

Santiago, nueve de noviembre de dos mil doce.

Vistos:

Que en estos autos rol 791-2010, caratulados "Díaz Romero Paulina con Fisco de Chile", juicio ordinario de indemnización de perjuicios por falta de servicio, la parte demandante dedujo recurso de casación en el fondo contra la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso que confirmó la de primer grado que rechazó la demanda.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que al conocer este tribunal del presente asunto por la vía del recurso de casación interpuesto, encontrándose el proceso en estado de acuerdo, ha advertido de los antecedentes que la sentencia que se ha impugnado podría adolecer de un posible vicio de aquellos que dan lugar a la casación en la forma y respecto de los cuales el artículo 775 del Código de Procedimiento Civil autoriza para proceder de oficio.

Segundo: Que en estos autos se ha formulado acción ordinaria de indemnización de perjuicios en contra del Fisco de Chile por falta de servicio fundada en la muerte de los cónyuges y padres de los demandantes, ambos tenientes 1° de la Armada de Chile, don Juan Pablo Espinoza y don Gustavo Bahamondes, como consecuencia de haberse precipitado al mar el helicóptero en el que se desplazaban por un error de operación del comandante de la aeronave,

capitán Saldivia, al llevar a aquel aparato a una situación de peligro por haber incurrido en diversas infracciones de procedimiento, por las que fue sancionado en sede administrativa. Se argumentó, además, en la demanda que las condiciones meteorológicas no eran las adecuadas para realizar los ejercicios de caladas nocturnas y sin embargo, las maniobras no fueron suspendidas. Posteriormente, al replicar, haciéndose cargo de los argumentos de la demandada, el actor sostuvo que en este caso la Administración es responsable porque tenía los medios para prever y evitar el accidente y no lo hizo, en atención al hecho que el comandante de la guerra antisubmarina fue advertido de las adversas condiciones climáticas y sin embargo no dio orden de abortar los ejercicios. Además se alegó que hubo negligencia por parte de la Administración Naval por no haber prestado ayuda oportuna al helicóptero siniestrado, actitud que habría evitado la muerte de los oficiales, a lo que se agrega que uno de los oficiales fallecidos no tenía el curso de escape de cabina, habilitación necesaria para participar de las maniobras. Finalmente la parte demandante sostuvo que tampoco es posible descartar una falla mecánica del helicóptero que pudiese haber incidido como causa principal o concurrente del accidente.

Tercero: Que la sentencia de primer grado, confirmada sin modificaciones por la de segunda instancia, fundó su

rechazo en la inexistencia de falta de servicio por parte del Fisco de Chile luego de referirse a las alegaciones planteadas por la parte demandante al replicar, pero no se pronunció acerca de la falta de servicio en que habría incurrido la demandada por la actuación culposa del comandante de la aeronave en la que se fundó la demanda, limitándose a señalar al respecto que el hecho de haber sido éste sujeto de una sanción administrativa no obsta a la conclusión del tribunal porque en esa sede se persiguió una responsabilidad distinta. Es decir, la sentencia no contiene todas las consideraciones de hecho que le sirven de fundamento, desde que rechazó la acción intentada sin haber efectuado un análisis de la conducta desplegada por el capitán de la aeronave para desechar su responsabilidad en los hechos de autos y en consecuencia desestimar la falta de servicio invocada en la demanda, pese a que estableció que al momento de la caída del helicóptero al agua las condiciones climáticas no eran las adecuadas para realizar los ejercicios navales y que era al capitán de la aeronave al que le correspondía abortarlos.

Cuarto: Que el legislador se ha preocupado de establecer las formalidades a que deben sujetarse las sentencias definitivas de primera o única instancia y las de segunda que modifiquen o revoquen en su parte dispositiva las de otros tribunales, las que además de satisfacer los requisitos exigibles a toda resolución

judicial, conforme a lo prescrito en los artículos 61 y 169 del Código de Procedimiento Civil, deben contener las enunciaciones contempladas en el artículo 170 del mismo cuerpo normativo, entre las que figuran - en su numeral 4- las consideraciones de hecho o de derecho que sirven de fundamento a la sentencia.

Quinto: Que esta Corte, dando cumplimiento a lo dispuesto por la Ley N° 3.390 de 1918, en su artículo 5° transitorio, dictó con fecha 30 de septiembre de 1920 un Auto Acordado en que regula pormenorizada y minuciosamente los requisitos formales que, para las sentencias definitivas a que se ha hecho mención, dispone el precitado artículo 170 del Código de Procedimiento Civil. Refiriéndose al enunciado exigido en el N° 4 de este precepto, el Auto Acordado establece que las sentencias de que se trata deben expresar las consideraciones de hecho que les sirven de fundamento, estableciendo con precisión aquellos sobre que versa la cuestión que haya de fallarse, con distinción entre los que han sido aceptados o reconocidos por las partes y los que han sido objeto de discusión.

Agrega que si no hubiera discusión acerca de la procedencia legal de la prueba, deben esas sentencias determinar los hechos que se encuentran justificados con arreglo a la ley y los fundamentos que sirven para estimarlos comprobados, haciéndose, en caso necesario, la

apreciación correspondiente de la prueba de autos conforme a las reglas legales. Si se suscitare cuestión acerca de la procedencia de la prueba rendida -prosigue el Auto Acordado- deben las sentencias contener los fundamentos que han de servir para aceptarla o rechazarla, sin perjuicio del establecimiento de los hechos en la forma expuesta anteriormente.

Prescribe enseguida que establecidos los hechos, se enunciarán las consideraciones de derecho aplicables al caso y, luego, las leyes o en su defecto los principios de equidad con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo; agregando que tanto respecto de las consideraciones de hecho como las de derecho debe el tribunal observar, al consignarlas, el orden lógico que el encadenamiento de las proposiciones requiera.

Sexto: Que observados los antecedentes a la luz de lo expresado con antelación, resulta inconcuso que los jueces de la segunda instancia, en el caso sub judice, no han dado cumplimiento a los requisitos legales indicados.

Séptimo: Que de lo expresado anteriormente se advierte que la sentencia carece de consideraciones que le sirvan de fundamento al prescindir del análisis de la actuación del piloto de la aeronave, que es la base de la falta de servicio en que se funda la demanda, circunstancia que configura el vicio de casación formal contemplado en el N°5 del artículo 768 del Código ya citado.

Octavo: Que lo anteriormente expuesto autoriza a esta Corte, al no existir otro medio idóneo para corregir la deficiencia procesal comprobada, para casar de oficio la sentencia de segundo grado por adolecer del vicio que se hizo notar.

De conformidad asimismo con lo que disponen los artículos 764, 765, 775 y 786 del Código de Procedimiento Civil, **se casa de oficio** la sentencia de veintiocho de diciembre de dos mil nueve, escrita a fojas 761, la que por consiguiente **es nula** y se la reemplaza por la que se dicta a continuación.

Atendido lo resuelto, es innecesario pronunciarse sobre el recurso de casación en el fondo deducido en lo principal de la presentación de fojas 762.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Carreño.

Rol N° 791-2010.-

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, Integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sr. Héctor Carreño S., Sr. Pedro Pierry A., Sra. Sonia Araneda B., y Sra. María Eugenia Sandoval G. No firman, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Ministro señor Carreño por estar con permiso y la Ministro señora Araneda por haber cesado en sus funciones. Santiago, 09 de noviembre de 2012.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a nueve de noviembre de dos mil doce, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

Santiago, nueve de noviembre de dos mil doce.

De conformidad con lo que dispone el artículo 786 del Código de Procedimiento Civil, se procede a dictar la siguiente sentencia de reemplazo.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de los considerandos vigésimo cuarto, vigésimo nono, trigésimo primero, trigésimo segundo, trigésimo cuarto y trigésimo sexto a cuadragésimo, que se eliminan. En el considerando vigésimo octavo se elimina lo escrito a continuación del punto (.) que precede al término "Simpson", el que se transforma en punto (.) final.

