

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN EL CASO ANTUCO. FALTAS NO DESPROVISTAS DE TODO NEXO CON EL SERVICIO

Gonzalo Carrasco Astudillo*

El presente comentario de sentencia analiza críticamente la solución propuesta por la Corte Suprema de Chile para indemnizar por daños y perjuicios a los ex conscriptos sobrevivientes de la tragedia conocida con el nombre “Tragedia de Antuco”. Se analiza cómo la Corte Suprema sigue la doctrina sentada por la jurisprudencia francesa de *faute personnelle non dépourvu de tout lien avec le service* (faltas no desprovistas de todo nexo con el servicio) para atribuir responsabilidad al Estado.

1. Introducción

Dentro de las normas que regulan la responsabilidad del Estado, importancia fundamental cobra la Ley 18.575¹, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo artículo 4° establece:

“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 pudieran afectar al funcionario que los hubiere ocasionado”.

Así mismo, el artículo 44 del mismo cuerpo legal señala:

“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”.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas de Universidad Andrés Bello. Profesor de Derecho Civil de Facultad de Derecho Universidad Andrés Bello. Artículo recibido el 29 de agosto de 2016 y aceptado para su publicación el 27 de octubre de 2016. Correo electrónico: gonzalo.carrasco8@gmail.com

¹ Sin duda es la regulación normativa más importante del Estado.

Y el artículo 42 del mismo cuerpo legal reza:

“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 hubiera incurrido en falta personal”.

Superada la anacrónica doctrina de la inmunidad de la jurisdicción, mediante la cual el soberano establecía el derecho, pero no estaba sujeto a él (y por tanto no era responsable), han surgido en general dos grandes teorías que han estado en pugna², siendo su estudio un análisis clásico en las facultades de derecho, con repercusiones tanto en las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema de Chile.

A grandes rasgos la primera teoría la compone aquella corriente doctrinaria iuspublicista que ha pretendido el divorcio con el derecho privado, con el objeto de obtener una configuración eminentemente autónoma de la responsabilidad estatal, con una estructura compuesta exclusivamente por normas constitucionales. Y una segunda teoría que sostiene que la responsabilidad del Estado es especial, con un fundamento que puede ser constitucional, pero configurado con normas especiales³ y en lo no previsto por ellas, la aplicación del derecho común, es decir el Título xxxiii del Código Civil .

Dentro de las normas especiales que son parte de la configuración de la responsabilidad del Estado se encuentran el artículo 22 N° 2 y 35 del DFL N° 164, Concesiones de Obras Públicas; artículo 142 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades; Título xv, artículo 174 inciso cuarto de la Ley del Tránsito; artículo 14 de la Ley N° 19.799, de documentos y firma electrónica; artículo 21 del Código de Minería; Título III de la Ley N° 19.300, de Bases Generales del Medio Ambiente; artículo 38 de la Ley N° 19.966, sobre Régimen de Garantías en Salud.

En este contexto ilustra la sentencia que ahora comentamos, que hace suyos los avances que ha efectuado la civilística chilena. Es un riesgo para la jurisprudencia asumir los nuevos criterios que se van forjando en la comunidad científica, y aun cuando, tal como se analizará, no sea del todo claro cómo ésta construye dicha responsabilidad extracontractual del Estado, al menos esta sentencia tiene la virtud de asumir el desafío.

El esquema general del comentario se sistematiza con una descripción de los hechos, luego con los argumentos que esgrime el Fisco, poste-

² Una de estas teorías ha sido sustentada principalmente por Eduardo Soto-Kloss.

³ Nicolás ENTEICHE ROSALES, “El fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado Administrador en Chile: revisión de la evolución jurisprudencial (1999-2010)”.

riormente se expone una descripción del contenido de las sentencias de primera y segunda instancia, para ulteriormente describir la decisión de la excelentísima Corte Suprema. Luego se termina con un análisis crítico tanto de la sentencia de primera y de segunda instancia, y fundamentalmente de la sentencia del recurso de casación en el fondo de la Corte Suprema, para luego terminar con una conclusión.

2. Los hechos

El 4 de abril de 2005 hacen ingreso al Regimiento Reforzado N° 17 “Los Ángeles”, aproximadamente 400 varones conscriptos, con el objetivo de dar cumplimiento al servicio militar obligatorio⁴ del Ejército de Chile, en la Ciudad de Los Ángeles.

En mayo del mismo año, acatando una instrucción militar ordenada por el Comandante del Regimiento “Los Ángeles”, 473 uniformados (347 de ellos soldados conscriptos), se trasladan a los refugios Mariscal Alcázar y Los Barros, ubicados en las cercanías del volcán Antuco, zona precordillerana de la VIII Región del Bío-Bío, al mando del Comandante del Batallón de Infantería.

Al finalizar la primera parte de la misión ordenada, el oficial a cargo de ésta envía al Jefe de Instrucción del Regimiento (su superior jerárquico), un documento que contiene las fechas y horas para el retorno del batallón. Éstas son aprobadas, lo que permite a la primera compañía de Plana Mayor, Logística y Cazadores, iniciar la marcha el 17 de mayo. Durante el retorno, la señalada Compañía es alcanzada en el descenso por el inicio de una tormenta.

