

27-F: ¿TERREMOTO EN LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO?

JOSÉ LUIS LARA ARROYO

LUIS EUGENIO GARCÍA-HUIDOBRO HERRERA

RESUMEN: El presente comentario tiene por propósito reflexionar acerca de dos sentencias de la Excelentísima Corte Suprema en materia de responsabilidad del Estado, que fueron pronunciadas con tan solo días de diferencia y a propósito del proceder de la Administración del Estado con motivo de los sucesos acaecidos con posterioridad al terremoto y tsunami de febrero de 2010. A partir de ello, se pretende reflexionar si debe o no la Administración del Estado responder patrimonialmente por los daños causados en circunstancias excepcionales como, en el presente caso, tratándose de una catástrofe natural.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Los hechos. 3. ¿Qué resolvió la Corte Suprema? 3.1. El voto de mayoría; 3.2. Disidencias. 4. Las sentencias en perspectiva. 4.1. ¿Son contradictorias las decisiones? 4.2. ¿Por qué resulta cuestionable el voto de mayoría en el Caso Saqueos? 4.3. ¿Ha sido responsable la Administración del Estado en circunstancias extraordinarias? 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Existen escasas materias en el Derecho Público nacional que hayan suscitado un debate tan apasionado y con posiciones tan disímiles y excluyentes como la Responsabilidad del Estado-Administrador. Mucho de ese profuso debate académico –en nada negativo, sino esperable y deseable– se ha trasladado empero a la jurisprudencia de nuestra Excelentísima Corte Suprema, con oscilantes resultados: muchas veces, con desastrosas y olvidables consecuencias, como en Arévalo Bascuñán¹

¹ Tal es el caso en que se rechaza una pretensión de indemnización deducida por doña Paula Arévalo Bascuñán, a consecuencia de las lesiones que la dejaron minusválida de por vida cuando caminaba por la vía pública y fue impactada por una bala disparada por un funcionario de Gendarmería que intentaba impedir la fuga de un recluso. Se rechaza la acción en razón que no existiría falta de servicio, por no ser la demandante usuaria de Gendarmería. *“En efecto, Gendarmería de Chile no está obligada a prestar servicio concreto alguno a la comunidad, como no sea en una forma totalmente indirecta, ya que su función primordial es la custodia de los reclusos que se encuentran a disposición*

o Meza Figueroa²; pero también, otros muchos, con notables aportes desde la perspectiva dogmática y, sobre todo, en la promoción de las libertades y derechos de los ciudadanos³. Ello, por lo demás, es concordante con las oscilaciones que a lo largo de las décadas ha experimentado la jurisprudencia en esta materia, unas veces con un marcado carácter garantista; otras muchas, propugnando una lamentable irresponsabilidad fiscal.

Es dentro de este contexto que, en lo que probablemente constituyó unas de sus más controvertidas decisiones del año pasado, la tercera sala del máximo tribunal, con tan solo seis días de diferencia, pronunció dos sentencias sobre responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado: por una parte, se acogió una demanda interpuesta por familiares de las víctimas del tsunami ocurrido con posterioridad al terremoto de la madrugada del 27 de febrero de 2010 y, en seguida, se rechazó otra intentada por los afectados con los saqueos que se produjeron a pocas horas de sucedida la catástrofe natural. Así, frente al desorden jurisprudencial en este tópico y aprovechando esta oportunidad, consideramos oportuno referirnos —aún someramente— a ambos fallos, los que en este sentido resultan sumamente interesantes y atractivos de analizar, por cuanto se trata de dos asuntos originados con motivo de una misma tragedia natural y conocidos por los mismos tribunales con idénticos resultados,

de los tribunales de justicia, por lo que no se hallaba en situación de incurrir en este tipo de responsabilidad". Considerando decimocuarto de la sentencia de la Corte Suprema, *Arévalo Bascuñán con Fisco de Chile* (2003).

² Decisión en que, siguiendo la lógica de *Arévalo Bascuñán*, la Corte Suprema confirma una sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso que rechaza la acción de responsabilidad del Estado impetrada por los familiares de doña Claudia Salinas Appiani, quien falleció al ser atropellada por un furgón policial conducido por un cabo primero de Carabineros, ya que, "(...) *el furgón policial que atropelló a doña Claudia Salinas no prestaba a la víctima servicio alguno que pudiera estimarse deficiente o como fuente de origen de la responsabilidad del Estado*". Considerando noveno de la sentencia de la Corte Suprema, *Meza Figueroa con Fisco de Chile* (2004).

³ De entre las muchas que pueden mencionarse, encontramos *Campillo Mañán con Servicio de Salud de Concepción* (2004), en que se confirma una sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción que reconoce que la responsabilidad del Estado Administrador es objetiva y en la que no tiene injerencia alguna la reprochabilidad, es decir, el dolo o culpa del autor del daño, según se consigna en el considerando séptimo. Con anterioridad, puede mencionarse *Tirado Zilleruelo con Municipalidad de La Reina* (1981), en cuyo considerando cuarto se reconoce el carácter objetivo de la responsabilidad municipal, "(...) *descartando la responsabilidad por culpabilidad y fundándola exclusivamente en el hecho que ha provocado el riesgo, o sea, la culpabilidad material*".

salvo en la Corte Suprema, donde en uno de ellos se resuelve revertir la decisión recurrida.

2. LOS HECHOS

En la primera sentencia (*Caso Tsunami*), de fecha 18 de diciembre de 2013, la tercera sala de la Corte Suprema decidió acoger en votación dividida un recurso de casación en el fondo y revocar de esta manera la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, que a su vez confirmaba la de primera instancia, pronunciada en su oportunidad por el Tercer Juzgado de Letras de Concepción.

El pleito tiene por origen una demanda de responsabilidad del Estado impetrada por los familiares del fallecido don Mario Ovando Garcés, fundado en el daño moral que estos habrían experimentado como consecuencia de su muerte en el Hospital Las Salinas, a causa de una asfixia por inmersión producto del tsunami que tuvo lugar en el puerto de Talcahuano a pocas horas de ocurrido el terremoto que afectó a gran parte de la zona centro-sur de nuestro país, durante la madrugada del 27 de febrero de 2010.

Se sostuvo, por parte de los demandantes, que el Estado habría incurrido en una manifiesta falta de servicio como consecuencia de un errático y deficiente proceder ante el terremoto y posterior tsunami. En efecto, luego de ocurrido el movimiento telúrico y en la más completa oscuridad y desconcierto, el occiso ingresó a su hogar a fin de extraer una linterna y una radio a pilas, esta última, con el objeto de obtener información acerca de lo acaecido, frente a la interrupción de todas las comunicaciones. Minutos después, cerca de las 05:19 horas, solo le fue posible sintonizar una emisora, Radio Bío Bío, en la que el entonces Intendente Regional don Jaime Tohá González informaba sobre la inexistencia de riesgo acerca de un eventual tsunami y, a la vez, llamaba a la población a mantener la calma y permanecer en sus viviendas. Su actuación, se sabría con posterioridad, habría estado precedida de la cancelación de alerta efectuada por la Oficina Nacional de Emergencias a las 04:56 horas y comunicada vía mensaje naval a las 05:10 horas. A consecuencia de lo anterior, la incertidumbre de la familia de la víctima acerca del acontecimiento del tsunami se transformó en certeza sobre su inocencia, no obstante la intensidad de las olas que golpeaban a esas horas el borde costero aledaño a su vivienda y el que parte im-

portante de la población de Talcahuano igualmente escapara de una posible inundación, sin esperar que mediara advertencia alguna de la autoridad regional.

De esta manera, el difunto y su familia permanecieron en su hogar, siendo sorprendidos por grandes cantidades de agua, que inundaron la Población Santa Clara –lugar donde se ubicaba su vivienda– hasta los dos metros de altura. Y es que, entre las 05:50 y las 06:00 horas, Talcahuano fue golpeado por una devastadora ola, que produjo la destrucción de la mencionada población. Como resultado de lo anterior, el señor Ovando Garcés falleció horas después de ser hospitalizado, debido a la asfixia causada por la gran cantidad de barro depositada en sus pulmones.

Frente a la acción de indemnización deducida, la defensa fiscal argumentó que no existiría en la especie falta de servicio, toda vez que atendidas las características catastróficas y excepcionales en que se fundan los supuestos de hecho de la acción, no le sería exigible a la Administración del Estado una actuación como la que, de ordinario, se requeriría en el cumplimiento diligente de sus deberes. De esta manera, no es admisible esperar un comportamiento oportuno y adecuado de parte de la Administración, por lo que no podría efectuarse reproche alguno al actuar del Intendente Regional, al no constituir un proceder culpable o negligente, ni menos una falta de servicio. Adicionalmente, argumenta acerca de la ausencia de nexo causal entre el mensaje radial del Intendente y el desenlace fatal de la víctima.