Y se tiene en su lugar y además presente:

PRIMERO: Que según lo reconoce el Fisco de Chile al contestar la demanda, y consta además de la investigación sumaria administrativa realizada por la Armada de Chile tenida a la vista en estos autos, la causa directa y necesaria de la caída del helicóptero al mar, que provocó la muerte de los oficiales Gustavo Bahamondes y Juan Pablo Espinoza, fue la actuación del comandante de la aeronave, capitán de corbeta Francisco Saldivia, al haber llevado a la misma a una condición de vuelo peligrosa que derivó en el descontrol de ésta, transgrediendo lo estipulado en el Manual de Vuelo relacionado con las condiciones de viento y mar para poder llevar a cabo caladas nocturnas sin referencias visuales.

SEGUNDO: Que el Fisco les atribuye también responsabilidad en estos hechos a los tenientes Sr. Juan Pablo Espinoza y Sr. Gustavo Bahamondes, el primero en su calidad de piloto de la aeronave y el segundo como oficial coordinador táctico, por la negligencia en que habrían incurrido en el desempeño de sus funciones: el teniente Espinoza por haber operado en condiciones bajo los mínimos permitidos en el Manual de Vuelo, lo que importó la pérdida del control de la aeronave, y el teniente Bahamondes por no haber comunicado que los parámetros permitidos del viento para realizar las caladas se encontraban en el límite o bajo el mínimo. Sin embargo, esta alegación será desechada toda vez que, según lo disponía la Directiva de la Comandancia de Aviación Naval Administrativa N° 3 de junio del año 2000, vigente a la fecha de ocurrencia de estos hechos, cuya copia rola a fojas 484, el comandante de la aeronave es el único responsable de la seguridad en el vuelo y de las medidas que adopte para efectuar cambios en el itinerario y cumplimiento de la misión encomendada. Dicha directiva establece además que el mando de la aeronave lo tendrá en todo momento el comandante, prescindiendo del asiento que ocupe. En el caso de autos se estableció en la investigación sumaria administrativa que la intensidad del viento al momento de ocurrencia del siniestro era bajo 10 nudos y de dirección indeterminada, la visibilidad era de 10 kilómetros con oscuridad absoluta

y el estado del mar era llana; y de acuerdo al Manual de Vuelo y de Operaciones del helicóptero AS-532 "Cougar" -que corresponde al modelo del siniestrado- queda prohibido efectuar procedimientos de caladas nocturnas cuando las condiciones de viento son inferiores a doce nudos de intensidad y el estado del mar es igual o menor de tres. De hecho, según lo declaró el testigo Pedro Torres Arancibia a fojas 314 de estos autos, él era el comandante del otro helicóptero que la noche de los acontecimientos efectuaba operaciones antisubmarinas, ocasión en que las condiciones meteorológicas que imperaban dificultaban la ejecución de maniobras de calada, por lo que abortó la operación en varias oportunidades, explicando que es el comandante de la aeronave quien tiene la atribución de decidir si se sigue adelante con la maniobra de calada o si ésta se aborta.

Finalmente, en la declaración prestada por don Francisco Saldivia Fuentes el veinticuatro de enero del año dos mil seis ante el Fiscal Naval de la Escuadra en la ciudad de Valparaíso, cuya copia se encuentra agregada a estos autos, éste señaló que informó al buque "Condell" que las condiciones no eran las adecuadas para realizar el ejercicio de calada, y en la declaración de fojas 112 de la investigación sumaria administrativa sostuvo que en su condición de comandante tenía la facultad de cancelar el ejercicio de calada, pero no lo hizo ya que el helicóptero se estaba comportando bien, de lo que se desprende que

tenía conocimiento de las condiciones climáticas adversas, lo que desvirtúa la afirmación del Fisco en relación a la responsabilidad que le habría correspondido en estos hechos al teniente Bahamondes.

TERCERO: Que en cuanto a la alegación de la parte demandada de tratarse en el caso de autos de una falta personal en que incurrió el comandante de la aeronave, separable de la misión encomendada, por lo que no le asiste responsabilidad en estos hechos, es importante destacar que según lo ha sostenido reiteradamente esta Corte existe falta de servicio cuando éste ha funcionado deficientemente, no ha funcionado debiendo hacerlo, lo ha hecho en forma tardía o es el conjunto de la organización institucional el que no ha respondido de manera adecuada. Si por esta falta de servicio se ocasiona un daño a un particular, la Administración debe indemnizarlo. La falta personal, en cambio, es aquella separable del ejercicio de la función ya sea por tratarse de hechos realizados por el funcionario fuera del ejercicio de sus funciones, por ejemplo en el ámbito de su vida privada, o por tratarse de actos que obedecen a móviles personales, como cuando el funcionario obra con la intención de agraviar, apartándose de la finalidad de su función, o cuando ha existido por parte de éste una grave imprudencia o negligencia.

CUARTO: Que en el presente caso resulta claro que ha existido falta de servicio por mal funcionamiento del

organismo público, la Armada de Chile, al realizar ejercicios navales nocturnos en condiciones climáticas adversas, específicamente el procedimiento de calada, lo que ocasionó la muerte de dos oficiales de esa institución -cónyuges y padres de los demandantes, respectivamente- luego de precipitarse al mar la aeronave en la que se transportaban. Ahora bien, aun de estimarse que la situación de autos importa la existencia de una falta personal del comandante de la aeronave, cabe señalar que un mismo hecho puede ser producto de una falta personal y de falta de servicio. Aun cuando se excluya esta última y sólo exista una falta personal se produce un cúmulo de responsabilidad sin cúmulo de faltas, puesto que la personal se habría cometido en el ejercicio de la función o con ocasión de ésta.

QUINTO: Que en efecto, como se resolviera en los autos Rol N° 371-2008 caratulados "Seguel Cares Pablo Andrés con Fisco de Chile", "hasta antes de la dictación de la Ley N° 18.575 la responsabilidad del Estado se determinaba a través de la aplicación del artículo 2320 del Código Civil. Sin embargo, la situación varió con la promulgación de la Ley de Bases de la Administración del Estado de 5 de diciembre de 1986, que incorporó al Derecho Público chileno el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado elaborado por el derecho administrativo francés, principalmente a través de la jurisprudencia del Consejo de

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

Entonces cabe dilucidar qué sistema resulta aplicable a las instituciones excluidas y, en el caso particular, a las Fuerzas Armadas. Para ello ha de recurrirse al derecho común, teniendo presente que precisamente el desarrollo del derecho administrativo, allí donde ha ocurrido, ha sido a partir de la distinta interpretación de las normas de derecho común para el Estado y para las relaciones entre particulares, permitiendo de esta forma la conciliación de la actuación estatal, dotada de imperio público como guardiana del interés colectivo, con la protección de los

derechos de los ciudadanos, de tal suerte que cabe aceptar la aplicación en nuestro país a partir del artículo 2314 del Código Civil de la noción de falta de servicio. En efecto, al Estado como a los otros entes públicos administrativos pueden serle aplicadas de manera diversa las normas del Título XXXV del Código Civil, sin que esto implique desde luego una errada interpretación de las mismas. Es así que las personas jurídicas son capaces de culpa, aunque carezcan de voluntad propia. La culpa civil, como señalan los hermanos Mazeaud y André Tunc, "no requiere la voluntad, ni siquiera el discernimiento, no es necesariamente una culpa moral; es suficiente con comportarse de manera distinta a la que habría observado en parecidas circunstancias un individuo cuidadoso". De acuerdo con este razonamiento y ampliándolo, puede no exigirse para la responsabilidad de la persona jurídica Estado la culpa o dolo de sus órganos o representantes; basta con que el comportamiento del servicio público sea distinto al que debiera considerarse como su comportamiento normal; o sea, basta con probar una falta de servicio".

