

# RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA ACTUACIÓN DE LAS POLICÍAS. EL ESTÁNDAR DE FALTA DE SERVICIO EN LA INVESTIGACIÓN DELICTUAL. EL CASO “FUNDO ALASKA” SCS ROL N° 97186-2020

EDUARDO CORDERO Q<sup>1</sup>.

**RESUMEN:** Se analiza la sentencia de la Corte Suprema en el denominado caso “Fundo Alaska”, por el cual se condena al Estado a indemnizar el daño moral sufrido por las víctimas del delito de abigeato ocurrido en la Región de la Araucanía, debido a la falta de diligencia de Carabineros en la investigación. En este caso, se da cuenta de la consolidación de ciertos criterios para deslindar los diversos ámbitos de regulación de responsabilidad del Estado y se hace un análisis crítico de la determinación de la indemnización del daño moral, considerando la ausencia de incentivos para que las autoridades y agentes corrijan efectivamente su conducta y cumplan con su deber de garantes.

**PALABRAS CLAVE:** daño moral, responsabilidad patrimonial del Estado, Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, falta de servicio, diligencia en la investigación.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Los hechos y los pronunciamientos de los tribunales de la instancia. 3. El régimen de responsabilidad de los órganos de la Administración del Estado. 4. El estándar de diligencia en la investigación y la configuración de falta de servicio. 5. La determinación del daño y, en particular, del daño moral. 6. Conclusiones. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

La sentencia de la Corte Suprema de fecha 13 de mayo de 2021, en el caso caratulado “Meier Müller Víctor con Consejo de Defensa del Estado”, Rol N° 97.186-2020, conocida como “Fundo Alaska”,

<sup>1</sup> Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid (España). Master en Política Territorial y Urbanística de la misma Universidad.

nos plantea una serie de aspectos de interés en relación con el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado, dando cuenta de la consolidación de algunos criterios jurisprudenciales, pero al mismo tiempo innovando en la forma de abordar diversos aspectos del funcionamiento anormal de los servicios públicos y los criterios para determinar el monto de la indemnización por el daño causado.

Para tal efecto, haremos una relación de los hechos que han dado lugar a este pronunciamiento (2), para luego hacer un análisis particular de los aspectos más relevantes contenidos en la sentencia, como es el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado aplicable por actos u omisiones del Ministerio Público y Carabineros de Chile (3); la falta de servicio como factor de imputación de responsabilidad y su aplicación respecto de los estándares de diligencia que se deben cumplir en las investigaciones por delitos (4) y los criterios para determinar el daño, su naturaleza y el monto de la indemnización (5).

## 2. LOS HECHOS Y LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LOS TRIBUNALES DE LA INSTANCIA

La sentencia de reemplazo de la Corte Suprema se detiene en establecer los hechos o supuestos fácticos sobre los que deben pronunciarse, los que se pueden sintetizar en los siguientes puntos.

- a) En la madrugada del día 9 de agosto de 2014, le fueron sustraídos al actor 58 vacunos de diferentes razas desde su fundo San Sebastián ubicado en la Comuna de Victoria, Región de La Araucanía.
- b) Los referidos animales fueron ingresados al Fundo Alaska de la comunidad Temucuicui, siendo esparcidos por el lugar con la finalidad de no ser ubicados.
- c) Este ilícito se enmarcaría dentro del denominado “conflicto mapuche”.
- d) El 11 de agosto de 2011 (sic), se emitió Orden de Investigar por el Fiscal Adjunto de la Fiscalía de Victoria.
- e) En el informe de la referida Orden se estableció que las huellas de los animales se dirigían a la comunidad Temucuicui<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> “Meier Müller Víctor con Consejo de Defensa del Estado”, sentencia de 13 de mayo de 2021, causa Rol N° 97.186-2020 de la Corte Suprema, considerando 3°.

A lo anterior, se debe agregar que Carabineros no ingresó al Fundo Alaska, limitándose a realizar un sobrevuelo del sector. Sobre este punto volveremos más adelante, para determinar el estándar de conducta que se debió haber cumplido en estas diligencias investigativas.

Frente a estos hechos, el principal afectado, de iniciales V.M.M., propietario del Fundo San Sebastián, demandó de indemnización de perjuicios al Fisco de Chile. En primer lugar, fundó su acción en la responsabilidad extracontractual originada por la falta de servicio sobre la base de dos líneas argumentales:

- a) la política implementada por el Estado para la asignación de tierras a comunidades indígenas, pues a juicio del demandante, habría contribuido a aumentar la violencia en la zona debido a que la autoridad privilegiaba y asignaba terrenos a comunidades que utilizan la fuerza y los ilícitos como mecanismos de presión para acceder a las mismas, y;
- b) la omisión de resguardo y protección en que habrían incurrido los organismos estatales encargados del orden y seguridad pública. En este caso, afirma que Carabineros sabía que los animales que le fueron sustraídos ilícitamente de su predio fueron llevados al Fundo Alaska, pero no ingresaron a dicho lugar porque éste se habría transformado en una zona de la Araucanía vedada para el Estado y, por tanto, en la que no se aplica la ley, lo cual da cuenta de la impunidad y el perjuicio que sufre su parte.

Luego, en subsidio de lo anterior y sobre la base de los mismos hechos, invoca la responsabilidad extracontractual emanada del Derecho común, particularmente de los artículos 2314, 2315 y 2320 del Código Civil, y sobre la base del principio de la reparación integral.

A su vez, la defensa del Fisco se sustentó en dos líneas claramente definidas. En primer término, en su opinión el objeto de la demanda era someter a conocimiento de los tribunales “el conflicto mapuche”, que era un fenómeno social de ribetes profundos y complejos en el plano étnico, cultural, sociológico e histórico. Además, en el fondo, en dicho libelo se contenía una crítica genérica de carácter político respecto a las autoridades gubernamentales y a las políticas públicas de los distintos gobiernos, que no se vinculaba necesariamente con el abigeato que sufrió el demandante.

En segundo lugar, y en lo que nos interesa, el Fisco sostuvo que no concurrían los elementos para sostener una responsabilidad por falta de servicio, sobre la base que el Ministerio Público y las Policías habrían cumplido con su cometido de investigar el delito, aunque en definitiva se determinó no perseverar en el procedimiento. Lo importante es que el Fisco sostuvo que el estándar de conducta exigido sobrepasaría todo límite razonable en materia de seguridad pública, como sería el deber que tendría el Estado para evitar la comisión de determinados delitos en un área geográfica tan vasta como la Región de la Araucanía.

La demanda fue rechazada por el Tercer Juzgado Civil de Temuco, sentencia que fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Temuco. Por lo tanto, el demandante interpuso un recurso de casación en la forma y otro en el fondo en contra de dicha resolución, asunto que llegó a conocimiento de la Corte Suprema. Sin embargo, nuestro máximo tribunal tomó la decisión de pronunciarse de oficio respecto de la validez de la sentencia, conforme al artículo 775 del Código de Procedimiento Civil, pues entendió que esta no se encontraba extendida legalmente, al no ponderar toda la prueba rendida en autos<sup>3</sup>. Esto da lugar a la sentencia de reemplazo cuyo contenido analizaremos en los siguientes apartados.

### 3. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

#### **A) Las bases del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado y la distinción en razón del órgano que causa el daño**

El concepto de Estado de Derecho supone una serie de premisas básicas. Por una parte, existe el hecho asumido de que el Estado es una persona jurídica y, en cuanto tal, se encuentra sometido al ordenamiento jurídico en sus conductas y actuaciones, ya sea como

---

<sup>3</sup> “Meier Müller Víctor con Consejo de Defensa del Estado” (2021), considerando 4º: “los jueces, para dar estricto cumplimiento a lo dispuesto por el legislador, deben ponderar toda la prueba rendida en autos, tanto aquella en que se sustenta la decisión como la descartada o la que no logra producir la convicción del sentenciador en el establecimiento de los hechos, lo cual no se logra con la simple enunciación de tales elementos, sino que con una valoración racional y pormenorizada de los mismos”.

titular de poder público o de simples derechos de contenido patrimonial. A su vez, aquello también supone que en sus vínculos con los ciudadanos se traban auténticas relaciones jurídicas, todas ellas sujetas a un ordenamiento preexistente, encabezadas por la Carta fundamental.

Por otra parte, el concepto de responsabilidad es inherente al Estado de Derecho, además de ser un concepto jurídico fundamental, sin el cual no es posible comprender y entender el Derecho como realidad normativa. A su vez, desde la perspectiva político-institucional, el reconocimiento de Chile como república democrática (artículo 4° de la Constitución Política de la República de Chile, en adelante “la Constitución”) y la interdicción de personas o grupos privilegiados (artículo 19 N° 2 de la Constitución), solo permite llegar a una conclusión: tanto gobernantes como gobernados son responsables de sus actos. De esta forma, toda potencial inmunidad o restricciones a la posibilidad de hacer efectiva esta responsabilidad constituyen excepciones y, en muchos casos, auténticas vulneraciones a estos principios consagrados en nuestra Carta fundamental.

Por su parte, es la propia Constitución la que reconoce el deber del Estado de responder frente a los daños, privaciones o menoscabos que se produzcan en la esfera jurídica de las personas, más aún cuando estos no se encuentran en el deber o posición jurídica de tener que asumir dicha carga. Así se desprende del reconocimiento de la dignidad e igualdad de toda persona, la servicialidad del Estado, el deber estatal de promover el bien común (artículo 1° de la Constitución), el carácter republicano y democrático de nuestro Estado (artículo 4° de la Constitución), los límites a su soberanía (artículo 5° de la Constitución), el respeto del principio de legalidad (artículos 6° y 7° de la Constitución), la igualdad ante a la ley y la interdicción de la arbitrariedad (artículo 19 N° 2 de la Constitución), la igual repartición de las cargas públicas (artículo 19 N° 20 de la Constitución), la protección de la propiedad, de los objetos en que recae y de las facultades esenciales que esta comprende (artículo 19 N° 24 de la Constitución), etc.

