

Santiago, siete de agosto de dos mil veinte.

Vistos:

En estos autos Rol Corte Suprema N° 306-2020, juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios caratulados "Hernández Céspedes, Marcelo y otros con Fisco de Chile", por sentencia de diecisiete de mayo de dos mil diecinueve, dictada por el Primer Juzgado de Letras de Coyhaique, se rechazó la demanda en todas sus partes.

Apelada que fuera dicha decisión, una sala de la Corte de Apelaciones de Coyhaique la confirmó, sin modificaciones.

En contra de este último fallo, la parte demandante dedujo recurso de casación en el fondo.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que el recurso de nulidad sustancial denuncia la infracción del artículo 1698 del Código Civil, en relación a los artículos 38 de la Constitución Política de la República, 4° de la Ley N°18.575 y artículos 2314 y 2329 del Código Civil, por cuanto, en concepto de los actores, se invirtió el peso de la prueba.

Expresan que, acreditada como está en autos, la perpetración de un delito de violencia innecesaria, causando un daño que provino del disparo de una escopeta institucional de Carabineros de Chile y encontrándose,



además, asentada la relación de causalidad entre una y otro, la carga probatoria pesaba sobre el Fisco de Chile, que debía acreditar que se trató de una fuerza racional y necesaria para el logro del cometido policial.

En otras palabras, aseguran que si un órgano de la Administración causó daño a particulares, debe acreditar que actuó ajustado a derecho y, dado que en este caso no se cumplió con dicha carga procesal, los sentenciadores infringieron el artículo 2314 del Código Civil, al rechazar la pretensión indemnizatoria.

Segundo: Que, culmina el recurso, los yerros jurídicos antes anotados influyeron sustancialmente en lo dispositivo del fallo, por cuanto motivaron el rechazo de una demanda que debió haber sido acogida.

Tercero: Que los antecedentes se inician con la acción entablada por Marcelo Hernández Céspedes, Edumilia Cadín Rogel y Yuli Hernández Cadín, en contra del Fisco de Chile, por los hechos ocurridos el día 15 de marzo de 2012, oportunidad en que el primero de ellos fue herido en el contexto de movilizaciones sociales, por un disparo de Carabineros, recibiendo un perdigón en su ojo derecho y otros en sus piernas.

Explican que el 16 de marzo la víctima fue trasladada al Hospital El Salvador en Santiago, donde se confirmó la pérdida de su ojo derecho, razón por la cual demandan el



daño moral derivado de estos hechos, que cifran para Marcelo Hernández Céspedes en \$500.000.000 (quinientos millones de pesos), además del lucro cesante por 27 años de trabajo, por \$97.200.000 (noventa y siete millones doscientos mil pesos).

En cuanto a la actora Yuli Hernández Cadín, es hija de la víctima y sufrió un daño psicológico por estos hechos, razón por la cual demanda un daño moral \$100.000.000 (cien millones de pesos). Finalmente, la demandante Edumilia Cadín Rogel es su cónyuge, quien alega haber sufrido un perjuicio moral que avalúa en \$150.000.000 (ciento cincuenta millones de pesos).

Todo lo anterior se sustenta en lo establecido en los artículos 38 de la Constitución Política de la República, 4° de la Ley N°18.575 y 2314, 2314 y 2329 del Código Civil, por estimar que la Administración resulta responsable directa de estos hechos, en razón de haber incurrido en una falta de servicio.

Cuarto: Que la sentencia de primer grado razona que la Ley N°18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, reconoce en su artículo 42 la responsabilidad de los órganos de la Administración por los daños que causen por falta de servicio. No obstante, a aquellas instituciones excluidas por el artículo 21 del mismo cuerpo normativo, les resulta aplicable el sistema de



responsabilidad contenido en el derecho común aceptándose también por esa vía la noción de falta de servicio.