SEXTO: Que, a su vez, como se decidiera en los autos rol 7919-2008 caratulados "Morales Gamboa Edith del Carmen con Fisco", "a la noción de falta de servicio, aplicable a las Fuerzas Armadas y Carabineros a través del artículo 2314 del Código Civil, se le debe complementar la noción de falta personal, ya que la distinción capital en materia de

responsabilidad extracontractual del Estado es precisamente entre falta de servicio y falta personal, la que por lo demás recoge el artículo 42 de la Ley de Bases de la Administración del Estado y el artículo 141 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades. Dicha falta personal compromete la responsabilidad del Estado cuando no se encuentra desprovista de vínculo con la función, lo que ocurre cuando ella se ha cometido en ejercicio de la función o con ocasión de la misma. Ahora bien, la noción de falta personal aplicable a las Fuerzas Armadas y Carabineros se debe hacer a partir del artículo 2320 ó 2322 del Código Civil, entendiéndose que la contemplan, para que de este modo, como se señaló en el fallo 'Seguel con Fisco' ya citado, permita uniformar el sistema de responsabilidad extracontractual para todos los entes de la Administración del Estado".

SÉPTIMO: Que en relación con los daños demandados por los actores como consecuencia de la falta de servicio en que incurrió la parte demandada cabe analizar en primer término la concurrencia del daño emergente demandado por doña Paulina Valeria Díaz Romero por los gastos en que incurrió respecto de las prestaciones médicas y psicológicas que requirieron con su hijo Cristóbal Bahamonde Díaz por el trágico deceso de su cónyuge y padre, respectivamente.

OCTAVO: Que consta en autos con los certificados de matrimonio y nacimiento acompañados en la demanda la

calidad de cónyuge sobreviviente e hijo que tienen respectivamente doña Paulina Valeria Díaz Romero y el menor Cristóbal Augusto Bahamondes Díaz respecto de don Gustavo Adolfo Bahamondes Benavente. Consta además del certificado emitido por la sicóloga María Marcela Thomsen Queirolo, acompañado en autos, y de la declaración de dicha profesional en estrados, que rola a fojas 248, que el menor Cristóbal Bahamondez Díaz fue atendido por ella desde el mes de mayo del año 2004 hasta el 30 de noviembre del año 2005 debido a los trastornos emocionales provocados por el fallecimiento de su padre. En cuanto al valor de tales prestaciones se acompañó en autos un detalle elaborado por la Isapre Más Vida el 6 de abril del año 2006 en el que se lee que por las atenciones psicológicas recibidas por Cristóbal Bahamondes de parte de la prestadora María Thomsen Queirolo, la demandante Paulina Díaz Romero, cotizante del plan de salud, pagó la suma de \$499.210 (cuatrocientos noventa y nueve mil doscientos diez pesos). Si bien este último antecedente corresponde a un documento privado no reconocido en juicio, se encuentra emitido por una institución que aunque es de derecho privado realiza una función pública, por lo que se encuentra regulada y bajo la fiscalización de la Superintendencia de Iapres, revistiéndolo así de seriedad, unido al certificado emitido por la sicóloga señalada y a su declaración en estos autos, con los que se acredita que el menor recibió atención

sicológica por los mismos períodos a que se refiere la planilla emitida por la Isapre, indicios que permiten constituir una presunción judicial que, por reunir los caracteres de gravedad y suficiencia, hace plena prueba acerca del hecho de haber pagado la demandante por atención sicológica de su hijo, como consecuencia del fallecimiento de don Gustavo Bahamondes, la suma de \$499.210 (cuatrocientos noventa y nueve mil doscientos diez pesos).

En relación a los gastos incurridos por la atención siquiátrica recibida por la demandante respecto de la sicóloga Paulina Muñoz Seguel, sólo existen en autos el certificado suscrito por dicha profesional y su testimonio rolante a fojas 252, antecedentes que si bien comprueban que doña Paulina Díaz Romero recibió atención médico siquiátrica por un trastorno depresivo secundario al duelo por el fallecimiento de su cónyuge, resultan insuficientes para establecer el monto pagado por dicha prestación. Por su parte, el oficio agregado a fojas 374 por el que Más Vida remite al tribunal el detalle de prestaciones causadas por doña Paulina Díaz Romero como beneficiaria no es apto para acreditar los gastos cuya indemnización se demanda, toda vez que de su lectura se advierte que tales prestaciones se refieren a diversos exámenes de laboratorio, que desde luego no es posible relacionar de manera inequívoca con trastornos emocionales o siquiátricos derivados del sufrimiento por la muerte de su cónyuge.

NOVENO: Que en lo que dice relación con el daño moral demandado por doña Paulina Díaz Romero, actuando por sí y en representación de sus hijos menores Cristóbal y Juan Bahamondes, por el sufrimiento que les causó el fallecimiento de su cónyuge y progenitor respectivamente, consta en autos con las probanzas referidas en el considerando anterior que tanto la actora como su hijo Cristóbal requirieron de atención médico siquiátrica la primera y sicológica el segundo para superar los trastornos emocionales y depresivos respectivamente que sufrieron como consecuencia del deceso de Gustavo Bahamonde, circunstancia que además se encuentra corroborada respecto de doña Paulina Díaz con el peritaje ordenado por el tribunal a quo efectuado por la sicóloga Claudia Alvarez Pérez, que concluyó que ésta presenta sintomatología atribuible a daño emocional y sicológico secundario a la muerte de su cónyuge y las circunstancias que lo rodearon, manteniendo un proceso de duelo no resuelto aún.

Por su parte consta que el menor Juan José Bahamondes Díaz nació el 25 de noviembre del año 2002 y es hijo de don Gustavo Bahamondes Benavente, hecho que desde luego permite presumir a estos sentenciadores el daño moral que la muerte de su padre le ocasiona, puesto que a tan temprana edad -seis meses- se vio privado de la figura paterna, necesaria para su desarrollo integral.

DÉCIMO: Que este tribunal regulará prudencialmente el monto del daño moral sufrido por los actores señalados en el considerando anterior en la suma de \$100.000.000 (cien millones de pesos) respecto de doña Paulina Díaz Romero y de \$50.000.000 (cincuenta millones de pesos) para cada uno de sus hijos.

UNDÉCIMO: Que también demandó el pago de una indemnización por daño emergente doña Lorena Boassi Ramos consistente en el monto que tuvo que pagar por las atenciones psicológicas recibidas por ella y su hijo Pablo Espinoza Boassi como consecuencia del sufrimiento y trastornos que les causó el fallecimiento de su cónyuge y padre respectivamente, don Juan Pablo Espinoza Sapunar. Si bien de la prueba rendida en autos se acreditó la calidad de cónyuge e hijo que les asiste respectivamente a doña Lorena Boassi Ramos y Pablo Espinoza Boassi respecto de Juan Pablo Espinoza Sapunar, con los respectivos certificados de matrimonio y nacimiento acompañados, así como que ambos recibieron atención psicológica por los trastornos presentados, según consta del certificado emitido por las psicólogas Pamela Olavarría y Liliana Miranda y el testimonio de Alejandra Seguel Rodríguez de fojas 254, quien señaló haber realizado terapia al menor entre los meses de agosto a diciembre del año 2007, no existe en autos antecedente alguno que permita establecer el monto pagado por tales prestaciones.