La segunda compañía de Morteros y Andina, sin ninguna información de las condiciones climáticas señaladas, realizaron su partida desde Los Barros, a las 05.00 horas del 18 de mayo, siendo azotada por la tormenta de “viento blanco”⁵, a las orillas del lago Laja, en donde se pierde su pista.

⁴ El Servicio Militar Obligatorio se define de acuerdo al Decreto Ley 2306 “Sobre reclutamiento y movilización de Fuerzas Armadas” de 2005, en el artículo 12 N° 49 como “Forma de cumplir el deber militar, que impone a los chilenos llamados a recibir instrucción militar en las Fuerzas Armadas por un período determinado, en virtud de un Decreto Supremo de convocatoria”. Cabe mencionar que el mismo Decreto Ley 2306 establece una conscripción obligatoria parcial, y no total.

⁵ Según la American Meteorological Society, el “viento blanco” o “blizzard” se define como “una condición de tiempo severo caracterizado por fuertes vientos y visibilidad reducida debido a la caída de nieve y viento”. El Servicio Meteorológico Nacional de Estados Unidos señala que “es un sostenido viento o ráfagas de 16 metros por segundo

Posteriormente, la tercera compañía de Ingenieros es informada de la tempestad y logra regresar al refugio de Los Barros, donde permanecieron a salvo sus 112 integrantes.

El contingente militar debía avanzar del refugio de Los Barros al albergue de La Cortina, separados por 24 kilómetros bajo severas condiciones meteorológicas, que los lleva a marchar durante dos días sin encontrar el rumbo de regreso.

En efecto, los conscriptos sin contar con la implementación necesaria para soportar temperaturas bajo los -10° C y sin vestimenta, telecomunicación, alimentos, etc., terminan falleciendo en el cumplimiento de la instrucción militar. Esta tragedia acabó con la vida de un sargento y de 57⁶ conscriptos chilenos.⁷

Los ex conscriptos del Ejército sobrevivientes demandan de indemnización de perjuicios al Estado, persiguiendo hacer efectiva la responsabilidad extracontractual por los daños que sufrieron como consecuencia de los hechos ya señalados. El Juzgado de Letras acoge la demanda por falta de servicio condenando al Fisco al pago de 25 millones de pesos a cada uno de los actores por concepto de daño moral. El Tribunal de Alzada, confirma la sentencia definitiva impugnada por el Fisco. Posteriormente el Fisco recurre de casación en el fondo, recurso desestimado por la Excelentísima Corte Suprema, toda vez que si bien la sentencia impugnada adolece de error de derecho, dicho yerro no tiene influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, desde que se trató de una falta personal que, al estar vinculada a la función, si compromete la responsabilidad estatal.

3. Argumentos esgrimidos por el fisco de Chile

Luego de la teoría de la responsabilidad de derecho público, tanto la doctrina civil como la doctrina administrativista han ido armonizando sus

(30 kt o 35 millas por hora) o mayor, acompañado de nieve, con frecuencia reduciendo la visibilidad a menos de 400 metros (0,25 millas) de 3 horas o más. Las definiciones anteriores también incluyen una condición de baja temperatura, del orden de -7° C (20° F) o menos, o -12° C (10° F) o menos (ventisca severa). El nombre se originó en los Estados Unidos, pero también se utiliza en otros países. En la Antártida se le da el nombre a los vientos otoñales violentos fuera de la capa de hielo. En el sureste de Francia, el viento frío del norte de nieve se denomina tormenta de nieve. Disponible en <http://glossary.ametsoc.org/wiki/Blizzard>, [fecha de consulta: 6 de mayo de 2016]. La traducción al español es nuestra.

⁶ En 57 muertos fija el número de muertos el considerando segundo de la sentencia.

⁷ Historia de la Ley 20.195, que autoriza erigir un monumento en memoria de los fallecidos en la tragedia de Antuco.

posiciones en orden a la interpretación de la responsabilidad del Estado. Si bien nos parece correcta la postura de EDUARDO SOTO-KLOSS, respecto a sostener que el hombre tiene una primacía originaria por sobre cualquier otra consideración, ergo la persona humana tendría una primacía por sobre el Estado, lo cual sirve de fundamento para hacerlo responsable, nos parece también excesivo el voluntarismo, que en ocasiones es radical, de postular un sistema de responsabilidad exclusivamente público, sin la complementación de la demás normativa vigente sobre responsabilidad. Se observa que una cosa es que el deber de responder del Estado por sus acciones u omisiones tenga su fundamento en normas y principios de la Constitución (principalmente el art. 38 inciso segundo), y otra distinta es que el régimen de dicha responsabilidad no esté fijado en la normativa constitucional, sino que se haya delegado al legislador⁸.