Por lo tanto, el Estado en cuanto persona jurídica es responsable de los daños que cause como consecuencia de su actividad, siempre que los particulares no se encuentren en el deber de soportar dicha carga. Ante esta premisa no resulta admisible aceptar una interpre-

tación que permita sostener ámbitos de inmunidad de la actividad estatal. Además, las normas legales que así lo establezcan incurren en una abierta inconstitucionalidad<sup>4</sup>.

Ahora bien, este tema está estrechamente vinculado con la garantía patrimonial que se reconoce a toda persona por la Constitución. En sus términos más simples, equivale al derecho de los particulares a mantener la integridad del valor económico de su patrimonio frente a las privaciones singulares de que este pueda ser objeto por parte de los poderes públicos. Estas privaciones pueden tener lugar por dos vías principales: bien mediante la expropiación forzosa, esto es, mediante la privación de un bien o derecho decidida de manera voluntaria y consciente por la Administración, o bien mediante la causación de un daño o perjuicio de modo incidental, consecuen- cial o no querido (p. ej., los producidos por el atropello de un vehículo oficial o las lesiones causadas por violencias innecesarias)<sup>5</sup>.

Ahora bien, tradicionalmente la doctrina ha distinguido el régimen de la responsabilidad sobre la base de las distintas funciones del Estado. Así se habla de responsabilidad Estado-Legislador, Estado-Juez y Estado-Administración. Lo curioso es que no se establece un régimen uniforme en cada uno de estos casos, siendo que el sujeto autor del daño es único: el Estado. A su vez, el nivel de avance es dispar en cada uno de estos ámbitos, ya que mientras se ha experimentado un notable desarrollo en la doctrina, la jurisprudencia y en la regulación de la responsabilidad de la Administración del

---

<sup>4</sup> CORDERO, Eduardo (2015): la ampliación del régimen de responsabilidad del Estado Juez a propósito de las sentencias de la corte suprema en los casos de medidas cautelares privativas de libertad y los errores judiciales fuera del ámbito penal, en *Sentencias Destacadas 2015* (Santiago, Libertad y Desarrollo), p. 16 y siguientes.

<sup>5</sup> La Constitución ha incorporado ambas técnicas de garantía a su articulado:

- De una parte, la expropiación, en su artículo 19 N° 24 inciso cuarto: “nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales”.
- De otra, la responsabilidad patrimonial de los entes públicos, en su artículo 38 inciso segundo: “cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”.

Estado, aquello ha sido más lento respecto de la responsabilidad por actividad del Poder Judicial y poco menos que incipiente respecto del Estado-Legislador o regulador. Además, esta separación clásica no considera otras funciones del Estado que son difíciles de encasillar en estas categorías, como sucede por ejemplo, con los actos del Ministerio Público, que tiene también una regulación especial, aunque sigue actuando bajo la personalidad jurídica del Estado.

### **B) La responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado y la falta de servicio como factor de atribución**

La responsabilidad del poder público es fruto de un proceso histórico de conquista del Estado por el Derecho y se ha generalizado en los sistemas jurídicos de nuestro entorno político y cultural. Inicialmente y hasta bien entrado el siglo XIX, la interpretación tradicional y el arraigo del principio de soberanía con su consecuencia, cifrada en la máxima de origen medieval *the king can do not wrong* (el Rey no puede causar daño), suponían un obstáculo prácticamente insalvable para la admisión de la responsabilidad del poder, incluido el administrativo. Desde esa desfavorable situación de partida, por unas u otras vías y al compás del crecimiento en cantidad y calidad de la actividad del Estado, su responsabilidad se ha ido abriendo paso, hasta su afirmación actual.

En el caso de Chile, el tema de la responsabilidad se ha construido fundamentalmente sobre las base de la jurisprudencia, que ha ido recogiendo las categorías civiles utilizando la vieja figura del Fisco, hasta encontrar fundamentos en la Constitución y en una legislación administrativa general y del ámbito municipal que no ha entregado una regulación acabada y menos aún una posición más o menos aceptada por la generalidad de la doctrina y la jurisprudencia.

El recorrido y las tendencias es bastante conocido: desde la temprana aplicación de criterios de derecho público (1890-1938); hasta el reconocimiento de la irresponsabilidad del Estado por el hecho de sus agentes o funcionarios (1938); para luego aplicar normas civiles asentadas en la teoría del Fisco respecto de actos de mera gestión (1941); para reconocer la responsabilidad por actos de autoridad ilícitos (1964-1981); hasta el reconocimiento del deber de reparación considerando la posición de la persona afectada en relación con la igualdad en las cargas públicas que debe asumir,

independiente de que se trata de una actividad legítima de la Administración (1984-2003). Sin embargo, desde el año 2010 en adelante la jurisprudencia ha establecido como condición esencial para condenar al Estado la existencia de un factor de imputación muy preciso: la falta de servicio, descartando –salvo por norma especial expresa– toda responsabilidad producto de actos lícitos, aunque produzcan un sacrificio especial o el quiebre del principio de igualdad ante las cargas públicas.

Este cambio de criterio se aprecia en dos sentencias que son de obligada referencia. Primero, en el caso “Hexágono con Fisco” de 1987, donde se afirma que:

“ [...] el hecho de quedar sin indemnizar un daño producido por el Estado a una víctima que jurídicamente no está obligada a soportar, constituye no solo una violación al derecho de propiedad al ser privado de lo suyo, pues todo daño significa un detrimento, lesión o menoscabo de lo que le pertenece, sino que además, una violación: al principio constitucional de la igual repartición de las cargas públicas y de la igualdad ante la ley, al gravar a un particular de una manera especial haciéndole soportar una carga en mayor medida que a los otros.

Todo daño inferido a un tercero por un órgano del Estado y que no esté amparado por las normas constitucionales, genera responsabilidad para éste conforme lo preceptúa la Constitución expresamente (arts. 6, 7, 19 N° 24 y 19 N° 20) y la Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (Ley N° 18.575, arts. 4° y 44, en adelante “Ley N° 18.575”)<sup>6</sup>.

Luego, en la sentencia “Sociedad Inmobiliaria Maullín” de 2010, dirá en términos categóricos que no hay norma sustantiva en la Carta Fundamental sobre la obligación indemnizatoria señalando que:

“no hay norma sustantiva en la Carta Fundamental sobre la obligación indemnizatoria.

[...] no hay normativa que consagre la pretendida obligación indemnizatoria por infracción a los artículos 19 N° 20 y

<sup>6</sup> Sentencia de 28 de julio de 1987, causa Rol N° 2695-83 de la Corte Suprema, que hace suya la sentencia de primera instancia.

Nº 24 de la Constitución Política y por tal razón la mención de los preceptos constitucionales en el recurso de nulidad de fondo atribuyendo su falta de aplicación por los juzgadores resulta injustificada”<sup>7</sup>.

En el mismo sentido, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, al señalar que nuestra Constitución “[...] no adhiere a un modelo determinado de responsabilidad, en su artículo 38, inciso segundo, remite al legislador, que en el artículo 44 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado consulta la falta de servicio como factor de imputación general, descartando la responsabilidad objetiva, salvo en aquellos casos en que el legislador, por excepción, la considera expresamente. En esta dirección discurre la sistemática jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema”<sup>8</sup>.

De esta forma, se ha establecido en Chile que los órganos de la Administración del Estado solo son responsables en los supuestos que sus acciones u omisiones dañosas se pueda imputar a falta de servicio, entregando al legislador la posibilidad de determinar con discrecionalidad los supuestos en que su actividad legítima pueda dar lugar al deber de indemnizar, alejándose de la jurisprudencia que había primado entre los años 1981-2010 y especialmente los modelos comparados.

En este caso, la sentencia en el caso “Fundo Alaska” sigue este criterio, pero con una variante importante, al sostener que la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado encuentra fundamento en la Constitución, cuestión que se desconocía en el caso

---

<sup>7</sup> Sentencia de 05 de octubre de 2010, causa Rol Nº 552-2008 de la Corte Suprema, considerandos 39 y 40. Este criterio se ha reiterado en diversas sentencias posteriores, como “Productos Fernández S.A. con Ministerio de Salud” sentencia de 20 de noviembre de 2012, causa Rol Nº 9924-2010 de la Corte Suprema, por la prohibición de ingreso de productos de origen canadiense, por un caso de “vaca loca” ocurrida en dicho país; “Ensquerré Hermanos Limitada con Municipalidad de Concepción” sentencia de 30 de diciembre de 2013, causa Rol Nº 4043-2013 de la Corte Suprema, por la calificación de inmueble de Conservación Histórica; y en “Universidad de Magallanes con Servicio Agrícola y Ganadero” sentencia de 8 de abril de 2013, causa Rol Nº 8.079-2010 de la Corte Suprema, por la cuarentena y el posterior sacrificio de cerca de 100 especies bobinas importadas desde Argentina.

<sup>8</sup> Sentencia de 10 de abril de 2014, causa Rol Nº 2438-2013 del Tribunal Constitucional, considerando 23º.

“Sociedad Inmobiliaria Maullín” (2010), pero que se corrigió en la sentencia “Jaramillo con Fisco” (2017)<sup>9</sup>. Así, se indica:

“que la jurisprudencia en la actualidad, en lo relativo a la responsabilidad del Estado Administrador, a partir una interpretación armónica de lo dispuesto en los artículos 2°, 4°, 5°, 6°, 7° y 38 de la Constitución Política de la República en relación a los artículos 4° y 42 del D.F.L N° 1 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, ha evolucionado hasta llegar a un estado pacífico, en cuanto a sostener que dicho instituto se funda exclusivamente en las referidas normas y tiene como factor de imputación la “falta de servicio, que 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 el servicio no funciona debiendo hacerlo, lo hace en forma irregular y/o lo hace tardíamente, operando así como un factor de imputación que genera la consecuente responsabilidad indemnizatoria”<sup>10</sup>.