DUODÉCIMO: Que en lo que dice relación con el daño moral demandado por doña Lorena Boassi Ramos, actuando por sí y en representación de sus hijos menores Francisco y Pablo Espinoza Boassi por el sufrimiento que les causó el fallecimiento de su cónyuge y padre respectivamente, consta en autos que tanto la actora como su hijo Francisco requirieron de atención profesional por los trastornos psicológicos que sufrieron como consecuencia del deceso de Juan Pablo Espinoza Sapunar, según se razonó en el considerando anterior, lo que además se encuentra corroborado respecto de doña Lorena Boassi Ramos con el peritaje ordenado por el tribunal a quo efectuado por la psicóloga Claudia Alvarez Pérez, que concluyó que ésta presenta sintomatología atribuible a daño emocional y psicológico secundario a la muerte de su cónyuge y las circunstancias que lo rodearon, manteniendo un proceso de duelo no resuelto aún. Asimismo consta que los menores Francisco y Pablo Espinoza Boassi, este último también hijo de don Juan Pablo Espinoza Sapunar según consta del certificado de nacimiento acompañado a estos autos, fueron evaluados por la psicóloga Alejandra Seguel, quien a fojas 254 declaró que éstos han presentado síntomas de angustia atribuibles a la pérdida de la figura paterna que han influido en su historia vital en el proceso de consolidación de identidad.

DECIMOTERCERO: Que este tribunal regulará prudencialmente el monto del daño moral sufrido por los actores señalados en el considerando anterior en la suma de \$100.000.000 (cien millones de pesos) respecto de doña Lorena Boassi Ramos y de \$50.000.000 (cincuenta millones de pesos) respecto de cada uno de sus hijos.

DECIMOCUARTO: Que se rechazará la alegación del Fisco de Chile de haberse expuesto imprudentemente al daño los tenientes Gustavo Bahamonde y Juan Pablo Espinoza y en consecuencia se negará lugar a la petición subsidiaria de reducción de la indemnización, desde que, como se razonara en los considerandos primero y segundo de este fallo, se estableció que en el caso sub lite la causa del accidente fue la negligencia en que incurrió el comandante de la aeronave al decidir efectuar la maniobra de calada pese a las adversas condiciones climáticas, única persona que podía resolver abortar tal operación.

DECIMOQUINTO: Que los daños antes establecidos son consecuencia inmediata y directa de la falta de servicio en que incurrió el Fisco de Chile al realizar un ejercicio antisubmarino en el que se efectuaron caladas nocturnas pese a las condiciones climáticas adversas, ocasionando con ello la caída al mar del helicóptero y consecuentemente la muerte de dos de sus tripulantes, los oficiales de la Armada de Chile Juan Pablo Espinoza Sapunar y Gustavo Bahamondes Benavente, de manera que será condenado al pago

de los perjuicios antes establecidos por los montos señalados en los considerandos octavo, décimo y decimotercero, respectivamente.

DECIMOSEXTO: Que el monto de la indemnización por el daño emergente sufrido por doña Paulina Díaz Romero se pagará con los correspondientes intereses legales y reajustado de acuerdo a la variación del Índice de Precios al Consumidor entre la fecha de la notificación de la demanda y la de su pago efectivo. Por su parte las indemnizaciones por daño moral sufrido por los actores deberán pagarse reajustadas de acuerdo a la variación experimentada por del Índice de Precios al Consumidor entre la fecha de esta sentencia y la de su pago efectivo. No se dará lugar a los intereses solicitados por tratarse de un daño extrapatrimonial.

Por estas consideraciones y teniendo además presente lo dispuesto en los artículos 144 y 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se declara:

Que se **revoca** la sentencia de veintiséis de junio de dos mil nueve, escrita a fojas 577 y se declara que se **acoge** la demanda intentada a fojas 1 sólo en cuanto:

I.- Se condena al Fisco de Chile a pagar a título de indemnización del daño emergente a doña Paulina Díaz Romero la suma de \$499.210 (cuatrocientos noventa y nueve mil doscientos diez pesos), más intereses legales correspondientes, reajustada de acuerdo a la variación del

Indice de Precios al Consumidor entre la fecha de la notificación de la demanda y la de su pago efectivo.

II.- Se condena al Fisco de Chile a pagar a la demandante Paulina Díaz Romero la suma de \$100.000.000 (cien millones de pesos) y a cada uno de sus hijos, Cristóbal y Juan Bahamondes Díaz, representados por ésta, la suma de \$50.000.000 (cincuenta millones de pesos) por concepto de daño moral. Tales sumas deberán pagarse reajustadas de acuerdo a la variación experimentada por el Indice de Precios al Consumidor entre la fecha de esta sentencia y la de su pago efectivo.

III.- Se condena al Fisco de Chile a pagar a la demandante Lorena Boassi Ramos la suma de \$100.000.000 (cien millones de pesos) y a cada uno de sus hijos, Francisco y Pablo Espinoza Boassi, representados por ésta, la suma de \$50.000.000 (cincuenta millones de pesos) por concepto de daño moral. Tales sumas deberán pagarse reajustadas de acuerdo a la variación experimentada por el Indice de Precios al Consumidor entre la fecha de esta sentencia y la de su pago efectivo.

IV.- Se rechaza en lo demás la demanda de fojas 1.

V.- No se condena en costas a la parte demandada por no haber resultado totalmente vencida.

Se **previene** que el Ministro señor Muñoz no comparte los motivos quinto y sexto, fundando su parecer, de acoger la demanda, en las siguientes consideraciones:

1°.- Que en nuestro país la evolución de la responsabilidad de la Administración del Estado se ha desarrollado en una primera etapa fundamentalmente sobre la base de determinaciones jurisprudenciales y luego conforme a la legislación especial.

Respecto de la evolución jurisprudencial se observa que ciertas sentencias descansan en la aplicación de la legislación de derecho civil, como en otros fallos se invocan principios de derecho público. Son casos específicos en que se hace efectiva la responsabilidad del Fisco, puesto que los tribunales hacen esfuerzos y diversas distinciones para excluirla. La doctrina cita como los primeros fallos en que se sustenta la decisión en principios de derecho público "Sociedad Fuschs y Plath con Fisco", sentencia de 11 de enero de 1908 y "Lapostol con Fisco", sentencia de 8 de enero de 1930. Sin embargo, será en la sentencia dictada en "Hexagón con Fisco", de 28 de julio de 1987, en que expresamente se declaran inaplicables las disposiciones del Código Civil para decidir la demanda dirigida contra el Fisco, resolviendo el caso sobre la base de las normas constitucionales y legales diversas al Código Civil. Desestima la infracción del artículo 2332 del citado Código al no darle aplicación e igualmente las referidas a las Actas Constitucionales N° 2 y 3, la Constitución y Ley Orgánica Constitucional 18.575, en que radica el origen de la responsabilidad del Fisco. Razona en idéntico sentido la

sentencia que rechaza el recurso de casación en el fondo interpuesto por el Fisco, en los autos caratulados Mireya Baltra Moreno con Fisco, de fecha 12 de agosto de 1998, expresando en su considerando sexto: "Que, en consecuencia, la sentencia ha dado aplicación lisa y llana a las normas del derecho común, sin reparar que la naturaleza de los vicios que afectan a los decretos impugnados hacen improcedente estimar que puedan sanearse por el transcurso del tiempo, especialmente si se considera que la disposición constitucional en cuya virtud se ha declarado la nulidad no contiene remisión expresa alguna que permita aplicar las reglas de prescripción que el fallo invoca; y la naturaleza de la nulidad que se ha declarado impide integrar o complementar la norma constitucional con preceptos comunes, ya que el texto de la primera excluye toda posibilidad de saneamiento desde que dispone que los actos que la infringen son nulos per se, sin necesidad de declaración alguna, impidiendo así que la voluntad de las partes o el transcurso del tiempo puedan convalidarlos".