En su sentencia, el tribunal de primera instancia, si bien tuvo por establecida la falta de servicio del Intendente, rechazó la pretensión de los actores en todas sus partes por falta de vínculo causal, en razón de no haber sido debidamente acreditado que el fallecido y su familia se hubieran encontrado en su residencia durante aquella madrugada y que, adicionalmente, hubiera sido en ese preciso lugar donde los sorprendió el tsunami. La Corte de Apelaciones de Concepción, junto con hacer suyos los argumentos del tribunal de la instancia, confirmó la decisión, fundado además, en la falta de prueba acerca del hecho de haber, efectivamente, la familia Ovando escuchado la transmisión radiofónica del Intendente Tohá. Todas estas consideraciones, habrían sido determinantes para ambos tribunales a fin de desestimar la existencia de un vínculo de causalidad entre la falta de servicio cometida por el Intendente y el daño causado.

Tan solo seis días después, la misma sala de la Corte Suprema dictó otra sentencia en materia de responsabilidad del Estado (*Caso Saqueos*), esta vez, con un resultado diametralmente diferente. En efecto, también en votación dividida –por cuatro votos contra uno– se decide rechazar un recurso de casación en el fondo, confirmando así la sentencia también pronunciada por la Corte de Apelaciones de Concepción. Esta, a su vez, se pronuncia ratificando lo que anteriormente resolviera en primera instancia el Tercer Juzgado de Letras de Concepción.

El litigio tiene su origen en una acción de responsabilidad del Estado intentada por un grupo de comerciantes de la comuna de San Pedro de la Paz, en la que se acusa a la Administración del Estado de haber incurrido en notoria falta de servicio, al no disponer la inmediata intervención de las Fuerzas Armadas frente a los hechos delictivos acaecidos horas después de ocurrida la catástrofe natural de la madrugada del 27 de febrero.

Los actores, todos pequeños comerciantes, alegan que en las horas que siguieron al terremoto y posterior tsunami, los locales en que ejercían sus actividades económicas fueron vilmente saqueados y destruidos por una gran cantidad de antisociales que, en forma masiva y organizada, ingresaron a estos a fin de apropiarse de todo cuanto fuera posible y de destruir e incluso incendiar lo restante. Estos hechos fueron protagonizados por un gran número de personas en forma simultánea en Talcahuano, Concepción, San Pedro de la Paz, Chiguayante y otras comunas aledañas, en un contexto de caos y con una fuerza policial absolutamente sobrepasada. ¿No pareciera ser este, acaso, el más perfecto reflejo de la advertencia de Hobbes, en cuanto a que *homo homini lupus*⁴?

Resultaba indubitado, se alega, que frente a la anarquía reinante en la región, se dispusiera la inmediata intervención de las Fuerzas Armadas, tanto para dar socorro a las víctimas de la catástrofe como para resguardar el orden público quebrantado. Sin embargo, y no obstante las potestades que la Constitución Política de la República y la Ley N° 16.282⁵ le atribuyen, la entonces Presidenta de la Re-

⁴ En rigor, se trata de una frase de la comedia *Asinaria* del romano Plauto, que fue popularizada por Thomas Hobbes en su obra *Leviathan*.

⁵ La mencionada ley establece disposiciones para el evento de sismos o catástrofes, constituyendo un estatuto para facilitar el obrar administrativo frente a tales calamidades.

pública, con fecha 27 de febrero, dictó el Decreto Supremo N° 150 del Ministerio del Interior, en el que se declaró a la Región del Bío-bío como zona afectada y se ordenó que “[l]as autoridades, jefaturas y personal de todas las instituciones, organismos o empresas de la administración civil del Estado deberán prestar a las autoridades designadas la colaboración que les sea requerida”. Se excluye, en forma inexplicable, la intervención de las Fuerzas Armadas, aún a pesar del desorden reinante. Tendría que transcurrir más de un día, en que la situación no hizo sino empeorar, para que durante la tarde del día 28 de febrero y frente a diversos cuestionamientos, la Presidenta dictara el Decreto Supremo N° 153, también del Ministerio del Interior, declarando el estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública. Solo así, a partir del primer día de marzo, fueron efectivamente convocadas las Fuerzas Armadas a la restauración del orden público en la Provincia de Concepción y, en el caso particular de San Pedro de la Paz, un día después de ello, según se testimonia por los afectados.

De esta manera, la falta de servicio estaría constituida por la oportunidad en que las autoridades superiores de la Administración del Estado dispusieron la intervención de las Fuerzas Armadas y que, en última instancia, se tradujo en un cumplimiento deficiente y tardío de su deber de resguardar el orden público. Este incumplimiento, argumentan, se habría traducido en millonarias pérdidas para los afectados, consistentes en la destrucción de sus locales y en la pérdida de gran parte de lo que en ellos se encontraba.

En su defensa, el Fisco discurre sobre la vía de negar la existencia de falta de servicio en la especie, toda vez que no existiría un reproche a título de culpa subjetiva que efectuar en el proceder de las autoridades. Ello se fundaría en que, en su interpretación de la norma involucrada, el auxilio de las Fuerzas Armadas solo es procedente previa declaración formal de estado de excepción constitucional y no una simple declaración de zona afectada al amparo de la Ley N°

En ella, se atribuye al Presidente de la República la posibilidad de declarar, frente a tales hechos, como ‘zona afectada’ la parte del territorio nacional afectada y adoptar medidas al respecto, entre las que se encuentra disponer la colaboración de las Fuerzas Armadas. En efecto, el artículo 20 de la ley permite a los Ministros del Interior y de Defensa elaborar un plan tendiente a obtener la participación de las Fuerzas Armadas y de Carabineros frente a hechos como los ocurridos la madrugada del 27 de febrero de 2010.

16.282, la que se limita a facilitar una gestión de ayuda humanitaria y labores de reconstrucción, en términos menos burocráticos y más expeditos. Por lo demás, el contingente militar disponible durante las horas que siguieron a la tragedia habría sido destinado exclusivamente a labores de salvamento y ayuda de los damnificados. Agrega, asimismo, el que no existiría un cumplimiento tardío de sus deberes por parte de la Administración, ya que el estado de excepción constitucional fue declarado al día siguiente de la catástrofe, lo que se traduce en una actuación de suyo oportuna, considerando la magnitud de la hecatombe y de las posibilidades reales de reacción de los órganos de la Administración, frente a la situación en que se encontraban. Se sostiene, finalmente, que por tratarse de una situación en extremo compleja y la envergadura de los efectos que produce la declaración de excepción constitucional, es que la propia Carta Fundamental entrega en forma exclusiva a la Primera Magistratura la evaluación del mérito y oportunidad de la adopción de esta medida, no siendo ello revisable por la judicatura, según dispone el artículo 45 del texto constitucional. Por consiguiente, no solo no existe falta de servicio, sino que, todavía más, aun cuando esta existiera, no sería ella justiciable frente a arbitrariedades o ilegalidades cometidas por la autoridad administrativa.

En su decisión, el tribunal de la instancia rechazó la acción de indemnización en razón de no haberse verificado falta de servicio que reprochar a la Administración del Estado. Funda su decisión, en cuanto a que, primeramente, no existe un deber de asegurar un servicio de seguridad por parte de la autoridad⁶ y que, en seguida, en consideración a las peculiares circunstancias en que se desarrollaron los hechos, el obrar gubernativo no puede considerarse tardío o inoportuno. Y es que, la intervención de las Fuerzas Armadas debe ser una decisión evaluada, ponderada y coordinada. Así, si se confronta el obrar de las autoridades respecto de un estándar de conducta exigible en consideración a las circunstancias particulares, no existe reproche alguno que formular. La Corte de Apelaciones de Concepción, por su parte, frente al recurso de apelación y casación en la forma deducidos contra la decisión del tribunal a quo, se limi-

⁶ Por curioso que parezca, el considerando 18º de dicha sentencia prescribe: *“En este sentido, el servicio de seguridad no está legalmente definido de modo expreso y determinado, y mucho menos se identifica con una garantía absoluta de que los ciudadanos no sufran perjuicio alguno derivado de la acción de terceros (...)”*.

ta a desestimarlos arguyendo que la sentencia se encontraría debidamente fundada.

3. ¿QUÉ RESOLVIÓ LA CORTE SUPREMA?

Según se adelantó, en ambas decisiones la Corte Suprema arriba a soluciones disímiles, con resultados contrapuestos. Con todo, se ha dicho⁷ que no se tratarían de sentencias contradictorias, por tener muy diversos enfoques y tratarse de circunstancias distintas. ¿Es ello efectivo? A nosotros, en lo personal, nos asisten serias dudas de ello. Para dar razón de nuestras aprensiones, resulta necesario referirse al voto de mayoría de ambas sentencias, así como a las disidencias que respecto de cada caso se formularon.