Por lo tanto, para nuestra jurisprudencia la falta de servicio constituye la regla general como factor de atribución para establecer la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado<sup>11</sup>. Esta figura se introduce por primera vez en nuestro ordenamiento por el Decreto Ley N° 1.289, de 1976, Ley Orgánica de Municipalidades de 1976, disposición que sería tributaria del desarrollo de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Sentencia de 24 de abril de 2017, causa Rol N° 52.961-2016 de la Corte Suprema, en particular su considerando 11°. En el mismo sentido, la sentencia “Luchsinger-Mackay” de 5 de agosto de 2021, causa Rol N° 82-2021 de la Corte Suprema, en particular los considerandos 15° a 17°.

<sup>10</sup> “Meier Müller Víctor con Consejo de Defensa del Estado” (2021), considerando 4° de la sentencia de reemplazo.

<sup>11</sup> Una posición crítica se puede ver en Soto KLoss, Eduardo (2005): “Falta de Servicio ¿Régimen general de la Responsabilidad del Estado-Administración en Chile? (El Derecho ¿Arte de Magia?)”, en *Responsabilidad del Estado Administración*, (Universidad Santo Tomás, Santiago), p. 129.

<sup>12</sup> PIERRY, Pedro (2017): “De la responsabilidad extracontractual de las Municipalidades”, en *Derecho Administrativo. Obra Reunida* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso), pp. 486-500, publicado originalmente en Revista de Ciencias Sociales, año 1978, N° 12, pp. 167-184. A este respecto sostiene que: “la institución francesa de la responsabilidad extracontractual del Estado descansa básicamente en la distinción entre falta personal y falta de servicio; obra de la jurisprudencia del Consejo de Estado y construida al margen del Código Civil. Esta distinción permitió considerar a la Administración como responsable, sin recurrir a la noción de culpa o dolo por parte del

Este sistema se estructura a partir del incumplimiento del funcionamiento normal del servicio, esto es, que el órgano no se ha comportado como debía, lo que se manifiesta en un funcionamiento irregular o defectuoso de la función administrativa, debiendo apreciarse la misma, no en relación a la culpa del agente, sino de acuerdo a las leyes y reglamentos que rigen la función y al daño causado al administrado<sup>13</sup>. En consecuencia, se trata de una responsabilidad anónima, que identifica al Estado como causante del daño y no al funcionario que, en concreto, lo ha generado<sup>14</sup>.

Así, esta figura implica que el Estado no se hace responsable por todos los daños que pueden sufrir los ciudadanos producto de la actividad estatal, sino que es necesario un juicio de carácter comparativo-objetivo de la actuación del servicio público y un estándar relativo a cómo este debería haber actuado, esto es, en atención a ciertos “parámetros de normalidad”. El juicio busca determinar la mala organización o el funcionamiento defectuoso del servicio, lo cual deberá ser apreciado en forma objetiva, teniendo como referencia lo que en derecho corresponde exigir a un servicio público moderno, es decir, aquello que debe ser un comportamiento normal. La única forma que tendrá el Estado para excusarse será probar el cumplimiento normal del servicio, sin considerar la conducta del funcionario público que materialmente llevó a cabo la actuación administrativa, circunstancia que la distingue de la responsabilidad civil por culpa<sup>15</sup>.

---

funcionario o agente público. La falta de servicio la constituye una mala organización o funcionamiento defectuoso de la Administración, ambas nociones apreciadas objetivamente y referidas a lo que puede exigirse de un servicio público moderno, y a lo que debe ser su comportamiento normal. Si por esta falta de servicio se ocasiona un daño a un particular, la Administración deberá indemnizarlo”.

<sup>13</sup> Véase BENOIT, Francis (1968): “Le droit administratif français”, (Paris, Dalloz), p. 709.

<sup>14</sup> Sin perjuicio de lo cual, la falta personal del funcionario podrá ser considerada como un elemento que integre la falta de servicio, esto es, que permita acreditar la concurrencia de la misma. *Vid.* caso “Castillo con Fisco”, en el cual se analizan los efectos que en sede civil genera una sentencia recaída en la instancia penal. Un análisis de este y otros casos sobre la materia se puede ver en LETELIER WARTENBERG, Raúl (2009): “Un estudio de efectos en las características de la responsabilidad extracontractual del Estado”, en AA.VV. *Responsabilidad extracontractual del Estado* (Santiago, Editorial Metropolitana), p. 200.

<sup>15</sup> CORDERO VEGA, Luis (2015): “Lecciones de Derecho administrativo” (Santiago, Thomson Reuters - La Ley), pp. 723 y siguientes.

### **C) El régimen de responsabilidad de las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública: la extensión de la falta de servicio a partir de la legislación administrativa general**

Si bien la interpretación sostenida por la jurisprudencia de la Corte Suprema respecto del alcance de la falta de servicio como factor de imputación encontraba un fundamento normativo expreso, como es el artículo 42 de la Ley N° 18.575, se presentaba un problema en relación con la ubicación de dicha norma, pues al encontrarse en el Título II de dicho cuerpo legal, se excluía de su aplicación a diversos órganos administrativos.

En efecto, el Título I de la Ley N° 18.575, aplicable a todos los órganos y servicios que forman parte de la Administración del Estado, establece en su artículo 4° que: “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”, sin que se mencione ningún sistema de responsabilidad. Por su parte, el artículo 42 ubicado en el Título II establece un sistema general de responsabilidad por falta de servicio, que resulta aplicable a todos los órganos que forman parte de la Administración del Estado, salvo aquellos que están excluidos expresamente: la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades, el Consejo Nacional de Televisión, al Consejo para la Transparencia y las empresas públicas creadas por ley (artículo 21 de la Ley N° 18.575). En estos casos, dichas entidades se regirán por las normas constitucionales pertinentes y por sus respectivas leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado, según corresponda. Así, por ejemplo, el artículo 152 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, dispone que: “las municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá principalmente por falta de servicio”.

Sin embargo, aquello no sucede con ninguna otra entidad mencionada en el citado inciso 2° del artículo 21 de la Ley N° 18.575, lo que ha planteado una discusión en relación con las normas y el sistema aplicable. Así, por ejemplo, en el caso de los daños que resulten imputables a órganos de las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública. Las soluciones sobre el punto han sido tres.

Una primera opción era aplicar la doctrina de la “responsabilidad objetiva”, a partir de los artículos 38 inciso 2° de la Constitución y 4° de la Ley N° 18.575. En este caso, el planteamiento debía fundarse en la premisa de si la víctima se encuentra en el deber jurídico de soportar el daño, como ya se ha indicado, pero que ha sido abandonado por la jurisprudencia.

Otra posibilidad era aplicar un sistema de falta de servicio a partir de las normas civiles de responsabilidad extracontractual por el hecho propio, particularmente el artículo 2314 del Código Civil, al considerar que el mal funcionamiento del servicio configura una forma de culpa (cuasidelito), que se asimila a la falta de servicio, tal como se sostuvo en el conocido caso “Seguel Cares, Pablo con Fisco” (2008)<sup>16</sup> y se ha reiterado en la jurisprudencia posterior<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Sentencia de 30 de julio de 2009, causa Rol N° 371-2008 de la Corte Suprema. El considerando decimoquinto de esta sentencia resume el criterio de solución seguido por la Corte: “que 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 aplicados 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 fuera distinto al que debiera considerarse 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, en estos casos la culpa del órgano, que se presume de los hechos mismos, constituye la culpa del Estado”.

<sup>17</sup> En el mismo sentido se puede consultar la sentencia “Candia Hernández, Erwin y otra con Fisco” de 23 de mayo de 2012, causa Rol N° 9318-2009 de la Corte Suprema; sentencia “Morales Gamboa, Edith con Fisco” de 14 de enero de 2011, causa Rol N° 7919-2008 de la Corte Suprema; sentencia “González Rodríguez con Fisco” de 28 de marzo de 2013, causa Rol N° 3844-2010 de la Corte Suprema; y “Díaz Castillo y otros con Fisco” de 12 de marzo de 2015, causa Rol N° 24.984-2014 de la Corte Suprema.

Sin embargo, este criterio también ha sido abandonado en el citado caso “Jaramillo Amoyao con Fisco” (2017), aplicando a estas entidades el sistema de falta de servicio, pero recurriendo al artículo 42 de la Ley N° 18.575. En este caso, se entiende que las normas excluidas por el inciso segundo del artículo 21, se refieren exclusivamente a la organización, funcionamiento y carrera funcionaria (atendidos los títulos de los párrafos y las materias de que tratan), sin afectar el régimen de responsabilidad de aquellas instituciones, tal como se afirma en el caso<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> “Jaramillo Amoyao con Fisco” (2017). En su considerando 11° se sostiene: “que, previo al análisis concreto del recurso en estudio, esta Corte considera necesario realizar ciertas precisiones en torno al régimen de responsabilidad de Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile, toda vez que se estima errado el razonamiento esgrimido por los jueces del grado, relacionado con la exclusión de la aplicación del artículo 42 de la Ley N° 18.575, cuestión que determina la aplicación del Título XXXV del Libro IV del Código Civil referente a los delitos y cuasidelitos.

En efecto, 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.

En lo sustancial la jurisprudencia evolucionó hasta reconocer la responsabilidad del Estado-Administrador, siendo pacífico en la actualidad que aquella tiene como factor de imputación la “falta de servicio”, que se presenta como una deficiencia o mal funcionamiento del servicio con relación a la conducta normal que se espera de él, estimándose que ello concurre cuando el servicio no funciona debiendo hacerlo y cuando funciona irregular o tardíamente, operando así como un factor de imputación que genera la consecuente responsabilidad indemnizatoria, siendo del caso destacar que esta responsabilidad tiene su fundamento en los artículos 2°, 4°, 5°, 6°, 7°, 38 de la Constitución Política de la República, 4° y 42 de la Ley 18.575.

Así, es importante precisar que, al contrario de lo señalado por los sentenciadores, la norma del inciso segundo del artículo 21 de la Ley N° 18.575 no excluye la aplicación del concepto de falta de servicio y el consecuente régimen de responsabilidad de Derecho Público a las Fuerzas Armadas, toda vez que tal norma no afecta la disposición del artículo 4°, piedra angular de la responsabilidad de los órganos del Estado, por lo que a su respecto debe atenderse a la concepción de la Administración 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.