En cuanto a los hechos de la causa, se establece que la madrugada del 15 de marzo de 2012, en el desarrollo de actos de protesta realizados por participantes del movimiento social "Aysén, tu problema es mi problema" en la ciudad de Puerto Aysén y atendido el grado de violencia con que se desarrollaron los mismos, intervino la autoridad policial, haciendo uso de sus armas y elementos de disuasión, oportunidad en la que Marcelo Hernández Céspedes, quien participaba en dicha manifestación, fue impactado por un proyectil disparado por funcionarios policiales, el cual le ocasionó lesiones graves y permanentes en su ojo derecho, el que finalmente perdió.

Expone la sentencia que la falta de servicio atribuida a Carabineros de Chile se funda en la comisión de un acto ilícito por parte de los funcionarios policiales, atribuyéndoles culpa o negligencia en su desempeño, sin que el actor haya rendido prueba suficiente que lleve a tal conclusión. En efecto, la investigación seguida ante la Justicia Militar, referida al presunto delito de violencia innecesaria causando lesiones graves, se sobreseyó total y temporalmente con fecha 20 de enero de 2014, expresando la resolución que no existen en dicho proceso *"medios de prueba idóneos que permitan determinar si el uso de la*



escopetas con la que se disparó el cartucho antidisturbios cuya posta causó la lesión, se ajustó o no a los procedimientos y directrices institucionales de control del orden público para la situación que se vivía en esos momentos y en consecuencia, no es posible determinar si su uso correspondió a una fuerza racional y necesaria para el logro del cometido policial en el restablecimiento del orden público". Respecto de la víctima, indica la decisión que "queda en evidencia que los impactos de los proyectiles antidisturbios los recibió por rebote en sus piernas y al agacharse recibió el impacto de otro de estos elementos en su ojo derecho, lo que evidencia que carabineros hizo uso de estos elementos de control de orden público disparando a distancia y al piso como lo dispone la normativa institucional para el uso de escopetas antidisturbios, para evitar causar daños o lesiones mayores".

Por otro lado, los testigos que depusieron en la presente causa, no son presenciales respecto de los hechos.

Atendidas estas circunstancias y sin que exista prueba suficiente que lleve a concluir de manera irrefutable que Carabineros de Chile incurrió en un actuar negligente o culposos que permita tener por configurada su responsabilidad civil en los hechos, no resulta posible arribar a la convicción que los funcionarios policiales hubieran incurrido en una falta de servicio con ocasión de



la lesión sufrida por el actor, razón que conduce al rechazo de la demanda.

Quinto: Que, apelado dicho fallo, la Corte de Apelaciones de Coyhaique razona que pesaba sobre la parte demandante la carga procesal de acreditar los hechos en que funda su pretensión y, en especial, la relación de causalidad que necesariamente debe existir entre el daño cuyo resarcimiento se demanda y la falta de servicio que se imputa al demandado, obligación que no se cumplió en la especie, circunstancia que conduce a confirmar aquello que viene resuelto.

Sexto: Que, conforme se asentó por la Justicia Militar, *"en la madrugada del día 15 de marzo de 2012, pasadas las 4:30 horas, Marcelo Hernández Céspedes concurrió hasta donde se producía un enfrentamiento de pobladores con Carabineros, haciendo uso estos últimos de gases lacrimógenos y escopetas antidisturbios, en un momento en que la situación se puso más violenta, corrió alejándose del lugar, siendo alcanzado en sus piernas por impactos de balines antidisturbios, por lo que ante el dolor detuvo su carrera y se arrodilló, momento en que otro de dichos balines lo impactó en su ojo derecho causándole una contusión ocular severa de su ojo derecho con estallido ocular secundario a contusión, hipema traumático del ojo y hemorragia vítrea secundaria en el mismo, lesiones todas de*



carácter grave con pérdida definitiva de la función del ojo derecho".

No existió discusión entre las partes en que el elemento que causó la lesión del actor es un balón de goma, proveniente de un cartucho antidisturbios disparado por personal de Carabineros el día de los hechos.