En la sentencia que ahora comentamos, el Fisco denuncia que habría infracción del artículo 1698 del Código Civil, en relación a los artículos 1437, 2314 y 2329 del mismo cuerpo normativo y artículo 42 de la Ley N° 18.575. Es decir, que el yerro jurídico se produce por cuanto la sentencia de la Corte de Alzada afirma que existe relación causal entre el hecho ilícito imputado y el daño alegado por los actores, sin que éste hubiese sido acreditado por los demandantes, toda vez que correspondía a aquellos la prueba de este nexo causal. En efecto, de acuerdo al Fisco, esto no habría sucedido en conformidad con el artículo 1698 del Código Civil.

La fundamentación de lo sostenido por el Fisco arranca de la sentencia penal militar dictada en autos Rol N° 310-2005 del Tercer Juzgado Militar de Valdivia, sentencia que según el Fisco jamás establece la relación causal que los sentenciadores han fijado, sino que en el proceso solo se condenó a los miembros del ejército por su responsabilidad en la muerte de 57 conscriptos, sin que existiera alguna referencia a los daños sufridos por los demás soldados que formaron parte de la marcha.

Finalmente, en razón de lo anterior es que existe una infracción de los artículos 1437, 2314 y 2329 inciso primero del Código Civil, ya que en virtud de estas normas se construye la exigencia de la relación de causalidad. En efecto, señala el considerando Segundo de la sentencia que:

“para que nazca la responsabilidad del Estado es necesario que estén acreditados todos los requisitos que son exigidos, entre los que se encuentra la relación de causalidad”.

⁸ Hernán CORRAL TALCIANI, *Lecciones de Responsabilidad Extracontractual*, p. 320.

Posteriormente, el Fisco denuncia infracción de ley de los artículos 1° de la Ley 18.948 y 2320, 2322 y 2284 del Código Civil. La razón de esto radica en que se opusieron las excepciones contempladas en los artículos 2320 y 2322, puesto que la sentencia del proceso penal militar, ya señalado anteriormente, sentenció por los delitos de “abandono de deberes militares” y “cuasidelito de homicidio”. En efecto, el ejercicio intelectual del Juzgado Militar de fijar la conducta en un hecho típico, configura la controversia sub lite como una “falta personalísima” atribuible a cada uno de ellos y no al Estado, ya que las conductas desplegadas por los condenados en sede penal no pudieron ser evitadas por el Fisco, quien adicionalmente ejerció las actividades correspondientes a la vigilancia e instrucción oportunas para evitar el riesgo, capacitando al personal al mando de la marcha. Así, el considerando tercero, parte final señala:

“[El Fisco] Señala que las características del hecho que fue imputado permite la natural separación entre el comportamiento y la función pública, es decir, intelectualmente se puede decir que al cometer los actos que fueron reprochados penalmente los sujetos no actuaron como agentes públicos, ya que se apartaron o separaron de su carácter de funcionarios. Agrega que también la conducta es separable de la función, porque al disponerse a cometer los delitos, los autores voluntariamente abandonaron y se apartaron radicalmente de su calidad de funcionarios”.

En efecto, el reproche personalísimo efectuado en sede penal conduce a la conclusión de que dicho reproche no dice relación con una deficiencia en el funcionamiento del Fisco, considerado éste como institución. Por tanto concluye que intelectualmente se puede afirmar que en los actos sancionados penalmente los sujetos no actuaron como agentes públicos, porque voluntariamente abandonaron y se apartaron de forma radical de su calidad de funcionarios públicos.

4. Descripción del contenido de las sentencias de primera y segunda instancia

Nos parece necesario efectuar una breve descripción de los fallos de primera y segunda instancia, en razón de que metodológicamente nos permite situarnos de mejor manera para la comprensión de la decisión final sostenida por la Excelentísima Corte Suprema, en la sentencia del recurso de casación en el fondo interpuesto por el Fisco.

1) EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Del texto de la demanda, junto con la defensa del demandado, el Tribunal de primera instancia logra fijar como hechos no controvertidos de la causa:

- a) que el 18 de mayo de 2005, los actores cumplían su servicio militar obligatorio y realizaban un entrenamiento militar en terreno en el sector cordillerano de “Los Barros”, día en que se efectuó una marcha de repliegue del contingente hacia el refugio del Ejército en el sector de “La Cortina”;
- b) que durante la marcha se produjo una tormenta de nieve denominada “viento blanco”, resultando fallecidos algunos conscriptos y los actores, sobrevivientes (sic); y
- c) que oficiales y funcionarios de planta del Ejército de Chile fueron condenados penalmente con motivo de estos hechos.

Asimismo, fija como controversia la discrepancia de:

- a) si los hechos son causados por caso fortuito o fuerza mayor;
 - b) acerca de la existencia de los perjuicios cuya indemnización se pretende; y
 - c) acerca de la responsabilidad del demandado en su producción.
- El fallo es confuso en el considerando décimo tercero, al sostener:

“Que la responsabilidad civil del Estado proviene de las normas constitucionales señaladas, las que por su rango y jerarquía superior a la ley, prefieren sobre esta” (sic).