3.1. El voto de mayoría

En la primera de sus decisiones, el *Caso Tsunami*, la sala constitucional del máximo tribunal decide por tres votos (Ministro Muñoz, Suplente Cerda, Abogado Integrante Lagos) casar la sentencia de la instancia, por considerar que esta fue dictada con infracción a las leyes reguladoras de la prueba y, particularmente, al artículo 1698 del Código Civil, que estatuye la regla general en cuanto a la carga de la prueba. Recuérdese, además, que no hay referencia alguna en ella a la falta de servicio, toda vez que se tuvo por acreditada en primera instancia.

Se sustenta la antedicha decisión, en que la carga probatoria que pesa sobre quien afirma la existencia de un hecho deberá ser evaluado con plena sujeción al llamado principio formativo del procedimiento de adquisición procesal o de comunidad de pruebas, esto es, en conformidad a los hechos que la parte contraria acepta en su comportamiento procesal. Así, en la especie, no corresponde exigir a la demandante acreditar hechos, cuando ellos implícitamente han sido reconocidos por la defensa estatal al construir los presupuestos de su defensa. Por lo tanto, al exigir el tribunal de primera instancia y la Corte de Apelaciones la prueba de hechos respecto de los cuales no existió en definitiva controversia, se vulnera no solo la mencio-

⁷ Así, por ejemplo, en el editorial del diario *La Tercera*, correspondiente al día 2 de enero de 2014.

nada disposición del Código Civil, sino también el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil. Adicionalmente, reflexiona la Corte, es contrario al sentido común –y por tanto, atentatorio a la garantía procesal estatuida en el artículo 19 número 3 de la Constitución Política de la República (CPR)⁸– extremar la carga de la prueba en circunstancias tan caóticas como las acontecidas aquella madrugada y exigir un estándar de convicción judicial análogo al esperable para la producción de pruebas en tiempos normales. Concluye entonces, el voto de mayoría, que puede tenerse por consignoado que aquella noche la víctima efectivamente se encontraba en su hogar a consecuencia de haber previamente escuchado la intervención radial del Intendente Regional, permaneciendo en dicho lugar hasta ser alcanzado por las destructivas olas.

Ahora bien, en cuanto a la existencia de un vínculo causal entre el mensaje del Intendente y las consecuencias trágicas, la Corte sentencia, en el considerando 33º, que “(...) la relación causal resulta indiscutida, por cuanto según se ha dicho, la entrevista radial del Intendente, varió el ánimo de los Ovando de incertidumbre a tranquilidad, por lo cual al producirse la salida del mar fueron sorprendidos en la confianza de estar seguros”. ¿Cómo se efectúa la construcción de la relación causal? En forma implícita, los sentenciadores recurren a la teoría de la equivalencia de las condiciones o *condictio sine qua non*, según la cual “(...) el hecho por el cual se responde es una condición necesaria del daño. Y un hecho es condición necesaria de un cierto resultado cuando de no haber existido la condición, el resultado tampoco se habría producido (el hecho es *condictio sine qua non* del daño)”⁹. En la práctica, esta teoría consiste en efectuar una supresión mental hipotética o supresión lógica del hecho imputado, como lo denomina la Corte, en virtud del cual, “(...) en el evento que el daño no se produzca –de suprimir hipotéticamente, en un ejercicio mental, el hecho que se imputa a la Administración– existe relación de causalidad, por el contrario si ese daño igualmente se origina no se da esta vinculación”¹⁰.

⁸ Así lo entiende la Corte, al disponer en el considerando trigésimo primero que “[l]a torcida asunción de tan radical regla del juego litigioso –en referencia a la carga de la prueba– no ha podido sino acarrear, también, un forzamiento del mandato de racionalidad del párrafo sexto del N° 3 del artículo 19 de la carta fundamental (...)”.

⁹ BARROS (2007) p. 376.

¹⁰ Considerando 33º.

Finalmente, frente a los posibles reproches que pudieran formularse al acertado voto de mayoría, en cuanto al control que en sede de casación se ejerce respecto de la existencia del vínculo de causalidad, esta considera que deben ser desestimados, porque, contrario a lo que pudiera pensarse, no se trata de una facultad privativa de los jueces de fondo, sino que, por el contrario, constituye una consideración jurídica. Así, concluye la sentencia, “[l]a relación de causalidad está establecida, conclusión a la que puede llegar esta Corte por tratarse de un aspecto de Derecho, sustentado en los hechos acreditados”¹¹.

Por el contrario, en el *Caso Saqueos*, la tercera sala hace suya la decisión de los jueces de la primera instancia, al sentenciar en el considerando 9º, que “[l]a mera existencia de un poder o atribución que le corresponde ejercer al Presidente de la República no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad (...)” y agrega, en el considerando siguiente, que “[t]ampoco es posible establecer que una declaración inmediata de estado de excepción constitucional el mismo día 27 de febrero de 2010 hubiere impedido la secuencia de saqueos acontecida en la comuna de San Pedro de la Paz y en las comunas que conforman el Gran Concepción, más aún si ellos se iniciaron pocas horas después del terremoto y maremoto”.

Fundamenta tal proceder en que, primeramente, una correcta interpretación de la Ley N° 16.282 lleva, necesariamente, a concluir que la intervención de las Fuerzas Armadas bajo este estatuto normativo se encuentra limitado únicamente a desempeñar labores preventivas y de coordinación, subordinadas siempre a la autoridad civil. En segundo lugar, tampoco considera el máximo tribunal que se verifique en la especie falta de servicio por la declaración tardía del estado de excepción constitucional, toda vez que se desprende del artículo 45 inciso final de la Carta Fundamental, que se trata de “(...) una facultad exclusiva del gobierno, de modo que no queda sometida al control jurisdiccional la apreciación del mérito de los antecedentes que han debido considerarse para adoptar la medida”¹². Por tanto, existiría respecto del caso particular, una causal de justificación, que se traduciría en la más completa irresponsabilidad fiscal: así lo entiende el voto de mayoría en el considerando duodécimo,

¹¹ Id.

¹² Considerando 4º.

al disponer que “(...) la Constitución Política manda sin equívocos que se excluye rotundamente del control judicial el acto administrativo dictado en ejercicio de la potestad de gobierno y discrecional relativa a la declaración de estados de excepción constitucionales, la cual no es susceptible de ser fiscalizada por los Tribunales”. Este razonamiento, dicho sea en honor a la verdad, pareciera recordarnos a la expresión británica “*The King can do no wrong*”, utilizada para justificar la tiranía monárquica. Por increíble que parezca, así lo entiende la decisión de mayoría, al concluir que el recurso de casación en el fondo debe ser desestimado, no solo en virtud de la ausencia de falta de servicio, sino también por la circunstancia que el control jurisdiccional reconoce como límite los actos propios de la actividad política.

3.2. Disidencias

La decisión en el *Caso Tsunami* fue acordada con el voto contrario de los Ministros Pierry y Carreño, quienes estuvieron por rechazar el recurso de casación interpuesto, por considerar que no existe vulneración alguna de leyes probatorias en los fallos del Juzgado de Letras y de la Corte de Apelaciones. Lo anterior, por dos razones: en primer lugar, la valoración de la prueba es una atribución privativa de los jueces del fondo y, en seguida, no puede reprochársele a estos el no haber tenido por existente el vínculo causal en base a presunciones construidas por medio del ejercicio de la supresión mental hipotética; y es que, “(...) los jueces de la instancia son soberanos para inferir de los antecedentes del proceso las presunciones que conducen a formar su convencimiento, de manera que no puede fundarse un recurso de casación en la circunstancia de no haberlas deducido, no pudiendo esta Corte revisar el ejercicio de esa facultad”. En otras palabras, a su juicio, se trataría la relación de causalidad de un antecedente de hecho, privativo de los jueces de la instancia y no de un tribunal de casación.

En apoyo de esta posición puede señalarse que, en el razonamiento de la posición de mayoría, se efectúa un análisis poco frecuente para un tribunal de casación, el que, sin embargo, no es inédito. Anteriormente, en *Campillo Mañán con Servicio de Salud de Concepción*¹³, la Corte Suprema –al fijar la doctrina respecto de la

¹³ En igual sentido, *Epul Loncoñanco y otros con Fisco de Chile* (2005).

infracción de ley en normas reguladoras de la prueba y pronunciándose en materia de responsabilidad del Estado— sentenció en el considerando 16º que, por regla general, todo hecho de la causa “(...) resulta inamovible para el tribunal de casación, porque el establecimiento de las situaciones fácticas es facultad privativa de los jueces a cargo de la instancia, y la tarea del tribunal de casación consiste en analizar la validez legal del fallo, esto es, la circunstancia de haberse aplicado en forma correcta la ley o el derecho, pero a las situaciones de hecho que fueron sentadas por los magistrados ya referidos. Lo manifestado significa que mediante la casación no se puede atacar los hechos de la causa, sino solo el derecho”. Empero, lo anterior reconoce como limitación “(...) la circunstancia de que, para llegar a establecer las situaciones de hecho, los jueces hayan incurrido en vulneración de las disposiciones reguladoras de los modos de convicción”, según se prescribe en el considerando 17º. Ello es, a saber, justamente lo que ha ocurrido en el Caso Tsunami. Una situación como aquella, agrega nuestro máximo tribunal, “(...) permitiría anular el fallo impugnado y, en el de reemplazo que se debería dictar en tal evento, se podrían establecer hechos nuevos, diversos de los anteriores y se podría llegar entonces a decidir en sentido distinto a como se reprocha”. En consecuencia, los reproches formulados por los disidentes deben desestimarse, toda vez que el voto de mayoría no hace sino actuar en concordancia a la jurisprudencia que, sobre normas reguladoras de la prueba en responsabilidad patrimonial del Estado, ha sentado la misma Corte Suprema.

