



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO

LA RESPONSABILIDAD DE LAS
FUERZAS ARMADAS POR FALTA DE
SERVICIO, CON ESPECIAL
REFERENCIA A LOS ACCIDENTES
OCURRIDOS EN MEDIOS DE
TRANSPORTE MILITARES Y VÍCTIMAS
CIVILES

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO
EN CIENCIAS JURÍDICAS

ALUMNA: MARÍA JOSÉ KRUG ARÁNGUIZ
PROFESOR GUÍA: DR. JORGE BERMÚDEZ SOTO

Valparaíso, 2014

ABREVIATURAS

art.	:	artículo
arts.	:	artículos
CC.	:	Código Civil
<i>CDE</i>	:	Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado
coord.	:	coordinador
cit.	:	cita
CPR	:	Constitución Política de la República
D.F.L.	:	Decreto con Fuerza de Ley
D.L.	:	Decreto Ley
D.S.	:	Decreto Supremo
FACH	:	Fuerza Aérea de Chile
FF.AA.	:	Fuerzas Armadas
inc.	:	inciso
<i>Ibíd.</i>	:	allí mismo, en el mismo lugar.
LBGAE	:	D.F.L. N° 1-19.653 fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado
LOCEEC	:	Ley N° 18.415, Ley Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción Constitucional
LOCFFAA	:	Ley N° 18.948, Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas
N°	:	Número
N ^{os}	:	Números
p.	:	página
pp.	:	páginas
<i>RChD</i>	:	Revista Chilena de Derecho
<i>RDP</i>	:	Revista de Derecho Público
<i>RDPUCV</i>	:	Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
vol.	:	volumen

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	5
--------------------	---

CAPÍTULO PRIMERO

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA POR SUS ACTOS U OMISIONES LESIVOS

1. <i>Régimen general de responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado</i> . 7	
1.1. Marco normativo	7
1.2. Teoría de la Responsabilidad Objetiva.....	7
a. Postulado central: rango constitucional de la responsabilidad patrimonial de la Administración.....	7
b. Regulación legal y reconocimiento jurisprudencial.....	9
1.3. Responsabilidad por Falta de Servicio	10
a. Aspectos centrales.....	10
b. Diligencia exigida a la Administración.....	11
c. Consagración positiva.....	12
d. Falta de servicio y falta personal	12
2. <i>Órganos excluidos del Título II de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado</i>	13
2.1. La responsabilidad patrimonial de toda la Administración es objetiva	14
2.2. Aplicación directa del artículo 4º: En último término es el juez el llamado a determinar el régimen en caso de ausencia de norma	14
2.3. Aplicación subsidiaria de normas civiles: extensión de la falta de servicio ...	15
2.4. Regulación por el artículo 42	15
3. <i>Nuestro planteamiento</i>	16
3.1. Críticas a la teoría de la responsabilidad objetiva	16
3.2. La falta de servicio como régimen general aplicable a la Administración	19
a. La falta de servicio.....	19
b. Falta de servicio, falta personal y responsabilidad por el hecho ajeno, a propósito de los fallos Fernández Rodríguez Violeta y otros con Fisco, y González Rodríguez con Fisco	22

CAPÍTULO SEGUNDO

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS FUERZAS ARMADAS POR FALTA DE SERVICIO

1. <i>Las Fuerzas Armadas como órganos de la Administración del Estado</i>	25
1.1. Regulación, concepto y composición.....	25
a. Marco normativo.....	25
b. Concepto y composición.....	26
1.2. Defensa de la Patria y Seguridad Nacional	27
a. Conceptos.....	28

b. Naturaleza jurídica de la defensa de la patria y seguridad de nacional en los términos del art. 101, inc. 1°, CPR	30
1.3. Funciones	33
a. Norma atributiva	33
b. Funciones y atribuciones que pueden ser entregadas por la ley	35
1.4. Características constitucionales.....	36
2. <i>Responsabilidad patrimonial de las Fuerzas Armadas derivada de accidentes en medios de transporte militares con resultado de víctimas civiles</i>	38
2.1. Responsabilidad por Falta de Servicio	38
2.2. Del transporte	40
2.3. El transporte de civiles en medios de institucionales: habilitación legal y responsabilidad.....	40
a. Transporte de pasajeros en situaciones de normalidad	40
b. Transporte derivado de operaciones de búsqueda y salvamento	51
c. Transporte de civiles con ocasión de la salida de tropas nacionales al extranjero en misiones de paz y operaciones de ayuda humanitaria	55
d. Transporte de civiles en caso de emergencias acaecidas dentro del territorio nacional y que afectan a la colectividad	61
2.4. El transporte y el deber de protección.....	66
CONCLUSIONES	69
BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA	72

INTRODUCCIÓN

En el ámbito del Derecho Administrativo uno de los temas que ha suscitado mayor debate, tanto a nivel académico como jurisprudencial, es el establecimiento de los elementos y condiciones necesarios para imponer a la Administración Pública la obligación de pagar una indemnización de perjuicios a aquel que se ha visto afectado por sus actos u omisiones; esto es, la determinación del estatuto de responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado-Administrador.

Hasta mediados del siglo XIX¹ se sostuvo que el Rey – el Estado – no cometía ilícito (the King can do not wrong), es decir, era irresponsable de sus actos. Actualmente, tal planteamiento es inaceptable por ser incompatible con los postulados del Estado de Derecho, en donde “*la organización y el ejercicio del poder político están sometidos a normas jurídicas preestablecidas que, por esa misma circunstancia, protegen y garantizan los derechos y libertades de los individuos y grupos, sin más excepciones que las que impone el bien común. Tales normas jurídicas obligan a todos, tanto a gobernantes como a gobernados*”². Todo sujeto de derecho debe sumisión al ordenamiento jurídico, debiendo responder de las consecuencias nocivas que trae aparejada una actuación u omisión contraria al mismo (art. 6° CPR).

Dada la vasta doctrina y jurisprudencia existente en la materia, pareciera ser que un trabajo dirigido a investigar la responsabilidad que afecta a la Administración del Estado es innecesario. Sobre todo, teniendo en consideración que los tribunales de justicia, en los últimos años, han aceptado como régimen general de responsabilidad de la Administración la falta de servicio, rechazando la denominada teoría de la responsabilidad objetiva³.

Sin embargo, la responsabilidad extracontractual de la Administración no es un asunto del todo cerrado, no sólo por la existencia de autores que afirman que la CPR fija un estatuto de carácter objetivo sino, también, porque los estudios referidos a aspectos puntuales de la misma y a las reglas que imperan en ciertos sectores de la Administración, a determinados órganos o en ciertas contingencias, son más bien recientes y no abundan⁴. Es

¹BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Derecho administrativo general*², (Santiago, Legal Publishing, 2011), p. 497.

² LATORRE, Adolfo Paúl, *Política y Fuerzas Armadas. Características y misiones constitucionales de las FF.AA.*, (Santiago, Revista de Marina, 1999), p. 44.

³ Entre otros: Sentencia Rol N° 7.919-2008, Corte Suprema, 14 de enero de 2011, *Morales Gamboa con Fisco*, en <http://www.poderjudicial.cl>, revisada el 3 de mayo de 2013; Sentencia rol N° 1.760-2009, Corte Suprema, 24 de marzo de 2011, *Fernández Rodríguez Violeta y otros con Fisco*, en <http://www.poderjudicial.cl>, revisada el 1 de junio de 2013; Sentencia Rol N° 2.777-2011, 5 de agosto de 2011, Corte Suprema, *Ossandón Espic Geraldine con Servicio de Salud de Arica*, en <http://www.poderjudicial.cl>, revisada el 11 de enero de 2014; Sentencia Rol N° 9.440-2009; Corte Suprema, 29 de agosto de 2011, *Ballón Ramírez, Sandra con Servicio de Salud de Iquique*, en <http://www.poderjudicial.cl>, revisada el 11 de enero de 2014; Sentencia Rol N°6.014-2010, Corte Suprema, 21 de noviembre de 2011, *Vicente Fodich Castillo y otros con Fisco de Chile*, en <http://www.poderjudicial.cl>, revisada el 11 de enero de 2014; Sentencia rol N° 3.844-2010, Corte Suprema, 28 de marzo de 2013, *González Rodríguez con Fisco*, en <http://www.velex.cl>, revisada el 3 de mayo de 2013.

⁴ Se destaca en este punto, LETELIER WARTENBERG, Raúl, *La falta de servicio*, (coord.), (Santiago, Legal Publishing, 2012), 456 pp. En el capítulo sobre La falta de servicio en contexto, encontramos algunos

en este punto, donde surge la necesidad de un análisis atinente a la responsabilidad extracontractual que afecta a las FF.AA. producto de accidentes en medios de transporte militares con resultado de víctimas civiles.

Previo al examen de las reglas de responsabilidad, es imperioso determinar si el traslado de civiles en medios militares puede, o no, ser asumido por instituciones que han sido previstas para la protección del Estado en el campo bélico. La respuesta a esta interrogante debe ser buscada, en primer lugar, en el rol normativo que cumple el art. 101, inc. 1º, CPR al declarar que las FF.AA. “*existen para la defensa de la patria y son esenciales para la seguridad nacional*”. Es decir, se hace necesario desentrañar si la disposición en comento fija o no las competencias, funciones y atribuciones de los cuerpos militares, impidiendo que se establezcan otras.

En segundo lugar, y de entender que la Carta Fundamental no prohíbe a los cuerpos militares el desarrollo de actividades que se alejan del resguardo del Estado a través del uso de las armas, es menester encontrar las normas que en específico autorizan el traslado de civiles en medios militares. Una vez encontradas las mismas, o de verificarse su ausencia, es procedente señalar cuáles son las reglas de responsabilidad aplicables en caso resultar la muerte o lesiones de civiles durante la ejecución del transporte.

En el Capítulo Primero de la presente memoria, sintetizaremos los aspectos centrales de las dos teorías que se esgrimen acerca del régimen de responsabilidad extracontractual de la Administración: (i) responsabilidad constitucional-objetiva y, (ii) responsabilidad legal por falta de servicio. El optar por una u otra no resulta indiferente, por cuanto, como se verá, condiciona el estatuto jurídico general de responsabilidad a que quedan afectas las instituciones objeto de nuestro análisis.