¿Qué quiere decir este considerando? ¿Que se aplican las normas constitucionales con prescindencia de las normas de rango legal? O bien ¿Que el fundamento de la responsabilidad estatal está en las normas constitucionales, pero que existen normas de rango legal que complementan la atribución de responsabilidad estatal? Es poco clara la sentencia en este sentido.

La confusión encuentra su origen en un error grave de comprensión de la Ley N° 18.575, en su artículo 21 inciso segundo, el cual establece:

“Las normas del presente Título no se aplicarán a la Contraloría General de la República, al Banco Central, a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, a los Gobiernos Regionales, a las Municipalidades, al Consejo Nacional de Televisión y a las empresas públicas creadas por ley, órganos que se regirán por las normas constitucionales pertinentes y por sus respectivas leyes orgánicas constitucionales o de quorum calificado, según corresponda”⁹.

⁹ El destacado es nuestro.

En efecto, señala el considerando décimo segundo, párrafo final del fallo de primera instancia:

“Esta norma introduce una grave perturbación en la inteligencia de los artículos citados al excluir a las instituciones citadas, las que entonces serían únicamente reguladas por el artículo 38 de la Constitución Política de la República de Chile y el artículo 4° de la ley n° 18.575” (sic).

Es claro en este caso que no se alcanza el principio “*iura novit curia*”, por cuanto el Juzgado de Letras mal entiende la norma señalada, en razón de que el artículo 21 inciso segundo, al excluir a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad, junto a las demás instituciones que contiene, las excluye sólo en lo que se refiere a la organización y funcionamiento de las Fuerzas Armadas. Al respecto, señala el considerando trigésimo:

“La aplicación del artículo 21 de la Ley N° 18.575 lo es exclusivamente en lo que toca a la organización y funcionamiento de las Fuerzas Armadas, algo que es sistemáticamente coherente con la especial estructuración y organicidad que a esos institutos reconocen sus respectivos estatutos, parecer que encuentra asidero en el examen de la evolución normativa y en la historia fidedigna de su establecimiento” (Considerando cuarto de la sentencia Rol 24984-2014).

Esto ya había sido señalado por la Corte Suprema tiempo atrás, en la sentencia Rol 24984-2014, que cita la Ilustrísima Corte de Apelaciones en el fallo de segunda instancia para aclarar la “perturbación en la inteligencia” que le provocó al Juzgado de Letras aquella norma. Por tanto la jurisprudencia del máximo Tribunal ya había aclarado el punto, con anterioridad al caso que ahora se analiza.

2) *EL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA*

Vista la resolución de primera instancia, el Fisco interpone recurso de casación en la forma fundándose en la causal establecida en el artículo 768 N° 5, relacionándolo con el artículo 170 N° 4, sosteniendo que la sentencia de primera instancia no contiene los fundamentos de hecho y de derecho que sirven para tener por acreditada la falta de servicio imputada al Estado.

Por otro lado, en la interposición del recurso de apelación por parte del Fisco, este medio de impugnación se fundamenta sobre tres elementos principales:

- a) existencia del caso fortuito;
- b) la falta personalísima en la conducta de los funcionarios a cargo del contingente; y
- c) que los daños padecidos por los demandantes fueron previamente indemnizados.

Sobre la base de estas alegaciones, la Corte de Apelaciones fija un marco de presupuesto teórico de rango constitucional para dictar su sentencia, amparándose en los principios fundamentales que inspiran nuestra Carta Magna, tales como las responsabilidades y sanciones que se originan por la contravención del principio de legalidad, desprendido del capítulo “Bases de la Institucionalidad” de la Constitución Política, precisando que esta responsabilidad fijada por el constituyente:

“(...) asegura uno de los pilares fundamentales del estado de derecho, cual es el límite que presenta para la actuación de la Administración, los derechos fundamentales de los derechos”¹⁰ (sic).

En efecto, a través del prisma de lo que sería un Estado de Derecho, la Corte de Apelaciones caracteriza la responsabilidad estatal como una de “*tipo genérico*”, puesto que emana de la naturaleza misma de la actividad estatal. Así, la Corte entiende la naturaleza estatal como una comunidad de tipo jurídico-político cuyas acciones realizadas en el marco del funcionamiento de un Estado de Derecho, desarrolla las funciones que le correspondan.

Es así como la Corte fundamenta la definición jurisprudencial de falta de servicio, señalando en el considerando 15° que:

“(...) se produce cuando se presenta una deficiencia o mal funcionamiento del servicio en relación con lo que debería haber sido su comportamiento normal y que de ello se siga daño, lo que puede ocurrir cuando el servicio no funcionó debiendo hacerlo, cuando el servicio funcionó irregularmente y cuando el servicio funcionó tardíamente y de la demora se han seguido perjuicios”.

En este sentido, nos parece loable que la Corte de Apelaciones de Concepción quiera reafirmar jurisprudencialmente el concepto de falta de servicio. Y sin perjuicio de esto, va más allá, realizando un intento de sistematización de las normas que sirven de base positiva-legal para abstraer y configurar la “*responsabilidad del Estado por falta de servicio*”. De esta manera, la responsabilidad estatal por falta de servicio estaría fundada

¹⁰ Considerando 13°

normativamente en los artículos 6°, 7°, 38 inciso segundo de la Constitución Política; y en el artículo 1°, 4° y 42 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado N° 18.575¹¹.