Donde sí consideramos pertinente detenernos, es en la destacable disidencia del *Caso Saqueos*, redactada por quien entonces presidía la tercera sala, el Ministro Muñoz. En ella, quien disiente, expresa que está por acoger el recurso de casación en el fondo y dictar sentencia de reemplazo, por existir falta de servicio en el proceder de la Administración.

Reconoce que, de acuerdo a la Ley N° 16.282, la participación de los cuerpos castrenses se limita únicamente a actividades de colaboración a la autoridad civil. Empero, advierte que, a fin de resolver adecuadamente el conflicto, es también necesario considerar la concurrencia de otros preceptos del texto constitucional: en primer lugar, el artículo 24 dispone que la autoridad del Presidente de la República se extiende a todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior de la República y, a continuación,

el artículo 32 número 17 le reconoce como atribución exclusiva, la potestad de disponer de las fuerzas de aire, mar y tierra, organizarlas y distribuirlas de acuerdo a las necesidades de la seguridad nacional.

Prevía consideración de lo anterior, le resulta indudable que frente a la situación de catástrofe que afectó a la Región del Biobío, la autoridad civil se encontraba en el deber de adoptar en forma extraordinaria el máximo de medidas excepcionales, tendientes a superar los efectos de los hechos acontecidos. En tal sentido, el Decreto Supremo N° 150 contiene una significativa omisión: no se dispuso perentoriamente la participación de las Fuerzas Armadas en las actividades de colaboración cuyo desarrollo le permitía la Ley N° 16.282.

Dicha omisión, en consecuencia, resulta un defectuoso funcionamiento del servicio, ya que, a pesar de existir la posibilidad de contar con la colaboración de las fuerzas castrenses en un plano de estricta sujeción a la autoridad administrativa, se adoptaron por medio de dicho acto medidas insuficientes. Así, concluye, “(...) en suma ha quedado establecido que la insuficiencia de las medidas adoptadas en el Decreto Supremo N° 150 fue condición suficiente y necesaria en la producción de los daños ocasionados a los locales comerciales de los actores (...)”¹⁴, lo que a su vez, lleva a concluir que la sentencia recurrida debe ser casada, toda vez que ha sido pronunciada con infracción a las normas contenidas en la Ley N° 16.282.

Finalmente, agrega, existe un error de derecho en la sentencia cuya revocación se pretende, al desestimar ella la existencia de un vínculo causal entre el hecho imputado y el daño ocurrido, en base a que los perjuicios habrían sido cometidos por sujetos ajenos a la Administración del Estado. Ello, toda vez que, “(...) aun cuando existan otros agentes causales del daño –como las personas que saquearon los establecimientos– ello no es óbice para determinar que el Estado de Chile es obligado a la indemnización por existir una concurrencia de causas o, en otras palabras, pluralidad de responsables”¹⁵. Esto, por lo demás, no es sino aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones a la que recurre el voto de mayoría en el Caso Tsunami, en razón que “(...) todos los hechos que han con-

¹⁴ Considerando 6° de la disidencia.

¹⁵ Considerando 9° de la disidencia.

currido a la producción del daño son causa del mismo y, desde el punto de vista de la responsabilidad, son equivalentes y no puede hacerse distinción alguna entre todos ellos, no pudiendo considerarse unos y desestimarse otros”¹⁶.

4. LAS SENTENCIAS EN PERSPECTIVA

Sin ser nuestra intención entrar en consideraciones procesales acerca de la causalidad o en discusiones acerca de la naturaleza de las normas probatorias, nos interesa profundizar en un elemento común de ambas decisiones: la conducta exigible a la Administración del Estado en circunstancias extraordinarias o de emergencia, y de si debe esta o no responder patrimonialmente frente a daños que puedan cometer sus dependientes a particulares en dicho contexto de anormalidad.

De esta manera, nos interesa abordar tres interrogantes involucradas en las decisiones en comento, para de esa manera analizar las sentencias en perspectiva. Estas *quaestiones* son, a saber:

4.1. ¿Son contradictorias las decisiones?

Tal es nuestro parecer.

Dicha conclusión se sustenta en que, en uno y otro caso, frente a circunstancias extraordinarias y ponderando los elementos de juicio de que disponían, las autoridades administrativas decidieron actuar en un determinado sentido, lo que se tradujo en daños de diversa magnitud. Previa consideración de lo anterior, en una de las sentencias se decide que la Administración del Estado es responsable en tales circunstancias, toda vez que, a partir de un hecho de la autoridad –el mensaje radiofónico del Intendente Regional llamando a la población a regresar a sus casas, precedido de la cancelación de la alerta de tsunami–, falleció una persona al ser alcanzada por las olas causadas por el maremoto, lo que debe ser considerado falta de servicio. Empero, en la segunda sentencia, el máximo tribunal –adhiriendo al razonamiento de los tribunales que anteriormente conocieron de la acción– considera que no ha verificado falta de

¹⁶ RODRÍGUEZ (2003) p. 269.

servicio, aun cuando, la omisión de la autoridad administrativa en la adopción de medidas efectivas para el restablecimiento del orden público se tradujo en millonarias pérdidas para los afectados con los saqueos.

Consideramos, en efecto, que ambas decisiones encierran una sutil contradicción, consistente en calificar o no, de falta de servicio determinadas actuaciones de la autoridad en circunstancias de excepción. Y es que, independiente de la discusión existente acerca de la naturaleza que se predique de la falta de servicio, toda omisión de la Administración del Estado en el cumplimiento de sus cometidos o funciones no puede sino calificarse como tal, más aún si ello trae como consecuencia la afectación o lesión de derechos. Tal es, por lo demás, el razonamiento que implícitamente encierra la lúcida disidencia del Ministro Muñoz en el *Caso Saqueos*.

Detengámonos brevemente en este punto: en su vertiente organizativa, el principio de juridicidad prescribe que, cualquiera sea el órgano del Estado de que se trate –no solo aquellos de índole administrativa–, le están asignadas diversas funciones, para lo cual le están atribuidas, en forma expresa, un conjunto delimitado de potestades legales. Dos son, por lo tanto, los conceptos centrales en los que queremos ahondar: potestad o atribución y función.

Por potestades o atribuciones de un órgano estatal, debemos entender “(...) un poder jurídico finalizado en beneficio de un tercero, esto es, de la comunidad”¹⁷. “Es una especie de poder jurídico –enseña la misma Corte Suprema– conferido por el ordenamiento de derecho, que por ende procede expresa y directamente de este y tiene como su característica genérica el que se encuentra referida a un ámbito de actuación que permite al titular de la potestad de afectar, con su ejercicio, la esfera jurídica de terceros”¹⁸. Se trata de un poder-deber finalizado, toda vez que, al ser atribuido al órgano por la Constitución o la ley, ello ha sido realizado con un finalidad u objetivo particular. Es a partir de dicho propósito, desde donde se construye el concepto de función de un órgano del Estado, que puede ser entendido como el conjunto de deberes cuyo cumplimiento le imponen la Constitución o la ley a un determinado órgano del Es-

¹⁷ SOTO KLOSS (2012) p. 173.

¹⁸ Considerando 7º de la Corte Suprema, *Romero Tocornal con Dirección de Obras Municipales del Municipio de Vitacura* (2006).

tado, en beneficio también de un tercero (“El Estado está al servicio de la persona humana” nos recuerda el artículo 1º inciso cuarto de la CPR) y que se traducen, en términos concretos, en la satisfacción de necesidades públicas. Así, mientras la función determina los fines u objetos del servicio u órgano (¿qué es lo que debe realizar?), las potestades o atribuciones indican la forma de proceder para dar cumplimiento a las primeras (¿cómo debe ser realizado?)¹⁹.