En lo sustancial la jurisprudencia ha evolucionado hasta llegar a un estado, pacífico en la actualidad, que reconoce la responsabilidad del Estado-Administrador, exigiendo, en la mayoría de los casos, un factor de imputación, el que se hace descansar en la noción de "falta de servicio" que incluye la actividad jurídica ilegal de la Administración, su mala organización, el funcionamiento defectuoso, las

omisiones o silencios cuando debió actuar, todo lo que debe originar la afectación de un bien de los administrados, sin desconocer que se agrega la responsabilidad por riesgo e incluso la que origina la actividad lícita en que se ocasiona igualmente daño al administrado, sin perjuicio que, en este último caso, se ha expresado por la doctrina que se refiere más precisamente a una responsabilidad del Estado-Legislator.

La circunstancia que se desea destacar es que la jurisprudencia, sobre la base de la legislación especial, ha sustentado la responsabilidad de la Administración. Esta normativa especial arranca de los artículos 2°, 4°, 5°, 6°, 7°, 38 de la Constitución Política de la República, 4° y 42 de la Ley 18.575.

La norma del inciso segundo del artículo 21 de la Ley 18.575 no afecta la disposición del artículo 4°, por lo que a su respecto debe atenderse a la concepción de la Administración del Estado que expresa el inciso segundo del artículo 1° del mencionado cuerpo de leyes, de forma tal que, sin duda alguna, este régimen de responsabilidad se aplica a las Fuerzas Armadas, como a las de Orden y Seguridad Pública. En efecto, las normas excluidas de consideración respecto de tales instituciones están referidas a la organización, funcionamiento y carrera funcionaria (atendido los títulos de los párrafos y las materias de que tratan), sin afectar el régimen de

responsabilidad, dado que el mencionado artículo 4° dispone: "El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado"; Administración del Estado que entre quienes la constituyen se encuentran las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública.

Por otra parte no resulta desconocida la responsabilidad del Estado derivada de la noción de nulidad de derecho público, pero cuyo fundamento no se encuentra en el contencioso subjetivo o de declaración de derechos, sino que en el objetivo o de ilegalidad.

La doctrina y jurisprudencia nacional ya no debe hacer esfuerzos para legitimar la responsabilidad del Estado, por un actuar ilícito de sus agentes, invocando disposiciones de derecho privado. En este sentido resulta sorprendente y contraria al hecho propio, como a la buena fe que debe orientar las defensas de las partes, la afirmaciones históricas de la defensa fiscal, en orden a la "inexistencia de un régimen especial de responsabilidad del Estado" por lo cual éste se encuentra exento de la misma, careciendo los tribunales de jurisdicción y competencia para resolver las acciones que la demandan, para luego expresar que la norma constitucional del artículo 38, inciso segundo de la Carta Política solamente ha atribuido

competencia, pero no ha regulado el régimen de responsabilidad, el cual está constituido por el "derecho común en materia de responsabilidad extracontractual, que se encuentra contenido en el Código Civil en el Título XXXV, denominado "De los Delitos y Cuasidelitos", artículo 2314 y siguientes", para aplicar, por excepción, la normativa del artículo 42 de la Ley 18.575, hecho que en concepto de quien previene debiera destacarse adecuadamente y resolver en consecuencia. Descarta toda seriedad a sus alegaciones y defensas el antecedente que igualmente a lo largo de los años planteara un tratamiento especial sosteniendo los poderes exorbitantes de la Administración por la función de servicio público que desarrolla, manteniendo hasta ahora la teoría de los poderes implícitos y antes de la Ley de Bases del Procedimiento Administrativo esgrimía en estrados la imprescriptibilidad de las facultades autoconferidas de invalidación de los actos administrativos. La coherencia y congruencia también es exigible a las instituciones en sus defensas, puesto que les resulta aplicable el aforismo "venire contra factum proprium non valet", recordando los términos del Mensaje del Código de Procedimiento Civil, en el sentido que confiados los procesos "a la sola iniciativa de las partes, se desvían a menudo de su verdadera marcha, resultando de allí que la acción de la justicia se hace más fatigosa y menos eficaz".

2°.- Que en la evolución del Derecho Público, en especial del Derecho Administrativo, resulta pacífico sostener que existe un conjunto de principios que orientan la actuación de la autoridad; principios que son diferentes de los que se encuentran presentes en relaciones regidas por el Derecho Privado. Los distintos planos en que los particulares se vinculan entre sí, con aquéllos exigibles cuando lo hacen con la autoridad o cuando son órganos del Estado los que contraen obligaciones entre sí, son una realidad que no es posible desconocer, no obstante no exista ninguna norma que así lo disponga, el positivismo jurídico cede ante un avasallador desarrollo de la ciencia jurídica al respecto.

Los principios del proceso vienen condicionados por la naturaleza de la materia a que se refieren y son válidos conforme a su ámbito, el que puede ser general o particular. Unos rigen la actividad de la Administración, algunos la de los administrados, y otros, la interacción de ambas en los procedimientos seguidos por la misma Administración e incluso por el órgano jurisdiccional. Existen principios que tienen un carácter material o sustancial y otros, especialmente los que se refieren a particularidades de los procedimientos, por el contrario, son funcionales y de carácter más bien técnico.

En este mismo orden de ideas los principios formativos del actuar de la Administración radican en diferentes aspectos:

- Constituyen el fundamento y razón fundamental del sistema que inspiran;
- Orientan el desarrollo de las instituciones y su regulación. Son fundantes de la actividad legislativa;
- Conforme a ellos se estructura el proceder o la actuación válida de la Administración y aquello que deben exigir su aplicación los administrados. Son el soporte básico del ordenamiento, prestando a éste toda su significación;
- Son criterios de interpretación de sus disposiciones, por la necesaria congruencia entre ellos como criterios generales y las normas concretas. Inspiran al operador de las normas dictadas conforme a ellos;
- Integran la ley, en los casos en que sea necesario, cuando no existe norma;
- Tienen un carácter enunciativo, no descarta la concurrencia de otros que puedan ser consecuencia del desarrollo de la disciplina que regula la actuación de la autoridad o que impulse el propio legislador;
- Sirven de filtro purificador, cuando existe una contradicción entre estos principios y determinadas normas que quieran aplicarse al sistema especial de al que aquellos se refieren;

- Suelen servir como diques de contención ante el avance disfuncional de disposiciones legales correspondientes a otras ramas o especialidades del derecho. Sirven como valla defensiva contra la invasión de otras legislaciones relativas a materias diversas y que no guardan relación con el sistema regulado;
- Actúan como cuña expansiva para lograr el desarrollo, fortalecimiento y consolidación de las técnicas, medidas y regulaciones propias o adecuadas para el ensanchamiento de la especialidad;
- Fortalecen el valor de la seguridad jurídica de todo el ordenamiento, ya que su explicitación sirve de constatación de las razones que han tenido los jueces para resolver un caso en un determinado sentido, impidiendo de esta manera la sola discrecionalidad;
- Tienen una capacidad propia, heurística: para resolver problemas interpretativos de las leyes y de los simples actos en vista de una solución; inventiva: para organizar o descubrir combinaciones nuevas; organizativa: para ordenar actos heterogéneos, cambiantes y hasta contradictorios de la vida jurídica; son ellos los que prestan a ésta su dinamicidad característica, su innovación y su evolución, y
- Recreadora de normas obsoletas (Néstor A. Cafferatta, El Principio de Prevención en el Derecho Ambiental, Summa Ambiental, Tomo I, AbeledoPerrot, 2011, Buenos Aires, Argentina, página 273).

Tales razonamientos, la existencia de un profuso conjunto de normas en el derecho comparado y estudios de especialistas que sería largo enunciar permiten llegar a la conclusión que el derecho público regula la responsabilidad del Estado en general y de la Administración en particular. Derecho que no se puede desconocer, por el contrario todas las autoridades e individuos de nuestro país deben respetar, pues en el estado actual de las cosas hay un derecho que resulta vinculante y perentorio para las autoridades nacionales, entre ellas para los tribunales.

