

## CONSULTA ESTADOS DE RECURSOS DETALLE RESOLUCION

Recurso 3876/2001 - Resolución: 14546 - Secretaría: UNICA

PAGE 18 Santiago, veintisiete de agosto del año dos mil tres. Vistos: En estos autos rol N°3876-01, el Fisco de Chile dedujo recursos de casación en la forma y en el fondo contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta que rechazó un recurso de casación en la forma deducido contra el fallo de primer grado, del Cuarto Juzgado de Letras de la misma ciudad, y confirmó la misma sentencia, que acogió parcialmente la demanda civil presentada, ordenando pagar a la actora doña Paula Andrea Arévalo Bascuñán la suma de doscientos cincuenta millones de pesos (\$250.000.000), con reajustes e intereses moratorios, a título de indemnización por el daño moral sufrido a consecuencias de las graves lesiones inferidas a ella el día 24 de abril de 1999 en la ciudad de Melipilla, cuando caminaba por la vía pública y fue impactada por una bala disparada por un funcionario de Gendarmería de Chile que intentaba impedir la fuga de un recluso. Se trajeron los autos en relación. Vista la causa, como medida para mejor resolver se llamó, a fs.549, a comparendo de conciliación, el que se realizó a fs.552, postergándose la audiencia pertinente, que se realizó a fs.553 el día 29 de mayo último. Habiendo fracasado la diligencia, se ordenó que rigiera el estado de acuerdo a fs.555. Considerando: A) En cuanto al recurso de casación en la forma: 1º) Que la casación formal se fundamenta en la causal del artículo 768 N°5 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el N°4 del artículo 170 del mismo texto legal, acusando el recurso a la sentencia de no contener consideraciones de hecho y de derecho por las que se da por acreditada la existencia de daño moral, cuya reparación motiva la decisión contenida en la misma. Afirma que el fundamento de la regulación del daño moral que se ha hecho en la sentencia de primer grado, el que comparte la impugnada, descansa en las lesiones experimentadas por la actora a raíz de los hechos en que se funda la demanda, y en la aflicción o el dolor de carácter íntimo que ella ha sufrido en tales circunstancias, señalando que basta que sea la actora quien invoque el daño moral y los motivos en que lo funda, para que no queden dudas en cuanto a que tal aflicción la sufre y cuál es su magnitud, y la decisión del tribunal es una presunción judicial consistente en que la demandante experimentó y experimenta una lesión que recae sobre diversos intereses extra patrimoniales constituidos por sentimientos, emociones y afectos, siendo éste el fundamento único de la regulación en doscientos cincuenta millones de pesos del daño moral que a juicio del tribunal, experimentó la demandante. Agrega que detrás de dicha apreciación del daño moral subjetivo no existe ningún antecedente objetivo que respalde tal decisión, resultando la sentencia contraria a derecho, al no contener ella las consideraciones de hecho y de derecho por las cuales se da por acreditado el daño moral experimentado por la actora y sus consecuencias, pues conforme a la ley no basta la afirmación judicial en el sentido de que el rubro daño moral no requiere de prueba, ya que todo daño debe probarse, afirma, agregando que se ha transgredido el onus probandi que obliga a quien demanda indemnización a probar el agravio, la certeza y realidad del mismo, su entidad y magnitud y las consecuencias que de él han derivado. Consigna que el perjuicio para su parte consiste en que, de haberse contenido en la sentencia impugnada las consideraciones de hecho o de derecho que le sirven de fundamento, se habría acogido la casación interpuesta e invalidado la sentencia de primera instancia; 2º) Que el artículo 768 del Código de Procedimiento Civil dispone que El recurso de casación en la forma ha de fundarse pre cisamente en alguna de las causas siguientes...5En haber sido la sentencia- pronunciada con omisión de cualquiera de los requisitos enumerados en el artículo 170; Por su parte el número 4 de este último artículo establece que las sentencias como la de autos deben contener Las consideraciones de hecho o de derecho que sirven de fundamento a la sentencia; 3º) Que, en la especie, no es la falta de fundamento lo que se echa de menos por el recurrente, sino que sea el único motivo, el que contiene la sentencia de primer grado, confirmada por la de segundo, según señala. Ello no configura la causal alegada, puesto que los hechos en que se la funda se refieren no a la forma de la sentencia, sino que miran al fondo de la cuestión, esto es, si efectivamente la actora sufrió o no perjuicio o daño moral y de qué entidad o monto. Lo anterior no