En el Capítulo Segundo, una vez establecida la regla general de responsabilidad aplicable, analizaremos la regulación constitucional de los cuerpos militares, sus características y las funciones que en general pueden serles encomendadas, para luego dedicarnos por completo al estudio de las distintas hipótesis de transporte de civiles en medios institucionales, con las respectivas reglas de responsabilidad extracontractual.

artículos al respecto: “*La falta de servicio en la responsabilidad sanitaria*”, de Fabián Huepe; “*La responsabilidad por las actuaciones de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden*”, de Alicia de la Cruz Millar; “*Responsabilidad por daño ambiental*”, de Jorge Bermúdez Soto; “*La responsabilidad por culpa en procedimientos competitivos*”, de Silvia Diez Sastre; “*Falta de servicio y responsabilidad de la Administración Pública chilena por actos urbanísticos*”, de Enrique Rajevic Mosler; “*La falta de servicio y responsabilidad por actos administrativos*”, de Juan Carlos Ferrada Bórquez; y, “*Falta de servicio y situaciones de catástrofes naturales*”, de Raúl Letelier Wartenberg.

CAPÍTULO PRIMERO

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA POR SUS ACTOS U OMISIONES LESIVOS

1. Régimen general de responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado

1.1. Marco normativo

Las normas centrales en el debate acerca del estatuto jurídico de responsabilidad extracontractual de la Administración son los arts. 6°, 7° y 38, inc. 2°, CPR y los arts. 4°, 42 y 21, inc. 2°, LBGAE, a partir de las cuales los autores nacionales se han dividido en dos corrientes contrapuestas – la responsabilidad patrimonial objetiva y la responsabilidad por falta de servicio – que pasaremos a exponer a continuación.

1.2. Teoría de la Responsabilidad Objetiva

a. Postulado central: rango constitucional de la responsabilidad patrimonial de la Administración

La presente teoría se construye, fundamentalmente, en base al inc. 2° del art. 38 CPR, según el cual “*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 pueda afectar al funcionario que hubiere causado el daño*”. Para los seguidores de este planteamiento, la disposición citada establece los contornos elementales que “*estructuran, condicionan y limitan*”⁵ la responsabilidad patrimonial de la Administración, cuyo elemento central – y único criterio de imputación establecido por el constituyente – es la lesión, entendida como “*un perjuicio antijurídico en sí mismo, perjuicio que el administrado titular de un patrimonio, no tiene el deber jurídico de soportar*”⁶.

Acorde a lo anterior, se afirma que la norma constitucional estatuye una regla de responsabilidad objetiva, bastando para su configuración: (i) una acción u omisión ejecutada por un órgano administrativo en el ejercicio de sus funciones; (ii) una lesión; y

⁵ FIAMMA OLIVARES, Gustavo, *La acción constitucional de responsabilidad y la responsabilidad por falta de servicio*, en *RChD*, (1989) vol. 16 N° 2, p. 434.

⁶ OELCKERS CAMUS, Osvaldo, *La responsabilidad civil extracontractual del Estado administrador en la Constitución Política de 1980 y su imputabilidad por falta de servicio*, en *RChD*, Actas XXIX Jornadas Chilenas de Derecho Público (5, 6 y 7 de noviembre de 1998) N° 26, p. 346. En el mismo sentido SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo. Temas fundamentales*³, (Santiago, Legal Publishing, 2012), p. 817.

(iii) una relación causal entre los mismos⁷. No exigiéndose dolo o culpa⁸ en la Administración.

Según estos autores, estamos en presencia de un régimen único, aplicable a todo órgano administrativo⁹; regido exclusivamente por normas de derecho público¹⁰; del que se deriva responsabilidad directa para la Administración, porque la obligación de resarcir el daño emana de un acto o hecho propio¹¹. De esta forma, la víctima no necesita acreditar cual o cuales fueron los funcionarios que en concreto causaron el perjuicio, ni si los mismos actuaron con dolo o culpa.

Adicionalmente, como el art. 38, inc. 2º, CPR exige únicamente una lesión en los derechos del particular surge responsabilidad para la Administración, incluso, por sus actuaciones lícitas, siempre que éstas colisionen con el derecho de un administrado, ante lo cual “*prevalecerá la prerrogativa de la Administración, pero, como no es justo hacer el bien sobre la base del mal ocasionado a un particular, debe compensarse el daño que se le causará con la correspondiente indemnización*”¹². En estos supuestos, la doctrina ha exigido “*un daño anormal, especial y grave*”¹³. Se agrega que, por regla, el particular no tiene en el deber jurídico de soportar el daño, salvo que de manera excepcional concurra alguna causal de justificación a favor del Estado¹⁴; causales, “*que deben ser expresas y concretas y que irroguen un título que legitime el perjuicio*”¹⁵.

Para Eduardo Soto Kloss estamos ante una responsabilidad integral, debiendo la Administración indemnizar todo el perjuicio causado a la víctima, e imprescriptible¹⁶.

Diversos principios constitucionales ratificarían la existencia de un sistema de responsabilidad objetiva aplicable a la Administración Pública. Siguiendo la enumeración dada por Fabián Huepe, tales son: (i) el principio de servicialidad del Estado hacia la persona (art. 1º, inc. 4)¹⁷; (ii) el principio de respeto a los derechos fundamentales o

⁷ HUEPE ARTIGAS, Fabián, *Responsabilidad del Estado, falta de servicio y responsabilidad objetiva en su actividad administrativa*, (Santiago, LexisNexis, 2006), p. 160. En el mismo sentido, SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho*, cit. (n. 6), p. 816; ROMÁN CORDERO, Cristián A., *La responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado, en RChD*, Actas XXXIV jornadas de Derecho Público (noviembre 2004) 25-27, p.510.

⁸HUEPE ARTIGAS, Fabián, cit. (n. 7), p. 176; CALDERA DELGADO, Hugo, *Sistema de la responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución Política de 1980*, (Santiago, Jurídica de Chile, 1982), p. 45; OELCKERS CAMUS, *La responsabilidad civil extracontractual del Estado Administrador en la Constitución*, cit. (n. 6), p. 346.

⁹ SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho*, cit. (n. 6), p. 816.

¹⁰ *Ibíd.*, p. 817; del mismo autor, *La responsabilidad extracontractual del Estado Administrador, un principio general del derecho chileno*, en *RDP*, (enero-diciembre 1977), 93, vol. 3, N° 21-22, p. 155; FIAMMA OLIVARES, Gustavo, cit. (n. 5), p. 434; QUINTANILLA PÉREZ, Álvaro, *¿Responsabilidad por actos lícitos?*, en *CDE*, (julio de 2009), 1, p. 45; CALDERA DELGADO Hugo, cit. (n. 8), p. 45.

¹¹ SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho*, cit. (n. 6), p. 816

¹²HUEPE ARTIGAS, Fabián, cit. (n. 7), p.248.

¹³CALDERA DELGADO, Hugo, cit. (n. 8), p. 46.

¹⁴ ROMÁN CORDERO, Cristián, cit. (n. 7) P. 352.

¹⁵ OELCKERS CAMUS, Osvaldo, *La responsabilidad civil extracontractual del Estado Administrador en la Constitución*, cit. (n. 6), p. 346.

¹⁶ SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho*, cit. (n. 6), p. 817

¹⁷ Véase HUEPE ARTIGAS, Fabián, cit. (n.7), p. 174.

principio pro-administrado derivado del art. 5º, inc. 2º, de existir una colisión entre el derecho del administrado y una potestad pública se debe preferir el primero¹⁸; (iii) el principio de juricidad y responsabilidad de todos los órganos estatales (arts. 6º y 7º), que puede verse avasallado en caso de existencia de responsabilidad subjetiva al dejar impune a la Administración, “*quien podrá atentarse contra la juricidad, pero, al mismo tiempo, escudarse en una ausencia de culpa o dolo respecto a su actuar, o en una muy posible impunidad probatoria. Mas ello significaría infringir los artículos 6º y 7º los cuales no exigen el dolo o la culpa para hacer efectiva la responsabilidad de la Administración*”¹⁹; (iv) el principio de respeto al derecho de propiedad, consagrado en el art. 19 N° 24, por el cual nadie puede ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de sus atributos esenciales sino sólo por las causales expresamente establecidas en la Constitución, toda otra privación de lo suyo constituye una privación inconstitucional²⁰; (iv) el principio de igualdad ante la ley (art. 19, N° 2)²¹ y, más específicamente, el principio de igualdad ante las cargas públicas (art. 19, N° 20 CPR), el que se ve vulnerado en caso de ocasionarse un daño a un administrado, al soportar una carga que no le corresponde²².

b. Regulación legal y reconocimiento jurisprudencial

Para estos autores, el correlato legal del art. 38, inc. 2º, CPR es el art. 4º LBGAE, ubicado en el Título I, Normas Generales, al prescribir 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*”.

El problema se presenta con lo dispuesto por el inc. 1º del art. 42 LBGAE, conforme al cual los órganos de la Administración responden por la falta de servicio. Según Gustavo Fiamma, la norma en conflicto establece un régimen incompatible y contradictorio al regulado por la CPR, lo que deriva en su inconstitucionalidad²³. Fabián Huepe y Eduardo Soto Kloss, por su parte, sostienen que el art. 42, inc. 1º, consagra una regla de responsabilidad objetiva; para el primero, tal responsabilidad emana de la actuación ilícita de de la Administración²⁴, para el segundo, en cambio, ella deriva de la inactividad administrativa²⁵.

¹⁸Ibid. En sentido similar, FIAMMA OLIVARES, Gustavo, cit. (n. 5), p. 436; OELCKERS CAMUS, Osvaldo, *La responsabilidad civil extracontractual del Estado Administrador en la Constitución*, cit. (n. 6), p. 343.

¹⁹HUEPE ARTIGAS, Fabián, cit. (n.7), p. 176.

²⁰SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho*, cit. (n. 6), pp. 813-814.

²¹Ibid., p.814.

²²HUEPE ARTIGAS, Fabián, cit. (n. 7), pp. 175- 176.

²³FIAMMA OLIVARES, cit. (n. 5), pp. 438- 439.

²⁴HUEPE ARTIGAS, Fabián, cit. (n.7), pp. 207; 215.

²⁵SOTO KLOSS, Eduardo, *La responsabilidad del Estado-Administrador es objetiva (a propósito de “Aillapán Sepúlveda” Corte Suprema/2ª Sala, 9.1.2007)*, en PANTOJA BAUZÁ, Rolando (coord.), *Derecho Administrativo. 120 años de cátedra*, (Santiago, Jurídica de Chile, 2008), p. 402.

Esta doctrina se ve avalada por jurisprudencia incluso anterior a la entrada en vigencia del actual art. 38, inc. 2º, tales como Lapostol con Fisco, Tirado con Municipalidad la Reina, Galletué con Fisco y Hexagón con Fisco²⁶.

