar las condiciones de vida carcelarias, sus consecuencias provocan autolesiones que se propina el mismo huelguista. Un límite similar

⁴⁹³ Para una mirada crítica sobre la ley de derechos y deberes del paciente y el cambio de paradigma en la relación paciente, médico y juez, véase ZÚÑIGA (2012): 273-288.

⁴⁹⁴ El artículo 14 de la ley de derechos y deberes de los pacientes señala que: “ Toda persona tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud, con las limitaciones establecidas en el artículo 16. Este derecho debe ser ejercido en forma libre, voluntaria, expresa e informada, para lo cual será necesario que el profesional tratante entregue información adecuada, suficiente y comprensible, según lo establecido en el artículo 10. En ningún caso el rechazo a tratamientos podrá tener como *objetivo* la aceleración artificial de la muerte, la realización de prácticas eutanásicas o el auxilio al suicidio.” La cursiva es propia.

⁴⁹⁵ Sobre esta materia, basta recordar la jurisprudencia citada por ZÚÑIGA (2008): 128.

⁴⁹⁶ Una crítica a la intervención injustificada de la Administración Penitenciaria en este caso, la entrega ATIENZA (1990): 36-37, quien se inclina por una posición a favor de la autonomía de los reclusos y no haberlos forzados a ingerir alimentos, incluso, después de haber perdido la conciencia.

podría establecerse para los casos de transfusión de sangre, puesto que en ellos la justificación para negarse al tratamiento médico es ejercer su libertad de culto.

De esta forma, quien se niega a ser sometido a una transfusión de sangre, debe saber que esa decisión de seguir sus convicciones religiosas tendrá como consecuencia un detrimento físico en ella misma, que incluso puede desencadenar en su muerte. Si el interno adopta una conducta autolesiva, debe hacerlo siguiendo ciertos pasos que exigen una profunda reflexión previa que haga más difícil la concurrencia de este comportamiento.⁴⁹⁷ La misma consecuencia deben asumir aquellos internos que se encuentran en huelga de hambre, quienes actúan ejerciendo legítimamente su libertad de expresión siempre y cuando exista una finalidad racional para no ingerir alimentos, una causa justa que justifique la abstención y que se trate de una manifestación o expresión que tenga una repercusión pública notoria.⁴⁹⁸ En estos casos, las actuaciones de la Administración Penitenciaria se evalúan en razón de la oportunidad que tiene para intervenir antes de que se desencadene un suicidio. En este sentido, el daño se produce cuando aún después de la pérdida de la conciencia, Gendarmería omite la ejecución de acciones que permitan mantener con vida a los reclusos. Por ejemplo, el nexo causal se interrumpe si es que la Administración Penitenciaria actúa después de que los internos pierden la conciencia y antes de la muerte de los mismos; una intervención previa, en estos términos, provocaría daños que se podrían imputar a Gendarmería por alimentar a los huelguistas sin su consentimiento.

En la jurisprudencia chilena, las huelgas de hambre se presentan con mayor frecuencia en el contexto carcelario. Los motivos que se presentan son más bien variados, algunos son posibles de ser justificados porque se trataría de manifestaciones enfocadas en el mejoramiento de condiciones carcelarias o para contrarrestar abusos de poder por parte de la autoridad⁴⁹⁹, mientras que otros motivos no se justificarían porque los recursos materiales se encuentran satisfechos o porque la Administración Penitenciaria ejecutó una conducta diligente.⁵⁰⁰ Lo cierto es que cualquiera fuese la decisión de los tribunales, el punto central

⁴⁹⁷ Véase NINO (2013): 175.

⁴⁹⁸ Un análisis detallado sobre los elementos constitutivos de la huelga de hambre lo realiza FAUNDES y DÍAZ (2014): 141-147.

⁴⁹⁹ Según esta inclinación, véanse las siguientes sentencias: Corte de Apelaciones de Concepción, rol N°220-2016, 11 de agosto de 2016; Corte de Apelaciones de Temuco, rol N°343-2014, 30 de abril de 2014; Corte de Apelaciones de Valdivia, rol N°21-2018, 23 de marzo de 2018.

⁵⁰⁰ Según esta inclinación, véanse las siguientes sentencias: Corte de Apelaciones de Puerto Montt, rol N°314-2020, 02 de diciembre de 2020; Corte de Apelaciones de Rancagua, rol N°88-2020, 28 de abril de 2020; Corte

que debe ser analizado es la pertinencia de la intervención estatal en una situación de salud compleja. Las consideraciones jurisprudenciales tendrían que solucionar un problema central: el límite que debe ser respetado para que la autoridad sanitaria pueda intervenir justificadamente, alimentar al recluso/paciente y realizar los tratamientos adecuados para proteger su vida.

En *Servicio de Salud Araucanía con Córdova*, la Corte Suprema chilena decide una huelga de hambre en el contexto carcelario. En este caso, el recluso Celestino Córdova se declara en huelga de hambre debido a la negativa dispuesta por la autoridad para visitar a su *rehue* y liderar los rituales mapuches como *machi* de la colectividad. Con el correr de los días el estado de salud del recluso Córdova se va deteriorando progresivamente y es trasladado desde el recinto penitenciario donde se encontraba recluido a un recinto hospitalario. El deterioro es provocado porque se niega a ingerir alimentos y recibir cualquier tipo de tratamiento médico. Ante la persistente negativa del recluso, el director del Servicio de la Araucanía Sur recurre de protección para que sean practicados ciertos tratamientos médicos que evitarían eventuales daños en su salud e integridad física.⁵⁰¹

Sobre estos hechos, la Corte Suprema resuelve el caso señalando que el recluso Córdova no podía disponer de su cuerpo de la manera en que lo estaba haciendo. El tribunal estima que el recinto de salud tiene el mandato legal para ejecutar todas las acciones de fomento, protección, recuperación y rehabilitación de las personas enfermas, deberes que, sin embargo, tienen que conjugarse en su cumplimiento con la autonomía de las personas respecto de las acciones médicas vinculadas con su salud. En particular, la Corte considera que, si bien el recluso Córdova puede ejercer su autonomía personal, aquella capacidad no es absoluta, puesto que la ley establece tres limitaciones para el rechazo de tratamientos médicos: que no acelere artificialmente la muerte, que no implique habilitar prácticas eutanásicas y, por último, que tampoco signifique el auxilio a su suicidio. Como la situación de Córdova es de suma gravedad porque estaría comprometiendo su vida, resulta indispensable hacer cumplir el deber de cuidado médico.⁵⁰²

En este orden de cosas, la Corte señala que las dimensiones decisorias del recluso

de Apelaciones de Santiago, rol N°1506-2020, 03 de julio de 2020; Corte de Apelaciones de Concepción, rol N°15.816-2020, 28 de septiembre de 2020; Corte de Apelaciones de Temuco, rol N°44822017, 15 de septiembre de 2017.

⁵⁰¹ Corte Suprema, rol N°95-034-2020, 24 de agosto de 2020. Considerando primero y segundo.

⁵⁰² Corte Suprema, rol N°95-034-2020, 24 de agosto de 2020. Considerando cuarto.

son más bien limitadas. Si bien las huelgas de hambre constituyen una dimensión del derecho a manifestar ideas y principios, esto no obsta a que se reconozca la muerte del huelguista como consecuencia de no haber conseguido la satisfacción de sus demandas. De las excepciones establecidas previamente, la Corte estima que el recluso Córdova estaría negándose a un tratamiento médico produciendo una aceleración artificial de la muerte. Por lo tanto, ello representaría una justificación legal para ser tratado pese a su negativa, no con el objeto de presionarlo a deponer la huelga de hambre que ha decidido iniciar ya hace muchos días, sino porque existe un imperativo jurídico y ético en el sentido de evitar que, en un marco de decisiones extremas de disposición de la vida, los pacientes se procuren a sí mismos la muerte ante un servicio de salud que resulte mudo testigo de ello, renunciando a sus deberes legales.⁵⁰³ Este mismo criterio es trasladado a la Administración Penitenciaria cuando la Corte sostiene que la huelga de hambre no entorpece ni disminuye sus deberes de cuidado respecto de la población penal y, por ende, la intervención que llegase a ejecutar tiene que ajustarse a las obligaciones penitenciarias para no provocar daños injustos.⁵⁰⁴

Sin embargo, el voto disidente del caso contrasta la aproximación presentada por la mayoría de los miembros de la Corte Suprema. Los ministros disidentes reformulan tres argumentos: las dimensiones del consentimiento informado, la decisión consciente para rechazar intervenciones médicas y la legitimidad de las huelgas de hambre. Para estos, la Corte estaría aplicando erróneamente el derecho para resolver la huelga de hambre del recluso Córdova.

En primer lugar, se indica que las dimensiones del consentimiento informado son aplicadas erróneamente en el caso particular. Para el voto disidente, la aproximación general trazada por la Corte es correcta toda vez que la huelga de hambre tendría como finalidad revertir una situación injusta, pero es inadecuada en el presente caso porque no estaría aplicando correctamente el derecho que tiene el interno Córdova como paciente. Los hechos expuestos demuestran que Córdova desea que se le proporcionen condiciones de vida acordes a las tradiciones del pueblo originario del cual forma parte, mientras cumple la pena que le fuera impuesta por los tribunales. De ninguna manera pretende acelerar su muerte con la manifestación política efectuada. En estas situaciones, la muerte se presenta como una

⁵⁰³ Corte Suprema, rol N°95-034-2020, 24 de agosto de 2020. Considerando quinto.

⁵⁰⁴ Corte Suprema, rol N°95-034-2020, 24 de agosto de 2020. Considerando sexto.

consecuencia de la huelga de hambre, pero se encontraría dentro de los marcos legales establecidos. Una manera de demostrar aquello sería el consentimiento firmado del recluso para que el servicio de salud no le practique tratamientos médicos en contra de su voluntad. Sobre este punto, el voto disidente concluye que alegar ilegalidad sobre el consentimiento entregado por el recluso, sería entonces reconocer una ilegalidad en el documento proporcionado a este mismo para no someterse a intervenciones médicas.⁵⁰⁵

En segundo lugar, el voto disidente resalta la preponderancia de la autonomía de los pacientes ante este tipo de casos. Para ello cita jurisprudencia estadounidense de comienzos del siglo XX, autores extranjeros y nacionales, además de acuerdos internacionales que versan sobre la materia, que le sirven de base para sustentar que por regla general las personas tienen la capacidad para decidir de manera consciente e informada sobre las intervenciones médicas que le pueden ser practicadas. En esto, el Acuerdo de Lisboa sobre Derechos del paciente (1981), recalca que los procedimientos contra la voluntad del paciente son excepcionales y proceden específicamente si lo autoriza la ley en conformidad a los principios de ética médica. De esta forma, se argumenta que Córdova, a pesar de encontrarse privado de libertad, igualmente tiene la capacidad para negarse a tratamientos médicos y, por ende, la autoridad no estaría facultada para intervenir o auxiliarlo en la huelga de hambre sin su consentimiento.⁵⁰⁶

Por último, el voto disidente sostiene que las huelgas de hambre son una forma de protesta común. La evaluación de cada una de ellas depende de la motivación que se tiene para mantener esta forma de manifestación. Por lo tanto, el Estado estaría obligado a realizar una evaluación individualizada para determinar si el detenido específico en verdad se encuentra en capacidad de formarse un juicio con respecto a las consecuencias físicas de rechazar la comida. Si la persona comprende esas consecuencias, su derecho a rechazar la comida debe ser respetado en cumplimiento de la ética médica como del derecho internacional.⁵⁰⁷ Según esta manera de enfrentar el problema, la decisión adoptada por el recluso representa la voluntad consciente de una persona mayor de edad y no estaría afectando a terceros, por lo cual reúne todas las exigencias que la legislación y los pronunciamientos éticos de la autoridad médica prevé, circunstancia que impide calificarle

⁵⁰⁵ Corte Suprema, rol N°95-034-2020, 24 de agosto de 2020. Voto disidente, considerando sexto.

⁵⁰⁶ Corte Suprema, rol N°95-034-2020, 24 de agosto de 2020. Voto disidente, considerando octavo.

⁵⁰⁷ Corte Suprema, rol N°95-034-2020, 24 de agosto de 2020. Voto disidente, considerando noveno.

de arbitraria o ilegal.⁵⁰⁸

En esta sentencia se aprecia que el límite para la intervención de Gendarmería no es una materia pacífica. Por un lado, el voto de mayoría demuestra una inclinación más cercana al cumplimiento de las obligaciones de salud y, con ello, la protección de la salud y vida del recluso para que la huelga de hambre no desencadene en un acto suicida. Por otro lado, el voto de minoría apuesta por la autonomía personal de quien ejecuta de manera consciente un acto político, cuya finalidad es revertir una situación desfavorable. En ningún caso, se trataría de un acto puramente suicida. En este último, la intervención del servicio de salud y Gendarmería se justificaría siempre que el recluso deje de discernir sobre la realidad y caiga en un estado de inconsciencia que no le permita consentir.