Séptimo: Que, conforme al inciso segundo del artículo 101 de la Constitución Política de la República *"Las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública están integradas sólo por Carabineros e Investigaciones. Constituyen la fuerza pública y existen para dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior, en la forma que lo determinen sus respectivas leyes orgánicas"*.

Así también lo establece el artículo 1° de la Ley N°18.961, Ley Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile, al señalar que *"es una Institución policial técnica y de carácter militar, que integra la fuerza pública y existe para dar eficacia al derecho; su finalidad es garantizar y mantener el orden público y la seguridad pública interior en todo el territorio de la República y cumplir las demás funciones que le encomiendan la Constitución y la ley"*.

La función policial es un servicio público continuo y permanente destinado a garantizar el orden y la seguridad en la sociedad y los derechos de las personas. Para este



cometido, Carabineros de Chile, en el desempeño de sus atribuciones, está autorizado legalmente para emplear diversos elementos disuasivos y medios de fuerza en el cumplimiento de su deber.

Sin embargo, el ejercicio de estas funciones debe realizarse estrictamente dentro del marco permitido y, en consecuencia, le asiste responsabilidad respecto de los daños ocasionados a particulares, en tanto sus actuaciones produzcan resultados alejados de la finalidad de resguardo del orden público.

Octavo: Que la atribución de responsabilidad al autor de un hecho por la producción de un resultado no buscado, ha sido abordada por el derecho penal, a propósito del análisis de los elementos subjetivos del tipo y, más específicamente, en relación al estudio de la culpa. Plantea la doctrina: *"la acción integrante de un tipo culposo no se diferencia, en principio, de la que sirve de soporte al hecho doloso. Igual que ésta, consta de una finalidad y manifestación de voluntad. La diferencia consiste en que quien la ejecuta no persigue provocar un resultado típico, sino, por lo común, causar alteraciones lícitas del mundo circundante (...) En consecuencia, el resultado típico de un delito culposo parece desvinculado de la voluntad manifestada por la acción. Y esto es desconcertante, sobre todo si los dos términos no se han*



separado con cuidado. Parece como si en los delitos culposos la acción careciera de relieve y lo único significativo para el derecho fuese la causación de un resultado.

Sin embargo, si se mira de cerca, observaremos que existe aquí un momento subjetivo de importancia, sobre el cual reposa el sentido de la acción culposa. En estos delitos, la producción del resultado es consecuencia de un error sobre el curso causal.

Se produce, en efecto, una divergencia entre el curso causal que el sujeto se representó y quería y el que se materializó. Esa desviación, por otra parte, no fue casual. En la situación dada, el sujeto podía dominar el curso de los acontecimientos y conducir el proceso causal hacia el objetivo que originariamente lo determinó a obrar. No lo hizo. Abandonó las riendas del hecho, aunque hubiera podido cogerlas. En esto radica la esencia de la culpa" (Enrique Cury Urzúa. Derecho Penal, Parte General. Ediciones Universidad Católica de Chile. Décima Edición, año 2011, pág. 331).

Noveno: Que, en consecuencia, quien ejecuta una acción determinada, es responsable de los resultados de aquélla, aun cuando no hubieren sido buscados por el agente, en la medida que dicha atribución nace por el solo hecho de haber puesto en movimiento un determinado curso causal cuyas



consecuencias no fueron suficientemente dominadas por el sujeto.

En el caso de autos, Carabineros de Chile es responsable por velar que el uso de la fuerza conduzca a la consecución de la finalidad buscada, esto es, el resguardo del orden público, más aun cuando se trata del ejercicio de una función pública, debiendo responder cuando se hace uso de la fuerza y se producen resultados alejados de tal objetivo, en tanto la institución es quien, precisamente, se encuentra en posición de evitarlos.

Décimo: Que asentado lo anterior, en aquello que concierne a la fuente legal de dicha responsabilidad, en reiteradas oportunidades esta Corte Suprema ha dicho que respecto de las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile, por estar excluidos de la aplicación del artículo 42 de la Ley N°18.575, se debe tener en consideración el Título XXXV del Libro IV del Código Civil referente a los delitos y cuasidelitos y, específicamente, el artículo 2314 que establece la responsabilidad por el hecho propio, en caso que exista falta de servicio, y los artículos 2320 y 2322 del mismo Código que establecen la responsabilidad por el hecho ajeno, si se trata de una falta personal del o de los funcionarios.