Asimismo, se debe enfatizar que las normas excluidas en consideración a lo establecido en el mencionado inciso segundo del artículo 21, se refieren exclusivamente a la organización, funcionamiento y carrera funcionaria (atendidos los títulos de los párrafos y las materias de que tratan), sin afectar el régimen de responsabilidad de aquellas instituciones, interpretación que se impone, no solo por una cuestión de semántica normativa sino porque, como se dijo, no hay afectación del artículo 4° de la referida ley, que 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”. Sin lugar a duda, la Administración del Estado comprende a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, razón por la que su responsabilidad tiene origen indiscutible en las normas de Derecho Público.

Este criterio es reafirmado en “Fundo Alaska”, señalando la Corte Suprema lo siguiente:

“5.- Que, es importante precisar que la norma del inciso segundo del artículo 21 de la Ley N° 18.575 actualizada no excluye la aplicación del concepto de falta de servicio y el consecuente régimen de responsabilidad de Derecho Público a las Fuerzas Armadas, toda vez que tal norma no afecta la disposición del artículo 4°, piedra angular de la responsabilidad de los órganos del Estado, por lo que a su respecto debe atenderse a la concepción de la Administración 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.

6°.- Que, asimismo, se debe enfatizar que las normas excluidas en consideración a lo establecido en el mencionado inciso segundo del artículo 21, se refieren exclusivamente a la organización, funcionamiento y carrera funcionaria (atendidos los títulos de los párrafos y las materias de que tratan), sin afectar

---

Lo anterior es trascendente, toda vez en la actualidad, al alero de la normativa especial que regula la materia, son innecesarios los esfuerzos jurisprudenciales para legitimar la responsabilidad del Estado, por un actuar ilícito de sus agentes, invocando disposiciones de derecho privado. Esto último es importante, por cuanto la evolución del Derecho Público, en especial del Derecho Administrativo, permite sostener que existe un conjunto de principios que orientan la actuación de la autoridad, 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 aquellos exigibles cuando lo hacen con la autoridad o cuando la relación es entre órganos del Estado, son una realidad que no es posible desconocer, no obstante no exista ninguna norma que así lo disponga. Ahora bien, esta realidad distinta, como se dijo, determinó la regulación especial contenida en la Ley N° 18.575, la que no hace más que materializar el principio de responsabilidad de los órganos del Estado consagrada en los artículos 6, 7 y 38 de la Carta Fundamental.

La noción de falta de servicio, como el factor de imputación que genera responsabilidad, excluye toda posibilidad de reconducción al Código Civil, cuestión que impide adicionar exigencias relacionadas con el dolo o culpa del funcionario que actuó como al establecimiento 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 de quien se 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”.

el régimen de responsabilidad de aquellas instituciones, interpretación que se impone, no sólo por una cuestión de semántica normativa sino porque, como se dijo, no hay afectación del artículo 4° de la referida ley, que 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”.

Sin lugar a duda, la Administración del Estado comprende a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, razón por la que su responsabilidad tiene origen indiscutible en las normas de Derecho Público”.

Luego, también se hace cargo de explicar por qué la responsabilidad del Estado no puede quedar sujetas a las normas civiles:

“[...] lo anterior es trascendente, toda vez que en la actualidad, al alero de la normativa especial que regula la materia, son innecesarios los esfuerzos jurisprudenciales para legitimar la responsabilidad del Estado, por un actuar ilícito de sus agentes, invocando disposiciones de derecho privado. Esto último es importante, por cuanto la evolución del Derecho Público, en especial del Derecho Administrativo, permite sostener que existe un conjunto de principios que orientan la actuación de la Autoridad, 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 la relación es entre órganos del Estado, son una realidad que no es posible desconocer, no obstante no exista ninguna norma que así lo disponga”.

Ahora bien, esta realidad distinta, como se dijo, determinó la regulación especial contenida en la Ley N° 18.575, la que no hace más que materializar el principio de responsabilidad de los órganos del Estado consagrada en los artículos 6, 7 y 38 de la Carta Fundamental<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> “Meier Müller Víctor con Consejo de Defensa del Estado” (2021), considerando 6°.

Las consecuencias de esta exclusión de la legislación civil también son expuestas en la propia sentencia:

“7°.- Que, conforme a lo expuesto, la noción de falta de servicio, como el factor de imputación que genera responsabilidad, excluye toda posibilidad de reconducción al Código Civil, cuestión que impide adicionar exigencias relacionadas con el dolo o culpa del funcionario que actuó como al establecimiento 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 de quien se 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”.

En definitiva, la sentencia sostiene que la responsabilidad de la Administración es de carácter directo, no siendo necesario construir un sistema de responsabilidad por el hecho ajeno o de terceros, ya que el funcionario pasa a ocupar un lugar secundario. A su vez, de forma categórica se indica que la víctima no tendría acción en contra del funcionario, a pesar de que no existe norma alguna en tal sentido, ni tampoco se desprende de la historia del artículo 42 de la Ley N° 18.575, que también es citada en la sentencia<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> “Meier Müller Víctor con Consejo de Defensa del Estado” (2021). Señala el considerando 7° que: “abona esta tesis, la historia legislativa del artículo 4 de la Ley N° 18.575, así es como en el Informe de la Cuarta Comisión Legislativa (página 164) se indica textualmente que: “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”. “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 causado 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)”.

#### 4. EL ESTÁNDAR DE DILIGENCIA EN LA INVESTIGACIÓN Y LA CONFIGURACIÓN DE FALTA DE SERVICIO

##### **A) Los deberes de las Policías y su control judicial**

Una vez que se ha determinado el régimen de responsabilidad aplicable, la Corte Suprema se aboca en establecer cuál es el deber que se asigna a las Policías en esta materia y si estas han cumplido con el estándar de diligencia que dicho deber les impone. Esto determina, en una suerte de silogismo, que, cumpliendo con dicho estándar, estamos ante el cumplimiento del deber propio del servicio y, en caso contrario, ante un funcionamiento anormal o falta de servicio que es un factor de imputación de responsabilidad.

Para el análisis, resulta importante establecer tres momentos lógicos en el razonamiento: a) la determinación de cuál es el deber específico que ha de cumplirse por la Administración; b) a consecuencia de aquello, establecer en abstracto cómo debió haberse comportado el órgano o servicio considerando sus circunstancias particulares y medios de los cuales disponía; y c) determinar en concreto si en los hechos el servicio actuó o no conforme a dicho estándar.

En relación con el primer punto, la Corte Suprema se centró en el análisis de un deber muy concreto que se asigna a las Policías: la diligencia en la investigación de determinados delitos. Es muy importante hacer la precisión, porque dado el contexto de violencia y el aumento en la comisión de delitos en contra de las personas y sus bienes, el nivel de diligencia en la actuación de las autoridades reconoce tres hitos muy marcados: a) las medidas de prevención y seguridad pública, b) la persecución de los hechos delictuales cometidos, y c) la investigación de estos una vez radicado su conocimiento e investigación en el Ministerio Público. Se trata de deberes diversos, pero que aparecen estrechamente vinculados y que necesariamente están vinculados a la implementación de políticas, planes y programas en materia de seguridad pública que corresponden a las autoridades gubernativas y que resulta complejo de analizar en sede judicial, sin intervenir dentro del margen de discrecionalidad que se les reconoce en la materia.

Sin embargo, nuestra jurisprudencia ha emitido algunos pronunciamientos que han entrado al fondo del asunto, reconociendo una actuación ineficaz de la autoridad y las Policías, y en la que se

imponen medidas de carácter administrativo que se deben adoptar, que en muchos casos están al límite entre la función jurisdiccional y gubernativa, pero que al parecer resultan necesarias para reforzar el actuar del Estado en estas materias.

Así ha sucedido en el caso de “Empresas y Trabajadores forestales de la Araucanía” (2021)<sup>21</sup>, en el cual se imputaba a las autoridades gubernativas (intendente y gobernadores), por la vía de la acción de protección, respecto de la omisión de una serie de acciones frente a los atentados en diversas zonas de la Región de la Araucanía y en donde se desarrollan faenas forestales, afectando a los trabajadores y empresas del sector. En este caso, la Corte Suprema acogió el recurso y ordenó dos medidas concretas que debían adoptar las autoridades recurridas, como era el registro de las empresas forestales y la constitución de una mesa de trabajo preventivo con presencia de dichas empresas<sup>22</sup>.

En una línea similar nos encontramos con las acciones de protección interpuestas por diversos comerciantes en la ciudad de Concepción –“Comercios de Concepción” (2020)<sup>23</sup>–, ya que con ocasión de las “manifestaciones sociales que se produjeron desde el mes de octubre de 2019, en la ciudad de Concepción, se produjeron alteraciones al orden público, materializadas en disturbios acompañados de hechos de violencia, con robos, saqueos de locales comerciales e incendios que intentaron ser repelidos por las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, mediante el uso de la fuerza, a través de diversos medios, principalmente balines de goma y bombas lacrimógenas”<sup>24</sup>. El

<sup>21</sup> Sentencia de 30 de julio de 2021, causa Rol N° 33.878-2019 de la Corte Suprema.

<sup>22</sup> “Empresas y Trabajadores forestales de la Araucanía” (2021). En su considerando 12° la sentencia señala: “que, en estas condiciones, forzoso es concluir que en la especie se configuran las exigencias propias que hacen procedente la acción cautelar de protección, pues se ha logrado establecer que determinadas autoridades públicas que encabezan el Gobierno y Administración Regional de La Araucanía han incurrido en omisiones arbitrarias, al desconocer la debida y necesaria participación de los recurrentes en el debate de las estrategias para prevenir y/o hacer frente a las situaciones de alteración del orden público que ocurren en la Región, omisión que se ha traducido, a su turno, en una amenaza concreta e identificable a determinados derechos previstos en la Carta Fundamental y de que son titulares los actores, motivo suficiente para acoger el recurso, adoptándose las providencias cautelares urgentes que se dirán, para restablecer el imperio del derecho”.

<sup>23</sup> Sentencia de 25 de agosto de 2020, causa Rol N° s 27.600-2020 de la Corte Suprema y sentencia de 25 de agosto de 2020, causa Rol N° 27.608-2020 de la Corte Suprema.