constituye la causal que se ha hecho valer, pues el propio recurso consigna que el fallo contiene fundamentos causal invocada-, pero la acusación que formula es simplemente que ellos son insuficientes, es decir, los encuentra incompletos además de no compartirlos. Sin embargo, basta con lo dicho por los sentenciadores, en concepto de esta Corte, para cumplir cabalmente con el requisito de que se trata, teniéndose además en cuenta que efectivamente, el daño moral, desde que afecta el fuero íntimo de una persona, generalmente no puede ser objeto de prueba y su regulación debe necesariamente ser justipreciada, esto es, tasada por los jueces del fondo, tomándose en cuenta desde luego, los datos objetivos que entregue la causa, como en el presente caso, la circunstancia de haber sufrido lesiones la actora; 4º) Que, por lo expuesto, corresponde desestimar el recurso de casación en la forma; B) En cuanto al recurso de casación en el fondo: 5º) Que la casación de fondo denuncia que el fallo de primera instancia, que hizo suyo el de segunda, se sustentó en el análisis que hizo de los artículos 6, 7 y 38 de la Constitución Política de la República y en el 4º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, N°18.575, lo que le permitió afirmar que tanto la Constitución como la ley han señalado que al Estado la asiste responsabilidad por los actos de los funcionarios. Se tuvo por acreditado el daño y el nexa causal. A partir de lo anterior, expresa, se ha otorgado al señalado artículo 38 de la Carta Fundamental un mérito y alcance que no tiene, al entender que la acción que concede el inciso 2º de dicho precepto, es constitucional de reparación, cuyo origen deviene de lo que en doctrina se ha denominado falta de servicio. Esta no requeriría acreditar la conducta dolosa o culposa de los agentes del Estado, sino que para obtener el resultado deseado con la acción de reparación patrimonial bastaría probar un acto u omisión de un agente del Estado, la existencia del daño o perjuicio y la relación de causalidad entre el acto u omisión y el daño o perjuicio experimentado por el administrado; 6º) Que el Fisco de Chile señala que, contrariamente a lo resuelto, la falta de servicio no es una figura en la que se considere esta responsabilidad objetiva del Estado, esto es, que por darse las tres condiciones antes referidas se encuentre el Estado en la obligación de indemnizar los perjuicios causados. La falta de servicio no es una causal de responsabilidad objetiva ya que no corresponde a lo que en Derecho Civil se conoce como tal, y que es aquella en que basta, para comprometerla, que exista el vínculo o relación de causalidad entre el hecho y el daño producido. Agrega que en Derecho Civil el elemento de dolo o culpa es esencial en la responsabilidad subjetiva y por ello el concepto de responsabilidad objetiva está dado principalmente por la ausencia del requisito de haber obrado con culpa o dolo; sin embargo, añade, la objetivización de la responsabilidad se produce no por la falta de necesidad de culpa o dolo sino que, positivamente, por ser suficiente para comprometer la existencia de relación de causalidad entre el hecho y el daño. En la falta de servicio no basta con la relación de causalidad, ya que es necesaria la existencia real de la falta de servicio y el concepto adecuado es considerar la responsabilidad por falta de servicio como dentro de la responsabilidad subjetiva, en otras palabras, la falta de servicio es considerada como la culpa del servicio. La doctrina forjada por el Derecho Administrativo Francés considera que la falta de servicio se debe a la producción de tres hipótesis: falta de funcionamiento, funcionamiento tardío o deficiente funcionamiento del servicio público. De allí, entonces, que la responsabilidad que la actora indica como objetiva es subjetiva, ya que requiere probar el mal funcionamiento del servicio, su funcionamiento tardío o su no funcionamiento, lo que descarta la idea de responsabilidad objetiva ya que no resulta suficiente que exista vínculo de causalidad entre el hecho y el daño producido, sino que es necesario acreditar que el daño se ha producido debido al funcionamiento nulo, malo o tardío del servicio; 7º) Que el recurrente agrega que la responsabilidad por falta de servicio, tratada en el artículo 44 de la Ley N°18.575, no es una responsabilidad objetiva, pues está referida a la culpabilidad del servicio, culpa que será necesario probar ya que es un elemento que el legislador tuvo en cuenta al establecer la norma, y tampoco el artículo 4º de la misma ley lo hace, lo que surge, además, de la historia de la ley. Expresa que contribuye a crear la confusión la redacción poco clara del inciso 2º del artículo 38 de la Carta Fundamental, que originalmente tenía por objeto establecer la acción contencioso administrativa, pero que luego de la Ley de Reforma