En este sentido ¿Cuándo hay responsabilidad del Estado por falta de servicio? Ya de manera uniforme con la doctrina y jurisprudencia anterior, podemos decir que en síntesis la habrá *cuando los órganos o agentes estatales no han actuado, debiendo hacerlo, o cuando su accionar ha sido tardío o deficiente, y que de ello se siga un daño a los particulares usuarios del servicio público*. Así, los requisitos para que proceda son:

- a) Que exista una norma de derecho positivo que obligue a la Administración a prestar el servicio;
- b) Que se acredite que el servicio no se prestó o se prestó en forma inadecuada o tardíamente;
- c) Que se pruebe el perjuicio; y
- d) Que se pruebe que el perjuicio se produjo por falta de servicio (nexo causal).

De esta manera, la Corte de Alzada señala respecto al primer requisito, que éste se cumpliría en razón del Decreto Ley N° 2.306 de 1978¹² y de la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas N° 18.948¹³. En efecto, de las normas contenidas en los dos cuerpos legales citados se colige que los actores se encontraban realizando el servicio militar, y por tanto se encontraban sujetos a las instrucciones del personal de planta del Ejército de Chile, y por otro lado al cuidado y responsabilidad del mismo personal.

Respecto al segundo requisito, la Corte de Alzada señala que los funcionarios de planta incurrieron en negligencias inexcusables que configurarían la hipótesis de falta de servicio al infringir el deber de cuidado al que estaban obligados al ejercer el mando sobre los actores.

El tercer requisito se cumple, según la Corte, en consideración a que es el mismo Fisco quien reconoce la existencia de perjuicios, ya que éste habría adoptado medidas de reparación del daño sufrido por los actores. Aunque precisa que dicha reparación no se hizo como concepto de indemnización de perjuicios, como así lo sostiene el recurrente, sino que aquella reparación cabe dentro del concepto de liberalidad.

¹¹ Corresponde precisar que la Corte de Apelaciones, a diferencia del Tribunal de primera instancia, señala y hace hincapié en que el inciso segundo del artículo 1° de la ley 18.575 menciona como componentes de la Administración del Estado las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública. Pensamos que este hincapié es el que lleva al razonamiento final de la sentencia.

¹² Específicamente los artículos 42 A y 42 B.

¹³ Específicamente los artículos 1° y 2°.

Sobre el cuarto requisito, es de manifiesto, según el razonar de la Corte, ya que el nexo causal es claro toda vez que la conducta ilícita por la que resultó condenado el personal de la planta del Ejército de Chile es causa directa e inmediata de los daños que sufrieron los actores.

Así las cosas, finalmente la Corte de Alzada concluye que si bien existe una falta personal, considerando que los funcionarios de planta del Ejército de Chile fueron condenados penalmente, y por tanto no habría en dicha sentencia penal una configuración de falta de servicio, es también claro que el servicio no puede separarse de la falta, ya que “la falta personal ha sido cometida en ejercicio de la función pública”.

En consideración a todo lo anterior, la Corte de Apelaciones confirma el fallo de primera instancia que acogió la demanda, ordenando el pago de \$ 25.000.000 (pesos chilenos) en favor de cada uno de los actores, como indemnización de perjuicios por daño moral.

5. Decisión de la Excelentísima Corte Suprema

Finalmente, con la confirmación del fallo de primera instancia de la Corte de Apelaciones, el Fisco de Chile decide interponer un recurso de casación en el fondo, por infracción de los artículos 1698 del Código civil, en relación a los artículos 1437, 2314 y 2329 del mismo texto legal, e infracción al artículo 42 de la Ley 18.575.

Sostiene el recurrente que el yerro jurídico está fundamentado por cuanto los sentenciadores anteriores sostienen que existe relación causal entre el hecho ilícito imputado y el daño alegado por los actores, sin que éste hubiese sido acreditado en el proceso. En efecto, al ser el nexo causal un requisito para que proceda la responsabilidad estatal, de acuerdo al artículo 1698, debió corresponderle al actor su prueba, pero sin embargo la Corte de Apelaciones afirma que existe relación de causalidad entre la falta de servicio y los daños alegados, fundándose de manera exclusiva en la sentencia penal militar Rol N° 310-2005 del tercer Juzgado Militar de Valdivia.

Sostiene además el Fisco que la Corte de Apelaciones no ha considerado que los actores obraron con infracción reglamentaria, incurriendo en una falta personalísima, por lo que procedía acoger las excepciones opuestas, toda vez que las conductas desplegadas por aquellos no pudieron ser evitadas por el Fisco, quien ejerció actividades de vigilancia e instrucción oportunas para evitar los riesgos.