Llémoslo a un ejemplo: tratándose del Presidente de la República —a quien le corresponde primordialmente el gobierno y la administración del Estado— su principal función según la Constitución Política está constituida por “(...) todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República”, según estatuye el inciso segundo del artículo 24. Para tal propósito, cuenta con diversas ‘atribuciones especiales’, que le han sido atribuidas en el artículo 32 de la Carta Fundamental, a más de otras muchas que le reconocen diversos cuerpos normativos a lo largo del ordenamiento jurídico. Deberá, entonces, recurrir a las diversas potestades de que dispone para dar irrestricto cumplimiento a la función que le es propia.

Pues bien, puede ocurrir que, frente a una determinada necesidad pública, se disponga de diversas potestades, todas útiles para la realización de la función encomendada por el constituyente o legislador. En tal caso, deberá la autoridad ponderar en forma discrecional la potestad más eficiente y eficaz de ejercer en el caso concreto, especialmente tratándose de aquellos órganos que integren la Administración del Estado, toda vez que sobre ellos pesa la obligación de “(...) velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública”²⁰.

Ahora bien, esta especie de libertad en la elección de los medios, no puede jamás traducirse en un incumplimiento de los fines. Resultaría absurdo suponer que, a pretexto de la elección discrecional

¹⁹ El reconocimiento de esta distinción, por lo demás, tiene un evidente asidero constitucional: el artículo 65 inciso cuarto letra b) del texto constitucional, establece la iniciativa exclusiva del Presidente de la República respecto de los proyectos de ley que versen sobre “[c]rear nuevos servicios públicos o empleos rentados, sean fiscales, semifiscales, autónomos o de las empresas del Estado; suprimirlos y determinar sus *funciones o atribuciones*” (lo destacado en cursiva es nuestro).

²⁰ Artículo 5 inciso primero de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

del ejercicio de una u otra atribución, podría darse incumplimiento a la función que preteritoriamente le ha sido encomendada. Tal conclusión, consideramos, se traduciría en el más impune reinado de la arbitrariedad administrativa. Por el contrario, necesario es concluir que toda omisión o incumplimiento de la función propia de un órgano estatal –y, por cierto, de la Administración del Estado– debe ser calificado de falta de servicio, cualquiera sea la razón que la motiva. Lo entiende así también Soto Kloss, al señalar que “(...) la discrecionalidad solo existe en el qué de la potestad atribuida, o sea solo en uno de los elementos que la configuran, esto es en la adopción de la medida precisa de entre las varias que el legislador señala”²¹. Ello surge de conceptualizar la potestad como un poder-deber, toda vez que, existiendo la necesidad pública que motive el cumplimiento de la función encomendada, debe terminantemente ser ejercida la potestad atribuida, ya que, al haber sido establecida legalmente, les resulta –según el texto constitucional– vinculante (artículo 6 inciso primero CPR), pudiendo incluso perseguirse las responsabilidades y sanciones que sean procedentes en caso contrario (artículo 6 inciso final CPR). En definitiva, señala Silva Cimma, “[s]u cumplimiento es una obligación, no una facultad”²².

Esto es, justamente, lo que ha ocurrido en el *Caso Saqueos*: aun cuando es probable que la acción no fue adecuadamente planteada, razón tiene el Ministro Muñoz al señalar que, a efectos de solucionar la controversia, debe recurrirse también al artículo 24 y 32 de la CPR. En la primera, se establece como función de la cabeza de la Administración del Estado, la conservación del orden público en el interior de la República, permitiéndole para ello “[d]isponer de las fuerzas de aire, mar y tierra, organizarlas y distribuir las de acuerdo con las necesidades de la seguridad nacional” (artículo 32 número 17 CPR). Por tanto, en la situación planteada, pesaba sobre la Presidenta de la República el deber de conservar el orden público –y, evidentemente, restablecerlo en caso de quebrantamiento– para lo cual podía hacer disponer –esto es, “[v]alerse de alguien o algo”²³– de las Fuerzas Armadas. Pues bien, ¿cómo podía la Presidenta valerse de los cuerpos castrenses? A través de dos

²¹ SOTO KLOSS (2000) p. 152.

²² SILVA CIMMA (1995) p. 88.

²³ Quinta acepción de la voz disponer, Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española.

principales formas: la declaración de zona afectada al amparo de la Ley N° 16.282, o bien, la declaración del estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública. Por lo tanto, frente a los hechos acaecidos con posterioridad al terremoto de aquella noche, le correspondía a la Presidenta el ejercicio discrecional de una u otra potestad, pero siempre en miras a que, cualquiera fuera la elección, por medio de las medidas adoptadas se diera cumplimiento a la función que constitucionalmente le es exigible; y es que, “[l]a facultad discrecional aludida debe ser ejercida con sujeción a los antecedentes de hecho o de derecho que permitan arribar a una decisión. No permite actuar arbitrariamente haciendo un uso no razonable de las facultades discrecionales otorgadas por el legislador”²⁴. De ahí que, consideramos adecuado el proceder del Ministro Muñoz, en cuanto a que “(...) ha quedado establecido que la insuficiencia de las medidas adoptadas en el Decreto Supremo N° 150 fue condición suficiente y necesaria en la producción de los daños ocasionados a los locales comerciales de los actores”²⁵. Más aún, si se considera “(...) que constatado el daño, de acuerdo al artículo 38 de la Constitución Política, la víctima siempre podrá demandar los perjuicios a la Administración”²⁶. Por lo tanto, una omisión en la preservación del orden público, concluye Muñoz “(...) importa un defectuoso funcionamiento del servicio, por cuanto ante el acaecimiento de una situación de excepción, en que se constataba una grave afectación de la propiedad de las personas por los hechos de la naturaleza, se unieron los continuos saqueos, debido a lo cual necesariamente debió incluirse la participación inmediata de las Fuerzas Armadas”²⁷.

¿Podría acaso no considerarse que nos encontramos frente a una palmaria falta de servicio? Así lo entiende la Corte Suprema en su decisión de mayoría, argumento su negativa en la situación de anormalidad imperante. Señala al respecto, que “[n]o es posible determinar en autos, atendida la anormalidad de la situación fáctica

²⁴ Considerando 8° de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, *Medina Cartes con Alcalde de la Municipalidad de Hualqui y otros* (2000).

²⁵ Considerando 6° de la disidencia en el Caso Saqueos.

²⁶ Considerando 39° de la sentencia del Tribunal Constitucional, *Requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad, respecto del Decreto Supremo N° 1 del Ministerio de Bienes Nacionales, de 10 de enero de 1996* (1996).

²⁷ Considerando 5° de la disidencia en el Caso Saqueos.

imperante en la zona de la catástrofe, que la omisión o retardo en la declaración del estado de excepción constitucional operara como una condición determinante en la producción del daño”²⁸. Ello resulta curioso, considerando que, tan solo unos días atrás, la excepcionalidad de la situación no fue impedimento para la sala constitucional al considerar que existiendo falta de servicio en el obrar del Intendente, si era procedente hacer exigible la responsabilidad patrimonial del Estado.

Finalmente, reconocemos como atenuante respecto de la sentencia del *Caso Saqueos*, el que la acción fue enfocada respecto a la oportunidad en que la autoridad dispuso la intervención de las Fuerzas Armadas. ¡Menudo error! ¡Craso enfoque! La discusión, por el contrario, debiera haberse centrado en que se incumplió, por parte de la Administración del Estado, el deber de resguardar el orden público interno, independiente de la forma en que ello se hubiera logrado (lo que, acertadamente, la Corte Suprema reconoce queda dentro del ámbito discrecional de la autoridad). De esta forma, la discusión debió encauzarse de la siguiente manera: si el ordenamiento le entrega a la autoridad diversas formas de obrar, ella es soberana en su decisión y en la elección del medio a utilizar, pero igualmente la necesidad pública debe ser siempre satisfecha. Se trata en efecto, de un deber de resultado y no de medios. Toda otra posible interpretación redundaría, como ya hemos reiterado, en la más absoluta arbitrariedad e ilegalidad.

4.2. ¿Por qué resulta cuestionable el Voto de Mayoría en el *Caso Saqueos*?

Además de lo señalado precedentemente, consideramos también cuestionable la decisión adoptada por la sala constitucional en el *Caso Saqueos*, en lo que dice relación a la supuesta causal de justificación que recogería el inciso primero del artículo 45 de la Carta Fundamental, respecto de la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado en la declaración del estado de excepción constitucional respectivo. Dice la sentencia, en el considerando 11º, que la declaración de un estado de excepción constitucional “[e]s una facultad exclusiva del gobierno, de modo que no queda

²⁸ Considerando 11º de la sentencia del Caso Saqueos.

sometida al control jurisdiccional la apreciación del mérito de los antecedentes que han debido considerarse para adoptar la medida”. ¿Pareciéramos volver al *ius eminens*? Es de esperarse que no; pero tampoco lo creemos así. Simplemente consideramos que se trata de un error cometido por la Corte Suprema al interpretar la norma constitucional.