Sobre dichas consideraciones, la conciliación entre autonomía personal y deberes penitenciarios es crucial para determinar cuándo una intervención estatal estaría justificada. En esta parte, adhiero a la idea desarrollada en el voto de minoría de la Corte Suprema por dos razones. La primera es que, en este grupo de casos, se consagra como límite de la intervención estatal el consentimiento de los reclusos. Este reconocimiento entrega contenido al deber de resguardo de la Administración Penitenciaria en la medida que se protege la esfera de capacidades de los reclusos para proseguir su plan de vida dentro de la cárcel. La privación de la posibilidad de elegir afectaría el cumplimiento de esa dimensión obligacional. La segunda es que se establecen las intervenciones estatales que generarían daños injustos y, con ello, la constatación del nexo causal. De esta forma, actuar de manera justificada significa que la conducta de la Administración Penitenciaria no puede interferir en la huelga de hambre, ni en las convicciones religiosas, a menos que la persona que ejerza dichas acciones pierda sus facultades mentales para consentir. Entonces, la intervención estatal será razonable en la medida que permita evitar la muerte de dichas personas.

4.3.2. Suicidios

Si resulta complejo establecer la causalidad en los casos de autolesiones dentro de un recinto carcelario, esa dificultad aumenta cuando el daño inferido por el mismo recluso desencadena en un suicidio. En este grupo de casos, la intervención de la Administración Penitenciaria no se evalúa en razón de una manifestación política o una creencia religiosa de un miembro de

⁵⁰⁸ Corte Suprema, rol N°95-034-2020, 24 de agosto de 2020. Voto disidente, considerando undécimo.

la población penal, sino que más bien se trata de una persona que no desea seguir viviendo. Dicha persona no necesariamente persigue que se implemente una medida o se cambien ciertas condiciones carcelarias, ni tampoco sería indispensable tener un motivo justificado para la magnitud de la autolesión que se está infiriendo.

En este orden de cosas, cabría preguntarse ¿cuándo estaría justificada la intervención de la Administración Penitenciaria para interrumpir el nexo causal en los casos de suicidios? Una medida estatal sería legítima, por momentos paternalista, cuando intenta proteger un bien jurídico que tiene un reconocimiento racional por la sociedad, pero que en el imaginario del individuo que se trata de proteger no existe una capacidad para reconocerlo porque está dispuesto a sacrificar ese bien por otro o no se encuentra en una posición jurídica que le permita ejercer una autonomía para decidir sobre la protección de dicho bien.⁵⁰⁹ En el ámbito carcelario, la intervención estatal no tendría lugar en cualquier tipo de casos, como por ejemplo sobre quien desea fumar a pesar del cáncer pulmonar diagnosticado, sino que tendría lugar para proteger la vida de quien desea quitársela. La posibilidad de que la persona que se encuentra en la cárcel pueda disponer libremente de su vida no parece una vía legítima, a pesar de que pueda llegar a hacerlo sin ningún deterioro en sus facultades mentales.

Sobre este punto, bien vale recalcar que la medida adoptada no debiese impedir el ejercicio igualitario de los derechos fundamentales de los reclusos. En palabras sencillas, la situación excepcional de los internos justifica que el Estado asuma ciertas medidas intrusivas para resguardar la posición jurídica de la población penal y estos logren a acceder a una reincorporación social adecuada. Sin perjuicio de ello, igualmente resulta complejo justificar esa intromisión cuando se contraponen la autonomía de los reclusos y el deber de cuidado de la Administración Penitenciaria. De esta forma, para que sea legítima esta intervención, y no se construya el vínculo causal, es necesario que se satisfagan las siguientes condiciones: a) la existencia de un daño auténtico; b) que ese daño no sea adecuadamente percibido por el agente debido a que carece de una o más de las condiciones básicas de la autonomía personal y; c) la idoneidad del medio escogido para prevenir el daño.⁵¹⁰

La primera condición nos invita a elucidar si la muerte de una persona es un daño

⁵⁰⁹ En estos términos, véase DWORKIN (1983): 29-34.

⁵¹⁰ El examen que justifica el paternalismo jurídico supone el análisis de condiciones mínimas para su configuración; en razón de ello se han extraído y adaptado las condiciones recién citadas desde el estudio realizado por GARZÓN (1988): 164-165.

auténtico. En una aproximación más bien general, podríamos sostener que la muerte se vincula con el vacío o ausencia de quien la experimenta, por lo tanto, quien deja de existir no puede experimentar un mal.⁵¹¹ Según esta manera de enfrentar la muerte, la única forma plausible de considerarla un mal es por referencia al perjuicio o daño generados en terceras personas, es decir, aquellas personas que continúan con vida y que deben cargar con la muerte de un ser querido. La cuestión crucial aquí es que suicidarse nunca produce un mal a quien muere, ya que el daño, que eventualmente se podría producir en estas circunstancias, recae en terceros que sufren la pérdida de la persona que decide quitarse la vida. Habitualmente son las familias de los reclusos quienes alegan dicho perjuicio. No obstante, y como se verá más adelante, no todo suicidio sería un daño auténtico o, si se quiere, un daño injusto.

Descartada la posibilidad de que la muerte, en general, y que el suicidio, en particular, siempre generan un daño, la segunda condición que se debe resolver es aquella que se pregunta: ¿Cuándo el suicida o potencial suicida carece de alguna de las condiciones mínimas del actuar autónomo? Para responder esta pregunta resulta indispensable determinar si el recluso presenta antecedentes psicológicos previos que proporcionen información útil para el resguardo de esa persona dentro de la cárcel. Los casos más típicos donde se manifiesta esta falta de capacidad son los siguientes: a) la ignorancia o una percepción errada de elementos relevantes para tomar una decisión racional, por ejemplo cuando se está en presencia de menores de edad penalmente responsables (mayores de 16 años y menores de 18 años, específicamente); b) la reducción o afectación de la fuerza o voluntad sobre alguna circunstancia no querida ni buscada por el agente, por ejemplo, situaciones de hacinamiento penitenciario o falta de segregación de reclusos; c) la reducción temporal o permanente de las facultades mentales del sujeto, por ejemplo, la esquizofrenia; y d) la acción compulsiva de los reclusos, cuando sean víctimas de tratos vejatorios al momento de realizar allanamientos.⁵¹² De esta forma, si a sabiendas de los antecedentes suicidas de los reclusos o en atención de algunas de las hipótesis presentadas previamente, la Administración Penitenciaria no adopta las medidas suficientes y necesarias para impedir que se produzca el evento dañoso, entonces la causalidad se mantiene y la atribución de responsabilidad recaería

⁵¹¹ Para un análisis de la muerte desde un punto de vista objetivo y subjetivo, interno y externo, personal e impersonal respecto del mundo, véase la sugerente propuesta de NAGEL (1996): 320-331.

⁵¹² Véase GARZÓN (1988): 166.

en el Estado.⁵¹³

La última condición para justificar la intervención estatal es aquella referente a la idoneidad del medio empleado para evitar o repeler el daño. Esta condición es particularmente importante cuando nos enfrentamos a una situación en donde es claro que el Estado cuida la vida e integridad de los reclusos, pero ¿en qué casos el afán de satisfacer este cuidado supone una intromisión indebida en la autonomía del interno? Es indudable que soportar ciertos males menores (como la revisión periódica de las celdas) en razón de un bien superior (como la propia protección de los reos), aunque sean medidas claramente paternalistas e intrusivas, estarían justificadas. La razón sería que los allanamientos afectan bienes con un poco peso relativo en relación a la protección a la vida que intenta resguardar Gendarmería; lo mismo ocurre con las disposiciones de seguridad que prohíben el uso de y la posesión de ciertos objetos, los horarios para usar los espacios comunes, la realización de inspecciones sorpresa, la segregación de reos por peligrosidad, entre otras.

En los casos de suicidios, el medio escogido para prevenir el daño de un recluso sin tendencia suicida no es el mismo respecto de aquellos reclusos que manifiestan dichos síntomas. Respecto de los primeros, las afectaciones de ciertas dimensiones de la privacidad no serían justificadas porque estas personas: a) son conscientes de su propia culpa; b) asumen el riesgo de un daño para satisfacer su propia felicidad y; c) prefieren arriesgar su vida en aras de los demás (ideal del héroe).⁵¹⁴ Sin embargo, respecto de los segundos, el aislamiento o la reducción de las pertenencias dentro de la celda estarían justificados. Los antecedentes suicidas entregan información relevante para aplicar medidas carcelarias preventivas. Una de ellas es la vigilancia reforzada que debe asumir la Administración Penitenciaria para evitar que el recluso ejecute su propia muerte y, así, no exponerlo a un riesgo innecesario. De esta forma, procedería la interrupción del nexo causal en la actividad penitenciaria cuando la intervención estatal restringe de ciertos bienes o derechos a aquellos reclusos que poseen antecedentes suicidas. En los demás casos, el Estado estaría causando daños injustos.

En *Rebolledo y otros con Fisco de Chile*, la Corte Suprema chilena determina la responsabilidad del Estado por un suicidio dentro de la cárcel. En este caso, la reclusa

⁵¹³ La jurisprudencia española se inclina porque Gendarmería adopte medidas preventivas para que los internos sean psiquiátricamente diagnosticados y se eviten situaciones riesgosas como dejar entrar enseres ajenos a la cárcel que pueden contribuir al suicidio. Véase GUILLÉN (2012): 428-430.

⁵¹⁴ Véase GARZÓN (1988): 168-169.

Catalina Fuentes atenta contra su vida dentro de la sección femenina del Centro Penitenciario de Concepción, justo después de haber sido separada del resto de sus compañeras en una celda de aislamiento. En razón de ello, la recurrente sostiene la falta de servicio de la Administración Penitenciaria por incumplimiento del deber de vigilancia y custodia, ya que no dispuso los recursos humanos y materiales suficientes para que la reclusa no se quitara la vida.⁵¹⁵ La Corte estima que esta alegación se refleja cuando se produce un prolongado espacio sin supervisión, lo cual permite el ahorcamiento de la reclusa mientras se encontraba dentro de una celda de aislamiento que debía ser vigilada con mayor frecuencia por parte de los gendarmes.⁵¹⁶ Precisamente, la Corte Suprema acoge la casación interpuesta, y que coincide con la pretensión de la parte demandante, sosteniendo dos argumentos. Por una parte, que en instancias anteriores se omitió de manera injustificada la prueba rendida que permitía valorar correctamente las actuaciones penitenciarias para determinar el cumplimiento de deberes ante los hechos que desencadenaron el suicidio de la reclusa Fuentes. Por otra parte, la constatación de que se evaluó la legalidad de la medida tomada por Gendarmería (aislamiento en una celda) sin considerar los antecedentes suicidas de la reclusa.⁵¹⁷

Las consideraciones previamente expuestas, motivaron la sentencia de reemplazo de la Corte Suprema. Uno de los hechos que la Corte estimó determinante es que la reclusa, previo a su muerte, profirió a viva voz amenazas de atentar contra su vida si no era sacada de allí, tal y como lo había hecho el día anterior, sin que el personal de Gendarmería tomara medida alguna para precaver que ello no ocurriera. Por el contrario, luego de ser ingresada a la celda de aislamiento, la interna Fuentes fue dejada sin vigilancia por un lapso aproximado de 70 minutos, concurriendo al lugar sólo cuando otra reclusa alertara al personal de guardia que Fuentes había dejado de gritar y no respondía a los mensajes que desde otras celdas le enviaban.⁵¹⁸ Los antecedentes que presentaba la reclusa hacía indispensable que Gendarmería interviniera de manera más activa y pusiera todos los medios que tuviera a su disposición para evitar que el daño causado desencadenara en un suicidio.⁵¹⁹

Finalmente, la Corte estima que no será oída la alegación respecto a la falta de

⁵¹⁵ Corte Suprema, rol N°14.707, 04 de junio de 2021. Considerando primero.

⁵¹⁶ Corte Suprema, rol N°14.707, 04 de junio de 2021. Considerando sexto.

⁵¹⁷ Corte Suprema, rol N°14.707, 04 de junio de 2021. Considerando octavo.

⁵¹⁸ Corte Suprema, rol N°14.707, 04 de junio de 2021. Sentencia de reemplazo, considerando décimo segundo.

⁵¹⁹ Corte Suprema, rol N°14.707, 04 de junio de 2021. Sentencia de reemplazo, considerando décimo tercero.

concausalidad alegada genéricamente por Gendarmería. La razón que sostiene el tribunal es que el servicio público contaba con los medios humanos y materiales para haber tomado las medidas preventivas y resguardo para evitar que la interna Fuentes atentara contra su vida mientras se encontraba aislada del resto de las internas. En esas condiciones sólo el personal en funciones podía evitar que se concretaran las amenazas proferidas, implementando rondas de vigilancia con la periodicidad necesaria para que los hechos acaecidos el día anterior no se volvieran a reiterar.