Constitucional N°18.825, pareciera estar refiriéndose a la responsabilidad extracontractual del Estado, lo que no es así. Concluye que no hay norma especial que se refiera a la responsabilidad del Estado, y en la especie, al confirmarse el fallo se ha estimado que la responsabilidad del Estado por los hechos materia de la demanda deviene de una supuesta falta de servicio, lo que no se encuentra acreditado en autos. En materia civil la prueba debe ser rendida, analizada y ponderada conforme a normas de derecho estricto, pues ésta es reglada, y aquí no existe ninguna rendida por la demandante que permita establecer, en perjuicio del Estado, la existencia de la falta de servicio señalada; 8°) Que en la especie, agrega el recurso, la acción se fundó en que existía falta de servicio desde que habría habido negligente actuación de la Administración porque ésta no habría tomado las precauciones necesarias para el desarrollo de la actividad propia de Gendarmería de Chile. Sin embargo, dicha actividad es velar por el cumplimiento de las sentencias y resoluciones dictadas por los tribunales, que importan privación de libertad para las personas y, especialmente, custodiar la permanencia interna de los reclusos en los centros de detención. Así, al impedirse la fuga de un interno, el Servicio cumplió con la misión que le asigna la ley, no puede reprochársele por ello. No hay falta de servicio, sino todo lo contrario, ya que Gendarmería desempeñó eficazmente la labor que el ordenamiento jurídico le impone y que es el mismo que autoriza a su personal a hacer uso de su arma de fuego. Además, está probado que el procedimiento usado por el personal de Gendarmería se ajustó al procedimiento que debe adoptarse en caso de evasión de un recluso, y la falta de servicio no es el elemento decisorio litis en la causa sino todo lo contrario, lo que existió fue un funcionamiento del Servicio de la manera como le estaba legalmente ordenado; 9°) Que, a continuación, el recurso señala que el razonamiento que hizo suyo la Corte, contenido en el fallo de primera instancia, es contrario a derecho; los fundamentos constitucionales y legales demostrativos de la responsabilidad del Fisco no son tales, y el marco jurídico que ha permitido confirmar el fallo de primer grado y condenarlo resulta inaplicable a los hechos que la originaron. Aun de estimarse que el artículo 4 de la Ley N°18.575 confiere el derecho a indemnización de los particulares por actos del Estado, su alcance es restrictivo pues conforme a ella hay dos requisitos de procedencia de la responsabilidad estatal: que el daño sea causado por una entidad que tenga la calidad de órgano de la Administración y que ese mismo daño lo haya causado el órgano en el ejercicio de sus funciones. Las lesiones que experimentó la actora no las ha causado ninguna entidad que pueda calificarse como órgano del Estado en la forma como exige el artículo 44 de la Ley referida, como son los servicios públicos. La ley habla de los órganos de la administración y no de la funcionarios, servidores, empleados de la administración, quedando establecida la diferencia entre ambos conceptos ya que la responsabilidad de los primeros es sin perjuicio de las que pudieron afectar a los últimos, siendo claro que no podía declararse la responsabilidad del Estado por un hecho atribuible a un miembro de Gendarmería de Chile basado en las normas legales y constitucionales referidas. Resume, diciendo que el error de derecho consistió en hacer aplicables los artículos 6, 7 y 38 de la Carta Fundamental, y 4 y 44 de la Ley N°18.575. Tales son las normas dadas por vulneradas y se concluye que si se hubiera cumplido con las reglas de interpretación contenidas en los artículos 19, 20, 22 y 23 del Código Civil, dándose el correcto sentido y alcance a los artículos anteriormente mencionados, se habría concluido que no resultan aplicables y se habría rechazado la demanda. Los errores de derecho significaron