1.3. Responsabilidad por Falta de Servicio

Es común entre los autores mencionar como hito fundamental, a partir del cual se desarrolla la teoría de la responsabilidad por *faute de service*, al emblemático fallo Blanco del Tribunal de Conflictos Francés de 1873. En virtud de este caso quedó asentada la idea de que la responsabilidad que afecta al Estado se rige por reglas propias y distintas a las que regulan las relaciones entre privados²⁷, distinguiéndose, además, la falta de servicio de la falta personal a partir del derecho que le es aplicable²⁸, permitiendo “*considerar a la Administración como responsable, sin recurrir a la noción de culpa o dolo por parte del funcionario o agente público*”²⁹.

a. Aspectos centrales

En la responsabilidad por falta de servicio, al igual que en la responsabilidad objetiva, no se exige al particular probar cual de los agentes de la Administración ocasionó el daño y si el mismo actuó con dolo o culpa³⁰. Sin embargo, a diferencia de aquélla, “*supone siempre un elemento reprochable: la mala organización o funcionamiento defectuoso de la Administración. Es, de algún modo, una suerte de culpa del servicio*”³¹. Constituye una culpa objetiva³², al prescindirse de posiciones subjetivas individuales, “*el mal funcionamiento se debe a un conjunto de situaciones imposibles de imputar a nadie en particular.[...] La falta de servicio importa una valoración de conducta, pero no referida a los funcionarios, sino al órgano, al servicio como organización*”³³.

²⁶ Sentencias disponibles en CORDERO VEGA, Luis, *Tratado de jurisprudencia y doctrina. Decisiones destacadas en derecho administrativo. Fallos del mes* (Santiago, PuntoLex S.A., 2012) II: Sentencia Rol s/i, Corte Suprema, 11 de enero de 1908, *Lapostol con Fisco*, pp.355-359; Sentencia Rol s/i, Corte Suprema, 24 de marzo de 1981, *Tirado con Municipalidad la Reina*, pp. 382-391; Sentencia Rol s/i, Corte Suprema, 7 de agosto de 1984, *Galletué con Fisco*, pp. 391-399; Sentencia Rol N° 19.439, Corte Suprema, 28 de julio de 1987, *Hexagón con Fisco*, pp. 399-407.

²⁷ PIERRY ARRAU, Pedro, *La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio*, en LATORRE FLORIDO, Cecilia Paz y VERA ÁLVAREZ, Nicolás (coord.), *La responsabilidad extracontractual del Estado*, (Santiago, Metropolitana, 2009), p.34; HUEPE ARTIGAS, Fabián, cit. (n. 7), p. 413; ROJAS VARAS, Jaime, *Bases de la responsabilidad extracontractual del Estado Administrador*, en *RChD*, Actas XXIX jornadas de Derecho Público, (5,6 y 7 de noviembre de 1998), p. 353.

²⁸ BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Derecho*, cit. (n. 1), p. 496.

²⁹ PIERRY ARRAU, Pedro, cit. (n. 27), pp. 33-34.

³⁰ *Ibíd.*, p. 34; ROJAS VARAS, Jaime, cit. (n. 27), p 355; LETELIER WARTENBERG, Raúl, *Un estudio de efectos en las características de la responsabilidad extracontractual del Estado*, en LATORRE FLORIDO, Cecilia Paz; VERA ÁLVAREZ, Nicolás (coord.), *La responsabilidad extracontractual del Estado*, (Santiago, Metropolitana, 2009), p. 198; BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Derecho*, cit. (n. 1), p. 505.

³¹ QUINTANILLA PÉREZ, Álvaro, cit. (n. 10), 49.

³² MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*², (Madrid, Edisofer s.l., 2012), p. 153.

³³ QUINTANILLA PÉREZ, Álvaro, cit. (n. 10) p. 49.

Conforme a lo señalado, para comprometer la responsabilidad del Estado no basta la mera relación causal entre la acción u omisión de la Administración y el daño: culpa objetiva no es sinónimo de responsabilidad objetiva³⁴. El particular queda obligado a probar la culpa del servicio, lo que implica acreditar una “*desviación de la Administración del modelo de conducta para ella fijado*”³⁵. Por el contrario, en la responsabilidad objetiva no es necesario que el órgano productor del daño se aparte de un modelo de conducta preestablecido³⁶, lo que justifica el surgimiento de responsabilidad aún ante actuaciones perfectamente lícitas de la Administración.

Siguiendo esta corriente, existe mala organización o funcionamiento defectuoso del órgano público, es decir, falta de servicio, si el mismo no actuó debiendo hacerlo, actuó tardíamente o actuó en forma deficiente³⁷. José Miguel Valdivia deja en claro que, conforme a sus raíces francesas, falta es sinónimo de culpa³⁸, y no significa abstención, ausencia u omisión. Además, a nuestro entender, jurídicamente la voz falta involucra una contravención, violación o inobservancia de reglas o principios jurídicos – así se puede hablar de faltas administrativas o disciplinarias, civiles y penales –. La culpa supone una vulneración al deber de diligencia exigible a un sujeto, en otras palabras, es una falta.

b. Diligencia exigida a la Administración

La falta de servicio no es un concepto estático, sino que varía según las características propias del servicio que se está enjuiciando y la gravedad de la falta³⁹.

La doctrina habla de estándar medio de funcionamiento del servicio para referirse al “*grado de exigibilidad en las conductas que se le puede pedir a un servicio u organización pública moderna en un momento preciso y determinado*”⁴⁰; es el deber de diligencia exigible a las Administraciones Públicas que, según Ricardo Zanhueza, encuentra consagración en los principios de conservación del orden público y de propensión al bien común (art. 1 CPR), y en los arts. 3° y 5° LBGAE que establecen el principio de servicialidad y de coordinación administrativa⁴¹.

Los autores han fijado ciertos parámetros que el juez debe tener a la vista al momento de analizar el caso concreto, tanto para determinar si efectivamente se configura

³⁴ PIERRY ARRAU, Pedro, cit. (n. 27) pp. 41-42; BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Derecho*, cit. (n. 1), pp. 505-506.

³⁵ MIR PUIGPELAT, Oriol, cit. (n. 32), p. 153.

³⁶ *Ibid.*, p. 130.

³⁷ QUINTANILLA PÉREZ, Álvaro, cit. (n. 10), p. 49; ROMÁN CORDERO, Cristián, cit. (n. 7), p. 530; BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Derecho*, cit. (n. 1), p. 505; Sentencia Rol N° 9.440-2009; Corte Suprema, 29 de agosto de 20011, Ballón Ramírez, Sandra con Servicio de Salud de Iquique, en <http://www.poderjudicial.cl>, revisada el 11 de enero de 2014, considerando undécimo fallo de instancia.

³⁸ VALDIVIA, José Miguel, *Orígenes de la noción de falta de servicio*, en LETELIER WARTENBERG, Raúl (coord.), *La falta de servicio*, (Santiago, Legal Publishing, 2012), p. 33.

³⁹ PIERRY ARRAU, Pedro, cit. (n. 27) pp. 34-35.

⁴⁰ OELCKERS CAMUS, Osvaldo, *La responsabilidad extracontractual del Estado Administrador en las Leyes Orgánicas Constitucionales de la Administración del Estado y de Municipalidades*, en RChD (1989) vol. 16 N° 2, p.448.

⁴¹ SANHUEZA ACOSTA, Ricardo, *Responsabilidad patrimonial del Estado Administrador chileno*, (Santiago, LexisNexis, 2005), p.136.

la falta de servicio como para establecer la indemnización a pagar por parte del Estado, a saber: los medios de que dispone la Administración; el presupuesto; el grado de dificultad del servicio que se presta; las circunstancias de tiempo y lugar; la previsibilidad del daño; los medios técnicos y humanos de que dispone el órgano para realizar su actividad; la gravedad de la falta; la concurrencia de fuerza mayor u otra circunstancia que exima a la Administración de responsabilidad; y, evidentemente, las leyes y reglamentos que rigen la actividad administrativa⁴².

c. Consagración positiva

La disposición que establece la falta de servicio, para la generalidad de los órganos administrativos, es el art. 42, inc. 1º, LBGAE.

Los defensores de esta postura, aseveran que la referida norma no vulnera el inc. 2º del art. 38 CPR ni es incongruente con el art. 4º LBGAE, debido a que estas disposiciones sólo consagran un principio general de responsabilidad aplicable a la Administración⁴³, del que no se desprende régimen alguno de responsabilidad, menos uno de corte objetivo. En lo tocante al art. 38, inc. 2º, se afirma, además, que el mismo establece una norma de competencia⁴⁴.

Conforme a este planteamiento, la voz lesión, usada por la norma constitucional, sólo hace alusión a la idea de daño o menoscabo, sin que tenga el sentido particular que le otorgan los defensores de la teoría objetiva. *“Quien es ‘lesionado’ en sus derechos es ‘perjudicado’ y a su respecto concurre uno de los requisitos – existencia del daño –, entre otros necesarios para hacer efectiva la responsabilidad”*⁴⁵.

d. Falta de servicio y falta personal

Al ser el Estado-Administrador una entidad carente de materialidad, forzosamente actúa a través de las personas naturales que han sido investidas legalmente para realizar las funciones y lograr los fines entregados al mismo. De esta forma, independientemente del

⁴² QUINTANILLA PÉREZ, Álvaro, cit. (n. 10), p. 49; OELCKERS CAMUS, Osvaldo, *La responsabilidad extracontractual del Estado Administrador en las leyes*, cit. (n. 40), p.448; BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Derecho*, cit. (n. 1), pp. 507-508.

⁴³ SANHUEZA ACOSTA, Ricardo, cit. (n. 41), pp.117, 152; PIERRY ARRAU, Pedro, cit. (n. 27), p. 39; ROJAS VARAS, Jaime, cit. (n. 27), p 358; BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Las relaciones entre el derecho administrativo y el derecho común. Derecho positivo. Doctrina y jurisprudencia*, (Santiago, Legal Publishing, 2012), p.73.

⁴⁴ FERRADA BÓRQUEZ, *La responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado en Chile, una breve revisión del Estado actual de la discusión*, en MARÍN, Juan Carlos, (coord.), *La responsabilidad patrimonial del Estado* (Ciudad de México, Purrúa, 2004), pp. 112-113; PIERRY ARRAU, Pedro, cit. (n. 27), p. 49; QUINTANILLA PÉREZ, Álvaro, cit. (n. 10), pp. 53-54; ROJAS VARAS, Jaime, cit. (n. 27). p 357; RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Sobre la Responsabilidad Extracontractual del Estado*, en *Actualidad Jurídica*, (enero 2011) Año XII N° 23, p. 14. Cabe recordar que antes de la reforma del año 1989, la norma constitucional establecía como tribunales competentes, para conocer los reclamos contra la Administración, los contenciosos-administrativos que, sin embargo, nunca se crearon por ley. Esto generó *“numerosos problemas a la hora de accionar, ya que los tribunales comenzaron a declararse incompetentes y esto provocó la respectiva irresponsabilidad del Estado en esta materia: existía un derecho sin jurisdicción aplicable, lo cual hacía de esta norma sólo letra muerta”*. BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Derecho*, cit. (n. 1), p. 502.