Esta sentencia de la Corte Suprema establece que los antecedentes suicidas son preponderantes para la prestación de una vigilancia reforzada. Previamente, la reclusa ejecutó acciones frustradas para quitarse la vida y también advirtió que de ser aislada iba a intentarlo nuevamente. La atribución de responsabilidad que determina la Corte Suprema se funda en las medidas no adoptadas por Gendarmería para resguardar la vida de la reclusa. Por su parte, Gendarmería tampoco podría alegar el cumplimiento de sus obligaciones ante los hechos ocurridos, ya que en variadas ocasiones los tribunales han intentado delimitar el alcance de las intervenciones del servicio público cuando se originan casos de autolesiones graves como son los suicidios.

Sobre esta materia, la jurisprudencia nacional ha intentado fijar las actuaciones penitenciarias para prevenir conductas suicidas. El incumplimiento de deberes genera un vínculo para la atribución de responsabilidad estatal por el daño o vulneración de derechos experimentado por la población carcelaria. Se citarán dos ejemplos, con resultados disímiles, para mostrar las medidas preventivas que debe adoptar Gendarmería a la hora de resguardar la salud y vida de una persona con antecedentes suicidas.

En *Cubillos con Gendarmería de Chile*, la Corte de Apelaciones de Copiapó estableció que las medidas adoptadas por la Administración Penitenciaria fueron adecuadas. En este caso, la parte recurrente alega una vulneración de derechos de parte de la Administración Penitenciaria, puesto que mantenía al interno Nicolás Cubillos en la enfermería del recinto esposado en su cama. La parte recurrida expone que el recluso se encuentra en esas condiciones porque teme a que realice alguna acción en contra de su vida, así como lo hizo previamente de manera frustrada cuando fue auxiliado y trasladado oportunamente al Hospital Regional de Atacama. En esa ocasión, el recluso fue encontrado ahorcado con trozos de género trenzados desde los barrotes de la ventanilla de la celda hasta

la cama donde se encontraba inconsciente.⁵²⁰

Los hechos alegados se contrastan con la evidencia evaluada por la Corte de Apelaciones de Copiapó analizó la pertinencia de las actuaciones ejercidas por Gendarmería. Sobre este punto, la Corte tomó en cuenta las siguientes consideraciones. Por un lado, se estableció que el recluso Cubillos de manera reiterada llevó a cabo actitudes de autoagresión, entre las que se encuentran las siguientes: huelga de hambre líquida, sutura bucal, autolesión con elementos cortopunzantes, autoflagelación e intento de suicidio por ahorcamiento.⁵²¹ Por otro lado, ante dichas actos atentatorios contra la propia vida es que Gendarmería debió adoptar las medidas necesarias para impedir que el recluso volviese a agredirse a sí mismo o a terceros.⁵²²

Frente a este escenario, la Corte estableció que la actuación de Gendarmería fue adecuada. La medida de seguridad de uso de grilletes es una facultad contemplada por en el ordenamiento jurídico, y que fue adoptada en este caso por la situación de extrema gravedad consistente en los intentos de reiterados del interno de quitarse la vida, además de otros actos de autolesión, de lo que se concluye que la mentada medida posee una justificación de fondo y prioritaria, cual es la propia seguridad de la vida e integridad física de aquel por quien se recurre.⁵²³ En atención a las experiencias previas, Gendarmería adopta medidas para evitar un evento dañoso como sería el suicidio del recluso Cubillos. Precisamente son esas medidas intrusivas las que protegen y mantienen con vida al interno, las cuales, por encontrarse debidamente justificadas, no provocarían daños que pudiesen ser atribuidos a la Administración Penitenciaria, incluso, si llegase a materializarse el suicidio del reo dentro de la cárcel.

Por su parte, la Corte de Apelaciones de San Miguel resuelve *Mardones con Gendarmería de Chile* amparándose en el mismo criterio de los antecedentes suicidas, pero con un resultado opuesto. En este caso, la Corte evalúa las medidas adoptadas en contra de la reclusa Victoria Mardones, quien ha sido sometida a reiterados castigos por los intentos suicidas experimentados en distintos momentos de la ejecución de la pena. Para Gendarmería, esto supone una conducta inadecuada que debe ser objeto de sanción

⁵²⁰ Corte de Apelaciones de Copiapó, rol N°48-2020, 27 de junio de 2020. Considerando primero

⁵²¹ Corte de Apelaciones de Copiapó, rol N°48-2020, 27 de junio de 2020. Considerando sexto

⁵²² Corte de Apelaciones de Copiapó, rol N°48-2020, 27 de junio de 2020. Considerando séptimo

⁵²³ Corte de Apelaciones de Copiapó, rol N°48-2020, 27 de junio de 2020. Considerando duodécimo

disciplinaria y, por lo tanto, la interna no puede acceder a beneficios intrapenitenciarios, ni ser visitada por su familia. Precisamente, esta situación es reclamada porque el Reglamento Penitenciario no establece sanciones por intentos suicidas.⁵²⁴

Para la Corte estos hechos son suficientes para establecer que las medidas adoptadas por Gendarmería son inapropiadas. Las razones que sostiene son dos: la vulneración de derechos y los daños ocasionados. Respecto de la vulneración de derechos, la Corte sostiene que las sanciones disciplinarias adoptadas por Gendarmería son contrarias a la libertad y seguridad individual en razón de que el comportamiento de la reclusa se enmarca en su deteriorado estado de salud mental, aunque igualmente, de manera ilegítima, se le han impuesto sucesivos castigos por causa de autoagresiones.⁵²⁵ En relación a los perjuicios ocasionados por Gendarmería, la Corte señala que las condiciones de salud mental y conducta de autolesiones que presenta la interna importan la existencia de un peligro para su seguridad física. Gendarmería tiene el deber de atender e intervenir con el objeto de evitar daños a la salud y vida de la amparada, circunstancia con la que pugna la aplicación de castigos en régimen penitenciario que, precisamente, aíslan a la interna, pudiendo propiciar con ello sus conductas disruptivas con una marcada tendencia a autolesionarse.⁵²⁶

Tanto en *Cubillos* como en *Mardones*, el criterio de los antecedentes suicidas sirvió para evaluar la diligencia de las intervenciones de Gendarmería. En estos casos se logra apreciar la pertinencia de las medidas adoptadas cuando existe un diagnóstico médico de por medio y la posibilidad de dar la protección debida a la persona privada de libertad. En *Cubillos*, la Corte de Copiapó estimó que la actuación penitenciaria no causaría vulneración de derechos ni daños al recluso por tratarse de una medida adecuada que estaría resguardando su vida, evitando algún evento suicida. Mientras que, en *Mardones*, la Corte de San Miguel estimó indispensable que Gendarmería no prosiguiera con el aislamiento de la reclusa porque dicha medida aumentaba el peligro de que esta se quitara la vida. Finalmente, el comportamiento de la Administración Penitenciaria tiene que encuadrarse en el marco de deberes legales y reglamentarios y, con ello, que sus actuaciones no se vinculen con algún perjuicio experimentado por el recluso.

⁵²⁴ Corte de Apelaciones de San Miguel, rol N°565-2019, 21 de noviembre de 2019. Considerando primero.

⁵²⁵ Corte de Apelaciones de San Miguel, rol N°565-2019, 21 de noviembre de 2019. Considerando cuarto y quinto.

⁵²⁶ Corte de Apelaciones de San Miguel, rol N°565-2019, 21 de noviembre de 2019. Considerando séptimo.

5. Causales de exoneración de responsabilidad en la actividad penitenciaria

Para BARROS, las causales de justificación permiten neutralizar el juicio de ilicitud de la conducta. Si bien la conducta parece infringir un deber objetivo de cuidado, en principio culpable, quien ha actuado de ese modo tiene una razón poderosa para que su conducta no se excluya del juicio de responsabilidad. Por lo tanto, las causales de justificación se fundarían en un balance de bienes jurídicos. En estos términos, bien podríamos sostener que es ilícito privar a otro de la libertad, pero no lo es si se actúa en cumplimiento de una obligación normativa; tampoco se debería causar daños a dichas personas, aunque puede estar justificado si la acción tiene por finalidad salvar otras vidas.⁵²⁷

Visto así, la ruptura del nexo causal en la actividad penitenciaria no sería distinta a otros sectores regulados de la Administración. Esta idea supone identificar razones en la etapa de la causalidad para atenuar o excluir la responsabilidad de la Administración Penitenciaria ante los perjuicios experimentados por los reclusos. A continuación, se revisarán las principales, pero no exclusivas, causales de exoneración de la responsabilidad extracontractual de la Administración Penitenciaria, las cuales son: a) la culpa de la víctima y; b) la fuerza mayor o caso fortuito.

5.1. Culpa de la víctima

El artículo 2330 del Código Civil chileno establece una regla de atenuación de responsabilidad en el caso de que la víctima se exponga imprudentemente al daño. El alcance de esta norma precisa que, en estricto rigor, no se excluye de responsabilidad al demandado, sino que más bien tiene el efecto de reducir la obligación indemnizatoria. Esto también aplicaría en el ámbito público. Según BARROS “con independencia de la calificación jurídica que se le dé a la responsabilidad del Estado por falta de servicio, se ha fallado que, si la víctima ha actuado de manera imprudente, también cabe disminuir la indemnización”.⁵²⁸ Por lo tanto, la culpa del administrado provocaría que el monto indemnizatorio que debe pagar el Estado sea menor al que hubiese tenido que pagar si es que no se presentara esta condición.

Sin embargo, habría casos en que el daño puede ser atribuido completamente al

⁵²⁷ Véase BARROS (2020): 139.

⁵²⁸ BARROS (2020): 451.

hecho culpable de la víctima. Es decir, la exposición imprudente al daño no sería otra cosa que la actuación negligente por parte de la víctima. En estas situaciones, se rompe el nexo causal y se exime de responsabilidad al Estado si la causa suficiente, principal o determinante del perjuicio proviene o es causada por la negligencia de la víctima.⁵²⁹ De esta manera, tanto en el ámbito civil como público, la causal de la exposición imprudente de la víctima al daño funcionaría como atenuante de la obligación de indemnizar o eximente de responsabilidad.

La sentencia caratulada *Segovia con Fisco de Chile* es un ejemplo de eximente de responsabilidad por haberse configurado la culpa de la víctima. En este caso, la Corte Suprema viene a ratificar que la exposición imprudente al daño rompería el nexo causal entre el perjuicio sufrido por el recluso y la actuación administrativa. Los hechos de la causa demuestran que el recluso Hugo Villalobos se encontraba recluso en el módulo N°41 de la cárcel Huachalalume de La Serena, sin embargo, se trasladó al módulo N°43 para saldar temas pendientes que otro recluso. Para moverse de un lado a otro escaló el muro colindante de ambos módulos. Finalmente, se desencadenó una riña con otro recluso, cuyo resultado fue heridas de gravedad y posterior muerte del interno Villalobos.⁵³⁰

En atención a estos hechos, la Corte Suprema estima que las actuaciones de la Administración Penitenciaria fueron diligentes. En contrapartida, la Corte muestra conformidad con la decisión tomada previamente por los sentenciadores del fondo cuando se establece que el actuar de la víctima desencadena la secuencia de hechos dañosos. En orden cronológico, la víctima se escapa del módulo donde debía permanecer, escala un muro para enfrentar a otro reo y provoca la riña que culminó con su propia muerte. El transcurso de los hechos, según la Corte Suprema, no hace más que confirmar que el recluso Villalobos se expuso de manera imprudente al daño, tampoco se pudo acreditar que Gendarmería no cumplió con su deber de vigilancia, lo cual produce que sea el mismo recluso quien tenga que cargar con la culpa de su conducta.⁵³¹

5.2. Fuerza mayor o caso fortuito

El artículo 45 del Código Civil chileno conceptualiza la fuerza mayor o caso fortuito. Se trataría del imprevisto a que no es posible resistirse, como serían los desastres naturales

⁵²⁹ Véase BARROS (2020): 459.

⁵³⁰ Corte Suprema, rol N°4734-2017, 17 de agosto de 2017. Considerando sexto.

⁵³¹ Corte Suprema, rol N°4734-2017, 17 de agosto de 2017. Considerando noveno.

(terremotos, maremotos, o erupciones volcánicas). La imprevisibilidad y la imposibilidad de resistirse de aquel evento o situación se presentan como elementos centrales para determinar si es viable evitar los perjuicios sufridos por las víctimas. Los casos son variados y su tratamiento posee diferencias que dependen de la institución del derecho que se desea aplicar. En los casos de responsabilidad extracontractual, la fuerza mayor y caso fortuito se presentan con regularidad en la etapa de la causalidad para exonerar de responsabilidad al demandado, quien en su defensa alega que el daño causado al demandante sería provocado por un hecho natural ajeno a su actuación (como sería el desvío del cauce de un río producto de un terremoto).⁵³²

El análisis de la responsabilidad extracontractual del Estado ante situaciones de fuerza mayor o caso fortuito también sugiere una revisión en la etapa de la causalidad.⁵³³ En este tipo de interacciones, los desastres naturales generarían perjuicios que difícilmente podrían ser imputados al Estado por tratarse de eventos que no ocurren habitualmente. No es común que los servicios públicos tengan que lidiar con estas manifestaciones de la naturaleza, ni que se encuentren jurídicamente obligados a funcionar de acuerdo a este tipo de imprevisiones. Por lo tanto, para constituir el establecimiento o la ruptura del nexo causal de cualquier órgano de la Administración deben ser analizadas dos ideas centrales: a) la capacidad de respuesta estatal ante situaciones excepcionales y; b) la exoneración de responsabilidad por los daños causados por terremotos.