la infracción de las normas referidas, que influyeron decisivamente en el fallo, acogiéndose la demanda en vez de rechazarla y condenándose al pago de la suma ya dicha; 10°) Que la sentencia de primera instancia, confirmada por la de segunda, dio por establecido que el día 24 de abril del 1999, mientras el funcionario Alberto Méndez, que realizaba labores de vigilancia en una de las garitas que sirven de puntos de custodia de la muralla exterior del recinto penitenciario de la ciudad de Tocopilla, revisaba o bebía agua de un estanque, el interno Cristián Carmona escaló la muralla y saltó hacia la calle. El funcionario, al percatarse y no pudiendo llegar a la garita porque los reclusos le lanzaron piedras, hizo disparos de advertencia con una sub-ametralladora Uzi, calibre 9 milímetros. Luego, como el interno fugado no se detuvo, disparó en tres oportunidades a su cuerpo, hiriéndolo mortalmente, y uno de

los disparos impactó a la demandante, quien estaba en la calle. La actora resultó con lesiones que la dejarán minusválida de por vida. El fallo, luego de analizar los artículos 6, 7 y 38 de la Carta Fundamental, y 4° de la Ley N°18.575, concluye señalando que tanto la Constitución como la ley han establecido que al Estado le asiste responsabilidad por los actos de sus funcionarios, y afirma que esta responsabilidad tiene un carácter especialísimo frente al sistema general aceptado por la legislación y contenido principalmente en el Código Civil, que se sustenta en el aspecto subjetivo del agente; 11°) Que el fallo de primer grado agrega que el carácter especial que tiene la responsabilidad del Estado, resulta de la mera existencia de la normativa que la establece, y que éste respecto de los actos dañosos cometidos por sus agentes, es objetivamente imputable, esto es, tiene una responsabilidad objetiva por los mismos y se ha denominado así porque existe independientemente de toda subjetividad, o sea, de toda culpa. Afirma que la aplicación de la teoría del órgano a la responsabilidad extra contractual del poder público, prescinde de toda consideración subjetiva relacionada con la conducta del agente público, como requisito esencial que deba ser tenido en cuenta para hacer recaer en el Estado la obligación de indemnizar a la víctima. Para que la responsabilidad tenga lugar y para que nazca el derecho de la víctima a ser indemnizada, es suficiente que la actuación del agente esté relacionada con el servicio u órgano público y que haya un vínculo directo de causalidad entre la acción u omisión y el daño producido. Señala enseguida que se encuentra establecido el primer presupuesto de la responsabilidad del Estado, en la medida en que uno de sus agentes ejecutó un acto que provocó lesiones invalidantes a una persona, consignando luego que la responsabilidad del Estado en este caso es objetiva (fs.454) y señalando que aún si se acepta la tesis fiscal en cuanto a que a su respecto es aplicable íntegramente el sistema de responsabilidad extra contractual previsto en el Código Civil, se puede indicar que su deber de responder por los daños causado a la actora se asienta en la responsabilidad que le cabe por el hecho ajeno. Acto seguido señala que el funcionario de gendarmería que lesionó a la actora actuó de manera culpable, por lo que no sólo él es obligado a la reparación sino que también este deber se extiende al Estado pues el artículo 2320 del Código Civil impone responsabilidad no sólo por hecho propios, sino también por los hechos de los que están al cuidado de una persona, esto es, por los actos de sus dependientes. Estima que la autoridad debiera haber empleado un cuidado ordinario y que debió prever el riesgo de la causación de un daño, pero no lo hizo, permitiendo así la ocurrencia del acto ilícito causante del daño. Añade que sin perjuicio de encontrarse probada la culpa del agente estatal, si el Estado pretendía eximirse de lo actuado por su dependiente era de su cargo demostrar que éste obró con el debido cuidado. Además, afirma que el Estado debe reparar el daño causado a la actora no sólo por el hecho de su dependiente sin o también porque le cabe responsabilidad directa en éste, en base a que el Penal de Tocopilla tenía las deficiencias que analiza; 12°) Que, de esta manera, el fallo de primer grado, confirmado por el de segundo, sustenta la teoría de que cualquiera sea el sistema de responsabilidad por el que se opte, de todas maneras el Estado ha de responder por la actuación del funcionario de Gendarmería