Además, señala el Fisco que los delitos y cuasidelitos especificados en la sentencia penal militar son un reproche personalísimo respecto de los

autores, y ello no implica deficiencia en el funcionamiento de sí mismo como institución. En efecto, el considerando sexto de la sentencia que ahora comentamos señala:

“Que, a través del arbitrio en estudio se atribuyen a los sentenciadores haber incurrido en errores de derecho que se relacionan con dos materias específicas: la relación de causalidad y el rechazo de la alegación de no configurarse la falta de servicio por estar ante una falta personalísima de los funcionarios del ejército condenados penalmente en la causa N° 310-2005; sin embargo, el examen de la normativa que rige la materia permite descartar los errores de derecho alegados, según se analizará a continuación”.

Finalmente postula como argumento que

“la conducta es separable de la función, porque al disponerse a cometer los delitos, los autores voluntariamente abandonaron y se apartaron radicalmente de su calidad de funcionarios públicos”.

Sin embargo, la Corte Suprema rechaza el recurso de casación en el fondo, descartándolo por adolecer de manifiesta falta de fundamentos, toda vez que en lo que respecta a la relación causal, ésta tiene un aspecto fáctico y otro aspecto normativo, siendo cuestionado por el Fisco solo el primer aspecto, cuestión que en la especie no resiste análisis. La Corte Suprema en este sentido es clara en declarar que la relación causal quedó establecida en primera y segunda instancia, ya que quedó establecido que los actores eran conscriptos que participaron en la marcha del 18 de mayo de 2005, y que a raíz de aquel suceso se produjeron los daños, reconocidos incluso por el Fisco.

Respecto a lo sostenido por el Fisco, en orden a que la conducta es separable de la función, la Corte Suprema rechaza aquel argumento al sostener que quedó asentada la existencia de una falta personal imposible de desvincular con la función pública desplegada por el agente del Estado, es decir el Ejército de Chile.

6. Análisis crítico de las sentencias de primera y segunda instancia y decisión de la Corte Suprema

Respecto a la sentencia de primera instancia, cabe sostener que es correcto el razonamiento del Juzgado de Letras en orden a desestimar la excepción de caso fortuito sostenido por el Fisco. Esta sentencia hace suyas las pala-

bras del profesor ENRIQUE BARROS BOURIE, al afirmar que el caso fortuito como eximente de responsabilidad

“alude a circunstancias que no pudieron ser objeto de deliberación al momento de actuar y que, por lo tanto, no pueden atribuirse a una falta de diligencia exigida”¹⁴.

Por tanto, al ser reconocido por el mismo Fisco que la marcha se inició con mal tiempo, resulta claro que se obró sin el cuidado que ordinariamente un hombre prudente hubiere empleado en este caso, es decir, el cerciorarse de manera previa que no existiera ningún peligro o indicio de él.

También nos parece correcta la afirmación, apoyada en la doctrina, que afirma que la falta de servicio exige calificar de defectuoso el funcionamiento del servicio público. Esa calificación supone comparar el servicio efectivamente prestado con el que se debió ejecutar por el municipio u otro órgano de la Administración del Estado. Es correcto afirmar por la sentencia de primera instancia, junto con BARROS BOURIE, que la responsabilidad por falta de servicio “supone un *juicio de valor* acerca del nivel y calidad de servicio que era exigible del municipio o del órgano de administración”¹⁵.

Sin embargo, es un error sostener que existe una falta de servicio, toda vez que en los hechos de autos lo que existe es sin duda una falta personal, que tiene una “vinculación directa” con el servicio prestado, ya que se actuó en función de él. Es de ahí de donde emana la responsabilidad estatal que finalmente señalará la Corte Suprema al conocer del recurso de casación en el fondo.

Respecto a la sentencia de la Corte de Alzada, ésta es correcta en su razonamiento, porque si bien existe una falta personal, teniendo en consideración que los funcionarios de planta del Ejército de Chile fueron condenados penalmente, y por tanto no habría en dicha sentencia penal una configuración de falta de servicio, es también claro que el servicio no puede separarse de la falta, ya que “la falta personal ha sido cometida en ejercicio de la función pública”.

La Corte de Apelaciones asume el reto de reintegrar el concepto de falta personal y falta de servicio en este caso. La doctrina francesa señala hace ya bastante tiempo que la falta personal puede coexistir con la falta de servicio. En efecto, puede haber coexistencia de ambas faltas y “al resultar una falta personal no completamente desligada del servi-

¹⁴ Enrique BARROS BOURIE, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, pág. 90.

¹⁵ *Ibid.*, pp. 485-486.

cio, su efecto es la acumulación, esto es, que la víctima de la falta puede elegir entre demandar al agente responsable o bien a la Administración del Estado”¹⁶. En este sentido, si bien la Corte no se pronuncia sobre una posible acumulación, al menos trasciende la clásica clasificación entre falta personal y falta de servicio¹⁷⁻¹⁸.