Sin duda que las situaciones de emergencia son consideradas excepcionales. En dichos contextos, las respuestas del Estado son regularmente limitadas, ya que no se podría esperar que sus actuaciones fuesen similares que las adoptadas en momentos de normalidad. En otras palabras, no sería posible establecer con seguridad la aplicación conjunta de todos los elementos que involucra un juicio de responsabilidad estatal. Por esa razón, sería razonable preferir la satisfacción de las necesidades públicas más urgente y cuyos requerimientos son permanentes, sobre aquellas que no se encuentran en dicha situación.⁵³⁴ Esto refleja la capacidad estatal para enfrentar desastres naturales que causan daños imprevisibles y que son difíciles de controlar. El terremoto que azotó la zona centro-sur de Chile el 27 de febrero de 2010 produjo una serie de consecuencias negativas que derivaron

⁵³² Sobre la responsabilidad civil de los desastres naturales, véase el trabajo de SAN MARTÍN (2019): 123-142.

⁵³³ Más aún cuando se presentan dificultades para probar el nexo causal, véase POBLETE (2015): 251.

⁵³⁴ Véase LETELIER (2012c): 307-308.

en demandas en contra del Estado por su actuación negligente. En el ámbito penitenciario, el terremoto causó problemas estructurales en cárceles, conmocionó su organización interna y permitió la fuga de reclusos.

Por ejemplo, la Corte Suprema resolvió una demanda por indemnización de perjuicios en contra del Estado por los daños que sufrieron los vecinos de la cárcel de Chillán. Los hechos establecidos demuestran que producto del terremoto del 27F se originó la siguiente secuencia causal: a) colapsó en su totalidad el muro perimetral del establecimiento carcelario de Chillán; b) se fugaron de 244 reclusos del establecimiento carcelario y; c) los reclusos fugados invadieron, saquearon e incendiaron las casas aledañas de la cárcel.⁵³⁵ Como se logra apreciar, el desastre natural se constituye como un hecho difícil de controlar y, a su vez, produce una serie de situaciones dañosas que imposibilita la reacción oportuna de Gendarmería de Chile.

Frente a estos hechos, la fuerza mayor y el caso fortuito podrían ser utilizados para exonerar de responsabilidad al Estado.⁵³⁶ Esto sería así porque la caída del muro se produjo durante la madrugada y los daños sufridos por los vecinos fueron causados por reclusos fugados de la cárcel producto del derrumbe de esa muralla. De esta forma, el terremoto condicionaría la actividad penitenciaria, puesto que en estas circunstancias de anormalidad no sería posible actuar según los estándares de cuidado jurídicamente exigidos. Por lo tanto, el desastre natural estaría actuando como la única causa que provoca los perjuicios sufridos por las víctimas y la pretensión indemnizatoria no encontraría cabida.⁵³⁷

Sin embargo, las consideraciones previamente estipuladas no son acogidas por la Corte Suprema, quien estima que la evaluación de la relación causal no debiese alterarse en eventos de estas características. En efecto, indica que, pese a lo ocurrido, Gendarmería tenía la obligación de adoptar las acciones necesarias para asegurar a las personas que estaban bajo su custodia, manteniéndolas dentro del recinto penitenciario, incluso tratándose del sismo del 27F. Sobre este punto, la Corte argumenta que era previsible que el antiguo muro podría colapsar, poniendo en riesgo el debido aseguramiento de las personas que se encontraban bajo su custodia y con ello, la seguridad de las viviendas que colindaban el recinto penitenciario. En consecuencia, la Corte verifica la constatación física de la causalidad y la

⁵³⁵ Corte Suprema, rol N°76.461-2016, 05 de septiembre de 2017. Considerando décimo segundo.

⁵³⁶ Véase BERMÚDEZ (202): 258.

⁵³⁷ En estos términos, véase LETELIER (2012c): 312.

constatación jurídica de que dicho daño le era imputable a la Administración Penitenciaria.⁵³⁸

6. Recapitulación

Después de abordar los deberes de la Administración Penitenciaria, la investigación exige analizar los daños causados en la actividad penitenciaria para completar las etapas del juicio de responsabilidad por culpa. Por esa razón, el presente capítulo tiene como objetivos principales: a) especificar los perjuicios que son objeto de indemnización y; b) determinar las condiciones que deben cumplirse para vincular la actuación negligente de la Administración Penitenciaria con los daños sufridos por los reclusos. Para lograr dichos objetivos, la investigación se dividió de la siguiente manera.

En primer lugar, se determinaron los daños que los reclusos no están obligados jurídicamente a soportar. Para lograr precisión conceptual, se categorizó entre daños justos y daños injustos. La distinción trazada se justifica según si el perjuicio se produce dentro o fuera de lo presupuesto por la sanción penal. Por ende, estaríamos frente a los primeros cuando el daño o perjuicio se produce a propósito del cumplimiento de la pena, sobre alguno de los intereses y/o derechos restringidos por la privación de libertad. En cambio, estaríamos frente a los segundos cuando el daño o perjuicio se produce fuera de los contornos de la pena, esto es, fuera de los intereses y/o derechos restringidos por la sanción penal.

Luego se estableció que tanto los daños patrimoniales, como los daños extrapatrimoniales son susceptibles de ser indemnizados por el Estado. Por un lado, la indemnización de los daños patrimoniales se justificaría en razón de las lesiones físicas sufridas por los reclusos, ya sea por concepto de daño emergente o lucro cesante. Por otro lado, la indemnización de los daños extrapatrimoniales (por ejemplo, los daños morales) estaría justificada porque resulta indispensable dar completitud a la obligación de compensar que tiene el Estado. Esto es así porque no tan solo se sufre de lesiones patrimoniales, sino que también de lesiones que están fuera de este ámbito. En el ámbito carcelario, se presentan casos donde las familias demandan al Estado por tener que cargar con el peso emocional y psicológico de la muerte de un recluso que es pariente cercano.

En segundo lugar, se articula la causalidad de la actividad penitenciaria desde la estructura clásica seguida por el derecho de daños que distingue entre causalidad material y

⁵³⁸ Corte Suprema, rol N°76.461-2016, 05 de septiembre de 2017. Considerando vigésimo primero.

jurídica. Respecto de la causalidad material, el análisis se centra en los hechos que efectivamente ocurren y si esa acción u omisión constituye una condición necesaria y suficiente para establecer el nexo causal entre la culpa y el daño ilegítimo causado por la Administración Penitenciaria. La distinción entre causalidad mediata e inmediata resulta pertinente para descifrar las dimensiones conceptuales de la *conditio sine qua non*.

Sin perjuicio de los esfuerzos para constatar la relación entre el daño y el resultado dañoso desde la dimensión natural, aquello resulta insuficiente para comprender todo el cuadro de la causalidad. También se tiene que establecer la vinculación normativa entre los hechos y el resultado final. Para consolidar el análisis en esta parte de la investigación, se distinguió entre la imputación del daño según la finalidad perseguida en la actividad penitenciaria, esto es, la vinculación jurídica entre la actuación estatal que se ejecuta fuera de los contornos normativos y el daño ilegítimo sufrido por los reclusos; y la imputación de los daños consecuentes a la Administración Penitenciaria, es decir, la atribución de responsabilidad de los daños mediatos o inmediatos provocados por el servicio público penitenciario.

En tercer lugar, se analizan las dificultades para establecer la causalidad en los daños provocados directa e indirectamente por la Administración Penitenciaria. En un primer grupo, se identifican los daños causados directamente por la Administración Penitenciaria, como muertes o daños causados por incendios o prestaciones tardías o defectuosas de las atenciones de salud. En un segundo grupo, se identifican las implicancias de la concurrencia de dos o más causales en la producción del daño, como sería la riña entre dos reclusos y el traslado tardío del interno herido a un recinto de salud por parte de Gendarmería.

Así también, las autolesiones se constituyen como casos de daños provocados indirectamente por la Administración Penitenciaria. En esta última parte, se revisaron autolesiones graves, como las huelgas de hambre carcelarias, y suicidios. Respecto de las huelgas de hambre, el nudo central se avizora en la fijación de los límites éticos para que las actuaciones de Gendarmería no causen daños en casos donde se provoca una autolesión para manifestar un descontento y revertir una situación carcelaria desfavorable. Por su parte, en los casos de suicidio se sostuvo que la atribución de responsabilidad estaría determinada según si las medidas fueron adoptadas atendiendo a los antecedentes psiquiátricos o conductas suicidas del recluso fallecido.

Por último, se identifican los principales motivos para justificar la ruptura de la relación causal. La primera de ellas se vincula con la culpa de la víctima. Según esta causal, la víctima tiene que jugar un rol importante dentro de la interacción dañosa para que proceda la reducción de la indemnización o la eximente de responsabilidad. En este sentido, la disminución del monto indemnizatorio procede como regla general cuando la víctima se expone de manera imprudente al daño, mientras que se rompe el nexo causal y se exime de responsabilidad al Estado si la causa suficiente, principal o determinante del perjuicio es causada exclusivamente por la negligencia del recluso.

La segunda causal revisada se relaciona con la fuerza mayor o caso fortuito. Respecto de esta causal, suele sostenerse la exoneración de la responsabilidad estatal cuando se presentan hechos imprevisibles, como serían los desastres naturales. La ruptura del nexo causal procedería en la medida que la catástrofe natural sería la única causante del daño. Sin embargo, la Corte Suprema problematiza esta tendencia cuando establece la falta de servicio de Gendarmería por los daños que experimentan los vecinos de una cárcel. En este caso, la Corte sostiene que, si bien el terremoto es una situación imprevisible, sí era totalmente previsible que el antiguo muro no se derrumbara. Por ello, Gendarmería debió haber adoptado mayores y mejores medidas una vez que ocurrió el terremoto, evitando que los reclusos se fugaran de la cárcel y causaran daños injustificados a las personas que habitaban las inmediaciones del establecimiento penitenciario.

CONCLUSIONES

La principal dificultad que plantea la presente investigación es la siguiente ¿Cómo los tribunales de justicia tienen que resolver los casos de responsabilidad del Estado por falta de servicio en el ámbito carcelario? La hipótesis que orienta este problema de investigación sostiene que la comprensión actual de la responsabilidad del Estado por falta de servicio adolece de la falta de una explicación dogmática exhaustiva y, por esa razón, solo un enfoque plural que contemple consideraciones correctivas, identificando la estructura normativa de las interacciones públicas, y distributivas, advirtiendo la importancia conceptual de los derechos de los reclusos y los deberes de la Administración Penitenciaria, permitirá aplicar adecuadamente las normas del derecho administrativo en la responsabilidad extracontractual de la Administración Penitenciaria.

A continuación, se exponen cinco conclusiones que permiten confirmar la hipótesis planteada. Cada capítulo contiene una conclusión propia y en ellas se exponen los temas centrales que fueron desarrollados y que justifican que la investigación arribe a estas ideas finales.

1. Los dilemas de la responsabilidad extracontractual del Estado

Por lo general, la secuencia lógica de una investigación establece alcances, identifica problemas y proyecta soluciones de una institución determinada. Según esta sucesión de etapas, un diagnóstico adecuado de la responsabilidad extracontractual del Estado resulta indispensable para explorar soluciones viables y revertir las dificultades que se presentan en ese ámbito del derecho administrativo. El capítulo I analiza depuradamente los problemas conceptuales y estructurales que presenta la noción *falta de servicio* en el sistema de responsabilidad estatal chileno. La conclusión que se pudo obtener de dicho ejercicio es que la comprensión actual del sistema de responsabilidad extracontractual del Estado adolece de

certeza, porque no es posible reconocer con exactitud cuáles son las propiedades de la expresión *falta de servicio*, y completitud, ya que es necesario recurrir a otras ramas del derecho para aplicar de manera coherente las reglas del sistema de responsabilidad del Estado.

En cuanto a la incerteza de la falta de servicio, la investigación expone las dificultades de consagrar la responsabilidad del Estado en una cláusula de imputación general. En este caso, la formulación adoptada por el legislador es una opción que se contrapone a un diseño legislativo con una cláusula específica. Por esa razón, los problemas que intenta disolver se vinculan con la vaguedad que se produce cuando estamos frente a una regulación que adolece de exhaustividad. Frente a esta situación, los estándares de diligencia vienen a demarcar con mayor exactitud los alcances de la falta de servicio. Por un lado, los estándares de diligencia general tienen una conformación normativa, donde la omisión indebida y la actuación tardía o defectuosa, forman parte del contenido abstracto de la imputación estatal. Mientras que, por otro lado, los estándares de diligencia específicos entregan la precisión adecuada para imputar responsabilidad al Estado, ya que permiten evaluar las actuaciones administrativas en razón del ámbito en que son ejecutadas.