3°.- Que la existencia de los principios generales del derecho, han sido recogidos por múltiples sentencias de nuestros tribunales, incluso con carácter supra constitucional. El Tribunal Constitucional de nuestro país en su sentencia de 21 de Diciembre de 1987, Rol N° 46, considerando 21: "Que de lo expuesto en las consideraciones anteriores se infiere con nitidez que el ordenamiento institucional estructurado por la Constitución de 1980 descansa sobre ciertos principios y valores básicos, entre los cuales cabe señalar (...): la libertad del hombre, que los derechos fundamentales de la persona humana son anteriores y superiores al Estado y la Constitución, razón por la cual no los crea sino que los 'reconoce y asegura'; que el Estado en cumplimiento de su finalidad propia, cual es promover el bien común, debe darles segura y eficaz protección (...); que el ejercicio de la soberanía que se

realiza por el pueblo y por las autoridades que la Constitución establece reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y, en fin, que nadie puede ser condenado por hechos anteriores a las norma jurídica que establece la pena" (considerando 19°); "que todos estos principios se encarnan en disposiciones concretas de la Carta Fundamental como son, entre otros, los artículos 1°, 4°, 5°, inciso segundo, y 19, en especial su número 3, inciso séptimo" (considerando 20°); y "que estos preceptos no son meramente declarativos sino que constituyen disposiciones expresas que obligan a gobernantes y gobernados tanto en si mismas, como también, en cuanto normas rectoras y vitales que coadyuvan a desentrañar el verdadero sentido y espíritu del resto de las disposiciones de la Constitución" (considerando 21°).

4°.- Que en el caso en estudio, los antecedentes reunidos permiten tener por justificados diferentes hechos que han sido calificados de ilícitos; calificación que se impone, además, por cuanto constituyen deberes de los funcionarios de las fuerzas armadas, específicamente de la Armada de Chile, desarrollar las operaciones destinadas a resguardar la soberanía nacional velando por la seguridad e integridad de sus integrantes.

5°.- Que sobre la base de tales antecedentes de hecho y de derecho, los sucesos a que se refiere la presente

causa tienen la connotación necesaria para ser calificados como generadores de responsabilidad, puesto que se refieren a negligencias en que incurrió el un oficial de la armada de Chile en el ejercicio de sus funciones al llevar a cabo un ejercicio de calada nocturna pese a que las condiciones climáticas adversas lo impedía, haciendo caso omiso de lo dispuesto al efecto por el Manual de Vuelo y Operaciones del Helicóptero AS-532 "Cougar", lo que importa una evidente falta de servicio.

Corresponde igualmente dejar asentado, que la referencia a los regímenes de responsabilidad claramente establecidos en la actualidad, son producto de un mayor desarrollo de nuestro país, que ha terminado por concretar lo que ha sido reconocido por la jurisprudencia con anterioridad, de forma tal que no se trata solamente de aplicar esta normativa, sino que, además, los principios que la inspiran, los que han estado vigentes conforme al desarrollo de nuestra cultura jurídica, sin perjuicio de considerar que las normas de derecho público rigen in actum, especialmente las constitucionales, entre las que se encuentra el inciso segundo del artículo 38 de la Carta Fundamental.

6°.- Que respecto de la naturaleza del derecho subjetivo cuya declaración se demanda, en primer término integra la teoría de la responsabilidad del Estado en general y de la Administración en particular, es el denominado contencioso subjetivo o de declaración de derecho. En efecto, la

unificación de la responsabilidad integra instituciones aparentemente disímiles, pero que aglutina la referencia común a la lesión originada por la Administración a los particulares, que en algunos casos se expresa de un modo específico de acuerdo a la forma como se ha producido esta lesión. Resulta que de este modo se constituye la garantía integral del patrimonio privado frente a la acción de la Administración, cualquiera sea la actuación desarrollada por ésta. A lo que se atiende es al hecho que se ocasiona daño al patrimonio de los administrados, sin exclusiones. "Llegar a esa conclusión, en principio tan obvia, que impone, por tanto, la formulación de un principio de resarcimiento de todos los daños causados por el funcionamiento de la Administración, no ha sido, sin embargo, tarea fácil, ni en nuestro propio Derecho, ni en el panorama general del Derecho comparado" (García de Enterría, obra citada, página 358). Siguiendo al autor citado se puede decir que la importancia de esta concepción está en el cambio de paradigma, pues la óptica radicaré no ya en responsabilidad de quien causó el daño, si se quiere en una reparación por vía de sanción, sino que observando o considerando el patrimonio de la persona lesionada. "La responsabilidad pasará así a convertirse en un mecanismo que se pone en funcionamiento sólo si y en la medida en que se haya producido una lesión patrimonial en el sentido propio a resultas de la acción u omisión de la

Administración." "El concepto de lesión se convierte de este modo en el auténtico centro de gravedad del sistema" (obra citada, página 378), que en el caso de nuestro país resulta más exigente, puesto que se requiere que la persona sea "lesionada en sus derechos por la Administración del Estado".

Se encausa así la responsabilidad del Estado que tiene por causa el actuar de sus autoridades y funcionarios, en que su objeto es la reparación integral del daño ocasionado.

De acuerdo a la teoría general de la responsabilidad, tan importante como lo anterior es determinar el factor de imputación, puesto que será resarcible la lesión de derechos, en la medida que no deba soportarla quien la ha sufrido, por existir una causa de exención, justificación o extinción de responsabilidad. Este principio de protección y garantía de la persona y del patrimonio del administrado, del que parte la cláusula general de responsabilidad de la Administración, corresponde precisamente a ésta, la autoridad, acreditar dichas causas de exclusión. De otra manera resulta ineludible disponer todas las medidas tendientes a la restauración, entre las que se encuentra la reparación indemnizatoria, pero con caracteres generales, que incluya todo daño, el que corresponderá precisamente determinar, mediante la individualización correspondiente.

Al haberse determinado que la acción que se reclama sea reparada, la lesión está precisada, por lo que solamente

corresponde individualizar el daño y su valoración, que en el presente caso se ha dejado indicada con plena claridad. Ante tales antecedentes procede la plena indemnización del daño ocasionado, sin perjuicio de dejar a salvo toda otra forma de reparación que se desee impetrar de la Administración. Esta forma de entender la responsabilidad de la Administración constituye un paso adelante en la teoría general que la contempla.

El profesor García de Enterría expresa que la jurisprudencia española ha desarrollado el principio de la referencia, citando al efecto la sentencia de 24 de julio de 1989, que expresa que debe tenerse en cuenta "que el principio de prohibición de la interpretación contra cives obliga a buscar la más favorable a la subsistencia de la acción, máxime cuando se trata de acciones personales" (obra citada, página 431).

7°.- Que establecida la responsabilidad del Estado por daños de carácter patrimonial a las personas, en nuestro país la jurisprudencia ha tenido una labor determinante, pero mesurada. Se ha radicado la observación principalmente del Estado Administrador, pero no se debe ignorar la responsabilidad del Estado Legislador y del Estado Juez, como también la responsabilidad internacional del Estado.

Continuaremos con el análisis respecto del Estado Administrador.