<sup>24</sup> “Comercios de Concepción” (2020). Considerando 7° en ambas sentencias.

recurso estaba dirigido en contra del Presidente de la República; del Jefe de la Octava Zona de Carabineros; del Prefecto de la Policía de Investigaciones, Zona de Concepción; y de la Fiscal Regional del Bío Bío. Sin embargo, solo fue acogido respecto de dos autoridades: el Jefe de la Octava Zona de Carabineros y el Prefecto de la Policía de Investigaciones. En este caso la Corte Suprema dispuso que dichas autoridades debían coordinarse “en el ejercicio de las funciones que les son propias y actuar de manera conjunta, a fin de propender al resguardo efectivo del orden público en la ciudad de Concepción, sin perjuicio de intensificar las medidas ya adoptadas, insistiendo en ellas de manera proporcional y gradual, conforme a lo que determinen las circunstancias como pertinentes”.

Por último, y en esta misma línea, se encuentra el caso de la acción de protección interpuesta por Casino de Juegos Valdivia S.A. y Servicios Hoteleros y Turísticos S.A. –“Casino y Hotel Dreams” (2021)<sup>25</sup>, que también tuvo lugar en el marco de los hechos ocurridos durante el estallido social. El casino sufrió daños de gravedad en sus instalaciones y solicitó que el Estado dispusiera de fuerzas idóneas y suficientes que permitieran garantizar el orden y la seguridad pública. En este caso, se acogió el recurso solo en cuanto se ordenó a la Intendencia de la Región de los Ríos intensificar las medidas ya adoptadas, insistiendo en ellas conforme a lo que determinen las circunstancias como pertinente.

Quizás donde el tema adopta particular interés se presenta en los supuestos de que las medidas de prevención y resguardo no son eficaces, y esto se traduce en daños personales y patrimoniales producto de la comisión de delitos que no se han podido evitar por parte de las Policías, como sucedió en el caso “Luchsinger-Mackay” (2021)<sup>26</sup>. En esta causa se condenó al Fisco de Chile a indemnizar sobre la base de que era conocido para las autoridades de la zona las amenazas que habían recibido las víctimas y el ambiente de tensión que reinaba en el sector, por lo que era exigible a las Fuerzas de Orden y Seguridad, para ese día, la obligación de considerar el inmueble de estos como un punto al cual se debía resguardar. Por lo tanto, dicha abstención fue decisiva en el resultado, es decir, que las Fuerzas de Orden y Seguridad no cumplieran con su deber de

<sup>25</sup> Sentencia de 24 de septiembre de 2020, causa Rol N° 27.627-2020 de la Corte Suprema.

<sup>26</sup> “Luchsinger-Mackay” (2021).

garantes, tanto respecto a su posición de control de la fuente de peligro que le era conocida y también previsible, como frente a los bienes jurídicos que se encontraban en la obligación de defender<sup>27</sup>.

Ahora bien, se ha de tener presente que, en todos estos casos, los pronunciamientos dicen relación con las medidas de seguridad pública, ya sea para prevenir estos hechos o reprimirlos de manera eficaz. A su vez, se marca un punto de inflexión en relación con la naturaleza que tienen los deberes estatales en la materia, puesto que ya no solo coloca el acento en los instrumentos que se deben utilizar, sino que también en la eficacia de las medidas<sup>28</sup>. Por último, las medidas de prevención exigidas no son uniformes ni tienen la misma determinación en cada caso, pues en unos se ordena la conformación de mesas de trabajo con las víctimas y otros solo hace un llamado general de atención para reforzar las acciones realizadas. En cambio, en el caso “Luchsinger-Mackay” (2021) se establece un estándar concreto de actuación que debían cumplir las Policías y que, al no haberlo realizado, se configura un supuesto de falta de servicio.

## **B) La relación Ministerio Público y Policías: la eficacia de las diligencias de investigación de delitos**

En el otro extremo, se encuentra el problema que nos interesa: la eficacia en las medidas de investigación de los delitos. En principio, en esta labor converge la actuación del Ministerio Público y las Policías, que están sujetos a regímenes de responsabilidad diverso, sin perjuicio de que en algunos supuestos también concurre la autoridad judicial, también con un marco normativo distinto.

De esta forma, es posible apreciar una relación que se produce entre responsabilidad del Estado por error judicial (artículo 19 N° 7 letra i de la Constitución) y del Ministerio Público (artículo 5° de la Ley N° 19.640), especialmente en los casos de adopción de medidas cautelares, medidas intrusivas y condena de inocentes, en las cuales

<sup>27</sup> “Luchsinger-Mackay” (2021). Considerandos 19 y 20.

<sup>28</sup> Como bien lo destaca Luis Cordero, en un comienzo nuestra jurisprudencia sostuvo que los problemas de orden y seguridad pública solo imponían a la Administración una obligación de medios, no siendo posible evaluar judicialmente la eficacia de las medidas. Véase sentencias de la Corte Suprema causas Rol N° 3.172-2018 y causa Rol N° 45-561-2017. Cordero Vega, Luis (2021): “Responsabilidad del Estado por investigación ineficaz de delitos”, en *“El Mercurio Legal”*, 31 de mayo de 2021.

necesariamente debe concurrir la autoridad judicial a requerimiento del Ministerio Público. Por tal razón, ha resultado difícil hacer una separación y determinar qué normas se deben aplicar dependiendo de la autoridad que resulte responsable. Por lo demás, a los afectados les resulta mucho más conveniente perseguir la responsabilidad del Estado por actos del Ministerio Público, dado que está sujeto a un régimen procesal menos riguroso que en el caso del error judicial. Sin embargo, por ahora no nos corresponde tratar este punto, aunque se debe señalar que la jurisprudencia se ha ido abriendo cada vez más a delimitar estos ámbitos de responsabilidad y establecer la responsabilidad directa del Estado por los actos del Ministerio Público, a pesar de la intervención de la autoridad judicial<sup>29</sup>.

Luego, nos encontramos con la relación entre Ministerio Público y las Policías respecto de las diligencias investigativas que se pueden llevar a cabo. Se trata de actuaciones que están estrechamente vinculadas, pero que también determinan un régimen jurídico diverso, pues en el caso del Ministerio Público el factor de imputación es más estricto en relación con el sistema de falta de servicio que la jurisprudencia aplica a las Policías, pues el artículo 5° de la Ley N° 19.640 exige una conducta injustificadamente errónea o arbitra-

---

<sup>29</sup> Esto se puede apreciar en la identificación del imputado, en diversos casos en que se ha condenado a inocentes y en donde la jurisprudencia ha señalado que se trata de un deber específico del Ministerio Público. Así se ha dicho que: “[...] en efecto, el considerando duodécimo de la sentencia de primer grado, confirmada por la segunda, estableció que la actuación del Ministerio Público fue injustificadamente errónea al omitir efectuar alguna diligencia con el fin de acreditar la identidad del inculcado pese a que en dicho organismo recaía la obligación de hacerlo, afirmando que de dicha actuación nace la obligación del Estado de indemnizar los perjuicios que cause. Más aún, el fundamento séptimo del fallo impugnado sostiene que de haber dado cumplimiento el Fiscal al artículo 85 del Código Procesal Penal, la suplantación de persona no se habría producido y agrega que esa es la fuente de responsabilidad que se persigue por la demanda, esto es, el no haber dado cabal cumplimiento al deber funcionario de la identificación verdadera del imputado, afirmando que no hay error judicial que enmendar”. Luego, se ha indicado que: “[...] no resulta atingente al caso lo dispuesto en el artículo 19 No 7 letra i) de la Constitución Política de la República toda vez que tal disposición se refiere a una situación distinta a la que nos ocupa, como lo es el hecho de haberse dictado una sentencia condenatoria injustificadamente errónea o arbitraria, es decir, al error judicial, que en el caso de autos fue desechado como ya se indicó. Por lo expuesto, tampoco resulta aplicable a la situación de autos el artículo 473 letra d) del Código Procesal Penal relativo al recurso de revisión”. Sentencia de 28 de mayo de 2007, causa Rol N° 2.146-2006 de la Corte Suprema, considerandos 3° y 4°.

ria, que es un nivel grave de falta de servicio<sup>30</sup>. Esto puede significar

<sup>30</sup> En tal sentido, la Corte Suprema ha señalado: “[...] resulta útil destacar que no toda falta es sinónimo de falta de servicio, la que consiste precisamente en aquella susceptible de comprometer la responsabilidad del Estado. La falta misma que puede constituir la admite graduaciones y, en algunos casos, la falta de servicio solo existe cuando la falta cometida ha revestido ciertas características de gravedad. Esta distinción es de enorme importancia tratándose de la responsabilidad extracontractual del Estado. En el Código Civil, toda falta, incluso ligera, basta para comprometer la responsabilidad propia, según los términos de su artículo 2314, y por el hecho ajeno, según el artículo 2320. En relación con ciertas actividades administrativas, en cambio, el derecho administrativo, particularmente el francés, subordina la responsabilidad del Estado, y por lo tanto la “falta de servicio” a la existencia de una falta grave. El derecho francés habrá de tomarse particularmente en consideración, ya que la institución falta de servicio, que es el régimen de responsabilidad del Estado que se ha dado en Chile, tiene precisamente su origen en la institución francesa. No se trata de una falta de servicio grave, sino que, mejor dicho, para que exista falta de servicio, la falta ha de ser grave. Esto es precisamente lo que el legislador ha hecho en la Ley 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, pues para comprometer la responsabilidad del Estado por las actuaciones del Ministerio Público exige que ellas sean “injustificadamente erróneas o arbitrarias”, lo que en principio equivale a que la falta sea grave. La exigencia de una falta grave para comprometer la responsabilidad del Estado se utiliza en diversos tipos de actividades estatales, como la actividad penitenciaria, cierta actividad de control, lucha contra incendios, actividad material de policía —esta última con varias limitaciones—, la actividad médica. La jurisprudencia francesa distingue entre aquellas actividades donde siempre será necesaria la existencia de una falta grave para comprometer la responsabilidad del Estado, y aquellas como la actividad de la policía, donde habrá de estudiarse caso a caso si se exige una falta grave o basta una falta simple. El concepto mismo de la falta grave, en relación con la falta simple, difícilmente puede estar definido legalmente, y será la jurisprudencia la que lo irá estableciendo, siendo por ello que la distinción es difícil de precisar, particularmente para Chile, donde no ha existido ninguna aplicación de la institución. Sin embargo, la justificación resulta evidente y necesaria, y la relación entre una y otra es paralela a la distinción que formula la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado entre la falta de servicio y la falta personal. Recordemos que la falta personal se define únicamente por la gravedad de la conducta de un funcionario, pudiendo una conducta acreedora de sanción disciplinaria no ser considerada como falta personal, sino como falta de servicio, atendido que reviste caracteres de extrema gravedad. La situación en la graduación de la falta grave y simple es similar. Tratándose de la responsabilidad del Ministerio Público donde se exige falta grave para comprometerla, si la falta no es de carácter grave, ello no significa que no exista la falta, ya que si existe. Lo que ocurre es que ella no comprometerá la responsabilidad del Estado. En la falta del funcionario, si ella no es de gravedad como para constituir una falta personal, podrá haber falta disciplinaria, pero no comprometerá la responsabilidad del funcionario. La existencia de la distinción entre falta grave y falta simple encuentra su justificación en que ella permite al juez reconocer la existencia de una falta, sin llegar a establecer la responsabilidad civil, lo que de otra manera no podría hacer sin recurrir a negar simplemente la existencia de la falta, lo que podría resultar a todas luces absurdo, pero a lo que el juez podría inclinarse, atendida la complejidad de la actividad del órgano público. Es precisamente la dificultad de la actividad del Ministerio Público, al igual que las de otras actividades donde se aplica la distinción, lo que hace que ciertas faltas puedan ser excusables. La no existencia de la