Undécimo: Que, en efecto, tal 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" (considerando décimo cuarto).

"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. Por otra parte la culpa de funcionarios anónimos puede presumirse, como ha hecho en ocasiones la jurisprudencia; y en estos casos la culpa del órgano que se presume de los hechos mismos, constituye la culpa del Estado" (considerando décimo quinto).

Duodécimo: Que despejadas las ideas anteriores corresponde analizar si los hechos de la causa, descritos en el considerando tercero, pueden configurar la falta de servicio demandada, la que como se señaló debe ser reconducida al artículo 2314 del Código Civil, pues en la especie no se esgrime la falta personal de un Carabinero, sino la de una serie de funcionarios anónimos que participaron en los hechos ocurridos el día 15 de marzo de 2012, repeliendo alteraciones del orden público por la vía de utilizar balines de goma, impactando al actor Marcelo Hernández Céspedes en su ojo derecho.

Sobre el particular, los antecedentes no son concluyentes para afirmar si aquel perdigón que impactó en



el rostro del demandante le fue lanzado directamente o constituyó el rebote de uno disparado al piso, como tampoco que éste le impactara en momentos en que se encontraba agachado, aun cuando no existió discusión en orden a que también registró lesiones en sus piernas.

A pesar de lo anterior, lo cierto es que el actor recibió un balín de goma, disparado por Carabineros de Chile, siendo impactado en su ojo derecho, el cual finalmente perdió en razón de las lesiones graves sufridas.

Décimo tercero: Que esta Corte Suprema ha señalado reiteradamente que la falta de servicio se presenta como una deficiencia o mal funcionamiento del servicio en relación a la conducta normal que se espera de él, estimándose que ello concurre cuando aquel no funciona debiendo hacerlo y cuando funciona irregular o tardíamente, operando así como un factor de imputación que genera la consecuente responsabilidad indemnizatoria. Este factor de imputación, al ser reconducido a las normas del Código Civil, determina que la responsabilidad se genera cuando el servicio se presta de forma negligente.

Pues bien, la situación fáctica referida en los motivos que anteceden admite tener por justificados una serie de hechos, los que analizados en su conjunto permiten tener por configurada la falta de servicio o la negligencia



del servicio en los términos del artículo 2314 del Código Civil.

Décimo cuarto: Que conforme a lo expuesto, la falta de servicio en que incurrió Carabineros de Chile es palmaria, puesto que el servicio se prestó en forma negligente, causando daños a un particular, de modo que al no establecerlo así los sentenciadores han incurrido en un error jurídico, infringiendo el artículo 2314 del Código Civil.

Y de conformidad asimismo con lo que disponen los artículos 764, 765, 785 y 805 del Código de Procedimiento Civil, **se acoge** el recurso de casación en el fondo deducido por la parte demandante en contra de la sentencia de cuatro de diciembre de dos mil diecinueve, dictada por la Corte de Apelaciones de Coyhaique, la que por consiguiente es nula y se la reemplaza por la que se dicta a continuación.

Se previene que el Ministro señor Muñoz no comparte los motivos décimo a décimo cuarto, fundando su parecer, para acoger el recurso de casación en el fondo, 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 N°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.

2° En este aspecto, se debe destacar que la norma del inciso segundo del artículo 21 de la Ley N°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.

3° 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 ocasiona el daño al patrimonio de los administrados, en este caso, a la integridad física y psíquica de una persona. "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" (Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, Editorial Civitas, 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.

4° 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.

5° Respecto del Estado Administrador, 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.

6° 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 N°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 N°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"*.

Por la enunciación de los párrafos 1° y 2° del Título II de la Ley N°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.