Sin embargo, el problema de la incertidumbre no desaparece con la confección e implementación de estándares diligencia general y particular. Esta característica típica de las reglas logra un mayor poder explicativo cuando se distingue la indeterminación por sobre y subinclusión. Esta clasificación resultaría útil porque permite identificar dónde está ubicada la indeterminación y cómo es posible enfrentarla. De esta forma, cuando el contenido de la regla es formulado en términos generales, la indeterminación recae sobre aquellos casos incluidos de manera injustificada. Mientras que, si el contenido de la regla está formulado de manera específica, entonces la incerteza jurídica recae sobre aquellos casos que no están incluidos. En este último supuesto, si existe una regla que prohíbe el ingreso de elementos peligrosos como drogas, armas y celulares, entonces no podrían pesquisar otros elementos que atentan contra la seguridad interior de los establecimientos carcelarios (como serían algunas herramientas o utensilios de cocina).

Sobre la falta de completitud del sistema de responsabilidad estatal, se muestran las dificultades para dar fisonomía propia a la falta de servicio de la Administración Penitenciaria. Para ello, la tesis devela que los esfuerzos de la dogmática solo se han centrado

en identificar las similitudes y diferencias entre la responsabilidad civil y la responsabilidad del Estado, sin que exista un ejercicio reflexivo para desentrañar las razones que motivan dicho traslado. Esto refleja que la escasa densidad normativa en esta materia y que para determinar el ámbito de aplicación de la responsabilidad estatal en un sector regulado es indispensable la identificación de sus características particulares.

Desde el derecho penitenciario, las relaciones entre presos y Gendarmería requieren ser analizadas y encausadas para precisar el ámbito de aplicación de la falta de servicio. Una vez conocida las particularidades de esta relación jurídica y los alcances del interés público de la resocialización, los tribunales tendrían mayores y mejores herramientas para la atribución de responsabilidad. Se podría dilucidar con precisión los derechos penitenciarios, las obligaciones de la Administración Penitenciaria, la injusticia de un daño sufrido por un recluso y la existencia del nexo causal para vincular la negligencia cometida y el perjuicio experimentado. Precisamente, estas dos proyecciones confirman que la responsabilidad extracontractual del Estado, tanto por su consagración normativa como por el desarrollo dogmático y jurisprudencial, adolece de certeza y completitud.

2. La influencia del derecho de daños en la responsabilidad del Estado por falta de servicio

Los problemas de incertidumbre, esbozados previamente, abren el espacio para que la investigación centre su atención en las razones que justifican la aplicación del derecho de daños en la responsabilidad estatal. Resolver las interrogantes en este plano analítico exige ir en búsqueda de argumentos que provienen desde el derecho civil para depurar la noción *falta de servicio* en el discurso científico del derecho administrativo. En este orden de cosas, el capítulo II identifica y desarrolla los principales puntos de encuentro para aplicar el marco teórico de la responsabilidad civil en la responsabilidad pública. Desde esta perspectiva, la investigación concluye que el derecho de daños ejerce una influencia estructural, no instrumental e instrumental en la responsabilidad del Estado por falta de servicio.

La influencia estructural se relaciona con la idea de correlatividad. En el ámbito civil esto se traduce en una igualdad de derechos e intereses de las partes que interactúan involuntariamente. Cuando una de las partes actúa de manera negligente y causa un daño injustificado a otra, entonces la contraparte tiene el derecho a exigir una indemnización por

los perjuicios experimentados. En el ámbito público, la correlatividad tiene la misma lógica, pero presenta un aspecto diferenciador: la contraposición de intereses de las partes involucradas. Por un lado, se encuentra el agente público que persigue un interés general y, por otro lado, se encuentra el agente privado que intenta lograr la mayor realización personal. A esta interacción se le ha denominado *relación de desigualdad jurídica*, y se diferencia de las relaciones entre particulares en que el Estado puede intervenir en los planes de vida de los miembros de la sociedad.

Esta comprensión estructural, explica la influencia no instrumental cuando el objetivo que se presente es equilibrar los intereses de partes jurídicamente desiguales. En estos términos, el equilibrio se logra si la igualdad es analizada desde la justicia distributiva en términos geométricos, y no solo desde la justicia correctiva en términos aritméticos. La reducción de intervenciones estatales injustificadas permite que la desventaja experimentada por los particulares sea mitigada. Es por ello que las interacciones penitenciarias requieren ser evaluadas desde una aproximación igualitaria mediante criterios distributivos que tengan como objetivo principal el aseguramiento de las condiciones de vida digna dentro de la cárcel y la reducción de la subordinación estatal que se produce cuando estos cumplen con la sanción penal impuesta.

Por su parte, la influencia instrumental se vincula con los objetivos del derecho administrativo y el derecho de daños. Estos objetivos convergen de tal forma que, por un lado, se reubican los paradigmas del derecho público entre el derecho civil y el derecho penal y, por otro lado, se reinterpreta el carácter compensatorio de la responsabilidad por rendición de cuentas. Para una comprensión detallada de esto último, la investigación distingue entre *deberes de aclaración*, que consisten en la explicación de una actuación, y *deberes de enmienda*, que consisten en la obligación de enmendar o restablecer los derechos lesionados de un tercero o, de manera más precisa, resarcir los daños ocasionados a un particular. Esta interpretación da cuenta de una explicación instrumental pluralista que incorpora la compensación en la responsabilidad por rendición de cuentas (*accountability*).

3. La construcción del estándar de diligencia en la responsabilidad del Estado

En los juicios de responsabilidad por culpa, la pregunta fundamental para saber que una actuación es exigible a la Administración Pública es si esta se encuentra obligada a ejecutar

una determinada acción. Disipar esta interrogante exige incursionar en el marco de deberes de la Administración Pública y establecer el parámetro jurídico para distinguir entre actuaciones diligentes y negligentes. El capítulo III da cuenta de la construcción del estándar de diligencia en la responsabilidad extracontractual del Estado. De esta forma, si en un caso concreto se iguala o supera el umbral de exigencia, entonces la actuación administrativa que antes habría sido calificada de indeterminada, pasa a la categoría de diligente. Esta conclusión se puede reacondicionar de la siguiente manera: las actuaciones materiales de la Administración cumplen con el estándar de diligencia de la *falta de servicio* cuando la conducta se basa en obligaciones jurídicas y acciones discrecionales razonables que persiguen u optimizan el interés público.

En principio, la Administración actúa de manera negligente cuando incumple una obligación jurídica. Sobre este punto, bien vale recalcar que los deberes impuestos por la ley y/o reglamento de un ámbito regulado vienen a especificar ciertas conductas que se espera de la Administración y que son incorporadas, posteriormente, en la evaluación judicial. Esto supone relacionar deberes generales y específicos, donde la relevante es sincronizar las obligaciones que surgen de normas jurídicas (leyes o reglamentos) y los deberes de cuidado que responden a las conductas que se espera ejecute la Administración en razón de las funciones que desempeña. De esta forma, podría decirse que una actuación que no sigue ciertos procedimientos establecidos de manera rigurosa por normas jurídicas es considerada ilegal y, eventualmente, objeto de ser declarada como negligente.

Sin embargo, esto no es suficiente. El problema que se presenta en la actividad penitenciaria es que las obligaciones contenidas en la ley y el reglamento son más bien generales, por lo tanto, declarar la ilegalidad de una acción u omisión no produce por sí misma una actuación negligente. Esto es así porque el derecho no regularía con rigurosidad las actuaciones materiales de la Administración, sino que más bien se limitaría a establecer el marco organizativo y procedimental en que dichas prestaciones se realizan. Por esa razón, el legislador entrega a la Administración la concreción de las obligaciones que se presentan en el marco organizativo y procedimental y, posteriormente, los tribunales evalúan si dicha intervención administrativa es diligente o negligente.

Frente a este escenario, la construcción del estándar de diligencia incluye las actuaciones razonables de la Administración. El contexto en que se desarrolla la actividad

administrativa será determinante para saber qué acciones se puede exigir a los agentes estatales. Como el ordenamiento jurídico chileno posee una cláusula general de responsabilidad, una dificultad constante que se presenta es la omisión regulativa o la regulación insatisfactoria de un grupo de casos que se encuentran en una zona de penumbra. Precisamente, en aquellos espacios regulados de manera defectuosa el argumento de la razonabilidad será útil para justificar jurídicamente la inclusión de casos que en principio no se encontraban contemplados. Esta dimensión permite seleccionar medios idóneos para no incurrir en falta de servicio, siempre y cuando la elección tenga el menor costo posible para los intereses de las partes involucrada en la interacción, y se justifique mediante acciones discrecionales razonables.

4. Las particularidades de la falta de servicio en la actividad penitenciaria

Después de un análisis general de la responsabilidad extracontractual del Estado, queda determinar la manera correcta de aplicar la falta de servicio en el ámbito carcelario. La distinción entre derechos y deberes penitenciarios esclarece las actuaciones materiales que tiene que ejecutar Gendarmería para asegurar la estadía de los reclusos en la cárcel. El capítulo IV propone la incorporación de criterios de distribución diferenciados en la construcción de estándares de diligencia penitenciario. En estricto rigor, analiza el lugar que ocupa el ideal igualitario cuando se producen daños dentro de las cárceles. Sobre este punto, la conclusión a que se arriba es que los tribunales tienen que aplicar un estándar de diligencia igualitario en sus decisiones para equilibrar la posición desmejorada de los reclusos y, de esa forma, pueda fijarse correctamente la conducta de la Administración Penitenciaria.

El parámetro se conforma en razón de las obligaciones específicas que derivan de la relación de derecho público que existe entre Gendarmería y los reclusos. Por un lado, se encuentran los deberes de custodia, que se vinculan con la obligación que tiene Gendarmería de vigilar y custodiar a los condenados para que cumplan efectivamente la pena asignada, ofreciendo una estadía carcelaria adecuada en lo que respecta a habitación, higiene y atención oportuna ante eventos que se pudiesen presentar en el establecimiento. Esto supone la mantención de una infraestructura idónea para el confinamiento de los condenados, así como también la provisión de personal suficiente y capacitado para su vigilancia. En estas situaciones, el deber tiene como finalidad primordial el respeto por el régimen penitenciario.

La disciplina propia de estos recintos se traduce en un conjunto de normas que están destinadas a mantener un ambiente pacífico y una convivencia ordenada entre los miembros de la población penal.

Por otro lado, se encuentra los deberes de resguardo, representados por el grupo de obligaciones que incorporan medidas para proteger los derechos penitenciarios. En virtud de estas obligaciones, la Administración Penitenciaria tiene que asegurar condiciones de vida que no mermen la capacidad para ejercer aquellos derechos y libertades que no han sido restringidos producto de la pena. En el ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado, esto se traduce en la adopción de medidas tendientes a prevenir daños que pudieran ocurrir por abusos de los funcionarios, riñas entre internos o, incluso, actos suicidas. La entrega de un trato digno a los reclusos obliga a la Administración Penitenciaria a adoptar una serie de medidas que promuevan el cumplimiento de su finalidad principal: la reinserción social.

En este sentido, el deber de resguardo se presenta como un complemento del deber de custodia, porque busca proteger la capacidad jurídica de personas que se encuentran en una posición jurídica desmejorada. La ley penitenciaria da cuenta de esta situación y es por ello que, en un conjunto de medidas igualitarias, busca garantizar a los reclusos un acceso permanente a un conjunto de medidas resocializadoras, reduciendo su compromiso delictual y proveyendo de ciertas herramientas básicas para su retorno a la sociedad. Esto permite afirmar que los tribunales poseen una carga argumentativa reforzada porque en sus decisiones no tan solo tienen que evaluar que la vigilancia efectuada por Gendarmería en un espacio físico determinado sea adecuada, sino que también tienen que contemplar las condiciones materiales que hacen digna la vida de los reclusos dentro de la cárcel. La incorporación del criterio de la protección igualitaria, en dicho control judicial, sirve para determinar la distribución diferenciada de los daños originados en una relación jurídica donde los reclusos se encuentran en una posición desfavorecida.

5. Los daños injustos atribuidos a la Administración Penitenciaria

Después de abordar los deberes de la Administración Penitenciaria, el capítulo V analiza los daños causados en la actividad penitenciaria. Su revisión completa la secuencia de etapas que componen el juicio de responsabilidad por falta de servicio. De esta forma, no basta con

determinar que una actuación fue ejecutada de manera negligente, sino que también es indispensable identificar que el perjuicio experimentado por el recluso es objeto de indemnización y que existe un vínculo entre la actuación negligente de la autoridad y el daño experimentado por el particular. En esta última parte, se concluye que, para atribuir correctamente responsabilidad a la Administración Penitenciaria, los tribunales tienen que identificar los daños experimentados por las personas privadas de libertad y demostrar que son causados de manera negligente en razón del estándar de diligencia igualitario que se aplica en las relaciones jurídicas penitenciarias.