En efecto, no obstante seguir en la doctrina civilista a la doctrina francesa, no ocurre lo mismo en lo relativo a la responsabilidad con un carácter permanente, observando iniciales esfuerzos, pero que, con motivo de la norma del artículo 87 de la Constitución Política del Estado de 1925 que dispuso: "Habrá Tribunales Administrativos, formados con miembros permanentes, para resolver las reclamaciones que se interpongan contra actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas y cuyo conocimiento no esté entregado a otros Tribunales por la Constitución o las leyes. Su organización y atribuciones son materia de ley", se produjo un retroceso, debiendo evolucionar tanto la legislación como la jurisprudencia desde la irresponsabilidad del Estado, la responsabilidad particular establecida por ley y hasta llegar a la aceptación sin prevenciones de ésta. El problema actual es el régimen que se ha implantado en nuestro país. Todos sostienen que se trata de un sistema de responsabilidad de Derecho Público, puesto que se rige por principios propios, la distinción se encuentra en los extremos que importa esta afirmación, puesto que unos la observan desde la perspectiva de las personas, del administrado, y otros desde la Administración. Luego se abordan los requisitos de la responsabilidad difiriendo en el factor de imputabilidad. Aquellos exigen o demandan solamente la existencia de un daño o lesión en los derechos respecto del

administrado, excluyendo la mirada respecto del comportamiento de la Administración y los segundos la incluyen. Surge aquí la conceptualización de la responsabilidad de la Administración como una organización, que corresponde investigar en cuanto a su funcionamiento y la forma en que entrega el servicio que presta a los administrados. Surge la noción de falta de servicio (faute de service), pero esta también produce divergencias. Simplificando el problema - podrá decirse que inmotivadamente - se plantea desde una perspectiva sustancial y procesal, puesto que es necesario conceptualizar este módulo de imputación y determinar en qué parte radica su acreditación. Una concepción objetiva dirá que existe un deber de cuidado general de la Administración, por el innegable carácter de garante que tiene en el sistema jurídico y en la relación con los particulares, como también por un componente de responsabilidad ética, política y de bien común, a lo cual se agrega su deber de solidaridad y respeto de la dignidad de todas las personas, por lo que dicho deber de cuidado impone un comportamiento normalmente diligente que se refleja en no dañar a quienes sirve, a las personas en general y los administrados en particular. Esta misma concepción radica en la Administración la carga de probar que no le asiste responsabilidad en el daño al ajustarse a un actuar normal. La diferencia entre la concepción

objetiva de la responsabilidad y la concepción objetiva de la falta de servicio está en que en la primera responde de todo daño y debe probar una eximente de responsabilidad, pues incluso le corresponde asumir los daños por la actividad lícita. Sin embargo, en la segunda acreditando un comportamiento normal, en concreto, corresponde excluir su responsabilidad. En definitiva en la falta de servicio objetiva no se abandona su conceptualización, pero se impone a la administración que acredite que su obrar fue diligente.

La teoría de la falta de servicio subjetiva recurre a la noción de funcionamiento defectuoso del obrar de la Administración, único evento en el que responde, pero en este caso corresponde al administrado que ha sido dañado probar el defecto en el obrar de la Administración tanto por acción como por omisión, surgiendo diferentes conceptualizaciones al efecto. Se extrema esta concepción de la falta de servicio subjetiva, puesto que algunos, exigen no solo se acredite un obrar defectuoso objetivamente constatable, sino que ha existido culpa en el obrar que ocasionó el daño. Extremando aún más las cosas se recurre a la noción de culpa del derecho privado, pero se agrega incluso el llamado a las normas de la legislación civil para regir la situación concreta, en especial el Código Civil, tanto en disposiciones sustanciales generales

y particulares, como en el régimen que regula la prescripción.

8°.- Que para quien suscribe este parecer la responsabilidad del Estado y del Estado Administrador en particular arranca de los artículos 1°, 2°, 4°, 5°, 6°, 7°, 38 de la Constitución Política de la República, 4° y 42 de la Ley 18.575. El análisis queda radicado en las normas legales, puesto que el de cualquier falta de correspondencia o antinomia con las normas constitucionales, en el caso concreto, escapa a la competencia y análisis del derecho aplicable por cuanto la Ley 18.575 fue dictada con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1980. Es así como el artículo 1° de la mencionada ley establece el ámbito de aplicación y luego dispone el artículo 4° que el "Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones". Quien suscribe este voto particular, por la enunciación de los párrafos 1° y 2° del Título II de la Ley 18.575, como por las materias de que trata, entiende que igualmente se aplica el artículo 42 a las reparticiones excluidas en el inciso segundo del artículo 21, según se ha indicado con anterioridad. Es así como el artículo 42, en correspondencia con el artículo 4°, dispone que los "órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio". En todo caso, de

estimarse excluida de aplicación de esta norma, debe regirse por el artículo 4°, el que singularmente, sin el complemento del artículo 42, podría entenderse que establecería una responsabilidad objetiva derivada únicamente de constatar un derecho lesionado que ocasione daños al administrado, circunstancia que corresponde descartar.

Estas disposiciones son las que regulan legalmente la responsabilidad general del Estado Administrador.

En la historia de la Ley 18.575 publicada por la Biblioteca del Congreso Nacional (www.bcn.cl http://www.leychile.cl/Consulta/portada_h1) consigna los siguientes antecedentes:

I.- En el Mensaje del Ejecutivo la responsabilidad se entiende que es civil y por falta de servicios, expresando: "Más adelante el título V, también con avanzado criterio administrativo, determina que la Administración Pública deberá actuar por propia iniciativa en cumplimiento de sus funciones, salvo que la ley exija la petición previa de un interesado o cuando se trate de hacer uso del derecho de petición o reclamo."

"Complementaria de la norma anterior es aquella incluida en el artículo 33, que hace responsable, civilmente, al Estado y a las personas jurídicas que lo integran, por la falta de servicios en que pueda incurrir."

“Asimismo, el inciso segundo, responsabiliza civilmente a los funcionarios por los perjuicios que ocasionen mediante sus actuaciones constitutivas de falta personal.” (Página 12)

El proyecto contempla la siguiente disposición: “ARTICULO 33.- El Estado y las personas jurídicas que integran la Administración Pública serán responsables civilmente por la falta de servicio cometida en su actividad jurídica o material.”

“Los funcionarios serán civilmente responsables de los perjuicios que ocasionaren por su actuación constitutiva de falta personal.”

II.- En el informe la Secretaría de Legislación de la Junta de Gobierno expresa: “La disposición consagra el principio de responsabilidad del Estado por "falta de servicio", así como la responsabilidad personal de los funcionarios, por su falta personal. Resulta indispensable, al efecto, definir los conceptos de "falta de servicio" y de "falta personal", siendo útil considerar, para perfilar la primera de estas nociones, el criterio del legislador en la vigente Ley Orgánica de Municipalidades –decreto ley N° 1.289, de 1976–, en su artículo 62, inciso final, que prescribe: "La responsabilidad extracontractual procederá principalmente para indemnizar los perjuicios que sufran uno o más usuarios de los servicios municipales cuando

éstos no funcionen, debiendo hacerlo, o lo hagan en forma deficiente.".

"Cabe señalar que la doctrina y la jurisprudencia francesas han establecido lo que se entiende por "falta de servicio público", disponiendo, al efecto, que la hay cuando el servicio público no funciona debiendo funcionar; cuando funciona, pero funciona mal, o cuando funcionando bien, lo hace en forma tardía." (Página 68).

III.- En el informe de la Primera Comisión Legislativa se indica: "1.- Conforme a la ley N° 17.983 y al respectivo acuerdo de la Junta de Gobierno, este Comandante en Jefe viene en formular las observaciones al proyecto de ley orgánica constitucional sobre bases de la Administración Pública.

a) Con el objeto de abordar en una forma más completa el estudio de esta ley orgánica constitucional este Comandante en Jefe dispuso se analizarán comparativamente los textos del Mensaje y de la Comisión de Estudios de las leyes orgánicas constitucionales. Lo anterior explica la incorporación en el texto sustitutivo que se acompaña, de normas contenidas en el proyecto de la referida Comisión de Estudios.

b) Para encabezar el proyecto se acogió el criterio seguido por la Comisión Especial en cuanto a establecer un primer título que consigne los principios generales que deben orientar la organización y funcionamiento de la

Administración del Estado. Ello porque, a juicio de este Comandante en Jefe se trata de la primera ley de esta naturaleza que rige en nuestro país y que debe cumplir, por lo mismo, con una finalidad de orientación general. A los principios de la jerarquía, unidad, responsabilidad y eficiencia se han agregado los principios de probidad y control.

c) En lo que se refiere a la actividad de la Administración del Estado, se complementa lo relativo a las responsabilidades civil del Estado y de las personas jurídicas que integran la administración, definiendo lo que debe entenderse por falta de servicio y salvando el derecho de éstos de repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta de personal, consignándose finalmente la responsabilidad solidaria de los órganos de la Administración y del funcionario que resulte responsable.” (Pág. 91 y 92).