Sí consideramos, como criterio de hermenéutico “(...) la debida correspondencia y armonía que debe existir entre los diversos preceptos de la Carta Fundamental”²⁹, tal interpretación del artículo 45 debe ser desestimada. “La Constitución –sentencia el Tribunal Constitucional– es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, excluyéndose cualquiera interpretación que conduzca a anular o a privar de eficacia algún precepto de ella”³⁰. Así, si se considera que existe una sujeción integral a Derecho de todo el actuar administrativo³¹, en virtud de los artículos 6º y 7º de la CPR y, además, que toda contravención o infracción a esta regla generará las sanciones y responsabilidades establecidas por la ley, no pareciera ser posible sostener que la Carta Fundamental establece una causal de justificación a la posible responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado por los daños cometidos con tal declaración.

Consideremos ahora el texto de la norma constitucional: dispone el inciso primero del artículo 45 que, “[l]os tribunales de justicia no podrán calificar los fundamentos ni las circunstancias de hecho invocados por la autoridad para decretar los estados de excepción, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 39. No obstante, respecto de las medidas particulares que afecten derechos constitucionales, siempre existirá la garantía de recurrir ante las autoridades judicia-

²⁹ Considerando 17º de la Sentencia del Tribunal Constitucional, Requerimiento formulado por Nicanor Allende Urrutia y otros, en virtud del Art. 82 N° 7 de la Constitución para que se declare la inconstitucionalidad de la Organizaciones denominadas “Movimiento Democrático Popular (MDP)”, del Partido Comunista de Chile, del Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR), y del Partido Socialista de Chile (1985).

³⁰ Considerando 19º de la sentencia del Tribunal Constitucional, Control preventivo de constitucionalidad respecto de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Calificador de Elecciones (1985).

³¹ Recuérdese que Soto Kloss define el principio de juridicidad como la “(...) sujeción integral a Derecho de los órganos del Estado tanto en su ser como en su obrar”. SOTO KLOSS (1996) p. 24.

les a través de los recursos que corresponda”. Nos parece que el texto habla por sí solo: los tribunales no pueden conocer únicamente acerca de los fundamentos y circunstancias de hecho invocados por la autoridad para tal declaración, pero el mismo precepto constitucional le entrega a la judicatura el conocimiento de los daños que puedan ocurrir a la propiedad con motivo de las medidas decretadas y, por cierto, de su oportunidad. Todavía más. Es el mismo artículo, ahora en su inciso segundo, que establece las bases para una clase particular de responsabilidad patrimonial: las derivadas de las requisiciones que se practiquen y de las limitaciones que se impongan al dominio.

Pero, no obstante lo anterior, consideramos que la Corte Suprema comete otra equivocación a propósito de este aspecto. El verdadero error o equivocación del máximo tribunal estaría en el énfasis o la forma de abordar el conocimiento del asunto: no se cuestiona, en el Caso Saqueos, la legalidad del decreto que declara el estado de excepción constitucional, sino los efectos que produce el no adoptar medidas que, en forma suficiente, le permitieran adecuadamente dar cumplimiento a sus funciones constitucionales, esto es, la conservación del orden público. Así, el error de la Corte Suprema radica no en inhibirse en efectuar un reproche al mérito del actuar presidencial, sino en evitar centrar la controversia en los afectados (víctimas de la privación de lo suyo) como consecuencia de un actuar deficiente de la Administración. El problema, en definitiva, no debía centrarse en si procedía o no ordenar la inmediata intervención de las Fuerzas Armadas bajo uno u otro estatuto normativo, sino que, como consecuencia de no adoptar medidas adecuadas, se afectó a los derechos de particulares. Más aún, si de acuerdo a la interpretación vinculante de la Contraloría General de la República, “[p]ara casos de sismos o catástrofes que provoquen daños de consideración a las personas o bienes, pero cuya gravedad, a juicio del Presidente de la República, no conlleve la declaración del respectivo estado de excepción constitucional, admite la intervención de las Fuerzas Armadas en actividades de colaboración con otros organismos de la Administración del Estado para resolver los problemas que se susciten en las zonas afectadas”³².

³² Dictamen N° 42.882 de 2008.

4.3. ¿Ha sido responsable la Administración del Estado en circunstancias extraordinarias?

Si bien con diferentes enfoques o aproximaciones, ambas decisiones discurren sobre una misma e idéntica interrogante: ¿Debe la Administración del Estado responder por daños causados por sus dependientes en circunstancias extraordinarias o de emergencia? Difícil pregunta. Pensamos, con todo, que debe responderse afirmativamente.

Ahora bien, además de lo ya señalado anteriormente y para corroborar concretamente lo respondido a tal interrogante, creemos que resulta sumamente útil efectuar una breve revisión acerca de cómo se ha comportado la judicatura a lo largo de los años frente a acciones de responsabilidad patrimonial del Estado-Administrador, cuando el daño que se imputa ha sido cometido en circunstancias excepcionales o de extrema anormalidad. En tal sentido, a lo largo de la historia, pueden encontrarse diversos pronunciamientos jurisdiccionales en que se acoge la responsabilidad patrimonial del Estado por daños causados aún en circunstancias de grave anomalía o excepcionalidad, pudiendo señalarse, a modo ilustrativo, los siguientes:

4.3.1. Epidemia de Cólera en San Felipe (1887)

Don Benjamín Abalos demandó la responsabilidad del Fisco fundado en que, durante los meses de enero y febrero de 1887, por decreto de la Intendencia de Aconcagua se ordenó a las fuerzas militares y a funcionarios administrativos destruir los sandiales de su propiedad, como consecuencia de la grave epidemia de cólera que afectaba el Departamento de San Felipe. Para combatir esta peste, la Intendencia ordenó la destrucción de toda la fruta de las localidades afectadas por comisionados especialmente designados al efecto. Frente a ello, la Corte Suprema confirma la sentencia en la que se resuelve que, “(...) si la destrucción de los sandiales cuyo pago reclaman los demandantes, fue una medida necesaria en beneficio de los habitantes de la República, el Fisco, como representante de toda la comunidad, es el directamente obligado a indemnizar el daño que hizo a ciertos particulares en beneficio de todos”³³.

³³ Considerando 3º de la sentencia la Corte Suprema *Abalos con Fisco de Chile* (1889).

4.3.2. *Guerra Civil de 1891*

Fueron múltiples los pronunciamientos efectuados por nuestra Corte Suprema sobre responsabilidad patrimonial de la Administración con motivo de la guerra civil iniciada el año 1891. Entre ellos, puede mencionarse *Marcos King y Compañía*, en la que se ordena indemnizar a la empresa por la construcción de galpones y pesebreras que fueron obligados a efectuar por orden del ejército balmacedista. Se resuelve en tal sentido “[q]ue aun cuando el Fisco no mandara a hacer los pesebres i galpones que se cobran ni se construyeran esas obras con destino a los intereses de la nación directamente, no es legal ni equitativo que el Estado se sirva de ellas, sin que una lei lo autorice declarándolos de utilidad pública i sin que se pague su valor”³⁴. Asimismo, en *Amora*³⁵, la Corte Suprema acoge la responsabilidad del Estado-Administrador ordenando la indemnización de los rifles y municiones que el afectado debió entregar a una comisión de la Comandancia de Armas, en cumplimiento de un decreto dictado por el gobierno de Balmaceda. En igual sentido, en *Zegers Recasens*³⁶, se ordena indemnizar a don Fernando Zegers por la ocupación militar de su fundo con el cometido de servir de punto de reunión de las tropas constitucionales. En *Portales y otros*³⁷, por su parte, se ordena al Fisco a indemnizar –bajo la forma de restitución– por la requisición de caballos ordenado por decreto del gobernador de Lontué y que fueron entregados a la Comandancia de Armas. Puede, finalmente, mencionarse como otros ejemplos, también, a *Chinchilla Hermanos con Municipalidad de Iquique* (1894), *Amarayo, Frank y Compañía* (1895), *Perramon* (1897), entre otros³⁸.

4.3.3. *Huelga General de Valparaíso (1903)*

En el contexto de la huelga general de Valparaíso de 1903, con fecha 12 de mayo, tuvo lugar un acto de protesta en toda la ciudad

³⁴ Considerando 2º de la sentencia de la Corte Suprema, *Marcos King y Compañía con Fisco de Chile* (1892).

³⁵ Sentencia de la Corte Suprema, *Amora con Fisco de Chile* (1894).

³⁶ Sentencia de la Corte Suprema, *Zegers Recasens con Fisco de Chile* (1897).

³⁷ Sentencia de la Corte Suprema, *Portales y otros con Fisco de Chile* (1907).