En relación a los daños experimentados por la población penal, estos se pueden distinguir entre justos e injustos. Los primeros se originan a propósito del cumplimiento de la pena, sobre alguno de los intereses y/o derechos restringidos por la privación de libertad. En cambio, los segundos se produce fuera de los contornos de la pena, esto es, fuera de los intereses y/o derechos restringidos por la sanción penal. Sobre esta última hipótesis procedería la indemnización de perjuicios, ya sea por los daños patrimoniales que sufren los reclusos por concepto de daño emergente y/o lucro cesante o por los daños morales que experimentan cuando existe una carga emotiva que tienen que soportar. En algunos casos, el daño moral incluye el espectro familiar, puesto que el entorno más cercano tiene que sobrellevar el peso psicológico de la muerte de un recluso que es pariente directo.

Respecto de la causalidad en la actividad penitenciaria, esta se articula desde la estructura clásica seguida por el derecho de daños que distingue entre causalidad material y jurídica. Con este modelo, se analizan las dificultades para establecer la causalidad en los daños provocados directa e indirectamente por la Administración Penitenciaria. Por un lado, se identifican los daños causados directamente por la Administración Penitenciaria, como muertes o daños causados por incendios o prestaciones tardías o defectuosas de las atenciones de salud. Mientras que, por otro lado, se identifican las implicancias de la concurrencia de dos o más causales en la producción del daño, como sería la riña entre dos reclusos y el traslado tardío del interno herido a un recinto de salud por parte de Gendarmería.

Por último, las autolesiones se constituyen como casos de daños provocados indirectamente por la Administración Penitenciaria. Tanto en las huelgas de hambre como en los suicidios, se incorpora una dificultad adicional en el control judicial: la autonomía de los reclusos. Respecto de las huelgas de hambre, el nudo central se avizora en la fijación de los

límites éticos para que las actuaciones de Gendarmería no causen daños en casos donde se provoca una autolesión para manifestar un descontento y revertir una situación carcelaria desfavorable. Por su parte, en los casos de suicidio la atribución de responsabilidad estaría determinada según si las medidas fueron adoptadas atendiendo a los antecedentes psiquiátricos o conductas suicidas del recluso fallecido. En ambos casos, la aplicación del criterio igualitario para determinar la diligencia de la Administración Penitenciaria, sería útil en la identificación del momento apropiado en que debió haberse intervenido y no causar daños injustos en desmedro de la población penal.

BIBLIOGRAFÍA

- AGÜERO, Claudio (2020): “Falta de servicio (en Derecho chileno)”, en *Eunomia*, N°19, pp. 306-316.
- AGÜERO, Claudio; SANDOVAL, Sebastián y ZAMBRANO, Juan Pablo (2020): “La falta de servicio en la ley N°19.966 (GES)”, en *Revista Ius et Praxis*, Vol. 26, N°1, pp. 171-191.
- ALCHOURRON, Carlos y BULYGIN, Eugenio (1975): *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- ANDERSON, Elizabeth (1999): “What is the point of equality?”, en *Ethics*, 109, pp.287-337.
- ARISTÓTELES (1985): *Ética Nicomáquea*. Madrid: Editorial Gredos.
- ARNESON, Richard (1990): “Liberalism, Distributive Subjectivism, and Equal Opportunity for Welfare”, en *Philosophy and Public affairs*, Vol. 19, N°2, pp. 158-194.
- ATIENZA, Manuel (1990): “La argumentación en un caso difícil. La huelga de hambre de los presos del Grapo”, en *Jueces para la democracia*, N°9, pp. 31-37.
- ATIENZA, Manuel (1989): “Sobre lo razonable en el derecho”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 9, N°27, pp. 93-110.
- ATIENZA, Manuel (1987): “Para una razonable definición de razonable”, en *Doxa*, N°4, pp. 189-200.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (2000): *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*. Madrid: Editorial Trotta.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (1996): *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Editorial Ariel, S.A.
- ATIYAH, Patrick (1967): *Vicarious liability in the law of torts*. London: Butterworths.
- BACIGALUPO, Mariano (1997): *La discrecionalidad administrativa*. Madrid: Marcial Pons.
- BARAONA, Jorge (2003): “La causa del daño en la jurisprudencia reciente”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 30, N°2, pp. 345-379.
- BÁRCENA, Arturo (2014): “El derecho de daños como banco de pruebas de una disputa filosófica sobre la causalidad”, en Papayannis, Diego (ed.): *Causalidad y atribución de responsabilidad*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo: Marcial Pons, pp. 183-214.
- BARCIA, Rodrigo (2010): “Algunas consideraciones de la relación de causalidad material y jurídica en la responsabilidad civil médica”, en *Cuadernos de Análisis Jurídico-Colección de Derecho Privado*, VI, pp. 85-126.
- BARROS, Enrique (2020): *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 2ª ed.
- BEEVER, Allan (2007): *Rediscovering the Law of Negligence*. Oxford: Hart Publishing.

- BENITO, Raquel (2007): “Relación jurídica penitenciaria”, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, N°15, pp. 57-90.
- BENSON, Peter (1992): “The basis of Corrective Justice and Its Relation to Distributive Justice”, *Iowa Law Review*, 77 (2): 515-624.
- BERGALLI, Roberto (2003): “Las funciones del sistema penal en el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-jurídicas”, en BERGALLI, Roberto (Coord.), *Sistema penal y problemas sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 25-82.
- BERMÚDEZ, Jorge (2002): “La responsabilidad extracontractual de la Administración del Estado por falta de servicio y por el daño ambiental”, en *Revista de Derecho (Valparaíso)*, N°23, pp. 253-264.
- BOTTOMS, Anthony (1995): “The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing”, en Clarkson, Chris y Morgan, Rod (Eds.) *The Politics of Sentencing Reform*, Oxford: Clarendon Press.
- BOULIN, Ignacio (2014): *Decisiones razonables. El uso del principio de razonabilidad en la motivación administrativa*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo: Marcial Pons.
- CALDERA, Hugo (1979): “Teoría del órgano, Estado de derecho y responsabilidad del Estado: notas sobre su formulación en el derecho chileno”, en *Revista de Derecho Público*, N°25-26, pp. 157-176.
- CANE, Peter (2014): “Tort Law and Public Functions”, en Oberdieck, John: *Philosophical Foundations of the Law of Torts*. Oxford: Oxford University Press, pp. 148-168.
- CANE, Peter (2013): “Public Law in The Concept of Law”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, 33 (4), pp. 649-674.
- CANE, Peter (2011a): *Administrative Law*. Oxford: Oxford University Press, 5a ed.
- CANE, Peter (2011b): *La anatomía del derecho de daños*. Traducción de Daniel Carvallo y Pablo Becerra, dirección María Agnes Salah. Santiago: Editorial Flandes Indiano Ltda.
- CANE, Peter (2001): “Distributive Justice and Tort Law”, en *New Zeland Law Review*, 401, pp. 401-420.
- CANE, Peter (1999): “Damages in Public Law”, en *Otago Law Review*, vol. 9, N°3, pp. 489-517.
- CÁRDENAS, Hugo (2006): “La relación de causalidad: ¿quaestio facti o quaestio iuris?”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, N°1, pp. 167-176.
- CÁRDENAS, Hugo y PÉREZ, Manuel (2020): “Covid-19 y responsabilidad civil médica: desafíos de una enfermedad desconocida que devino en pandemia”, en *Acta Bioethica*, 26 (2), pp. 155-164.
- CARNEVALI, Raúl y MALDONADO, Francisco (2013): “El tratamiento penitenciario en Chile. Especial atención a problemas de constitucionalidad”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 19, N°2, pp. 385-418.
- CARRIÓ, Genaro (2011): *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot. 5ta ed.
- CELIS, Gabriel (2020): *Derecho de la función pública*. Santiago: Thomson Reuters.
- CÉSPEDES, Carlos (2018): “¿Solo por ley nace la obligación indemnizatoria de Derecho público? Notas sobre la indemnización de Derecho público desde la perspectiva del ordenamiento español”, en *Revista de Derecho (Coquimbo)*, Año 25, N°1, pp. 77-119.

- CHAPÚS, René (1954): *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*. París: LGDJ (col. Bibliothèque de droit public).
- COHEN, Gerald (1995): “Incentives, Inequality, and Community”, en Darwall, Stephen (ed.) *Equal Freedom*. Ann Arbor: University of Michigan Press, pp. 331 y ss.
- COLEMAN, Jules (2010): *Riesgos y daños*. Traducción de Diego M. Papayannis. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.
- COLOMA, Rodrigo (2016): “Los usos de los estándares de la prueba: entre umbrales y prototipos”, en *Discusiones*, XVIII, pp. 23-58.
- CORDERO, Eduardo (2014): “Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno”, en *Revista de Derecho (Valparaíso)*, XLII, pp. 399-439.
- CORDERO, Eduardo (2009): *El control de jurisdiccionalidad de la administración penitenciaria*. Santiago: Defensoría Penal Pública.
- CORDERO, Luis (2019): *Responsabilidad extracontractual de la administración del Estado*. Santiago: DER Ediciones, 2ª ed.
- CORDERO, Luis (2012): “La responsabilidad por falta de servicio y la jurisprudencia de la Corte Suprema”, en Letelier, Raúl (Coord.), *La falta de servicio*. Santiago: Thomson Reuters.
- CORNFORD, Tom (2019): “The negligence liability of public authorities for omissions”, en *Cambridge Law Journal*, 78(3), pp. 545-569.
- CORNFORD, Tom (2018): “Assumption of responsibility by public authorities”, en *The Denning Law Journal*, vol. 30, pp. 55-84.
- CORNFORD, Tom (2013): “The public law dimension of public authority liability”, en *The Denning Law Journal*, vol. 25, pp. 129-158.
- CORNFORD, Tom (2008): *Towards a public law a tort*. Aldershot: Ashgate Publishing.
- COTINO, Lorenzo (1999): “Relaciones de especial sujeción y su diversa evolución en Alemania y España (Particular seguimiento de la jurisprudencia constitucional, contencioso-administrativa y militar de la presente década)”, en *Revista del Poder Judicial*, N°55, pp. 291-324.
- CRAWFORD, James (2013): *State Responsibility. The General Part*. Cambridge University Press: Cambridge.
- CUNEO, Silvio (2017): *El encarcelamiento masivo. La imposición de los modelos hegemónicos: de Estados Unidos a América Latina*. Buenos Aires: Ediciones Didot.
- DAVIS, Kenneth Culp (1969): *Discretionary justice: a preliminary inquiry*. Louisiana: Louisiana State University Press.
- DESDENTADO, Eva (1997): *Discrecionalidad administrativa y planteamiento urbanístico*. Pamplona: Aranzadi.
- DÍEZ, Silvia (2018): *La formación de conceptos en el Derecho público*. Marcial Pons: Madrid-Barcelona-Buenos Aires- Sao Paulo.
- DOBBS, Dan; HAYDEN, Paul y BUBLICK, Ellen (2016): *Hornbook on Torts*. West Academic Publishing.
- DUEZ, Paul (1938): *La responsabilité de la puissance publique*. Dalloz : Paris.
- DURÁN, Mario (2020): “Derecho penitenciario: delimitación de su concepto, función y contenido desde un modelo teleológico-funcional del fin de la pena”, en *Revista de Derecho (Concepción)*, N°247, pp. 117-156.