Específicamente se incorpora el siguiente “Artículo 3º: El Estado será responsable por los daños que los órganos de la Administración produzcan en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que hubiere causado el daño” (Pág. 94 Primera Comisión Legislativa).

La moción sustitutiva incorpora igualmente el “Artículo 52: El Estado y las personas jurídicas que integran la administración serán siempre responsables civilmente por la

falta de servicio cometida en su actividad jurídica o material, sin perjuicio de su derecho de repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal.”

“En todo caso, el órgano de la Administración y dicho funcionario serán solidariamente responsables.”

“Se entiende por falta de servicio la no prestación de este, debiendo efectuarse, o su prestación en forma deficiente o tardía.” (Pág. 108).

IV.- En el Informe de la Cuarta Comisión Legislativa se indica: “Artículo 4° Esta disposición corresponde al artículo 33 del proyecto del Ejecutivo, con meras adecuaciones formales, derivadas de la nueva estructura del proyecto, y se refiere al principio de la responsabilidad del Estado por los daños que causen los órganos de la Administración.

Cabe hacer presente que no se utilizó la expresión “responsables civilmente”, a fin de evitar confusiones con la responsabilidad civil consagrada en el Código Civil.” (Pág. 164 Informe Cuarta Comisión Legislativa).

Luego respecto del artículo 45, se señala: “Esta es una de las disposiciones de mayor trascendencia del proyecto y corresponde al artículo 33 del Ejecutivo, porque está consagrando una nueva idea de responsabilidad que sólo tiene precedente positivo en la Ley de Municipalidades. Se trata de la responsabilidad objetiva del Estado, derivada de la falta de servicio. Si bien en el artículo 4° del

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

“En consecuencia, se consagra en este artículo un criterio nuevo de responsabilidad, que no es el tradicional de la responsabilidad subjetiva basada en el dolo a la culpa de un denominado funcionario, sino que atiende a un elemento objetivo que es la falta de servicio público. De manera que acreditando el afectado que un servicio público no ha funcionado, debiendo hacerlo, o que ha funcionado de modo tardío o deficiente, y probar que a raíz de lo anterior se le ha causada un daño, está en situación de exigir indemnización de parte del Estado. Se trata de un concepto que tiene su origen en el derecho francés, y es la concreción de una serie de elementos que tienen un largo desarrollo en el Derecho Administrativo. El artículo fue dividido en dos incisos a fin de dejar claramente establecido que la existencia de esta responsabilidad objetiva, no obsta a que el Estado pueda repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal, si se diera el caso.”

“Por otra parte, se desestimó la posibilidad de definir la falta de servicio, pues ello podría provocar dificultades en la aplicación de esta norma. Se ha considerado más conveniente dejar entregado a la jurisprudencia la determinación de cuando se configura la “falta de servicio”, pues son numerosos y complejos los casos en que tal situación puede producirse.” (Págs. 175 y 176 del Informe de la Cuarta Comisión Legislativa).

La doctrina y la jurisprudencia han adoptado diversas posiciones en torno a esta nueva responsabilidad. Sin embargo, de acuerdo a los antecedentes enunciados se pueden establecer algunas premisas básicas:

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

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

principio general de "responsabilidad del Estado", el cual tiene lugar "por los daños que causen los órganos de la Administración".

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

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

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

f.- Nuevo Sistema de responsabilidad.

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

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

3.- Por la referencia a la definición francesa y luego como texto del proyecto al concepto de falta de servicios

se incorpora la noción de un correcto funcionamiento, pero tardío.

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

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

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

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

9°.- Que clarificados los presupuestos de la Responsabilidad del Estado Administrador, la definición de mayor entidad se encuentra en la opción del legislador por el factor de imputación, el que lo sitúa en la falta de

servicio, excluyendo toda posibilidad de reconducción al Código Civil, adicionar exigencias relacionadas con el dolo o culpa del funcionario que actuó, como al establecimientos de negligencia, imprudencia, impericia e inobservancia de reglamentos por parte de la administración o el funcionario. Del mismo modo, con tal definición excluye la posibilidad de exigir la individualización del funcionario, solamente debe acreditar la conducta del servicio, pues es de él quien reclama, además de carecer de acción en contra del funcionario, el cual resulta indiferente en su identidad y determinante en su conducta, pero como expresión de la actuación de toda la Administración o del servicio en particular.

De esta forma, más que enunciar situaciones particulares integrantes de la noción de falta de servicio, ella corresponde a toda acción u omisión de la administración de la cual se generan daños para el administrado y en que ha existido una falla de cualquier orden en el servicio. Se pretende restringir la responsabilidad exigiendo un patrón de comparación adicional de normalidad, para situar la apreciación del factor de imputabilidad en concreto y no en abstracto. Se acude así a dos factores diversos. Por una parte se toma el criterio de normalidad del sistema que solamente exige la prueba que el daño sea producto de la actuación de la Administración, debiendo ésta probar las causales de

exclusión producto de su actuar normal o exento de reproche y del mismo modo que el daño sufrido por el particular queda comprendido dentro del que debe soportar normalmente una persona que viva en sociedad, puesto que la administración no se ha apartado de un comportamiento apropiado, mediano o estándar. Por otra, se acude a la noción de falla o falta de servicio, constituida simplemente como un defecto objetivo en el obrar, exenta de aspectos subjetivos, tales como equivocación, desacierto, incorrección, etc.

Ante un defecto en el obrar se podrá argumentar que no se atendió adecuadamente un requerimiento por no existir las condiciones técnicas o humanas, sin embargo, corresponde ponderar si en un servicio público moderno es factible que esas condiciones deban estar disponibles para actuar correctamente, aspecto que importará decidir si es o no factible prescindir de ellas. Esa es la determinación inicial, ante una acción u omisión que origina daño a un administrado se debe precisar si la administración actuó, no lo hizo o lo hizo en forma tardía. El sólo hecho de no actuar o hacerlo de manera tardía es suficiente para establecer la falta de servicio de la Administración, su defensa se radicará en la ausencia de otros de los presupuestos de la responsabilidad. Cuando la Administración actuó, se investigará o mejor dicho se comparará ese actuar con el exigido a un servicio moderno,

conforme a los recursos técnicos y humanos con que debe contar.

No corresponde en este nuevo sistema de responsabilidad hacer aplicación de las normas de los artículos 2314 y 2315 del Código Civil. "Cabe hacer presente que no se utilizó la expresión "responsables civilmente", a fin de evitar confusiones con la responsabilidad civil consagrada en el Código Civil" se indica textual y expresamente en el Informe de la Cuarta Comisión Legislativa (página 164).

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

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

Afirmar una doctrina diversa importa sostener o afirmar un sistema de responsabilidad del Estado Administrador diverso al consagrado en los artículos 4° y 42 de la Ley 18.575.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Carreño y de la prevención su autor.

Rol 791-2010.-

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, Integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sr. Héctor Carreño S., Sr. Pedro Pierry A., Sra. Sonia Araneda B., y Sra. María Eugenia Sandoval G. No firman, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Ministro señor Carreño por estar con permiso y la Ministro señora Araneda por haber cesado en sus funciones. Santiago, 09 de noviembre de 2012.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a nueve de noviembre de dos mil doce, notifique en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.