7° 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 deben 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 un sistema de responsabilidad del Estado Administrador diverso al consagrado en los artículos 4° y 42 de la Ley 18.575.

8° 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 el resguardo del orden público es un deber legal de Carabineros de Chile, de modo que los medios con que cuenta deben utilizarse exclusivamente en dichos fines, generándose responsabilidad en el caso de



materializarse resultados alejados de tal finalidad, como ocurrió en la especie, lo cual importa una evidente falta de servicio, por cuanto Carabineros no está autorizado para ocasionar lesiones a la población en la represión de desórdenes públicos. El sólo hecho de producir heridas de distinta consideración a una persona constituye una actuación que no ampara el ordenamiento jurídico, puesto que no se ha alegado y menos probado un contexto de legítima defensa de parte de los funcionarios policiales, los cuales, incluso, no han sido individualizados.

Es por ello que en la circunstancia que esgrime la demanda, existe mayor reproche al producirse la lesión en el ojo derecho del actor.

En efecto, probado el hecho de la lesión grave del demandante y que se hizo uso indiscriminado de las armas por Carabineros, respecto de una persona que no se justificó participara en las acciones que pretendían alterar el orden público, se debe llegar a la conclusión que el servicio no actuó como debía hacerlo, configurándose, como se ha dicho, falta de servicio en su proceder.

9° Que, en consecuencia, en concepto de este previniente, la infracción que motiva el acogimiento del recurso de nulidad sustancial, dice relación con los artículos 38 de la Constitución Política de la República y



4° de la Ley N°18.575, en los términos en que se ha venido razonando.

10° Que, en todo caso, quien previene coincide con el fallo en que el concepto aplicado en el caso de autos es el de falta de servicio, el que se extrae del artículo 4° de la Ley N°18.575.

11° Que, para efectos de obtener la mayoría legal de que trata el artículo 103 del Código Orgánico de Tribunales, en relación a su artículo 72, quien previene no ve obstáculo en que se sustente en otras normas del ordenamiento jurídico que no lo regulan expresamente y solamente se les consideran de una forma general, pero llegando a la misma noción de falta de servicio.

Se previene que el Abogado Integrante señor Pallavicini concurre al acogimiento del recurso de casación en el fondo, por los fundamentos indicados en el fallo, teniendo además, presente:

1° Que, tal como se indica en el fallo, es efectivo que conforme al artículo 21 inciso segundo, de la Ley N°18.575, las normas del Título II no se aplican, entre otros organismos, a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública y que, consecuentemente, Carabineros de Chile queda excluido del título imputativo de la falta de servicio contemplada en el artículo 42 de ese cuerpo legal.



2° Que, en concepto de este disidente, la circunstancia anterior se da por cuanto el artículo 42 -tal como ocurre con el artículo 41- está mal ubicado. En efecto, no se puede olvidar que el inciso primero del artículo 21 señala que "*La organización básica de los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, será la establecida en este Título [II].*". Por ello, este Título II regula la organización de los órganos que detalla el inciso de su artículo 21.

Por el contrario, el artículo 42 no es un precepto relativo a la organización administrativa de los Órganos de la Administración del Estado, sino que uno que regula una materia sustantiva, como es el régimen de responsabilidad civil extracontractual de esas entidades.

3° Que, si bien enfrentar el problema desde esta perspectiva podría resultar extraño, no es menos cierto, primero, que explicaría de manera más sencilla por qué la falta de servicio es el título que justifica la responsabilidad de la Administración del Estado, sin tener que recurrir a una alambicada integración con las normas del Código Civil. Segundo, porque no es el único artículo de este Título que no dice relación con la organización administrativa y respecto del cual se ha admitido que resulta ser de general aplicación. En efecto, el artículo



41 de esta Ley regula la figura de la delegación -tanto de atribuciones, como de firma-.