que un hecho no se configure como factor de imputación al Estado conforme al régimen del Ministerio Público, pero que sí tenga lugar tratándose de las Policías<sup>31</sup>.

Ahora bien, sobre esta materia la jurisprudencia ha comenzado a analizar las actuaciones del Ministerio Público durante la etapa de investigación, que comprende a las Policías, para determinar el deber de diligencia y la posibilidad de establecer un factor de imputación de responsabilidad en caso de causar daños a terceros. En este punto, destaca la sentencia pronunciada en el caso de “Erica Hagan” (2020)<sup>32</sup>. Los hechos dicen relación con el homicidio de una joven norteamericana que daba clases de inglés en un colegio Bautista de Temuco el año 2014, siendo el principal imputado un rondín del establecimiento. Sin embargo, la Corte da por establecida la falta de servicio en que incurrió la Policía de Investigaciones de Chile respecto de las deficiencias en la investigación (la contaminación del sitio del suceso, pérdida del reloj de la víctima, contaminación del arma homicida e ingreso innecesario de bomberos después de asegurado el sitio del suceso). Se sostiene en la sentencia que, si bien estos hechos no aseguraban al actor una sentencia condenatoria, no es menos cierto que de no darse tales omisiones o negligencias por parte de la Policía de Investigaciones, le habrían permitido al padre de Erica Hagan que el juicio para esclarecer la muerte de su hija se hubiera enfrentado con mejores oportunidades de obtener una declaración judicial de responsabilidad o bien, que de no mediar los errores referidos, la posición del actor frente al juicio de su hija habría sido mejor que aquella que resultó finalmente<sup>33</sup>.

Posteriormente, la persona imputada en este caso también obtuvo sentencia condenatoria en contra del Fisco por parte de la Corte de Apelaciones de Temuco, sobre la base de una errónea actuación del

---

distinción entre falta grave y simple podría impedir que el Ministerio Público actuara eficaz y prontamente, para no poner en riesgo su responsabilidad civil”. Sentencia de 28 de enero de 2016, causa Rol N° 16.527-2015, “*Meriño con Fisco de Chile*” (2016) de la Corte Suprema. En sentido similar, se puede consultar las sentencias de 28 de mayo de 2014, causa Rol N° 14.421-2013 de la Corte Suprema y Resolución de 26 de Enero de 2015, N° 13.807, causa Rol N° 12.451-2015 de la Corte Suprema.

<sup>31</sup> Así ocurrió en las sentencia de 28 de mayo de 2014, causa Rol N° 14.421-2013, de la Corte Suprema respecto de la responsabilidad por la errónea identificación de un imputado.

<sup>32</sup> Sentencia de 9 de marzo de 2020, causa Rol N° 17.045-2019 de la Corte Suprema.

<sup>33</sup> “Erica Hagan” (2020). Considerando 11.

órgano persecutor que llevó a adoptar una serie de medidas en su contra (detención, prisión preventiva, arresto domiciliario total y parcial). El pronunciamiento definitivo se encuentra pendiente ante la Corte Suprema<sup>34</sup>.

Como se puede apreciar, en el primer caso la responsabilidad se imputa sobre la falta de servicio, que es aplicable a la Policía de Investigaciones; mientras que, en el segundo caso, el sistema de responsabilidad se determina a partir de una conducta injustificadamente errónea o arbitraria del Ministerio Público en las diligencias que tuvieron lugar durante la investigación y posterior acusación de la persona imputada. Como bien se aprecia, especialmente en el primer caso, la falta de servicio resulta evidente no solo en relación con los medios empleados —que claramente fueron deficientes—, sino también en relación con la eficacia de la investigación, que no está asociada necesariamente a la condena de la persona imputada, sino a que la parte querellante hubiese contado con mejores oportunidades en el proceso penal. A su vez, esto se traduce no solo en una expectativa que puede tener el actor, sino también en el derecho de exigir por parte de las Policías un estándar mínimo de diligencia en la función que deben cumplir.

Este criterio se reitera en el caso “Navarro Alcayaga” (2021)<sup>35</sup>, en que se absolvió al imputado no por la mera insuficiencia de los medios de convicción incorporados por el persecutor en juicio, sino “derechamente debido a la nula práctica de diligencias mínimas y esenciales para el éxito de la investigación penal, tales como la omisión de averiguación sobre la existencia de perjuicio, así como respecto de la apropiación o distracción del dinero en cuestión, elementos indispensables y necesarios para la configuración de la figura típica de apropiación indebida prevista y sancionada en el artículo 470 N° 1 del Código Penal, al punto de develarse en juicio que dichos fondos se encontraban a disposición de la autoridad aportante en una de las cuentas corrientes de la institución que dirigía el actor”<sup>36</sup>. Por tal razón, la Corte Suprema concluye que: “tal obrar deficiente del Fiscal a cargo de la investigación no puede sino enten-

<sup>34</sup> Sentencia de 18 de octubre de 2021, causa Rol N° 1.239-2020 de la Corte de Apelaciones de Temuco.

<sup>35</sup> Sentencia de 19 de mayo de 2020, causa Rol N° 12.505-2019 de la Corte Suprema.

<sup>36</sup> “Navarro Alcayaga” (2021). Considerando 8°.

derse como equivalente a culpa grave o lata, al haberse omitido las precauciones más elementales, dejando de prever lo que un persecutor medianamente diligente habría previsto, conducta que trasunta en una persecución penal que debe ser calificada como injustificadamente errónea, en los términos exigidos por la ley para el surgimiento de responsabilidad civil, según se ha venido diciendo”<sup>37</sup>.

De acuerdo con esta jurisprudencia, no cabe sorprenderse de lo resuelto en el caso “Fundo Alaska”, pues luego de determinar el marco regulatorio en materia de responsabilidad, la Corte Suprema se detiene en establecer cuál es el deber que deben materializar las Policías para una investigación eficaz, para luego determinar si este ha sido o no cumplido.

En este caso, el estándar de conducta es establecido en los siguientes términos:

“[...] la obligación de los órganos encargados de la persecución penal, entre los cuales se comprende, para este caso particular, el órgano persecutor y Carabineros de Chile, consistió en decretar y ejecutar, respectivamente, una orden de investigar del ilícito denunciado, la que de acuerdo a las normas legales que la fundaron, permiten concluir que en ellas se entendían incorporadas todas las líneas investigativas, que conforme a los indicios que derivaban de ese proceso eran plausible de seguir, con el fin de determinar la dinámica de los hechos, la participación de los imputados y los móviles que orientaron las conductas delictivas, entre otros”<sup>38</sup>.

Acto seguido, se determina si se cumplió o no dicho estándar:

“[...] el proceso investigativo no cumplió con lo antes expuesto desde que, no obstante, la principal línea investigativa consistía en que los animales sustraídos del predio del actor fueron trasladados al Fundo Alaska, Carabineros no ingresó al lugar, estando facultado para ello, limitándose a sobrevolar dicho sector, ergo no se agotó la investigación que habría sido ordenada”<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Idem.

<sup>38</sup> “Meier Müller Víctor con Consejo de Defensa del Estado” (2021). Considerando 11°.

<sup>39</sup> Idem.

Por lo tanto, la conclusión es la siguiente:

“[...] así planteados los hechos, se configura la falta de servicio que se denuncia, en cuanto que Carabineros no ejecutó en forma completa la Orden de Investigar que le fue entregada por la Fiscalía local, porque no obstante ser un supuesto fáctico asentado en la investigación, esto es, que los animales objeto del abigeato, fueron llevados al Fundo Alaska, no se ingresó al lugar para pesquisar esa tesis, limitándose a efectuar un sobrevuelo del sector lo cual, evidentemente, resulta insuficiente para entender que se verificaron todas las diligencias pertinentes al caso, más aun si se tiene presente que en dicha Orden de Investigar, expresamente, se señalaba que conforme al artículo 206 del Código Procesal Penal, “la policía podrá entrar en un lugar cerrado y registrarlos, sin el consentimiento expreso de su propietario o encargado ni autorización u orden previa, cuando las llamadas de auxilio de personas que se encontraren en el interior u otros signos evidentes indicaren que en el recinto se está cometiendo un delito, o que exista algún indicio de que se está procediendo a la destrucción de objetos o documentos, de cualquier clase, que pudiesen haber servido o haber estado destinados a la comisión de un hecho constitutivo de delito, o aquellos que de éste provinieren”<sup>40</sup>.