- DWORKIN, Gerald (1983): “Paternalism”, en Sartorius, Rolf (ed.): *Paternalism*. Minneapolis: University of Minnesota Press, pp. 19-34.
- DWORKIN, Ronald (1981a): “What is Equality? Part 1: Equality of Welfare”, en *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 10, N°3, pp. 185-246.
- DWORKIN, Ronald (1981b): “What is Equality? Part 2: Equality of Resources”, en *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 10, N°4, pp.283-345.
- DWORKIN, Ronald (1986) *Law’s empire*. Cambridge: Harvard University Press.
- ENDICOTT, Timothy (2018): *Administrative Law*. Oxford: Oxford University Press, 4a ed.
- ESPARZA, Estefanía (2017): *La igualdad como no subordinación. Una propuesta de interpretación constitucional*. Ciudad de México: Tirant Lo Blanch.
- FAIRGRIEVE, Duncan (2003): *State Liability in Tort*. Oxford: Oxford University Press.
- FAUNDES, Juan y DÍAZ, Iván (2014): “Examen de proporcionalidad de la huelga de hambre de personas privadas de libertad y de su alimentación forzada a la luz de la jurisprudencia”, en *Estudios Constitucionales*, Año 12, N°2, pp. 137-186.
- FERNÁNDEZ, Marco (2019): *Derecho penitenciario chileno*. Santiago: Editorial Hammurabi.
- FERRADA, Juan Carlos (2020): “La responsabilidad patrimonial del Estado de Chile: una revisión panorámica después de casi veinte años de jurisprudencia de la Corte Suprema”, en *Revista de Administración Pública*, 211, pp. 373-406.
- FERRAJOLI, Luigi (1995): *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Traduc. Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Editorial Trotta.
- FERRER, Jordi (2014): “La prueba de la causalidad en la responsabilidad civil”, en Papayannis, Diego (ed.): *Causalidad y atribución de responsabilidad*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo: Marcial Pons, pp. 215-233.
- FIAMMA, Gustavo (1989): “La acción constitucional de responsabilidad y la responsabilidad por falta de servicio”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 16, pp. 429-440.
- FISS, Owen (1999): “Grupos y la Cláusula de la Igual Protección”, en Gargarella, Roberto: *Derecho y grupos desaventajados*. Barcelona: Editorial Gedisa, pp. 137-167.
- FLEMING, James (1954): “Vicarious Liability”, *Tulane Law Review*, 28, pp. 161-215.
- FRANKENBERG, Günter y PONTTHOREAU, Maire-Claire (2021): *Crítica del Derecho (público) comparado*. Traduc. Eduardo A. Chia y Flavio Quezada R. Marcial Pons: Madrid-Barcelona-Buenos Aires- Sao Paulo.
- GALLEGO, Alfredo (1961): “Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad en la Administración. Contribución a la teoría del Estado de Derecho”, en *Revista de Administración Pública*, N°34, pp. 11-52.
- GAMA, Raymundo (2016): “A propósito de umbrales, prototipos y usos de estándares de prueba”, en *Discusiones*, XVIII, pp. 59-80.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Fernández Tomás-Ramón (2011): *Curso de derecho administrativo*. Tomo II. Madrid: Thomson Reuters, Civitas.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2007): *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1983): *La lucha contra las inmunidades del poder*. Pamplona: Thomson Reuters.
- GARCÍA, Ricardo (1992): *Las relaciones de sujeción especial en la Constitución Española*. Madrid: Tecnos.
- GARCÍA-PABLOS, Antonio (1979): “La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (Tomo 32, 3), pp. 645-700.

- GARDNER, John (2011): "What is Tort Law for? Part. 1. The Place of Corrective Justice", en *Law and Philosophy*, N°30, pp. 1-50.
- GARGARELLA, Roberto (2016): *Castigar al prójimo. Por una refundación democrática del derecho penal*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- GARZÓN, Ernesto (1996): "El enunciado de responsabilidad", en *Doxa*, N°19, pp. 259-286.
- GARZÓN Valdés, Ernesto (1988): "¿es éticamente justificable el paternalismo jurídico?", *Doxa*, N°5, pp. 155-173.
- GUARINONI, Ricardo (2011): "Razonamiento judicial e interpretación de la ley", en ALARCÓN, Carlos y VIGO, Rodolfo (coords.): *Interpretación y argumentación jurídica. Problemas y perspectivas actuales*. Buenos Aires: Marcial Pons, pp. 211-226.
- GUASTINI, Ricardo (2018): *Interpretar y argumentar*. Traucción César Moreno More. Lima: Legales Ediciones.
- GUASTINI, Ricardo (2016): *La sintaxis del derecho*. Traduc. Álvaro Núñez. Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo: Marcial Pons.
- GUASTINI, Ricardo (2014): *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- GUILLÉN, Nicolás (2012): "Análisis actual de la responsabilidad patrimonial en el ámbito penitenciario", en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, N°39-40, pp. 425-442.
- GUZMÁN DÁLBORA, José Luis (1997): "Consideraciones críticas sobre el reglamento penitenciario chileno", en: BAIGÚN, David, ZAFFARONI, Eugenio, GARCÍA-PABLOS, Antonio y PIERANGELI, José (Ed.), *De las penas. Homenaje al Profesor Isidoro de Benedetti*. Buenos Aires: De Palma, pp. 271-280.
- GUZMÁN, Patricia y RAMBO, Jaime (2019): "La función de la reinserción social y el papel de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad en Colombia", en *Justicia*, Vol. 24, N° 35 Disponible en: <https://doi.org/10.17081/just.24.35.3398>
- HARLOW, Carol (2004): *State Liability: Tort Law and Beyond*. Oxford: Oxford University Press.
- HARLOW, Carol y RAWLINGS, Richard (2009): *Law and administration*. Cambridge: Cambridge University Press.
- HART, Herbert (2009): *El Concepto de Derecho*. Traduc. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo Perrot. 3ª ed.
- HART, Herbert y Honoré, Tony (2002): *Causation in the Law*. Oxford: Oxford University Press. 2ª ed.
- HAURIOU, Maurice (2002): *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*. París: Éditions Dalloz.
- HORVITZ, María Inés (2018): "La insostenible situación de la ejecución de las penas privativas de libertad: ¿vigencia del Estado de derecho o estado de naturaleza?", en *Revista Política Criminal*, Vol. 13, N°26, pp. 904-951.
- HUEPE, Fabián (2018): *Discrecionalidad administrativa y razonabilidad*. Santiago: Thomson Reuters.
- ITURRALDE, Manuel (2007): "La sociología del castigo de David Garland: el control del crimen en las sociedades modernas tardías", en Garland, David (ed.): *Crimen y castigo en la modernidad tardía*. Traduc. Manuel Iturralde. Siglo del Hombre: Bogotá, pp. 19-122.

- KELSEN, Hans (2018): *Teoría general de las normas*. Traducción de Miguel Ángel Rodilla. Madrid: Marcial Pons.
- KELSEN, Hans (1992): *Introduction to the problems of legal theory*. Traducción de Bonnie Litschewski Paulson y Stanley L. Paulson. Oxford: Clarendon.
- KEREN-PAZ, Tsachi (2016): *Derecho de daños, igualdad y justiciar distributiva*. Traducción de Griselda Perrota y Revisión de Diego M. Papayannis. Madrid: Marcial Pons.
- LAMARCA, Carmen (1992): “Régimen penitenciario y Derechos Fundamentales”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, XVI, pp. 207-248.
- LASAGABASTER, Iñaki (1994): *Las relaciones de sujeción especial*. Madrid: Civitas.
- LETELIER, Raúl (2018): “Sobre la lesión que la víctima no está obligada a soportar”, en Vaquer, Marcos; Moreno, Ángel y Descalzo, Antonio (coord.): *Estudios de Derecho Público*. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 1045-1067.
- LETELIER, Raúl (2012a): *La falta de servicio*. Santiago: Thomson Reuters.
- LETELIER, Raúl (2012b): “A modo de presentación. La Falta de Servicio. Aciertos y desafíos pendientes”, en Letelier, Raúl (Coord.), *La falta de servicio*. Santiago: Thomson Reuters, pp. 1-26.
- LETELIER, Raúl (2012c): “Falta de servicio en situaciones de catástrofes naturales”, en Letelier, Raúl (coord.): *La falta de servicio*. Santiago: Thomson Reuters, pp.303-321.
- LETELIER, Raúl (2010): “Non-contractual Liability for Breaches of EU Law. Tensión between Corrective and Distributive Justice”, en *RECON Online Working Paper*, en: http://www.reconproject.eu/main.php/RECON_wp_1024.pdf?fileitem=5051200
- LETELIER, Raúl (2002): “Un estudio de efectos en las características de la responsabilidad extracontractual del Estado”, en *Revista de Derecho (Valparaíso)*, XXIII, pp. 343-375.
- LIFANTE, Isabel (2017): “Responsabilidad en el desempeño de funciones públicas”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, N°33, pp. 99-124.
- LIFANTE, Isabel (2006): “Poderes discrecionales”, en A. García Figueroa (ed.): *Racionalidad y Derecho*. Madrid: CEPC, pp.107-132.
- LIFANTE, Isabel (2002): “Dos conceptos de discrecionalidad”, en *Doxa*, N°25, pp. 413-439.
- LÓPEZ, Mariano (1994): *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*. Madrid: Civitas.
- LORCA, Rocío (2018): “Punishing the Poor and the Limits of Legality”, en *Law, Culture and the Humanities*. Disponible en <https://doi.org/10.1177/1743872118789985>
- MAÑALICH, Juan Pablo (2005): “Pena y ciudadanía”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N°6, pp. 63-83.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2011) “El derecho penitenciario entre la ciudadanía y los derechos humanos”, en *Revista de Derecho y Humanidades*, N°18, pp. 163-178.
- MAPELLI, Borja (1998): “Contenido y límites de la privación de libertad (Sobre la constitucionalidad de las sanciones disciplinarias de aislamiento)”, en *Eguzkilore*, n. extraordinario 12, pp. 87-106.
- MAPELLI, Borja (1993): “Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, N°16, pp. 281-326.
- MAPELLI, Borja (1983): *Principios fundamentales del Sistema Penitenciario Español*. Barcelona: Bosh.
- MARÍN, Urbano (2011): “Aspectos de la falta de servicio como fuente de la responsabilidad estatal”, en *Revista de Derecho (Consejo de Defensa del Estado)*, N°25, pp. 21-34.

- MARSHALL, Pablo y ROCHOW, Diego (2018): “El sufragio de las personas privadas de libertad. Un análisis a partir de la sentencia Rol N°87743-16 de la Corte Suprema y sus antecedentes”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 45, N°1, pp. 233-254.
- MARTÍNEZ, José I. y ZÚÑIGA, Francisco (2011): “El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Estudios Constitucionales*, Año 9, N°1, pp. 199-226.
- MARTÍN-CASALS, Miquel (2008): *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*. Navarra: Editorial Aranzadi.
- MATA Y MARTÍN, Ricardo (2016): *Fundamentos del sistema penitenciario*. Madrid: Editorial Tecnos.
- MENÉNDEZ, Eva María (2013): “Principios de responsabilidad extracontractual de la administración pública (artículos 139 y 141 LRJPAC)”, en Casares, Ana Belén y Quintana, Tomás (coord.): *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública: estudio general y ámbitos sectoriales*. Valencia: Tirant Lo Blanch, vol. 1, 2ª ed. pp. 37-90.
- MERKL, Adolf (2004): *Teoría general del derecho administrativo*. Edición al cuidado de José Luis Monereo. Granada: Editorial Comares.
- MIL, John Stuart (1895): *A system of logic ratiocinative and inductive*. New York: Harper & Brothers.
- MORESO, Juan (2006): *Lógica, argumentación e interpretación del derecho*. Barcelona: Universitat Oberta Catalunya.
- MORGAN, Phillip (2012): Recasting Vicarious Liability, *Cambridge Law Journal*, 71, pp. 615-650.
- NAGEL, Thomas (1996): *Una visión de ningún lugar*. Traducción de J. Issa González. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- NAGEL, Thomas (1991): *Equality and Partiality*. Nueva York-Oxford: Oxford University Press.
- NAGEL, Thomas (1979): *Mortal Question*. Cambridge: Cambridge University Press.
- NINO, Carlos (2013): *Una teoría de la justicia para la democracia: Hacer justicia, pensar la igualdad y defender libertades*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- NISTAL, Javier (2016): *La responsabilidad patrimonial de la Administración Penitenciaria*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- NISTAL, Javier (2000): “La responsabilidad patrimonial de la Administración Penitenciaria. Algunos criterios jurisprudenciales”, en *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 54, N°1865, pp. 929-966.
- OELCKERS, Osvaldo (1989): “La responsabilidad extracontractual del Estado Administrador en las leyes orgánicas constitucionales de Administración del Estado y de Municipalidades”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 16, pp. 441-454.
- OELCKERS, Osvaldo (1985): “Fundamentos indemnizatorios en razón del acto administrativo lícito que cause daño en el patrimonio del administrado”, en *Revista de Derecho (Valparaíso)*, N°37/38, pp. 365-375.
- OLIVER, Dawn (2013): “Accountability and the Foundations of British Democracy – The Public Interest and Public Service Principles”, en Bamforth, Nicholas y Leyland, Peter: *Accountability in the Contemporary Constitution*. Oxford: Oxford University Press.
- OLIVER, Dawn (1991): *Government in the United Kingdom: The Search for Accountability, Effectiveness and Citizenship*. Milton Keynes: Open University Press.