⁴⁵ QUINTANILLA PÉREZ, Álvaro, cit. (n. 10), p. 47.

funcionario público que en concreto actuó – o no actuó –, es la Administración la directamente responsable, debido a que los actos de sus funcionarios son, en realidad, actos del órgano⁴⁶; “*si producto del ejercicio de la función pública el funcionario incurre en una falta, y ésta causa un daño a un particular, será la Administración la que deberá responder de dicho daño directamente, sin perjuicio del poder que tiene esta última de repetir lo pagado en contra del funcionario culpable de la falta*”⁴⁷.

Sin embargo, a la Administración no siempre le serán atribuibles las actuaciones u omisiones de los funcionarios públicos. Claramente, “*se deben excluir aquellos casos en que el funcionario ocasiona un daño a un administrado, producto de una actuación ilegítima realizada en el ámbito de su vida privada. En tal caso, nada tendría que ver su carácter de funcionario público, por lo que la relación se producirá entre privados*”⁴⁸; de esta manera, la Administración es absolutamente irresponsable. Esta situación es calificada por Jorge Bermúdez como falta personalísima⁴⁹.

La otra posibilidad es que se configure una falta personal separable, en donde existe un “*incumplimiento de deberes funcionariales que no tiene relación con el giro que presta la Administración del Estado. Es decir, se puede separar la falta del funcionario de la prestación de la Administración*”⁵⁰. En estos supuestos, es directamente responsable el funcionario público, pero “*atendida la jurisprudencia, [...] serían eficaces las normas del Código Civil sobre responsabilidad por el hecho ajeno, por lo que podría existir una responsabilidad solidaria de la Administración*”⁵¹. Volveremos sobre este punto en el apartado 3.2, letra b, del presente capítulo.

Como jurisprudencia de apoyo a esta corriente podemos nombrar, entre otros, los fallos: Quintana con Servicio Agrícola y Ganadero, Domic Bezic y otros con Fisco⁵²; y Seguel Cares con Fisco⁵³.

2. Órganos excluidos del Título II de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado

El art. 21 LBGAE, inc. 1, prescribe que “*la organización básica de los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa*” se rige por las disposiciones del Título II de la ley, Normas Especiales. Acto seguido, la disposición en su inc. 2°, establece que las normas del referido título “*no se aplicarán a la Contraloría General de la República, al Banco Central, a las*

⁴⁶ En este sentido, FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, *La responsabilidad*, cit. (n. 44), pp. 127-128.

⁴⁷ BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Derecho*, cit. (n. 1), pp. 508-509.

⁴⁸ *Ibíd.*, p. 509.

⁴⁹ *Ibíd.*

⁵⁰ *Ibíd.*, p. 510.

⁵¹ *Ibíd.*, p. 509.

⁵² Sentencias disponibles en CORDERO VEGA, Luis, *Tratado*, cit. (n. 26): Sentencia Rol N° 2.213-2000, Corte Suprema, 23 de enero de 2001, *Servicio Agrícola y Ganadero*, pp. 425-435; Sentencia Rol N° 4.753-2001, Corte Suprema, 15 de mayo de 2002, *Domic Bezic y otros con Fisco*, pp. 435-445.

⁵³ Sentencia Rol N° 371-2008, Corte Suprema, 3° de julio de 2009, *Seguel Cares con Fisco*, en <http://www.poderjudicial.cl>, revisada el 13 de mayo de 2013.

Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, 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 quórum calificado, según corresponda”.

Lo anterior genera la interrogante acerca de cuál es la regla de responsabilidad que afecta a los órganos mencionados en el inc. 2° del art. 21, debido a que el art. 42, que establece la falta de servicio, al estar ubicado en el Título II de la ley no se aplicaría a los mismos. La respuesta está necesariamente condicionada al planteamiento sostenido en relación al régimen general imperante en la materia. A continuación presentaremos algunas de las soluciones que se han dado.

2.1. La responsabilidad patrimonial de toda la Administración es objetiva

Si se aboga por la existencia de un sistema de responsabilidad patrimonial constitucional y único, el preguntarse qué pasa con los órganos mencionados en el inc. 2° del art. 21 no tiene mayor sentido.

Es indiferente que ciertos órganos estén o no regulados por el art. 42 LBGAE, porque o bien esta norma es inconstitucional, rigiendo directamente el art. 38 CPR, inc. 2°, o bien consagra un régimen objetivo que es expresión de la norma constitucional. Por otro lado, las entidades mencionadas en el inc. 2° del art. 21 LBGAE, quedan sometidas a la norma constitucional, y al art. 4° LBGAE. De esta forma, todo órgano administrativo, esté o no nombrado en el art. 21, inc. 2°, está sujeto a una responsabilidad patrimonial objetiva producto de la lesión a los derechos de un particular, conforme al art. 38, inc. 2° CPR.

2.2. Aplicación directa del artículo 4°: En último término es el juez el llamado a determinar el régimen en caso de ausencia de norma

Si bien Osvaldo Oelckers es reconocido como un partidario de la teoría objetiva, no excluye la posibilidad de aplicar la falta de servicio con su estatuto que le es propio. Advierte que a nivel legal el art. 4° LBGAE sólo consagra un principio general de responsabilidad para la Administración, pero no establece *“el tipo de responsabilidad de que se trata – que puede ir desde la que es producto de la falta personal, o de la falta de servicio, o responsabilidad por riesgo –”*⁵⁴, de manera que al legislador no le está prohibido reglamentar un sistema de responsabilidad con características diversas a las establecidas por la CPR. Para este autor, el art. 42 complementa en términos específicos – al consagrar definitivamente para la Administración la falta de servicio – y parciales – porque se refiere sólo a los órganos no mencionados en el inc. 2° del art. 21 – la responsabilidad general establecida en el art. 4°⁵⁵.

Adicionalmente, afirma que es el art. 4° LBGAE la disposición que rige a los órganos del art. 21, inc. 2°; empero, al no consagrar un tipo específico de responsabilidad a

⁵⁴ OELCKERS CAMUS, Osvaldo, *La responsabilidad civil extracontractual del Estado Administrador en la Constitución*, cit. (n. 6), p. 347.

⁵⁵ *Ibid.*

tales órganos les son aplicables, en primer lugar, las reglas de responsabilidad establecidas en sus propios estatutos y, en su defecto, en una interpretación restrictiva, las normas de derecho privado, “o, en una nueva interpretación, que podría acoger la jurisprudencia, referida a la argumentación partir del Art. 4° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración Pública, aparece la responsabilidad pública con su propia identidad, de tal forma que en razón de dicha norma cualquier organismo de la Administración debería responder cuando en el ejercicio de sus funciones cause daño”⁵⁶.

2.3. Aplicación subsidiaria de normas civiles: extensión de la falta de servicio

El principal exponente en esta materia es Pedro Pierry, para quien, dado el tenor literal del art. 21, no es posible aplicar directamente a los órganos mencionados en su inc. 2° el art. 42. No obstante ello, la regla consagrada en la última disposición se extiende a los mismos en virtud del art. 2314 CC “al que habría que volver como el derecho común en materia de responsabilidad extracontractual”⁵⁷.

Asegura que el Estado y sus organismos pueden ser responsabilizados por el hecho propio, pero esta responsabilidad se aleja de los requisitos y presupuestos necesarios para la responsabilidad civil de las personas jurídicas de derecho privado, debido a que 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. 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 en 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”⁵⁸.

Este razonamiento es el que ha prevalecido en los últimos años en nuestra jurisprudencia, principalmente desde el fallo Seguel Cares con Fisco de Chile, de 30 de julio de 2009⁵⁹.

2.4. Regulación por el artículo 42

A favor de esta hipótesis, Jorge Bermúdez asegura que una interpretación correcta del art. 21 lleva a la aplicación directa del art. 42 a los denominados órganos excluidos.

⁵⁶ OELCKERS CAMUS, Osvaldo, *La responsabilidad extracontractual del Estado Administrador en las leyes*, cit. (n. 40), p. 443.

⁵⁷ PIERRY ARRAU, Pedro, cit. (n. 27), p. 58.

⁵⁸ *Ibíd.*, p. 59.

⁵⁹ Sentencia rol N° 371-2008, Corte Suprema, 30 de julio de 2009, en <http://www.poderjudicial.cl>, revisada el 3 de mayo de 2013. Véase además: Sentencia rol N° 7.919-2008, Corte Suprema, 14 de enero de 2011, *Morales Gamboa con Fisco*, en <http://www.poderjudicial.cl>, revisada el 3 de mayo de 2013; Sentencia rol N° 1.760-2009, Corte Suprema, 24 de marzo de 2011, *Fernández Rodríguez Violeta y otros con Fisco*, en <http://www.poderjudicial.cl>, revisada el 1 de junio de 2013; Sentencia rol N° 3.844-2010, Corte Suprema, 20 de marzo de 2013, *González Rodríguez con Fisco*, en <http://www.velex.cl>, revisada el 3 de mayo de 2013.

El autor pone de manifiesto que la primera de las disposiciones “*se refiere a la organización básica de ministerios y servicios, quedando entregada a sus respectivas leyes la organización del conjunto de órganos excluidos, a que se refiere el inciso 2° del mismo art. 21*”⁶⁰; el art. 42, por su parte, no establece norma de organización alguna, sino que una regla de responsabilidad que rige a toda la Administración. “*En efecto, el propio art. 42 se refiere en general a ‘los órganos de la Administración’, sin hacer ninguna distinción. Ello a diferencia del tenor del resto de artículos del mismo párrafo, que discurren sobre la distinción entre Ministerios, Subsecretarías y Servicios Públicos*”⁶¹.

Por otro lado, el art. 41, que consagra la posibilidad de delegar atribuciones y firma, siempre se ha aplicado a órganos que en principio estarían excluidos, aún cuando se encuentra en el Título II de la ley⁶². Finaliza el profesor Bermúdez afirmando que, por lo demás, “*la ubicación de una norma, cuando ella pugna con su alcance no ha sido nunca un obstáculo para darle una aplicación sistemática y correspondiente con su verdadero sentido*”⁶³.