³⁸ Todos ellos se encuentran brevemente reseñados en la interesante investigación de Soto Kloss sobre responsabilidad patrimonial del Estado en la guerra civil de 1891, titulada ‘1891, Chile bajo dos gobiernos y dos administraciones’. En SOTO KLOSS (2012) pp. 819-827.

y, en forma particularmente grave, en su puerto. Existía en dicho puerto una gran partida de cervezas pertenecientes a la Sociedad Fuchs y Plath, la que fue arrojada en su totalidad al mar por orden de la autoridad, ante el temor que la turba se adueñara de ella, como ya había ocurrido con otra partida perteneciente a la Compañía de Cervecerías Unidas. Frente al reclamo de los afectados, la Corte de Apelaciones de Santiago, junto con declarar la responsabilidad patrimonial del fisco, sentenció que “(...) el deber de la autoridad de mantener ante todo el orden público no la faculta para adoptar el primer medio que se le presente ni la exime de la obligación de recurrir, entre varios, a los que menos daños ocasionen al derecho de los particulares”³⁹.

4.3.4. Quiebre Institucional de Septiembre de 1973

Más recientemente, con motivo de crímenes cometidos por dependientes de la Administración del Estado, a pocos meses de ocurrido el quiebre institucional de septiembre de 1973, el máximo tribunal resolvió que “(...) tratándose de delitos cometidos por agentes del Estado en ejercicio de sus función pública, en que estos, durante un período de extrema anormalidad institucional, representaban al gobierno de la época, y en que –al menos en el caso de autos– claramente se abusó de aquella potestad y representación, produciendo agravios de tanta relevancia como los que aquí se estudian, el Estado de Chile no puede eludir su responsabilidad legal de reparar dicha deuda de jure, no siendo suficiente ni completa su esmerada actuación durante la persecución penal”⁴⁰.

Como puede apreciarse, pareciera haber sido una constante en la jurisprudencia pasada de la Corte Suprema en cuanto a que, no resulta admisible excusar a la Administración del Estado en circunstancias de anomalía o excepcionalidad, a efectos de fundar su irresponsabilidad patrimonial frente a daños cometidos contra cualquier persona. Llevado ello al día de hoy, podríamos concluir que, como señala la Corte de Apelaciones de Concepción, “(...) la falta

³⁹ Considerando 4º de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, *Sociedad Fuchs y Plath con Fisco de Chile* (1908).

⁴⁰ Considerando 23º de la sentencia de la Corte Suprema, *Peralta Maria Inés con Contreras, Juan Manuel y otros* (2010).

de recursos o la situación particular del Servicio demandado no lo habilita para descargarse de la responsabilidad propia ni lo exime de su obligación de indemnizar a la demandante por los daños sufridos”⁴¹. Sin embargo, frente a lo que podría considerarse una destacable tradición jurisprudencial, las recientes decisiones de la Corte Suprema parecieran llamarnos a guardar cautela.

Revisemos el porqué: en los últimos años, cada vez con mayor frecuencia, se ha recurrido a un criterio de normalidad, a efectos de evaluar las circunstancias que rodean el obrar administrativo, con la finalidad de determinar la responsabilidad fiscal. Se busca, así, circunscribir la responsabilidad patrimonial de la autoridad dentro de un contexto determinado y considerar los medios materiales que disponía para el cumplimiento de la función que le es propia. En tal sentido, la Corte Suprema ha dicho que “(...) para establecer la falta de servicio debe considerársela actuación de la administración en relación a los medios de que dispone para ello. Se trata pues de un deber de actuación en concreto, tomando en consideración las particularidades de cada organismo administrativo”⁴². En términos similares, se ha resuelto 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”⁴³.

Esta aproximación al concepto de falta de servicio, aparentemente inocente, se traduce no obstante en una fuente inagotable de irresponsabilidad fiscal. Tal conclusión es de toda lógica, si se considera que, para acreditar la falta de servicio, es imperativo “(...) realizar un juicio de carácter comparativo-objetivo entre la actuación del servicio público y un estándar normativo relativo a cómo este debió haber actuado”⁴⁴. También, en esta línea “[p]ara el establecimiento de la falta de servicio, la jurisprudencia en forma concurrente ha procedido a efectuar una comparación entre la gestión efectiva del

⁴¹ Considerando 8º de sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, *Campillo Mañán con Servicio de Salud de Concepción* (2003).

⁴² Considerando 9º de la sentencia de la Corte Suprema, *Inmobiliaria Hacienda Lleo S.A. y otros con Fisco de Chile* (2010).

⁴³ Considerando 12º de la sentencia de la Corte Suprema, *Seguel Cares con Fisco de Chile* (2009).

⁴⁴ Considerando 11º de la sentencia de la Corte Suprema, *Sociedad Inmobiliaria Inversiones R & T Limitada con Municipalidad de Santa Cruz* (2013).

servicio y un estándar legal o razonable de cumplimiento de la función pública”⁴⁵.

¿Debemos ahora entender que si no existen las condiciones materiales que posibiliten la actuación administrativa, o si se está frente a circunstancias de excepción, no debe entonces responder patrimonialmente la Administración del Estado, no obstante la falta o incumplimiento de que se trate? Así pareciera ser. Ello porque, como precisa Barros, de seguirse esta posición, “(...) la responsabilidad por falta de servicio no es estricta u objetiva en un sentido propio, porque no basta con acreditar que el daño fue causado por la acción u omisión del demandado (en este caso de la administración), sino supone un juicio de valor acerca del nivel y calidad del servicio que era exigible del municipio o del órgano de la administración”⁴⁶. ¿Quién es, en la práctica, quien realiza este juicio de valor? Justamente la judicatura, sin mayor control y pareciera ser que a veces, en forma contradictoria, como al menos hemos podido apreciar en las decisiones comentadas.

Señalemos, para retratar lo denunciado, tan solo un ejemplo: siguiendo un razonamiento muy similar al del *Caso Saqueos* y frente a hechos que guardan cierta similitud, en *Inmobiliaria Hacienda Lleu Lleu S.A. y otros*, la Corte Suprema negó la responsabilidad del Estado por la situación de desamparo en que se encontraban en aquel entonces quienes sufrían de los actos delictivos en la zona del mal llamado ‘conflicto mapuche’. Ello, a propósito del ataque al Fundo Lleu Lleu por una turba que destruyó e incendió gran parte de lo que en este se encontraba, sin que la fuerza policial lo impidiera, aun a pesar que a las afueras del predio había tres vehículos de Carabineros, y no obstante haber requerido en reiteradas oportunidades a la autoridad administrativa, y aún a los tribunales, el auxilio de la fuerza pública. No sería procedente en este caso la responsabilidad del Estado, toda vez que este “(...) adoptó todas las medidas de seguridad que le resultaron posibles de acuerdo a sus recursos en relación a los hechos delictuales que afectaron a la parte demandante”⁴⁷.

⁴⁵ Considerando 9º de la sentencia de la Corte Suprema *Fodich Castillo y otros con Fisco de Chile* (2012).

⁴⁶ BARROS (2007) p. 485-486.

⁴⁷ Considerando 10º de la sentencia de la Corte Suprema, *Inmobiliaria Hacienda Lleu Lleu S.A. y otros con Fisco de Chile* (2010).

Existen, también, decisiones de la Corte Suprema, que aun no habiendo sido pronunciadas a propósito de circunstancias extremas, sí parecieran reconocer la irresponsabilidad fiscal por el obrar administrativo en tal contexto. Así, se ha resuelto que la falta de servicio “(...) queda en evidencia no solo por el hecho de que el equipo técnico se encontraba inutilizable, cuestión que era totalmente previsible, sino también falló en su obligación de satisfacer las necesidades públicas que el legislador le ha encomendado atender, (...) justificándose en que atendían otras urgencias pero no amparado en un estado de catástrofe u otra situación de excepcionalidad similar”⁴⁸.

No debe entonces extrañarnos que, siguiendo esta posición, hay quienes incluso consideran irresponsable patrimonialmente a la Administración del Estado en sus actuaciones frente a circunstancias excepcionales o de catástrofe, especialmente tratándose de catástrofes naturales⁴⁹.

Por todo lo anteriormente expuesto, es que resultan de tal importancia las sentencias objeto del presente comentario: la primera de ellas, el *Caso Tsunami*, sembró la esperanza que esta cuestionable posición jurisprudencial no era admisible en circunstancias extraordinarias, aun frente a catástrofes naturales, como la acontecida en la madrugada del 27 de febrero de 2010. Esperanza, con todo, breve y fugaz. Bastaría menos de una semana para comprender –con la sentencia del *Caso Saqueos*– que aquella decisión se trató simplemente de un hecho aislado, seguramente influenciado por el Ministro Muñoz. No debiera ello sorprendernos, y es que, tal proceder, aunque reciente, responde a una posición jurisprudencial cada vez más arraigada en la tercera sala de la Corte Suprema.