Posteriormente, reitera su conclusión:

“[...] habiéndose establecido la obligación de Carabineros de ejecutar la Orden de Investigar del abigeato de manera íntegra, teniendo por lo demás expresamente entregadas las facultades para ello y que conforme se explicó, no lo hizo, permite configurar la falta de servicio demandada en autos pues, es esta omisión la que impidió que se investigara correctamente el ilícito del cual fue víctima el actor y con ello obtener mayores indicios de los responsables o al menos la posibilidad de encontrar los animales, desde que se estaba conteste en que estos fueron llevados al Fundo Alaska, lugar al cual, como se reitera no se ingresó por parte de Carabineros”<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> “Meier Müller Víctor con Consejo de Defensa del Estado” (2021). Considerando 12°.

<sup>41</sup> “Meier Müller Víctor con Consejo de Defensa del Estado” (2021). Considerando 13°.

En definitiva, la Corte determina la conducta de las Policías, que en este caso se traduce en la omisión de un deber de actuar en los términos establecidos por la ley respecto de la investigación de un determinado delito. Luego, se establece que concurre el factor de imputación, que en este caso es la falta de servicio, pero aquello no es suficiente para configurar la responsabilidad de la Administración. Además, resulta necesario establecer la existencia de un daño o perjuicio y la necesaria relación causal que debe existir, en este caso, con la omisión que se imputa a los agentes del Estado, como veremos a continuación.

## 5. LA DETERMINACIÓN DEL DAÑO Y, EN PARTICULAR, DEL DAÑO MORAL

En todo sistema de responsabilidad patrimonial, el daño es un elemento indispensable en la configuración del deber de indemnizar<sup>42</sup>. Sin daño no hay responsabilidad patrimonial ni sin interés, acción. La obligación de reparar un daño nace del hecho de haberse causado<sup>43</sup>. Ahora bien, el daño es todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc.<sup>44</sup>. Supone la destrucción o disminución, por insignificante que sea<sup>45</sup>, de las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de las que goza un individuo<sup>46</sup>.

En tal sentido, al momento de determinar la existencia de responsabilidad que se pueda imputar a un órgano del Estado, es necesario que el daño: a) sea efectivo, es decir, que exista un daño o menoscabo cierto en el ámbito patrimonial o extrapatrimonial<sup>47</sup> y,

<sup>42</sup> DIEZ SCHWERTER, José Luis (1997): *El daño extracontractual, Jurisprudencia y Doctrina* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), p. 28.

<sup>43</sup> ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1943): *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho civil chileno* (Santiago, Imprenta Universitaria), p. 209.

<sup>44</sup> Debe resarcirse todo tipo de daños, tanto materiales como personales e incluso morales, en GONZÁLEZ PÉREZ (2016), p. 366.

<sup>45</sup> MAZEAUD Y TUNC (1977), p. 235.

<sup>46</sup> ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1943): *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho civil chileno* (Santiago, Imprenta Universitaria), p. 210.

<sup>47</sup> Acá se plantea la interrogante respecto de qué tipo de daño es indemnizable. Según Zannoni cronológicamente “[...] todo daño es posterior al hecho dañoso o eventus damni y ello es así pues aquí él no es más que un efecto de este”, vid. ZANNONI, Eduardo (1987): *El daño en la responsabilidad civil* (2ª edición, Buenos Aires, Astrea),

por tanto, que sea probado<sup>48</sup>; b) que se pueda avaluar económicamente<sup>49</sup>; c) no debe haber sido reparado, ya que aquello provocaría un enriquecimiento injusto<sup>50</sup>.

En esta materia rige el principio de la reparación integral del daño causado, comprendiendo los daños patrimoniales (daño emergente y lucro cesante), como extrapatrimoniales, particularmente el daño moral, que es el que ha planteado mayor discusión. En efecto, si bien todo daño debe ser probado por quien lo alega, se ha sostenido que el daño moral no debiera ser probado. Sin embargo, la Corte Suprema ha sostenido que para el daño moral no pueden aplicarse para precisar su existencia las mismas reglas que las utilizadas para la determinación de los daños materiales, que están constituidos

---

p. 67. La regla general es que el daño actual es indemnizable, en tanto el daño futuro no será en la medida que sea cierto y no hipotético (artículos 2323 y 2324 del Código Civil), vid. sentencia de la Corte de Apelaciones de Chillán 5 de octubre de 1970, Rev., T. 67, Secc. 2ª, p. 85, c. 41. De esta manera, la privación de una simple expectativa, de una contingencia incierta de ganancia o pérdida, de un álea, aun por culpa o dolo de un tercero, no constituye, pues, un daño indemnizable por no ser cierto; véase a Alessandri Rodríguez, Arturo (1943), p. 218. En un sentido similar, Rodríguez indica que “[...] es cierto el daño que, conforme a las leyes de la causalidad, sobrevendrá razonablemente en condiciones normales, a partir de su antecedente causal”, en RODRÍGUEZ (2010), p. 265.

Los tribunales también han resuelto que es indemnizable lo que el dueño de un fundo dejó de ganar por no haber podido explotar las canteras y arbolados existentes en él a causa de habersele impedido su explotación, véase Rev., Tomo 27, 2ª parte, Secc. 1ª, p. 744 (Corte Suprema).

<sup>48</sup> Así, por ejemplo, en el caso “Aja García con Ilustre Municipalidad de Talcahuano”, de 16 de octubre de 1998, causa Rol 1.520-98 del Segundo Juzgado de Letras de Talcahuano, confirmada con fecha 31 de marzo de 1999, por la Corte de Apelaciones de Concepción, se sostuvo que era hecho indiscutido que los actores sufrieron perjuicios: “sin embargo, respecto al daño emergente y lucro cesante no hay antecedentes suficientes en el proceso para llevar a concluir al sentenciador un monto preciso y determinado de dichos daños, de tal manera que el sentenciador los tendrá por no probados”. Revista de Derecho y Jurisprudencia (1999), Tomo XCVI, Sec. V, N° 1, p. 59.

<sup>49</sup> Según señala la doctrina “[...] la noción de daño excluye aquellas incomodidades o molestias que las personas se causan recíprocamente como consecuencia de las normas de la vida en común. Por ello, para que pueda hablarse de daño como fundamento de la responsabilidad, este debe ser significativo”, en BARROS BOURIE (2006), p. 97.

<sup>50</sup> Así lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Suprema, vid. “Domic Bezic con Fisco”, sentencia de 15 de mayo de 2002, causa Rol N° 4.753-2001 de la Corte Suprema, considerando 32°. La idea que subyace detrás de esta regla dice relación con el hecho de que el daño proveniente de un ilícito civil no puede ser objeto de un enriquecimiento para la víctima. RODRÍGUEZ (2010), p. 277.

por hechos tangibles y concretos, que indudablemente deben ser demostrados<sup>51</sup>.

Ahora bien, en este caso, la sentencia descarta la existencia de un daño patrimonial, en la medida que considera que la responsabilidad del Estado no está vinculada con el perjuicio causado por la comisión de un delito, lo cual dicha entidad no puede impedir, sino solo adoptar las medidas posibles para prevenirlos y, en su caso, para investigarlos. En alguna medida, se aparta del criterio seguido en el caso “Luchsinger-Mackay” (2021), aunque la demanda presentada no daba elementos para construir un caso similar en relación con la obligación de garante que debía cumplir Carabineros respecto de las medidas de prevención, pero hubiese sido conveniente hacer explícitas dichas razones.

Así, se indica en la sentencia lo siguiente:

“[...] en relación al daño emergente y lucro cesante, que alega el demandante ha de ser desestimados porque la naturaleza de la obligación de garante de Carabineros, anotada en este caso particular, impide que dichos daños sean indemnizados desde que el actor fundó su petición –solo respecto del daño emergente, puesto que en relación al lucro cesante nada explicó, de ahí su improcedencia *in limine*– en que en el perjuicio pecuniario se sustenta en el valor de los animales robados, monto que no se inserta dentro de la falta de servicio que se estableció, para este caso, como estándar de conducta a seguir por el Estado quien, por lo demás, no puede impedir que se cometan los delitos, solo intenta prevenirlos y luego investigarlos para llegar a los responsables, de manera que la consecuencia de la comisión del ilícito no es una obligación susceptible de imputar al Estado y, en su mérito, obligarlo a resarcir”<sup>52</sup>.

Ahora bien, a partir del caso “Erica Hagen” la jurisprudencia habría seguido la tendencia para determinar el daño en relación con la pérdida de chance o de oportunidad, que en este caso se traduce en las mejores posibilidades que habrían tenido las víctimas en relación con la determinación de las personas que habrían tenido participa-

<sup>51</sup> “Urrutia con Fisco de Chile”, sentencia de reemplazo de 28 de enero de 2009, causa Rol N° 4691-2007 de la Corte Suprema. Considerando 54°.

<sup>52</sup> “Meier Müller Víctor con Consejo de Defensa del Estado” (2021). Considerando 14°.

ción en los hechos y de la responsabilidad penal que les cabría en los mismos. Sin embargo, la sentencia en el caso “Fundo Alaska” analizó el tema desde la perspectiva del daño moral, que se traduce en el dolor o padecimiento que tendrían los afectados frente a la falta de un mayor despliegue por parte de las Policías en la realización de las pesquisas para determinar los responsables.

Por su parte, el tema de la cuantificación del daño moral también ha planteado dificultades no menores, especialmente cuando no aparecen debidamente justificados en la sentencia los criterios para poder establecerlo. Por tal razón, se han ido estableciendo baremos con criterios para cuantificar el daño moral o, en su caso, por la vía inductiva se han obtenido a partir de la jurisprudencia los casos y circunstancias que determinan un monto por daño moral<sup>53</sup>.