Conforme a estos argumentos, no es necesario recurrir a la normativa civil como ocurre en el fallo Seguel Cares con Fisco, rigiendo plenamente la falta de servicio del art. 42.

3. Nuestro planteamiento

3.1. Críticas a la teoría de la responsabilidad objetiva

A nuestro entender, el constituyente no consagra sistema alguno de responsabilidad extracontractual para la Administración, sino que simplemente se limita a establecer un principio de responsabilidad. Al respecto, la Corte de Apelaciones de Concepción, en la causa Seguel Cares con Fisco, aseveró “*que el principio de responsabilidad del Estado se encuentra consagrado en el inciso segundo del artículo 38 de la Constitución Política y su naturaleza se encuentra determinada en el artículo 4° y 42 de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, la que señala que el Estado es responsable por los daños que causaren los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones*”⁶⁴. En sentido análogo se pronuncia Juan Carlos Ferrada Bórquez, al sostener que de los arts. 6° y 7° CPR se desprende un principio general de responsabilidad aplicable a todo sujeto, correspondiéndole al legislador regular ésta en detalle⁶⁵.

Ciertamente, si el constituyente hubiere establecido un tipo de responsabilidad específico y especial, lo hubiese consagrado de manera inequívoca, al igual que lo hace en la hipótesis de responsabilidad patrimonial del Estado-Juez derivada de una sentencia “*injustificadamente errónea o arbitraria*”, conforme a lo prescrito en el art. 19, N° 7 letra

⁶⁰ BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Las relaciones*, cit. (n. 43), p. 87.

⁶¹ *Ibid.*, pp. 86-87.

⁶² *Ibid.*, p. 87.

⁶³ *Ibid.*, pp. 86-87.

⁶⁴ Sentencia Rol N° 371-2008, 3° de julio de 2009, Corte Suprema, *Seguel Cares con Fisco*, en <http://www.poderjudicial.cl>, revisada el 13 de mayo de 2013, considerando cuarto fallo de instancia.

⁶⁵ FERRADA BÓRQUEZ, *La responsabilidad*, cit. (n. 44), pp. 110-111.

i)⁶⁶. Ni los arts. 6° y 7°, incisos. 3°, ni el inc. 2° del art. 38 establecen en forma categórica un sistema de responsabilidad.

No hay que olvidar que los arts. 6° y 7° se aplican también a los particulares, al ordenar, en sus respectivos incisos 2°, que “*los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo*”, y que “*ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de Constitución o las leyes*”. En caso de infracción a estas disposiciones, surgirán las responsabilidades y sanciones que establezca la ley (incisos 3°, arts. 6° y 7°), sin que se exija la concurrencia de dolo o culpa; no obstante ello, nadie afirma la inconstitucionalidad de aquellas leyes que reglamentan una responsabilidad subjetiva para los particulares. Sin embargo, por aplicación de las mismas normas se asevera tajantemente que la responsabilidad patrimonial de los órganos administrativos es objetiva⁶⁷. No resulta lógico derivar de unas mismas disposiciones, que no hacen distinción alguna, interpretaciones opuestas: el constituyente remite al legislador la determinación de las sanciones y responsabilidades correspondientes, tanto si es un particular como si es un órgano público el infractor de las mismas⁶⁸.

Por lo demás, en nuestro ordenamiento jurídico la consagración de responsabilidad objetiva es excepcional⁶⁹. Y los supuestos en los cuales se establece la misma se refieren a actividades lucrativas e intrínsecamente riesgosas⁷⁰, lo que no suele ocurrir con las actividades desplegadas por el Estado.

También es cuestionable el argumento según el cual el dolo y la culpa sólo son atribuibles a las personas naturales, de manera que no puede establecerse para el Estado un estatuto de responsabilidad basado en dichos criterios⁷¹. Esta aseveración resulta ser verdadera respecto del dolo, que implica una voluntariedad dirigida a un fin pernicioso, lo que se evidencia en la definición contenida en el inciso final del art. 44 CC, conforme al cual “*el dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro*”. Empero, no ocurre lo mismo con la culpa, que supone una “*falta de diligencia y cuidado que, conforme a los estándares generales es exigible*”⁷², y que constituye “*un elemento de prueba abstracto, o de contraste*”⁷³.

Para determinar la existencia de un actuar culposo, se analiza si un sujeto ideal y diligente colocado en las mismas condiciones de aquel al que juzgamos, hubiese actuado de

⁶⁶ En este sentido RODRÍGUEZ GREZ, cit. (n. 44), pp. 14-15.

⁶⁷ Véase HUEPE ARTIGAS, Fabián, cit. (n. 7), p. 176.

⁶⁸ En sentido similar, LETELIER WARTENBERG, Raúl, *Un estudio*, cit. (n. 30), p. 186.

⁶⁹ A vía ejemplar podemos nombrar la ley sobre Seguridad Nuclear (N° 18.302); el Código Aeronáutico; la Ley de Tránsito (N° 18.290); la Ley de Navegación (D.L. 2.222), entre otras.

⁷⁰ QUINTANILLA PÉREZ, Álvaro, cit. (n. 10), pp. 47- 48; LETELIER WARTENBERG, Raúl, *Un estudio*, cit. (n. 30), pp. 205-218.

⁷¹ SOTO KLOSS, Eduardo, *¿Es la Responsabilidad del Estado una responsabilidad “extracontractual” como para aplicarle las normas reguladoras del Código Civil?*. (A propósito de Martínez Rodríguez con fisco/C. Suprema 29.10.2007), en *Gaceta Jurídica*, (noviembre, 2007), N° 329, pp. 40-41.

⁷² RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, cit. (n. 44), p. 15.

⁷³ LETELIER WARTENBERG, Raúl, *Un estudio*, cit. (n. 30), p. 191.

igual o diferente manera. En este sentido, es perfectamente posible atribuir culpa a una persona jurídica, de lo contrario, como afirma Raúl Letelier, “*habría que concluir necesariamente que las personas jurídicas privadas son irresponsables civilmente, en tanto no les resulta aplicable la estructura subjetiva de la culpa y el dolo civil*”⁷⁴.

La teoría criticada plantea, además, que se configura responsabilidad para la Administración aún ante actuaciones perfectamente lícitas de la misma, razonamiento que se fundamenta en que el inc. 2° del art. 38 exige, como único criterio para hacer efectiva tal responsabilidad, una lesión o daño antijurídico el cual la víctima no tiene el deber de soportar. Sin embargo, la sola lesión no supone necesariamente el nacimiento de responsabilidad, aquélla no es más que un requisito generalmente exigido para comprometer la responsabilidad de un sujeto, sea esta penal, civil o administrativa. Como advierte Luis Cordero Vega, “*la víctima no está en la obligación jurídica de soportar el daño, en tanto en cuanto el legislador establezca quien, como, cuando y donde debe soportar el perjuicio, o a lo menos habilite al juez para responder esas preguntas. Esto implica que el concepto lesión que se predica como fundamento de la responsabilidad objetiva de la Administración, es igualmente aplicable a cualquier título de responsabilidad, incluido el dolo y la culpa, lo que da cuenta de la incoherencia lógica de su afirmación*”⁷⁵.

A mayor abundamiento, si el art. 6° CPR ordena la actuación de los órganos estatales acorde a la CPR y a las normas dictadas conforme a ella, y el art. 7° CPR, por su parte, prescribe los requisitos de validez de la actuación de tales entidades, surgiendo responsabilidad en caso de infracción a los mismos, resulta que tal infracción no es otra cosa que una acción u omisión contraria a derecho o antijurídica. Al ser aplicables las citadas normas a todo órgano estatal, son la regla general en la materia⁷⁶.

En consecuencia, toda otra norma constitucional – y legal – que pretenda establecer responsabilidad u obligación indemnizatoria en caso de actos regulares, debe hacerlo en forma expresa e inequívoca⁷⁷ como ocurre en materia de expropiación y requisiciones derivadas de estados de excepción constitucional, según expresan los arts. 19, N° 24, inc. 3°, y 45, inc. final, respectivamente. En estos supuestos, la CPR faculta a la Administración a afectar el derecho de propiedad, otorgando a tales actos el carácter de lícitos, no obstante lo cual consagra explícitamente un derecho a indemnización. Para la Constitución, entonces, la obligación indemnizatoria por actuaciones apegadas al bloque de juricidad es claramente excepcional.

En este orden de ideas, es incorrecto derivar la responsabilidad por actuaciones regulares de la preeminencia que el constituyente otorga a los derechos de los particulares por sobre las prerrogativas estatales. Si el Estado y sus órganos tienen como deber el

⁷⁴ *Ibíd.*

⁷⁵ CORDERO VEGA, Luis, *La responsabilidad de la Administración del Estado. Revisión desde la doctrina y la jurisprudencia chilena*, Tesis para optar al grado de Magister en Derecho, Universidad de Chile (2003), p. 142.

⁷⁶ En sentido similar, SANHUEZA ACOSTA, Ricardo, cit. (n. 41), p.129; QUINTANILLA PÉREZ, Álvaro, cit. (n. 10), p. 45.

⁷⁷ Véase, FERRADA BORQUÉZ, Juan Carlos, *Falta de Servicio y responsabilidad por actos administrativos*, en LETELIER WARTENBERG, Raúl, (coord.) *La falta de servicio*, (Santiago, Legal Publishing, 2012), pp. 286-287.

respeto y promoción de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana garantizados por la CPR (art. 5º, inc. 2º, CPR), sin que siquiera la ley pueda afectarlos en su esencia (art. 19, N° 26, CPR), no podría argumentarse que la responsabilidad de la Administración por actos lícitos nace de la afectación a los mismos. Toda lesión a un derecho fundamental que no esté amparada por la Ley Suprema es en sí contraria a derecho, siendo ilógico concluir que la responsabilidad deriva de un actuar jurídico. A mayor abundamiento, una ley que permita una limitación o restricción de un derecho constitucional en supuestos diversos a los permitidos por la Carta Fundamental, no es norma dictada conforme a ella, es inconstitucional, y el actuar a su amparo ilícito.