Por otra parte, en lo que dice relación a la desestimación del recurso de casación en la forma, fundado en que la sentencia no contiene fundamentos de hecho y de derecho, según el Fisco, se desprende de la sola lectura de la sentencia de primera instancia, que ésta si contiene, en la parte considerativa, los fundamentos fácticos y jurídicos necesarios y suficientes para dar cumplimiento a la exigencia del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, respecto a las formas de las sentencias.

El recurso de casación en la forma interpuesto por el Fisco es tremendamente débil, toda vez que sostiene que no existen fundamentos de hecho y de derecho, cuando debió sostener, si esa era su intención, que estos fundamentos eran insuficientes. La “*no existencia de fundamentos de hecho y de derecho*” y la “*ausencia de fundamentos suficientes*” son cosas distintas. Por tanto, es correcto sostener que el recurrente yerra al invocar la causal de nulidad, y en razón de esto es que el recurso no prospera.

Respecto a la relación de causalidad aquí sostenida y analizada por la Corte Suprema, podemos señalar que el nexo causal, respecto a la responsabilidad estatal

“no se trata de un vínculo de causalidad meramente empírico o material, sino que es necesario acreditar una causalidad normativa: es decir, que, atendido el curso causal de los hechos, es razonable y justo imponer sus consecuencias al Estado que no prestó sus servicios en la forma adecuada”¹⁹.

Así mismo, la Corte Suprema vuelve a sostener, al igual que la Corte de Apelaciones, que la falta personal no se encuentra desprovista de vínculo con el servicio, sino que se ha cometido en el ejercicio del mismo, tal como lo sostiene el fallo impugnado. En efecto, los hechos descritos en la primera parte de este comentario demuestran un entorno que está

¹⁶ Georges VEDEL, *Derecho administrativo*, pp. 297-298.

¹⁷ Se configura la falta personal cada vez que el hecho dañoso provocado por el agente está desprovisto de todo vínculo con el servicio.

¹⁸ Señalan MAZEAUD Y TUNC que “por ello la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo para considerar a la falta de servicio, en el estado puro, como una culpa de la Administración. Así los cita Pedro PIERRY ARRAU, “¿Es objetiva la Responsabilidad del Estado? Estado actual de la jurisprudencia”, p. 14.

¹⁹ Hernán CORRAL TALCIANI, “La responsabilidad de los órganos del Estado: ¿Régimen constitucional o régimen civil?”, p. 22.

vinculado al servicio del que formaban parte los soldados conscriptos, lo que evidencia una clara relación entre la falta personal y el servicio.

La Corte Suprema razona correctamente sobre el concepto de falta personal vinculada al servicio. En efecto, una falta personal se encuentra desvinculada del ejercicio de la función cuando el acto realizado obedece a motivos personales o cuando se ha obrado con la intención de agraviar²⁰. Es decir, que el motivo de la separación entre la falta personal y el servicio, cuando la falta se comete en él, puede ser la existencia de una separación material o bien psicológica. Así, todo lo anterior lleva a concluir que la falta personal sí se encuentra vinculada con el servicio prestado.

Es por esto, que en el considerando 7° párrafo final, el Tribunal de Casación señala:

“En consecuencia, el Estado no puede desvincularse de la falta personal en que han incurrido sus agentes, por cuanto ha sido éste quien ha instalado a los conscriptos afectados en una determinada misión militar y les ha impuesto además la obligación de cumplir con los ejercicios o actividades de instrucción, de modo que la acción desplegada por los funcionarios condenados penalmente *no se encuentra desprovista de vínculo con el servicio, sino que por el contrario, se ha cometido en el ejercicio de la función*, la que se ha ejecutado indebidamente, comprometiendo por tanto la responsabilidad estatal”²¹.

Por tanto, razona correctamente la Corte Suprema toda vez que concluye que se asienta la existencia de una falta personal inescindible de la función pública desplegada por el agente del Estado, tal como lo afirma en el considerando 12°.

Con todo este razonamiento de los Tribunales de Justicia, en especial por la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema, podemos afirmar que parece ya superada aquella doctrina iuspublicista que sostenía la imposibilidad de que las normas del Derecho Civil fueran aplicadas al Estado y sus órganos.

7. Conclusión

Comentar una sentencia que condene al Estado al pago de una indemnización por ser responsable de un daño que no debió ser soportado por la víctima, en cierto modo, es positivo. VON IHERING señala en este sentido

²⁰ Pedro PIERRY ARRAU, “La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio”, p. 14.

²¹ El destacado es nuestro.

que la subordinación del Estado al derecho otorga garantías respecto al sentimiento nacional del derecho, sentimiento que se vivifica cuando el orden jurídico se aplica desde su cúspide hasta las capas inferiores. Por tanto, sentencias en que se condene al Estado, como la que se analiza acá, tienen como cierto aspecto positivo la provocación del sentimiento del orden, que “no puede nacer en el servidor si el mismo amo provoca de hecho la imposibilidad del orden; de igual manera el sentimiento del derecho permanecerá extraño al súbdito del Estado, si este mismo estruja bajo los pies de sus propias leyes” (IHERING, 1968).²²

La sentencia de la Corte Suprema analizada en este comentario tiene la virtud, junto con las sentencias de primera y segunda instancia, de provocar un sentimiento del orden en el sentido en que IHERING señala, y además en segundo lugar, y más concretamente en lo que dice relación con la responsabilidad extracontractual del Estado, de asumir las nuevas tendencias modernas de los conceptos de la responsabilidad.