Dado que la Contraloría General de la República está excluida del Título II, su jefe superior solo podría delegar sus atribuciones o su firma en la medida que su ley orgánica se lo permitiera. Sin embargo, dado que ningún artículo de la Ley N° 10.336 faculta al Contralor General para delegar en los términos que se explicaron, en principio, no podría hacerlo -lo propio ocurre con las Fuerzas Armadas-. Pese a ello, en los hechos esa autoridad históricamente ha utilizado esta técnica de distribución de competencias, sin que ello haya sido cuestionado en sede jurisdiccional. La explicación es la misma que la dada anteriormente; el artículo 41 no es una norma organizativa y, consecuentemente, es de general aplicación para todos los Órganos de la Administración del Estado.

4° Que, sin perjuicio de lo hasta ahora indicado, lo cierto es que el citado artículo 42 -que, por cierto, no se da por infringido en el recurso en estudio- fue ubicado por el legislador en un título que, tal como se dijo, no es aplicable a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, situación que obliga a estimar que la responsabilidad por falta de servicio de dichos órganos arranca directamente del artículo 2314 del Código Civil, por ser ésta la regla



general en materia de responsabilidad, en los términos en que se viene resolviendo.

Acordada con el **voto en contra** de la Ministra señora Sandoval y el Abogado Integrante señor Pierry, quienes estuvieron por el rechazo del arbitrio de nulidad sustancial, teniendo para ello presente:

1° Que, a diferencia de aquello que expresan los recurrentes y, tal como viene resuelto, la carga probatoria en relación a los hechos en que se funda la pretensión recaía sobre la parte demandante, quien debía acreditar especialmente la existencia de la falta de servicio alegada y su vínculo causal con los daños que afirman haber sufrido los actores.

En otras palabras, no basta que los actores afirmen que Carabineros de Chile incurrió en la falta de servicio imputada para poner a la institución en la necesidad de acreditar su propia diligencia. Ello es especialmente relevante en el caso de autos, por cuanto la autoridad se hallaba ejerciendo su facultad legal del uso de la fuerza, ante la ocurrencia de hechos que requerían una pronta restauración del orden público, para cuyo efecto se utilizaron los medios disponibles de forma gradual, entre ellos, las escopetas antidisturbios.

2° Que, en este sentido, no existe prueba alguna en autos que dé cuenta de un actuar antijurídico de los



funcionarios policiales, por cuanto no está discutido que actuaron en el marco de una alteración del orden público, sin que se hubiere allegado algún medio probatorio que dé cuenta que ello implicó un incumplimiento a los protocolos, normas y procedimientos que deben seguirse al efecto.

3° Que, a mayor abundamiento, la investigación realizada por la Fiscalía Militar resultó concluyente en señalar que no existieron medios de prueba para determinar *"si el uso de la escopeta con la que se disparó el cartucho antidisturbios cuya posta causó la lesión, se ajustó o no a los procedimientos y directrices institucionales de control del orden público para la situación que se vivía en esos momentos y en consecuencia, no es posible determinar si su uso correspondió a una fuerza racional y necesaria para el logro del cometido policial en el restablecimiento del orden público"* (dictamen de fecha catorce de enero de dos mil catorce).

De este modo, concluye este documento que la dinámica de los hechos evidencia que Carabineros hizo uso de los elementos de control disparando a distancia y al piso, según lo dispone la normativa institucional, sin que en autos se hubiere rendido prueba en contrario, siendo aquello carga de la parte demandante.

4° Que, en consecuencia, en concepto de estos disidentes, por no encontrarse acreditados los presupuestos



necesarios para imputar a la demandada una falta de servicio, no se observa que los sentenciadores del grado hubieren incurrido en los yerros jurídicos que se les imputan, todo lo cual conduce al rechazo del arbitrio de nulidad.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del abogado integrante señor Pierry y de la prevención y disidencia, de sus autores.

Rol N° 306-2020.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sr. Leopoldo Llanos S., y de los Abogados Integrantes Sr. Julio Pallavicini M. y Sr. Pedro Pierry A. No firma, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Abogado Integrante Sr. Pallavicini por estar ausente. Santiago, 07 de agosto de 2020.



Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema

En Santiago, a siete de agosto de dos mil veinte, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