En todo caso, no toda lesión de derechos resulta ser antijurídica. Los órganos estatales están premunidos de diversas potestades que miran, en último término, a la consecución del bien común, para lo cual el propio ordenamiento permite, en ciertas ocasiones, la limitación de derechos a través de la imposición de cargas públicas. Carga es toda contrapartida que deben soportar los individuos frente a la actividad del Estado de poder limitar legítima e imperativamente sus derechos, supone, por tanto, un perjuicio⁷⁸, que no debe ser soportado únicamente en caso de afectarse el principio de igualdad ante las cargas públicas (art. 19, N° 20 CPR). Escapa de tal noción el daño, lesión o perjuicio derivado de una actuación irregular⁷⁹, en donde, a diferencia de la carga, no existe un título que justifique el obrar del órgano, derivándose un detrimento injusto para el particular y responsabilidad para la Administración. Como acertadamente señala Eduardo Aldunate, *“el Estado se mueve no en el ámbito de la libertad propio de los particulares, sino en el ámbito de la juricidad. Por tanto, para calificar de antijurídica una actuación – y mucho más en una omisión – del Estado, es necesario identificar una regla positiva que disponga un modo de actuación específico, o bien un deber de actuación o de omisión, en su caso. Y si la actuación en sí es jurídica, deberá existir un criterio adicional que permita examinar qué consecuencias dañinas deben ser soportadas como cargas y cuáles no”*⁸⁰.

Hay que tener en cuenta que no obstante existir una habilitación legal destinada a limitar derechos de los particulares, perfectamente acorde a la Constitución, la Administración excede o abusa de sus facultades, puede nacer responsabilidad patrimonial por actuación ilícita, al vulnerarse el art.2º LBGAE⁸¹.

3.2. La falta de servicio como régimen general aplicable a la Administración

a. La falta de servicio

Como se dejó en claro ad supra, la CPR no consagra un régimen de responsabilidad patrimonial aplicable a la Administración producto de sus actuaciones u omisiones dañosas, de manera que corresponde al legislador su regulación.

⁷⁸ ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Consecuencias constitucionales de la teoría de la responsabilidad objetiva del Estado*, en CDE, (diciembre de 2000), 2, pp. 64-65.

⁷⁹ *Ibíd.*

⁸⁰ *Ibíd.* p. 69.

⁸¹ Sobre responsabilidad por actos administrativos ilícitos, FERRADA BORQUÉZ, Juan Carlos, *Falta de Servicio*, cit. (n. 77), pp. 279-301.

La norma base al respecto es el art. 42 LBGAE. Sin embargo, como es sabido, se genera un problema interpretativo derivado del art. 21, inc. 2º, a partir del cual ciertas entidades administrativas quedarían excluidas de la falta de servicio consagrada en la primera de las disposiciones.

En principio, la solución hay que buscarla en el estatuto de cada órgano. Así, por ejemplo, las Municipalidades responden principalmente por la falta de servicio (142 LOCM), las empresas del Estado, en cambio, “*estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares*” (art. 19 Nº 21, inc. 2º, CPR). El problema se presenta con aquellas instituciones que no tienen normativa especial al respecto, como ocurre con las FF.AA. Surge, de esta forma, la necesidad de encontrar una norma que permita determinar cuál es el régimen general.

La primera alternativa es aplicar directamente a dichos entes el art 42. Es claro, como da cuenta Jorge Bermúdez Soto, que la mencionada disposición está mal ubicada, no teniendo relación con la reglamentación del Título II LBGAE. Sin embargo, si bien es una interpretación del todo lógica, choca frontalmente con el texto del art. 21, inc. 2º.

La segunda opción es entender que estamos ante un vacío legal que debe ser colmado por el derecho común, esto es, aquel “*que se aplica a la generalidad de los casos o aplicable en oposición a un derecho particular o especial*”⁸². Finalidad que es cumplida, normalmente, por el CC, el cual, “*por tanto, tendrá un carácter supletorio de las lagunas que se presentan en el ámbito administrativo*”⁸³, lo que es posible siempre que no se vulnere alguna norma o principio de Derecho Público⁸⁴.

Buscamos determinar la responsabilidad que afecta a la Administración por un acto, abstención o hecho que le es imputable, es decir, su responsabilidad directa o por el hecho propio, y que en el Código de Bello está consagrada en el art. 2314, norma que obliga al que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, al pago de indemnización.

Entendemos que la Administración no puede ser responsable de delito civil, porque éste supone dolo el que implica, a su vez, una intencionalidad dirigida a un fin pernicioso. Se puede afirmar que la Administración, en cuanto entidad, carece de voluntariedad no siendo predicable a su respecto un actuar doloso. Pero es más, se trata de una persona jurídica que está al servicio de la persona humana, cuya finalidad es promover el bien común (Art. 1º, inc. 4º, CPR; art. 3º, inc. 1º, LBGAE), de forma que no busca ni puede buscar causar daños intencionalmente. El dolo sólo alcanza a los sujetos que investidos en calidad de funcionarios aprovechan esa situación con la intención de perjudicar a terceros.

Como consecuencia de lo anterior, a nuestro parecer, la Administración únicamente puede cometer un cuasidelito civil, esto es, “*el hecho culpable, pero cometido sin intención de dañar, que ha inferido injuria o daño a otra persona*”⁸⁵. En cuanto al grado de culpa

⁸² BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Las relaciones*, cit. (n. 43), p. 57.

⁸³ *Ibíd.*, p. 59.

⁸⁴ HUEPE ARTIGAS, Fabián, cit. (n. 7), p. 164.

⁸⁵ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*, (Santiago, Jurídica de Chile, 2005), p. 14.

necesario para la configuración del mismo, Arturo Alessandri sostiene que “*toda falta de diligencia o cuidado, por levísima que sea, engendra responsabilidad*”⁸⁶, por no regir en materia extracontractual las reglas de graduación de culpa. Sin embargo, el mismo autor parece contradecirse a la hora de dar una definición de culpa, al afirmar que “*es la falta de aquella diligencia o cuidado que los hombres prudentes emplean ordinariamente en sus actos o negocios propios*”⁸⁷, lo que es casi idéntico al concepto que da el art. 44, inc. 3°, CC para la culpa leve (“*falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios*”).

Enrique Barros Bourie, por el contrario, opina que “*del concepto de culpa del artículo 44 se sigue que el estándar de comportamiento es la culpa leve, que resulta aplicable cuando la ley habla de culpa o descuido sin otra calificación (artículo 44 III). El patrón de conducta corresponde al que sigue una persona diligente, caracterizada por emplear un cuidado mediano*”⁸⁸. A lo señalado por este autor, se puede añadir que de la lectura de los arts. 2322, inc. final, y 2323, inc. 1°, CC tal parece ser el estándar exigido por el legislador. En efecto, la primera de las disposiciones exime de responsabilidad al civilmente responsable cuando probare que los dependientes usaron de un modo impropio sus funciones, sin que al emplear el cuidado ordinario y la autoridad competente lo hubiere podido prever o impedir; la segunda, por su parte, hace responsable al dueño de un edificio por los daños que la ruina del mismo ocasione a terceros, por haber faltado de alguna manera al cuidado del buen padre de familia. Además, no se puede concluir que es suficiente el mínimo de culpa para comprometer la responsabilidad de los sujetos, ello supondría exigir estándares de diligencia demasiado elevados en el actuar de las personas en su vida cotidiana, lo que no parece razonable. Siguiendo a Enrique Barros Bourie, entonces, la regla de diligencia exigida es la media o cuidado mediano.

Pero, ¿es predicable tal estándar a la Administración? Evidentemente estamos ante un sujeto especial y calificado en razón del tipo de asuntos que gestiona, de manera que no podemos comparar su actuar con el de un sujeto privado promedio, lo que explica el porqué las normas del derecho común se pueden ver alteradas en su aplicación a los órganos administrativos. La integración es permitida, pero siempre mirando los principios elementales del Derecho Administrativo, lo que, en todo caso, no puede importar una alteración sustancial de lo regulado por las normas del derecho común; no le es lícito al intérprete forzar una interpretación para hacer aplicable la norma de un modo totalmente ajeno o divergente a lo regulado por ella.

Conforme a lo señalado, si bien no se puede comparar el estándar demandado al Estado-Administrador con el exigido al hombre común, podemos ver que existe un criterio que puede ser entendido como el símil del buen padre de familia: el estándar medio de funcionamiento del servicio. Éste constituye la diligencia media que ordinariamente debe emplear la Administración en sus negocios propios, es decir, en la gestión de lo público. Este criterio está determinado por los parámetros que reglamentan el obrar del órgano: los

⁸⁶Ibid., p. 38.

⁸⁷Ibid., p. 126.

⁸⁸BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, (Santiago, Jurídica de Chile, 2007), pp. 80-81.

principios, fines, funciones, deberes y condiciones en que el servicio se desarrolla – complejidad de la actividad, medios materiales y personales con los que cuenta, circunstancias de tiempo y lugar, etc. –. Hay culpa en la Administración, cuando ha infringido los deberes que guían su actuar y que les son impuestos por el ordenamiento jurídico en su conjunto, desde la CPR hasta los Principios Generales del Derecho.

Indudablemente, si existe un alejamiento por parte de la Administración de los modelos de conducta que le son exigibles estaremos ante un funcionamiento anormal de la misma, esto es, cuando debiendo actuar no actuó, o actuó tardíamente, o lo hizo en forma deficiente, en otras palabras, hubo falta de servicio o culpa del servicio.

A modo de conclusión, la regla general de responsabilidad que afecta a la Administración Pública en su conjunto es la falta de servicio con todo lo que ella implica, salvo que una norma especial establezca expresa e inequívocamente una regla diversa.

- b. Falta de servicio, falta personal y responsabilidad por el hecho ajeno, a propósito de los fallos Fernández Rodríguez Violeta y otros con Fisco, y González Rodríguez con Fisco

En la búsqueda por uniformar el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública nuestros tribunales de justicia han recurrido a los arts. 2314 y siguientes del CC, desprendiendo de ellos la falta de servicio para los órganos excluidos del Título II LBGAE. Si bien compartimos en lo medular este planteamiento, se ha generado un problema a la hora de distinguir la responsabilidad por falta de servicio, como responsabilidad directa de la Administración, de la responsabilidad por el hecho ajeno regulada en los arts. 2320 y 2322 CC.

Concretamente, en el caso Fernández Rodríguez Violeta y otros con Fisco⁸⁹, la Corte de Apelaciones de Talca pese a fallar en base al art. 2320 CC, presumiendo la culpa del Ejército, prescinde completamente de la prueba acerca de cuáles fueron los agentes militares que causaron el daño⁹⁰. Este razonamiento genera una doble consecuencia: (i) alteración sustancial de las reglas civiles en su aplicación a la Administración Pública, y (ii) presunción de falta de servicio, dejando todo el peso de la prueba en manos del Estado. Incoherencia de la que no se hace cargo la Corte Suprema al considerar que la responsabilidad es por falta de servicio.