anteriormente señalado, que ocasionó severas lesiones a la demandante; 13°) Que lo expresado precedentemente no puede ser aceptado por este Tribunal de casación, puesto que la demanda presentada a fs.3 dejó delimitado claramente el campo de acción de los tribunales cuando basó su pretensión en la responsabilidad que se ha denominado por falta de servicio y que se fundó en que la demandante fue lesionada por un funcionario del Estado y que esa actuación tuvo su origen en falta de servicio, haciendo ver lo que indicó como deficiente funcionamiento de la Unidad Penal: ubicación riesgosa, falta de personal para la custodia de los reclusos y la circunstancia de haber estado terminada una nueva unidad penal, que no estaba en funcionamiento. Vinculó la responsabilidad indicada a los artículos 6, 7 y 38 de la Constitución Política de la República, 4 y 44 de la Ley N°18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; 14°) Que, no obstante, y al contrario de lo expuesto, en dichos fallos, en la especie se está frente a un caso claro de responsabilidad subjetiva, esto es, aquella que deviene de la existencia de dolo o culpa en el agente y que está normada en los

artículos 2314 y siguientes del Código Civil. En efecto, Gendarmería de Chile no está obligada a prestar servicio concreto alguno a la comunidad, como no sea en una forma totalmente indirecta, ya que su función primordial es la custodia de los reclusos que se encuentran a disposición de los tribunales de justicia, por lo que no se hallaba en situación de incurrir en este tipo de responsabilidad; 15°) Que la circunstancia de efectuarse disparos en la forma como quedó establecido que ocurrió, no puede sino constituir un acto que, de mediar culpa, sería cuasidelito civil, porque habría negligencia e imprudencia. En todo caso, una situación de esta naturaleza debería ser materia de la prueba que rindieren las partes, sin que ella pudiese derivarse del mero hecho de tratarse de un agente del Estado que ocasionó daño. Lo anterior queda ratificado con las copias de sentencias acompañadas por la propia parte recurrente en el escrito de fs.496 bis, y que se advierten a fs.497 y siguientes, del Juzgado del Crimen de Tocopilla, dictadas en la causa rol N°10.534, mediante la cual el Gendarme Alberto Benito Méndez Pizarro fue condenado, como autor del cuasidelito de lesiones graves a la actora del presente proceso, además del cuasidelito de homicidio en la persona de Cristián Antonio Carmona González; 16°) Que, dentro de este marco, la responsabilidad del Estado no es, en este caso, la que contempla el artículo 4° de la Ley N°18.575 invocado por la actora en su libelo de demanda, y al atribuir al Estado esta clase de responsabilidad, los jueces del fondo no han podido acoger la demanda, sin infringir el precepto señalado, desde que, descartado que haya falta de servicio por ausencia absoluta, deficiencia o tardanza no han podido derivar a la responsabilidad subjetiva, que fue el fundamento preciso de la acción deducida; 17°) Que, en resumen, habiendo sido invocada en la demanda, como única causa de pedir, la responsabilidad civil derivada de la falta de servicio, que se ha demostrado ser improcedente, resulta procesalmente imposible acoger las pretensiones indemnizatorias de la actora, por mucho que la responsabilidad pudiera ser en definitiva la extracontractual en el presente asunto normada en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil; 16°) Que, por todo lo expuesto, el recurso de casación debe ser acogido en este caso. De conformidad, asimismo, con lo que disponen los artículos 764, 765, 766, 767, 805 y 806 del Código de Procedimiento Civil, se declara: A) Que se rechaza el recurso de casación en la forma deducido en lo principal de la presentación de fs.481, contra la sentencia de siete de septiembre del año dos mil uno, escrita a fs.478, y B) Que se acoge el recurso de casación en el fondo deducido en el primer otrosí de la presentación indicada, contra la sentencia ya individualizada, la que por consiguiente es nula y se la reemplaza por la que se dicta a continuación. Regístrese. Redacción a cargo del Ministro Sr. Gálvez. Rol N°3876-2001. Pronunciado por la Tercera Sala, integrada por los Ministros Sr. Ricardo Gálvez, Sr. Humberto Espejo y Srta. María Antonia Morales; y los Abogados Integrantes Sres. José Fernández y René Abeliuk. No firman los Abogados Integrantes Sres. Fernández y Abeliuk, no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo por estar ausentes.