De este modo, el argumento que postulan algunos profesores del Derecho público en el sentido de que las reglas del Código Civil serían imposibles de aplicar al Estado y sus órganos porque siendo personas colectivas, no pueden incurrir en actitudes dolosas o culposas, deja de tener fundamento.

La Corte Suprema razona correctamente sobre el concepto de falta personal vinculada al servicio. Una falta personal se encuentra desvinculada del ejercicio de la función, cuando el acto realizado obedece a motivos personales o cuando se ha obrado con la intención de agraviar. Es decir, que el motivo de la separación entre la falta personal y el servicio, cuando la falta se comete en él, puede ser la existencia de una separación material o bien psicológica. Así, todo lo anterior lleva a concluir que en el caso Antuco la falta personal sí se encuentra vinculada con el servicio prestado.

Además, un análisis detenido de la sentencia lleva a distinguir entre tres situaciones jurídicas distintas respecto a la falta de servicio y la falta personal:

- a) la falta personal se separa de la falta de servicio y no se conecta con ésta última;
- b) la falta personal no se separa de la falta de servicio y existe una conexión entre ellas;
- c) aquel caso en que se superponen dos faltas, una falta de servicio y una falta personal.

La sentencia ahora comentada entra dentro de la segunda calificación.

Estas tres situaciones jurídicas que se pueden inferir de la sentencia de la Corte Suprema ya fueron aceptadas por la jurisprudencia francesa

²² VON IHERING, R., *El fin del Derecho (Zweck im Recht)*, p. 237.

en el año 1949 en el caso “*Mimeur, Defaux et Besthelsemer*”, que fijó la doctrina de *faute personnelle non dépourvu de tout lien avec le service* (faltas no desprovistas de todo nexo con el servicio). Por tanto, podemos terminar concluyendo también que en este caso se sigue a la jurisprudencia francesa para obtener una solución en “la tragedia de Antuco”.

Bibliografía citada

- AMERICAN METEOROLOGICAL SOCIETY GLOSARY, Disponible en <http://glossary.ametsoc.org/wiki/Blizzard>, [fecha de consulta: 6 de mayo de 2016].
- BARROS BOURIE, Enrique: *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2007.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de Responsabilidad Extracontractual*, Ed. Thomson Reuters, 2ª Edición, 2013.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, “La responsabilidad de los órganos del Estado: ¿Régimen constitucional o régimen civil?”, en BARAONA (coord.), *La responsabilidad de las entidades corporativas*, Santiago, Universidad de los Andes, 2003, pp. 21-45.
- ENTEICHE ROSALES, Nicolás, “El fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado Administrador en Chile: revisión de la evolución jurisprudencial (1999-2010)”, en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 23, Santiago, 2011, pp. 109-135.
- PIERRY ARRAU, Pedro, “¿Es objetiva la Responsabilidad del Estado? Estado actual de la jurisprudencia”, en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, N° 11, Santiago, 2004, pp. 73-84.
- PIERRY ARRAU, Pedro, “La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio”, en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, N° 1, Santiago, 2000, pp. 31-71.
- VEDEL, Georges, *Derecho administrativo*, 6ª ed., Madrid, Aguilar, 1980.
- VON IHERING, R., *El fin del Derecho (Zweck im Recht)*, Traducción de Leonardo RODRÍGUEZ, Madrid, B. Rodríguez Serra, 1911.

NORMAS CITADAS

- Constitución Política de la República de Chile
- Código Civil
- Código de Minería
- Decreto con Fuerza Ley N° 164, de 1991, Concesiones de Obras Públicas
- Decreto Ley N° 2.306 de 10 de septiembre de 2005, Sobre reclutamiento y movilización de Fuerzas Armadas

Ley N° 18.290, de 7 de febrero de 1984, De Tránsito
Ley 18.575, de 5 de diciembre de 1986, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado
Ley N° 18.695, de 26 de julio de 2006, Orgánica Constitucional de Municipalidades
Ley N° 18.948, de 27 de febrero de 1990, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas
Ley N° 19.300, de 9 de marzo de 1994, De Bases Generales del Medio Ambiente
Ley N° 19.799, de 12 de abril de 2002, Sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma.
Ley N° 19.966, de 3 de septiembre de 2004, sobre Régimen de Garantías en Salud
Ley 20.195, de 3 de agosto de 2007, Que autoriza erigir un monumento en memoria de los fallecidos en la tragedia de Antuco.

JURISPRUDENCIA CITADA

León con Fisco (2014) 2° Juzgado Civil de Concepción, Rol 3.864-2009, 6 de septiembre de 2014
León con Fisco (2015) Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 1697-2014, 31 de diciembre de 2015
León con Fisco (2016) Corte Suprema, Rol N 16.269-2016, 2 de mayo de 2016