5. CONCLUSIONES

Se trata de un tema controvertido. ¡Qué duda cabe! Pueden existir muchas y muy diversas aproximaciones a la responsabilidad del Estado-Administrador, unas más y otras menos fundadas. Sin embargo, no puede concebirse que a través de dotar de contenido a la ambigua noción de falta de servicio, se permita impunemente a

⁴⁸ Considerando 19º de la Corte Suprema, *Ponce Carrasco y otros con Servicio de Salud Metropolitano Oriente* (2012).

⁴⁹ Así, por ejemplo, LETELIER (2012).

la Administración del Estado lesionar los derechos de las personas, cualquiera sea la circunstancia en que ello ocurra. En tal sentido, pretender que la primera autoridad de la República no deba emplear todos los medios de que legalmente dispone para la conservación del orden público y, todavía más, defender una supuesta irresponsabilidad patrimonial de la Administración del Estado frente a un incumplimiento de tan esencial deber, significa desconocer toda nuestra historia jurídica, desde sus más precoces comienzos⁵⁰.

Así, no podemos sino terminar esta breve reseña contrariados frente al proceder de nuestra Excelentísima Corte Suprema: celebramos, primeramente, el *Caso Tsunami*, por su defensa de los derechos de las personas frente a un trágico error de la autoridad regional; pero, en seguida, cuestionamos seriamente las consideraciones realizadas por la misma sala del máximo tribunal en el *Caso Saqueos*. En suma, lo que parecía haber sido un ‘bienvenido’ terremoto a la jurisprudencia del máximo tribunal sobre responsabilidad del Estado, terminó siendo, a fin de cuentas, un simple y pasajero temblor, a los que tan acostumbrados estamos en nuestro país.

6. BIBLIOGRAFÍA

Libros y artículos

- BARROS BOURIE, Enrique (2007): *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Editorial Jurídica de Chile).
- LETELIER WARTENBERG, Raúl (2012): “Falta de Servicio en situaciones de catástrofes naturales”; en *La Falta de Servicio* (Editorial Abeledo Perrot).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2003): *Responsabilidad Extracontractual* (Editorial Jurídica de Chile).
- SILVA CIMMA, Enrique (1995): *Derecho Administrativo Chile y Comparado. El Servicio Público* (Editorial Jurídica de Chile).

⁵⁰ Tan es así, que según consta en las respectivas actas del Cabildo de Santiago, nuestro primer Gobernador, don Pedro de Valdivia, al juramentar su oficio, utilizó la siguiente fórmula: “(...) que guardará los mandamientos reales y *nos mantendrá en paz* y en justicia en nombre de Su Majestad” (lo destacado en cursiva es nuestro). MEDINA (1910) pp. 178-182.

- SOTO KLOSS, Eduardo (2000): “Comentario a la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de fecha 11 de abril de 2000, caratulado Medina Cartes con Alcalde de la Municipalidad de Hualqui y otros”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, N° 2, mayo: pp. 153-154.
- SOTO KLOSS, Eduardo (1996): *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales Tomo II* (Editorial Jurídica de Chile).
- SOTO KLOSS, Eduardo (2012): *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (Editorial Abeledo Perrot - Thomson Reuters, Tercera Edición).
- MEDINA ZAVALA, José Toribio (1910): *Colección de Historiadores de Chile y Documentos relativos a la Historia Nacional Tomo XXXIX. Actas del Cabildo de Santiago, Tomo XIX* (Imprenta Cervantes).

Legislación citada

Constitución Política de la República de 1980.

Código Civil.

Ley N° 16.282, que fija disposiciones para casos de sismos o catástrofes, establece normas para la reconstrucción de la zona afectada por el sismo de 28 de marzo de 1965 y modifica la Ley N° 16.250. *Diario Oficial*, 28 de julio de 1965.

Decreto con Fuerza de Ley N° 1, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. *Diario Oficial*, 17 de noviembre de 2001.

Decreto Supremo N° 150 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que señala como Zona afectada por catástrofe derivada del sismo de gran magnitud a las Regiones de Valparaíso, Libertador Bernardo O'Higgins, El Maule, Del Biobío, Araucanía y Metropolitana. *Diario Oficial*, 2 de marzo de 2010.

Decreto Supremo N° 153 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que declara Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe por Calamidad Pública en la Región del Biobío. *Diario Oficial*, 2 de marzo de 2010.

Jurisprudencia judicial citada

Abalos con Fisco de Chile (1890); Corte Suprema, 10 de diciembre de 1890; en Gaceta de los Tribunales (1890), Tomo I, N° 3.001.

Amora con Fisco de Chile (1894); Corte Suprema, 18 de julio de 1894; en Gaceta de los Tribunales (1894), Tomo I, N° 3.969.

Arévalo Bascuñán Paula con Fisco de Chile (2003); Corte Suprema, 27 de agosto de 2003, rol N° 3.876-2001.

Campillo Mañán, Marianela con Servicio de Salud de Concepción (2004); Corte Suprema, 28 de julio de 2004, rol N° 5.264-2003.

Campos Herrera, Rebeca Patricia con Fisco de Chile (2012); Tercer Juzgado de Letras de Concepción, 31 de octubre de 2012, rol N° 8.129-2010.

Campos Herrera, Rebeca Patricia con Fisco de Chile (2013); Corte de Apelaciones de Concepción, 17 de mayo de 2013, rol N° 1.727-2012.

Campos Herrera, Rebeca Patricia con Fisco de Chile (2013); Corte Suprema, 24 de diciembre de 2013, rol N° 4.029-2013.

Control Preventivo de Constitucionalidad respecto de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Calificador de Elecciones; Tribunal Constitucional, 24 de septiembre de 1985, rol N° 33.

Epul Loncoñanco, Juan y otros con Fisco de Chile (2005); Corte Suprema, 27 de abril de 2005, rol N° 4.569-2004.

Inmobiliaria Hacienda Lleu Lleu S.A. y otros con Fisco de Chile (2010); Corte Suprema, 19 de enero de 2010, rol N° 3.172-2008.

Marcos King y Compañía con Fisco de Chile (1892); Corte Suprema, 2 de diciembre de 1892; en Gaceta de los Tribunales (1892), Tomo II, N° 2.641.

Valenzuela Flores, María del Carmen y otros con Fisco de Chile (2012); Tercer Juzgado de Letras de Concepción, 13 de junio de 2012, rol N°5.269-2010

Valenzuela Flores, María del Carmen y otros con Fisco de Chile (2013); Corte de Apelaciones de Concepción, 18 de enero de 2013, rol N° 1.269-2012.

Valenzuela Flores, María del Carmen y otros con Fisco de Chile (2013); Corte Suprema, 18 de diciembre de 2013; rol N° 1.629-2013.

Medina Cartes con Alcalde de la Municipalidad de Hualqui y otros (2000); Corte de Apelaciones de Concepción, 11 de abril de 2000, rol N° 16-2000.

Meza Figueroa, Marco Antonio con Fisco de Chile (2004); Corte Suprema, 17 de julio de 2004, rol N° 4.558-2003.

Peralta, María Inés con Contreras, Juan Manuel y otros (2010); Corte Suprema, 20 de diciembre de 2010, rol N° 1.198-2010.

Ponce Carrasco y otros con Servicio de Salud Metropolitano Oriente (2012); Corte Suprema, 10 de mayo de 2012, rol N° 9.145-2009.

Portales y otros con Fisco de Chile (1907); Corte Suprema, 3 de enero de 1907; en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (1906), N° 6, pp. 74-81.

Requerimiento formulado por Nicanor Allende Urrutia y otros, en virtud del Art. 82 N° 7 de la Constitución para que se declare la inconstitucionalidad de la Organizaciones denominadas “Movimiento Democrático Popular (MDP)”, del Partido Comunista de Chile, del Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR), y del Partido Socialista de Chile; Tribunal Constitucional, 31 de enero de 1985, rol N° 21.

Requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad, respecto del Decreto Supremo N° 1 del Ministerio de Bienes Nacionales de 10 de enero de 1996; Tribunal Constitucional, 2 de Diciembre de 1996, rol N° 245.

Romero Tocornal, Juan José con Dirección de Obras Municipales del Municipio de Vitacura (2006); Corte Suprema, 16 de mayo de 2006, rol 3.604-2005.

Seguel Cares, Pablo Andrés con Fisco de Chile (2009); Corte Suprema, 30 de julio de 2009, rol N° 371-2008.

Sociedad Fuchs y Plath con Fisco de Chile (1908); Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de enero de 1908.

Sociedad Inmobiliaria Inversiones R & T Limitada con Municipalidad de Santa Cruz (2013); Corte Suprema, 2 de enero de 2013, rol N° 7.086-2010.

Tirado Zilleruelo con Municipalidad de La Reina (1981); Corte Suprema, 24 de marzo de 1981.

Zambrano García con Fisco de Chile (2000); Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de octubre de 2000, rol N° 32.988-1998.

Zegers Recasens con Fisco de Chile (1897); Corte Suprema, 26 de julio de 1897; en Gaceta de los Tribunales (1897) Tomo II, N° 4.803.