- PANTALEÓN, Fernando (1990): “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación”, en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.
- PAPAYANNIS, Diego (2020): “Razonabilidad e incertidumbre en los estándares de diligencia”, en *Réplica*, vol. 1, n°1, pp. 9-38.
- PAPAYANNIS, Diego (2014a): *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires- Sao Paulo: Marcial Pons.
- PAPAYANNIS, Diego (2014b): “La práctica del *alterum non laedere*”, en *Isonomía*, N°41, pp. 19-68.
- PERELMAN, Chaim y OLBRECHTS-TYTECA, Lucie (1989): *Tratado de la argumentación: la nueva retórica*. Madrid: Gredos.
- PÉREZ-LEÓN, Juan Pablo (2007): “Las Reparaciones en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional”, en *American University International Law Review*, Vol. 23, pp. 7-49.
- PIERRY, Pedro (2008): “Antecedentes de la Ley de Bases de la Administración del Estado”, en *Revista de Derecho (Consejo de Defensa del Estado)*, N°19, pp. 9-24.
- PIERRY, Pedro (2004): “Prescripción de la responsabilidad extracontractual del Estado. Situación actual de la jurisprudencia de la Corte Suprema”, en *Revista de Derecho (Consejo de Defensa del Estado)*, N°10, pp. 9-24.
- PIERRY, Pedro (2003): “¿Es objetiva la responsabilidad del Estado? Estado actual de la jurisprudencia”, en *Revista de Derecho (Consejo de Defensa del Estado)*, N°11, pp. 11-20.
- PIZARRO, Carlos (2006): “La responsabilidad civil de los hospitales públicos. Una mirada a la Ley del Auge en perspectiva civil”, en Corral, Hernán y Rodríguez, María Sara (eds.): *Estudios de Derecho Civil II*. Santiago: LexisNexis, pp. 401-420.
- POBLETE, Gustavo (2021): “¿Qué debiese decir la Constitución sobre el derecho a voto de las personas privadas de libertad?”, en *Contexto*. Disponible por internet: <https://plataformacontexto.cl/cms/wp-content/uploads/2021/04/Voto-personas-privadas-de-libertad-Poblete.pdf>
- POBLETE, Gustavo (2019). “Bases conceptuales para resarcir los daños causados por la Administración Penitenciaria”, en Valenzuela, Jonatan (Dir.): *Desafíos Globales para la Democracia*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp.19-37.
- POBLETE, Gustavo (2017): “Reflexiones sobre el deber de cuidado en contextos carcelarios”, en Núñez, J. Ignacio (dir.): *Temas misceláneos y actas del Primer Encuentro de Investigadores Jóvenes en Derecho Público y Teoría del Derecho*. Santiago: Ediciones Universidad Finis Terrae, pp. 111-128.
- POBLETE, Gustavo (2015): “La falta de servicio ante los daños generados por desastres naturales (Corte Suprema)”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXVIII, N°1, pp. 243-251.
- PONCE, Juli (2019): *La lucha por el buen gobierno y el derecho a una Buena administración mediante el estándar jurídico de diligencia debida*. Alcalá de Henares: Universidad Alcalá de Henares.
- PONCE, Juli (2001): *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*. Madrid: Lex Nova.

- PRIETO, Tomás (2009): “La encrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción”, en *Revista de Administración Pública*, N°178, pp. 215-247.
- RAWLS, John (1995): *Teoría de la justicia*. Trad. María Dolores González. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- RAWOSKI, Eric (1991): *Equal Justice*. New York: Oxford University Press.
- RODRÍGUEZ, José María (2016): *Metodología del Derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo: Marcial Pons.
- RODRÍGUEZ, José María (2007): *La administración del Estado social*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- ROEMER, John (1994): *Egalitarian perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press.
- ROJAS, Christian (2019): *Riesgos y Derecho Administrativo*. Santiago: DER Ediciones.
- ROMÁN, Cristián (2009): “La Responsabilidad del Estado-Administración: ¿Una perinola jurisprudencial?”, en *Revista de Derecho Público*, Vol. 71, pp. 310-317.
- ROXIN, Claus (1976): *Problemas básicos de derecho penal*. Traduc. Diego Tuzon. Madrid: Editorial Reus.
- SAN MARTÍN, Lilian (2019): “Desastres naturales y responsabilidad civil. Identificación de los desafíos que presenta esta categoría de hechos dañinos”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXXII, pp. 123-142.
- SÁNCHEZ, Miguel (1991): *El control de las administraciones públicas y sus problemas*. Madrid: Espasa Calpe.
- SAPAG, Mariano (2008): “El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado”, en *Dikaion*, Año 22, N°17, pp. 157-198.
- SCHAUER, Frederick (2004): *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*. Traduc. Claudia Orunesu y Jorge L. Rodríguez. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- SEN, Amartya (1992): *Inequality Reexamined*. Cambridge: Oxford University Press.
- SILVA, Luis Alejandro (2017): “Acusación constitucional y garantía política de la supremacía constitucional”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 23, N°2, pp. 213-250.
- SOLAR, Puerto (2019): “Consecuencias penitenciarias de la relación de sujeción especial. Por un necesario cambio de paradigma”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LXXII, pp. 777-809.
- SOTO KLOSS, Eduardo (2012): *Derecho Administrativo*. Santiago: Thomson Reuters. 3ª ed.
- SOTO KLOSS, Eduardo (2008): “¿Es la responsabilidad del Estado una responsabilidad “extracontractual” como para aplicarle las normas reguladoras del Código Civil en la materia?”, en *Ius Publicum*, Vol. 10, N°20, pp. 81-84.
- SOTO KLOSS, Eduardo (1977): “La responsabilidad extracontractual del Estado Administrador. Un principio general del derecho chileno”, en *Revista de Derecho (Concepción)*, N°165, Año XLIV, pp. 131-139.
- SOTO KLOSS, Eduardo (1996): *Derecho Administrativo*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- STEVENS, Robert (2007): *Torts and Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- STIPPEL, Jörg (2013): *Cárcel, derecho y política*. Santiago: LOM Ediciones.
- TELLEZ, Abel (1998): *Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*. Madrid: Edisofer.

- VALDIVIA, José Miguel (2019): “La responsabilidad por falta de servicio en la administración hospitalaria en la jurisprudencia chilena”, en *Revista de Derecho (Concepción)*, vol. 87, N°246, pp. 213-246.
- VALDIVIA, José Miguel (2012): “Orígenes de la noción de falta de servicio”, en Letelier, Raúl (Coord.), *La falta de servicio*. Santiago: Thomson Reuters, pp. 29-43.
- VALDIVIA, José Miguel (2009): “Comentario N°1 Seguel con Fisco de Chile”, en *Revista de Derecho Público*, Vol. 71, pp. 305-309.
- VALDIVIA, José Miguel (2006): “Teoría del Órgano y Responsabilidad Pública en la Ley de Bases de la Administración del Estado”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XIX, N°2, PP. 133-159.
- VALDIVIA, José Miguel (2005): “Nuevas fronteras de la falta de servicio”, en *Gaceta Jurídica*, N°301, pp. 7-25.
- VAN PARIJS, Philippe (1991): “Why Surfers Should be Fed: The Liberal Case for an Unconditional Basic Income”, en *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 20, N°2, pp. 101-131.
- VELASCO, Francisco (2020): *Administraciones públicas y derechos administrativos*. Marcial Pons: Madrid-Barcelona-Buenos Aires- Sao Paulo.
- VILLAVICENCIO, Luis (2018): “Justicia social y el principio de igualdad”, en *Hybris (Revista de Filosofía)*, vol. 9, N° Especial: Debates contemporáneos sobre Justicia Social, pp. 43-74.
- VON HIRISCH, Andrew (1998): “Penal theories”, en Tonry, Michael (ed.), *The Handbook of crime of punishment*. New York: Oxford University Press, pp. 659-682.
- WAISMANN, Friedrich (1951): “Verifiability”, en Flew, Antony: *Logic and Language*. Oxford: Basil Blackwell, pp. 117-144.
- WALUCHOW, Wilfrid (1983): “Strong discretion”, en *The Philosophical Quarterly*, vol. 33, n°133, pp. 321-339.
- WEINRIB, Ernest (2017): *La Idea del Derecho Privado*. Traducción Eze Paéz y Revisión Diego Papayannis. Madrid: Marcial Pons.
- WEINRIB, Laura y WEINRIB, Ernest (2001): “Constitutional Values and Private Law in Canada”, en Friedmann y Barak-Erez (eds.), *Human Rights in Private Law*. Oxford: Hart Publishing.
- YOUNG, Iris (1990): *Justice and the Politics of Difference*. New Jersey: Princeton University Press.
- ZAFFARONI, Raúl (1988): *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Editar.
- ZAVALA, José Luis (2018): *Jurisprudencia de la falta de servicio*. Editorial Libromar: Santiago de Chile.
- ZORZETTO, Silvia (2013): “La redundancia lingüística y las normas especiales. Algunos usos del principio *lex specialis*”, en *Doxa*, N°36, pp. 387-415.
- ZÚÑIGA, Alejandra (2012): “La nueva Ley de Derechos del Paciente: Cambiando el paradigma de la relación entre el paciente, el médico y el juez”, en *Anuario de derecho público 2012*, Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, pp. 273-288.
- ZÚÑIGA, Alejandra (2008): “Derechos del paciente y la eutanasia en Chile”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXI, N°2, pp. 111-130.

JURISPRUDENCIA

- Corte Suprema, rol N°14.707, 04 de junio de 2021.
Corte Suprema, rol N°95-034-2020, 24 de agosto de 2020.
Corte Suprema, rol N°384-2019, 19 de junio 2020 (sentencia de casación).
Corte Suprema, rol N°384-2019, 19 de junio de 2020 (sentencia de reemplazo).
Corte Suprema, rol N°55-2018, 25 de febrero de 2019.
Corte Suprema, rol N°39.484-2017, 02 de octubre de 2018 (sentencia de reemplazo).
Corte Suprema, rol N°40.020-2017, 20 de agosto de 2018.
Corte Suprema, rol N°2471-2018, 06 de marzo de 2018.
Corte Suprema, rol N°21.599-2017, 27 de febrero de 2018.
Corte Suprema, rol N°4746-2017, 11 de diciembre de 2017.
Corte Suprema, rol N°76.461-2016, 05 de septiembre de 2017.
Corte Suprema, rol N°4734-2017, 17 de agosto de 2017
Corte Suprema, rol N°10.254-2017, 09 de agosto de 2017.
Corte Suprema, rol N°16.002-2016, 02 de agosto de 2016.
Corte Suprema, rol N°3.989-2016, 12 de abril de 2016.
Corte Suprema, rol N°32.118-2014, 30 de septiembre de 2015.
Corte Suprema, rol N°15.257-2014, 20 de enero de 2015
Corte Suprema, rol N°6530-2015, 14 de septiembre de 2015.
Corte Suprema, rol N°11.857-2014, 30 de octubre de 2014.
Corte Suprema, rol N°2618-2012, 28 de diciembre de 2012.
Corte Suprema, rol N°574-2010, 09 de agosto de 2012.
Corte Suprema, rol N°7919-2008, 14 de enero de 2011.
Corte Suprema, rol N°6210-2010, 26 de agosto de 2010.
Corte Suprema, rol N°371-2008, 30 de julio de 2009.
Corte Suprema, rol N°4004-2003, 19 de octubre de 2005.
Corte Suprema, rol N°1513-2001, 04 de junio de 2002.
Corte Suprema, rol N°4753-2001, 15 de mayo de 2002.
Corte Suprema, rol N°3427-2001, 08 de mayo de 2002.
Corte Suprema, 08 de noviembre de 1994, Gaceta Jurídica, N°173, pp. 95 y ss.
Corte Suprema, 28 de julio de 1987, Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. LXXXIV, N°3, sección 5.
Corte Suprema, 07 de agosto de 1984, Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. LXXXI (1984), N°3, sección 5.

- Corte de Apelaciones de Puerto Montt, rol N°314-2020, 02 de diciembre de 2020.
Corte de Apelaciones de Concepción, rol N°15.816-2020, 28 de septiembre de 2020.

Corte de Apelaciones de Santiago, rol N°1506-2020, 03 de julio de 2020.
Corte de Apelaciones de Copiapó, rol N°48-2020, 27 de junio de 2020.
Corte de Apelaciones de Rancagua, rol N°88-2020, 28 de abril de 2020.
Corte de Apelaciones de San Miguel, rol N°565-2019, 21 de noviembre de 2019.
Corte de Apelaciones de Valdivia, rol N°21-2018, 23 de marzo de 2018.
Corte de Apelaciones de Temuco, rol N°44822017, 15 de septiembre de 2017.
Corte de Apelaciones de Concepción, rol N°220-2016, 11 de agosto de 2016.
Corte de Apelaciones de Temuco, rol N°343-2014, 30 de abril de 2014.

Stavely Iron y Chemical Co. V. Jones Ltd. (1956, App. Cas. 627, en 643 (H.L., per Lord Reid).

Moore vs. Bude-Stratton Town Council, 2000, Tribunal de Apelaciones Laboral de Londres.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C N° 217,1 de septiembre de 2010.
Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C N° 180, 6 de mayo de 2008.
Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C N° 123, 11 de marzo de 2005.
Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C N° 112, 02 de septiembre de 2004.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de la República de Chile, Decreto 100, 28 de abril de 2021 (última versión).

Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, Ley N°18.575, 15 de febrero de 2018 (última versión).

Decreto con Fuerza de Ley 1, Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil, 11 de septiembre de 2020 (última versión).

Ley Orgánica de Gendarmería de Chile, Decreto Ley N°2859, 06 de febrero de 2020 (última versión).

Ley Establece un Régimen de Garantías en Salud, Ley N°19.966, 24 de abril de 2012 (última versión).

Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, Decreto 518, 17 de septiembre 2020 (última versión).

Constitución Española, BOE núm. 311, 27 de septiembre de 2011 (última versión), Gobierno de España.

Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, Ley N°2/1986, 13 de marzo de 1986, Gobierno de España.