En este caso, la Corte Suprema sigue un concepto amplio de daño moral, como comprensivo de todas las especies de perjuicios morales y no solo el *pretium doloris*, puesto que en cada una de ellas hay atentados a intereses extrapatrimoniales diversos<sup>54</sup>. A su vez, funda la existencia y determinación en la función que debe cumplir el Estado, en los términos siguientes:

“[...] el Estado se encuentra al servicio de las personas, dentro de lo cual se comprende el que éstas se han (sic) protegidas por las Fuerzas de Orden y Seguridad. De manera tal, que siendo deber de Carabineros de Chile, para cumplir ese mandado constitucional el ejecutar correctamente la Orden de Investigar que le fuera emitida por el Ministerio Público y, que no lo hizo, dicho órgano del Estado incumplió su deber de garante, incurriendo en un actuar negligente de servicio, que causó daño al demandante, quien se vio impedido de obtener una investigación real y seria respecto del ilícito del cual fue vícti-

<sup>53</sup> En el año 2004 la Ley N° 19.966, que establece un régimen de garantías de salud (conocido como “Plan Auge”), se hizo cargo de regular la responsabilidad de los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria, disponiendo que: “la indemnización por el daño moral será fijada por el juez considerando la gravedad del daño y la modificación de las condiciones de existencia del afectado con el daño producido, atendiendo su edad y condiciones físicas” (artículo 41). Si bien se trata de una norma especial, dada la generalidad de los criterios establecidos, no se aprecia inconveniente para que se utilice por analogía para cuantificar el daño moral.

<sup>54</sup> “Meier Müller Víctor con Consejo de Defensa del Estado” (2021). Considerando 15°.

ma y que el Estado se encontraba obligado a proporcionárselo a través de los órganos pertinentes”<sup>55</sup>.

Sin embargo, luego en la determinación se fija “prudencialmente” un monto de \$10.000.000.-, citando como único fundamento “los antecedentes del proceso”. No cabe duda de que en este punto se hubiese esperado una mayor argumentación, considerando la tendencia de fijar criterios o baremos jurisprudenciales y, especialmente, en casos que se están haciendo cada vez más frecuentes. Por lo demás, queda la sensación de que el monto establecido poco compensa el costo que significa haber sido víctima de un delito, para luego padecer la falta diligencia en la investigación judicial y llevar a cabo un largo proceso judicial que termina en una condena que es poco ejemplar y disuasiva para las actuaciones futuras del Estado. En otros términos: parece que no existe una motivación para que los órganos del Estado sean más diligentes en sus investigaciones y, por otra parte, aquello tampoco permite que las personas que realizan dichos ilícitos puedan asumir de forma efectiva la responsabilidad por sus hechos.

## 6. CONCLUSIONES

La sentencia de la Corte Suprema en el caso del “Fundo Alaska” plantea una serie de aspectos de interés en los cuales ha ido avanzando la jurisprudencia en relación con la responsabilidad patrimonial del Estado. Se consolida la idea de que este tipo de responsabilidad tiene fundamento en la Carta Fundamental y que corresponde al legislador establecer un sistema que, en este caso, considera como factor de imputación la falta de servicio, a pesar de los términos legales que excluyen de su aplicación a determinados órganos y servicios. En la misma línea, se refuerza la idea de que se trata de un régimen de responsabilidad que no se encuentra sujeto a las normas civiles, aunque en anteriores pronunciamientos se ha tenido que recurrir a ellas ante los vacíos evidentes que existen en la regulación administrativa, como sucede con el régimen de prescripción, la fuerza mayor, los supuestos de exposición imprudente al daño o de solidaridad en casos de concurrencia de más de un victimario.

---

<sup>55</sup> “Meier Müller Víctor con Consejo de Defensa del Estado” (2021). Considerando 16°.

Además, resultan interesantes los avances que se están realizando respecto del control de las medidas de prevención del delito y la seguridad pública, incluyendo las investigaciones y pesquisas. En este aspecto es donde se requiere un análisis más detenido en relación con las actuaciones del Ministerio Público, el Poder Judicial y las Policías, considerando la relación y superposición en sus actuaciones con un régimen que no tiene el mismo nivel de rigurosidad o exigencia para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial del Estado. En todo caso, queda claro que las actuaciones de las Policías, aunque sean ordenadas por el Ministerio Público, quedan sujetas a las normas propias de los órganos que forman parte de la Administración del Estado.

Por último, en el tema de la determinación del daño es en donde se pueden plantear mayores reparos. Frente al criterio de la pérdida de chance y oportunidad, se ha vuelto a una determinación del daño moral sobre la base de la aflicción que significa no contar con una investigación real y una real oportunidad de determinar a los autores del ilícito. A su vez, este tipo de indemnización en el caso del Estado debe representar también un instrumento ejemplarizador y disuasivo, en orden a generar los incentivos que permitan mejorar el estándar de conducta y el cumplimiento del deber efectivo por parte de las Policías. Si el costo de la indemnización del daño no representa los padecimientos que sufren las víctimas de un delito, la falta de diligencia de las Policías para determinar a los responsables de estos ilícitos y la impunidad en las cuales quedan estos hechos cabe preguntarse qué sentido tiene seguir un largo proceso judicial, que tampoco tiene para el Estado un desembolso mayor. Así, a pesar del valor y contenido de la sentencia, no se da una señal con la fuerza necesaria para que estos hechos no se puedan seguir repitiendo.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1943): *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho civil chileno* (Santiago, Imprenta Universitaria), p. 209.
- BARROS BOURIE, Enrique (2006): *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), p. 97.
- BENOIT, FRANCIS (1968): *Le droit administratif français* (Paris, Dalloz), p. 709.

- CORDERO VEGA, Luis (2015): *Lecciones de Derecho administrativo* (Santiago, Thomson Reuters - La Ley), pp. 723 y siguientes.
- CORDERO VEGA, Luis (2021): “Responsabilidad del Estado por investigación ineficaz de delitos”, en “*El Mercurio Legal*”, 31 de mayo de 2021.
- CORDERO, Eduardo (2015): “La ampliación del régimen de responsabilidad del estado juez a propósito de las sentencias de la corte suprema en los casos de medidas cautelares privativas de libertad y los errores judiciales fuera del ámbito penal”, en *Sentencias Destacadas 2015* (Santiago, Libertad y Desarrollo), pp. 16 y siguientes.
- DIEZ SCHWERTER, José Luis (1997): *El daño extracontractual, Jurisprudencia y Doctrina* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), p. 28.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (2016): *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, (8° ed. Madrid, Editorial Civitas), p. 366.
- LETELIER WARTENBERG, Raúl (2009): “Un estudio de efectos en las características de la responsabilidad extracontractual del Estado”, en AA.VV. *Responsabilidad extracontractual del Estado* (Santiago, Editorial Metropolitana), p. 200.
- MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León; y TUNC, André (1977): *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, T. II, (Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa - América), p. 235.
- PIERRY, Pedro (2017): “De la responsabilidad extracontractual de las Municipalidades”, en *Derecho Administrativo. Obra Reunida* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso), pp. 486-500, publicado originalmente en *Revista de Ciencias Sociales*, año 1978, N° 12, pp. 167-184.
- RODRIGUEZ GREZ, Pablo (2010): *Responsabilidad Extracontractual*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), pp. 265 y 277.
- SOTO KLOSS, Eduardo (2005): “Falta de Servicio ¿Régimen general de la Responsabilidad del Estado-Administración en Chile? (El Derecho ¿Arte de Magia?)”, en *Responsabilidad del Estado Administración* (Conferencias Santo Tomás de Aquino), Universidad Santo Tomás, Santiago, p. 129.

ZANNONI, Eduardo (1987): *El daño en la responsabilidad civil* (2ª edición, Buenos Aires, Astrea).

## SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia de 10 de abril de 2014, Rol N° 2438-2013.

## SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA

Sentencia de 28 de julio de 1987, Rol N° 2695-83, "*Hexágono con Fisco*".

Sentencia de 15 de mayo de 2002, Rol N° 4.753-2001, "*Domic Bezic con Fisco*".

Sentencia de 5 de octubre de 2010, Rol N° 552-2008, "*Sociedad Inmobiliaria Maullín*".

Sentencia de 30 de julio de 2009, Rol N° 371-2008, "*Seguel Cares, Pablo con Fisco*".

Sentencia de 14 de enero de 2011, Rol N° 7919-2008, "*Morales Gamboa, Edith con Fisco*".

Sentencia de 23 de mayo de 2012, Rol N° 9318-2009, "*Candia Hernández, Erwin y otra con Fisco*".

Sentencia de 20 de noviembre de 2012, Rol N° 9924-2010, "*Productos Fernández S.A. con Ministerio de Salud*".

Sentencia de 28 de marzo de 2013, Rol N° 3844-2010, "*González Rodríguez con Fisco*".

Sentencia de 8 de abril de 2013, Rol N° 8.079-2010, "*Universidad de Magallanes con Servicio Agrícola y Ganadero*".

Sentencia de 30 de diciembre de 2013, Rol N° 4043-2013, "*Enquerré Hermanos Limitada con Municipalidad de Concepción*".

Sentencia de 12 de marzo de 2015, Rol N° 24.984-2014, "*Díaz Castillo y otros con Fisco*".

Sentencia de 28 de enero de 2016, Rol N° 16.527-2015, "*Meriño con Fisco de Chile*" (2016).

Sentencia de 24 de abril de 2017, Rol N° 52.961-2016, “*Jaramillo con Fisco*”.

Sentencia de 9 de marzo de 2020, Rol N° 17.045-2019, “*Erica Hagan*”.

Sentencia de 19 de mayo de 2020, Rol N° 12.505-2019, “*Navarro Alcayaga*”.

Sentencias de 25 de agosto de 2020, Roles N°s 27.600-2020 y 27.608-2020, “*Comerciantes de Concepción*”.

Sentencia de 24 de septiembre de 2020, Rol N° 27.627-2020, “*Casino y Hotel Dreams*”.

Sentencia de 30 de julio de 2021, Rol N° 33.878-2019, “*Empresas y Trabajadores forestales de la Araucanía*”.

Sentencia de 5 de agosto de 2021, Rol N° 82-2021, “*Luchsinger-Mackay*”.

#### SENTENCIAS DE LA CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco de 18 de octubre de 2021, Rol N° 1.239-2020, “*Cofré Ferrada con Fisco*”.