Nosotros, no descartamos a priori la aplicación de los arts. 2320 y 2322 CC como fuentes de responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado; sin embargo, es necesario hacer un análisis más profundo, lo que creemos faltó en el fallo de instancia.

Lo primero ha considerar, es que en virtud de los arts. 2320 y 2322 CC se presume la negligencia de un sujeto por falta de vigilancia – control –, para lo cual se exige que

⁸⁹ Sentencia rol N° 1760-2009, Corte Suprema, 24 de marzo de 2011, en <http://www.poderjudicial.cl>, revisada el 3 de mayo de 2013. En este caso se busca determinar la responsabilidad patrimonial del Ejército de Chile en la muerte de los conscriptos Juan Carlos Leal Fernández, Roberto Alejandro Gutiérrez Cáceres y Lizardo Rodrigo Navarrete causadas por la manipulación de una bomba mortero durante una operación de instrucción militar en el Polígono de Tiro General José María Bari de la Escuela de Artillería de Linares.

⁹⁰ Véase: considerandos sexto, séptimo, octavo, noveno y décimo del fallo de Apelación.

la víctima acredite la existencia de un daño derivado del actuar doloso o culposo de un dependiente de aquél. Se observa, por tanto, una concurrencia de culpas: (i) la del dependiente, que debe acreditarse, y (ii) la del custodio que se presume de probarse la de aquél.

En segundo lugar, el art. 11 LBGAE consagra, como regla, el control interno y permanente que corresponde ejercer a los superiores jerárquicos de un órgano administrativo sobre sus subalternos, y que se extiende “tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones”. La ausencia de este control o la negligencia en su ejercicio, pueden llevar a dos situaciones: (i) un relajamiento en el ejercicio de las funciones, lo que conduce a una deficiente prestación del servicio, o (ii) un aprovechamiento de los funcionarios del deficiente control para abusar de las potestades que les han sido otorgadas. En ambos supuestos, e independientemente de la culpa de un funcionario concreto, es el órgano el que en su conjunto funciona indebidamente. De generarse daño a un particular nace responsabilidad para el ente estatal, por falta de servicio.

Teniendo en consideración las dos ideas anteriormente esbozadas, es necesario distinguir la falta de servicio de la falta personal separable⁹¹. Es totalmente ajeno al análisis de la responsabilidad patrimonial de la Administración, el hecho que el daño derive del actuar del funcionario en el ámbito de su vida privada, en donde el Estado es absolutamente irresponsable⁹².

Por tanto, para determinar la procedencia de responsabilidad de la Administración por falta de servicio, es necesario que un funcionario haya realizado u omitido un acto en el marco del ejercicio de sus funciones públicas. En principio, de generarse una lesión a un particular la única responsable es la Administración, porque los actos de sus agentes son, en realidad, actos del órgano; siendo indiferente, en principio, que funcionario en concreto ocasionó el daño y si el mismo actuó con dolo o culpa.

Ahora bien, puede ocurrir que estemos ante una falta personal separable, en donde el agente público en ejercicio de sus funciones, o con ocasión de ellas, incumple deberes funcionariales que no dicen relación con el giro prestado por el órgano administrativo; en este caso, el directamente responsable es el funcionario público⁹³. Sin embargo, este tipo de falta, puede verse facilitada por una negligencia en el control lo que da lugar a una concurrencia de culpas: la del funcionario y la del órgano; y es, precisamente, la posibilidad de concurrencia de culpas la base para aplicar la presunciones contenidas en los arts. 2320 y 2322 CC. Este parece ser el criterio seguido por la Corte Suprema en el fallo González Rodríguez con Fisco⁹⁴ al afirmar, en su considerando cuarto, que “*dicha falta personal,*

⁹¹ Véase apartado 1.3, letra d, Capítulo Primero.

⁹² En este sentido, ROJAS VARAS, Jaime, cit. (n. 27), p. 356; SZCZARANSKI CERDA, Clara Leonora, *La responsabilidad extracontractual del Estado*, en LATORRE FLORIDO, Cecilia Paz y VERA ÁLVAREZ, Nicolás (coord.), *La responsabilidad extracontractual del Estado*, (Santiago, Metropolitana, 2009), p. 159

⁹³ BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Derecho*, cit. (n. 1), pp. 509-510.

⁹⁴ Sentencia rol N° 3844-2010, Corte Suprema, 28 de marzo de 2013, en <http://www.velex.cl>, revisada el 3 de mayo de 2013. El 30 de junio de 2005, durante una campaña de instrucción militar, el conscripto Alejandro Francisco González Rodríguez fue golpeado en su cabeza con un objeto contundente por su superior jerárquico, el Cabo 2° Rodrigo Meza Meza, causándole pérdida de visión de su ojo izquierdo debiendo ser

compromete la responsabilidad del Estado cuando no se encuentre desprovista de vinculo con la función, lo que ocurre cuando ella se ha cometido en ejercicio de la función o con ocasión de la misma. Ahora bien, la noción de falta personal aplicable a las Fuerzas Armadas y Carabineros se debe hacer a partir del artículo 2320 o 2322 del Código Civil, entendiéndose que la contemplan”.

Al ser los arts. 2320 y 2322 CC normas de excepción, su interpretación debe ser estricta. En este sentido, para presumir la responsabilidad de la Administración es necesario que la víctima acredite que un específico funcionario, en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, le causó negligente o dolosamente un daño. Empero, si aquélla no logra probar la identidad del agente público y su culpa, para poder responsabilizar al Estado es necesario, en conformidad a las reglas generales, acreditar la falta de servicio.

De esta forma, en caso de falta personal separable, y si la víctima logra acreditar cuál de los funcionarios le causó el daño y que el mismo obró con dolo o culpa, la Administración es solidariamente responsable del pago de la indemnización.

Finalmente, de perseguirse la responsabilidad del Estado éste siempre tendrá la acción de repetición en contra del funcionario, conforme al art. 42, inc. 2°, LBGAE y al art. 2325 CC, en su caso.

dado de baja. En este contexto, se busca determinar la responsabilidad patrimonial del Estado, quien se defiende alegando la causal de exoneración del art. 2322, inc. 2°, CC, esto es, el haberse ejercido impropriamente las funciones por parte del Cabo 2° derivándose de ello un daño que no pudo evitarse, no obstante el control efectivo realizado por el Ejército de Chile, lo que es rechazado por el sentenciador en su considerando noveno.

CAPÍTULO SEGUNDO

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS FUERZAS ARMADAS POR FALTA DE SERVICIO

1. Las Fuerzas Armadas como órganos de la Administración del Estado

1.1. Regulación, concepto y composición

a. Marco normativo

La CPR destina especialmente el Capítulo XI a normar a las FF.AA (arts. 101 a 105), lo que no obsta a la aplicación de otras disposiciones de la misma como, por ejemplo, las contenidas en el Capítulo I, Bases de la Institucionalidad (arts. 1° a 9°).

A nivel legal, la LOCFFAA prevé, en concordancia con el art. 105 CPR, normas relativas a su composición, características y nombramientos (Título I, disposiciones generales); carrera profesional (Título II); mando (Título III); término de la carrera profesional (Título IV); régimen previsional y de seguridad social (Título V); régimen presupuestario (Título VI); además de disposiciones de tipo transitorio. En general, no contempla reglas relativas a potestades y competencias; sin perjuicio del art. 47 sobre facultades de los Comandantes en Jefe.

Al tratarse de órganos integrantes de la Administración del Estado (art. 1°, inc. 2°, LBGAE) quedan sometidas, además, a la regulación de los Títulos I y III LBGAE, no así del Título II por estar nombradas en el inc. 2° del art. 21 LBGAE. Esta exclusión tendrá consecuencias al momento de determinar el régimen jurídico de responsabilidad aplicable a las FF.AA., como se verá.

A la normativa anteriormente enunciada, se suma una profusa regulación especial contenida tanto a nivel legal como reglamentario⁹⁵.

⁹⁵ A vía ejemplar: D.F.L. N° 1, de 1997, Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas; Ley N° 19.465, Establece Sistema de Salud de las Fuerzas Armadas; Ley N° 19.067, Establece Normas Permanentes sobre Entrada de Tropas Extranjeras en el Territorio de la República y Salida de Tropas Nacionales del mismo; Ley N° 18.953, Dicta Normas sobre Movilización; Ley N° 18.928, Fija Normas sobre Adquisición y Enajenación de Bienes Corporales e Incorporales Muebles y Servicios de las Fuerzas Armadas; Ley N° 17.502, Establece Normas para Obras de Exclusivo Carácter Militar; Decreto N° 11 de 2008, Aprueba Reglamento de Selección de Soldados Conscriptos para las Fuerzas Armadas; Decreto N° 210 de 2008, Aprueba Reglamento Complementario del D.L. N° 2.306, Sobre Reclutamiento y Movilización de las Fuerzas Armadas.

b. Concepto y composición

Las FF.AA. son órganos constitucionales, formados única y exclusivamente por el Ejército, la Armada y la FACH, previstas para la defensa externa del Estado, su soberanía, población y territorio, por medio del uso de las armas.

Dependen del Ministerio de Defensa Nacional (art. 101, inc. 1°, CPR; art. 1°, inc. 1°, LOCFFAA; art. 2° del Estatuto Orgánico del Ministerio de Defensa Nacional, ley N° 20.244), lo que es expresión de la subordinación al poder civil, “*ya que las funciones, metas y objetivos de ellas se encuentran dentro de la política general del Estado la cual es fijada por la autoridad civil dentro de los marcos jurídicos y doctrinarios establecidos en la Constitución Política*”⁹⁶.

Sus Comandantes en Jefe son designados por el Presidente de la República, de entre los cinco oficiales generales de mayor antigüedad, duran cuatro años en el cargo y no pueden ser nombrados para un nuevo período (art. 104, inc. 1°, CPR). Si bien el art. 104, inc. 1°, dispone su inamovilidad acto seguido, en el inc. 2°, establece que el Jefe de Estado puede llamarlos a retiro antes de que complementen su respectivo período mediante decreto fundando e “*informando previamente a la Cámara de Diputados y al Senado*” (art. 104, inc. 2°); en definitiva, el retiro anticipado se deja a la decisión del Presidente de la República, sin que se requiera mayor intervención del Congreso Nacional, a quien sólo se le informa.

Conforme al art. 101, inc. 1°, CPR, “*las Fuerzas Armadas dependientes del Ministerio encargado de la Defensa Nacional están constituidas única y exclusivamente por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea*”.

El Ejército, según se expresa en el Libro de la Defensa Nacional, “*requiere, como primera prioridad, desarrollar, preparar y sostener una fuerza terrestre con diversas capacidades para llevar a cabo, eficaz y eficientemente, operaciones de combate en cualquier escenario requerido*”⁹⁷. La Armada, por su parte, es aquella institución del Estado e integrante de las FF.AA., creada en vistas a la protección externa del mismo, su soberanía, población y territorio, por medio de fuerzas navales⁹⁸. Finalmente, la FACH busca “*defender a la República de Chile por medio del control y explotación del espacio aéreo, la participación en la batalla de superficie y el apoyo a fuerzas propias y amigas*”⁹⁹.

En opinión de Alejandro Silva Bascuñán, dada la redacción del art. 101, inc. 1°, CPR, la Constitución actual sólo excluye la posibilidad de que otros órganos formen parte de las FF.AA. dependientes del Ministerio de Defensa Nacional, pero no obsta a la creación de cuerpos armados, con fines y funciones asimilables a las mismas, dependientes de otros

⁹⁶ JIMÉNEZ LARRAÍN, Fernando, *Bases constitucionales de las Fuerzas Armadas*, en RDPUCV (1986), N° 10, p. 358.

⁹⁷ MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, *Libro de la Defensa Nacional. 5° parte, Los medios de la Defensa Nacional*, (Santiago, 2010), en <http://www.defensa.cl>, revisado el 1 de noviembre de 2013, p. 247.

⁹⁸ *Ibíd.* p. 262.

⁹⁹ *Ibíd.* p. 274.

Ministerios¹⁰⁰, cuya posibilidad de organizarse “*se enfrenta, eso sí – cabe recordar – con lo dispuesto por el art. 92 [actual art. 103]¹⁰¹ de la Constitución sobre el régimen y uso de las armas, que deben sujetarse a una ley de quórum calificado*”¹⁰².

No podemos sino estar en desacuerdo con la interpretación anterior. De seguirse la misma se permitiría, en primer lugar, el establecimiento de cuerpos paramilitares civiles vía ley de quórum calificado, porque la norma constitucional no lo impide. En segundo lugar, la ley siempre estaría facultada para crear entidades con funciones y atribuciones semejantes a aquéllas consagradas por la CPR – como el Banco Central (arts. 108 y 109 CPR), la Contraloría General de la República (art. 98 a 100 CPR), el Intendente (arts. 111 y 112 CPR) – debido a que, por regla, al normar a un órgano no emplea términos que den a entender lo contrario, lo que resta sentido a la reglamentación constitucional.

Si la Carta Fundamental consagra y regula un determinado órgano, indirectamente está prohibiendo al legislador erigir otros con idénticas finalidades y competencias, sin las garantías y limitaciones que el propio constituyente establece. Lo que sí se autoriza a la ley es regular las funciones y atribuciones del órgano constitucional, en conformidad al mandato constitucional respectivo como, también, crear nuevos servicios públicos y determinar sus funciones o atribuciones, caso en el cual aquélla tendrá que ser de iniciativa exclusiva del Presidente de la República (art. 65, inc. 4°, N° 2, CPR, en relación al art. 63 N° 14 CPR).

En síntesis, al disponer el art. 101, inc. 1°, CPR, una composición única y exclusiva de las FF.AA., impide que el legislador reconozca la existencia de otras entidades, grupos u organizaciones semejantes a las mismas como son, por ejemplo, las milicias civiles¹⁰³. En coherencia con nuestra postura, se ha afirmado que “*las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública están determinadas taxativamente, en la Constitución Política de la República y, por tanto, al contrario de lo que ocurre con los órganos de la Administración Pública, no pueden crearse otras por ley*”¹⁰⁴.

1.2. Defensa de la Patria y Seguridad Nacional

En conformidad al art. 101, inc. 1°, CPR las FF.AA “*existen para la defensa de la patria y son esenciales para la seguridad nacional*”.

¹⁰⁰ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*², (Santiago, Jurídica de Chile, 2008), IX, p. 263. Asegura el autor que, a diferencia de la disposición actual, el art. 22 de la Constitución de 1925 descartaba en forma absoluta la creación de cuerpos armados diversos a las FF.AA y Carabineros, al prescribir que “*la fuerza pública está constituida única y exclusivamente por las Fuerzas Armadas y el Cuerpo de Carabineros*”

¹⁰¹ El agregado es nuestro.

¹⁰² SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, cit. (n. 100), p. 263.

¹⁰³ Históricamente, en nuestro país, han existido grupos paralelos y con funciones similares a las FF.AA., como la Guardia Nacional, formada por Portales; la Milicia Republicana; o el Grupo de Amigos del Presidente, entre otros.

¹⁰⁴ Historia de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en <http://www.leychile.cl>, revisado el 27 de diciembre de 2013, p. 127.

a. Conceptos

El intento de establecer una noción de seguridad nacional nos conduce, forzosamente, hacer una breve referencia a la denominada doctrina de seguridad nacional, que nos proporciona la visión histórica.

La doctrina indicada tuvo su origen en la política militar adoptada por Estados Unidos durante la Guerra Fría, con el objeto de enfrentar las amenazas que afectaban al capitalismo provenientes de un enemigo en concreto: el comunismo. A través de la milicia estadounidense se buscó combatir al comunismo internacional, cuyo núcleo se encontraba en la antigua Unión Soviética, y con representación en Cuba¹⁰⁵; los Estados Latinoamericanos, por su parte, influenciados por Estados Unidos, asumieron la tarea de repeler *“al enemigo interno, materializado en supuestos agentes locales del comunismo”*¹⁰⁶, pero no sólo a éstos sino que, en general, a toda persona o grupo cuyas ideas eran contrarias a los gobiernos militares de la época¹⁰⁷.

En dicho contexto, la doctrina de la seguridad nacional es entendida como *“una concepción militar del Estado y del funcionamiento de la sociedad, que explica la importancia de la ‘ocupación’ de las instituciones estatales por parte de los militares. Por ello sirvió para legitimar el nuevo militarismo surgido en los años sesenta en América Latina”*¹⁰⁸. Aquella se esgrimió como fundamento a diversos golpes militares ocurridos durante la década de los ‘60 y ‘70 del siglo pasado en América del Sur, justificándose al amparo de este ideario la ejecución de acciones que importaban una violación a los derechos humanos de los denominados enemigos de la Patria. En Chile *“ayudó a legitimar el golpe de 1973 que, según sus gestores, sirvió para evitar la revolución que intentaba adelantar el presidente socialista Salvador Allende”*¹⁰⁹.

Actualmente, en procura de desligar el concepto de la connotación negativa que históricamente que se le ha dado, se emplea el vocablo seguridad de la Nación, tal es el caso del art. 8° CPR, en relación a las causales de reserva o secreto de los actos y resoluciones públicas; del art. 42 CPR, inc. 1° (estado de excepción constitucional de emergencia); y del art. 52 N° 2, letras a, b y d (Juicio Constitucional contra el Presidente de la República, Ministros de Estado y de los generales o almirantes de las FF.AA.). No obstante ello, aún encontramos disposiciones constitucionales que hacen alusión a la seguridad nacional, por ejemplo, el art. 1°, inc. 5°, que la consagra como deber del Estado;

¹⁰⁵ LEAL BUITRAGO, Francisco, *La doctrina de la seguridad nacional: materialización de la guerra fría en América del Sur*, en *Revista de Estudios Sociales*, (junio de 2003), N° 15, revisada el 29 de diciembre de 2013, en <http://res.uniandes.edu.co>, p.75.

¹⁰⁶ *Ibíd.*

¹⁰⁷ *Ibíd.* En sentido similar, María Cecilia Míguez, plantea que *“en el período 1963-1966, el peligro de la ‘amenaza comunista’ fue utilizado principalmente como argumento contra toda movilización popular, para mantener la proscripción del Partido Justicialista (peronismo) y para impugnar los rasgos de estatismo y nacionalismo económico que expresaban algunas de las políticas de Arturo Illia”*; MÍGUEZ, María Cecilia, *¿Anticomunistas, antiestatistas, antiperonistas? La “nacionalización” de la doctrina de seguridad nacional en la Argentina y la legitimación del golpe de Estado de 1966*, en <http://www.scielo.org.ar>, revisado el 29 de diciembre de 2013, p. 67.

¹⁰⁸ LEAL BUITRAGO, Francisco, cit. (n. 105), p. 75.

¹⁰⁹ *Ibíd.*, p. 81.

y el art. 32, N° 17, según el cual el Presidente de la República tiene la atribución especial de “*disponer de las fuerzas de aire, mar y tierra organizarlas y distribuirlas de acuerdo con las necesidades de la seguridad nacional*”.

Independientemente de la locución empleada, una mirada actual de la seguridad nacional – o si se prefiere, seguridad de la Nación – que se avenga con un Estado Democrático de Derecho, no puede importar una trasgresión a los derechos de las personas por el sólo hecho de no compartir la ideología política, religiosa o económica de los gobernantes. Es preciso hacer hincapié en el mandato constitucional dirigido a todos los órganos del Estado, de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados tanto por la Constitución como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes (art. 5° inc. 2°, CPR), entre otros, la vida e integridad física de las personas (art. 19, N° 1, CPR); la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos (art. 19, N° 6, CPR); el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual (art. 19, N° 7, CPR); la libertad de opinión e información (art. 19, N° 12, CPR); el derecho de asociación y el pluralismo político (art. 19, N° 15, incisos 1° y 6°, CPR).

En la búsqueda por fijar los deslindes del concepto de seguridad nacional, cabe preguntarse si el mismo queda restringido al empleo de la fuerza militar a efectos de repeler coactivamente a los agentes que ponen en peligro a la Nación o si, por el contrario, es un concepto amplio que implica la intervención de distintos sujetos en diferentes ámbitos, como el económico, político y ambiental. Claramente, desde la perspectiva histórica, aquélla se restringe al resguardo del Estado desde el punto de vista bélico.

De la escasa doctrina existente en la materia, rescataremos algunas definiciones. Adolfo Paul Latorre concibe la seguridad nacional como “*la calidad de una Nación de estar libre y exenta de todo peligro, daño o riesgo*”¹¹⁰, constituyendo una “*condición de invulnerabilidad del Estado-Nación*”¹¹¹. Sergio Cea y Ricardo Coronado, por su parte, señalan que es “*la aptitud del Estado para prever, resguardar o hacer frente a riesgos que amenacen su existencia y que afecte el desarrollo de éste*”¹¹². Finalmente, Marisol Peña asevera que su resguardo “*procura la creación de las condiciones indispensables para el pleno desarrollo de las personas que conforman el Estado, atenuando o disminuyendo los riesgos y vulneraciones provenientes de una agresión externa, de la alteración del orden y tranquilidad pública interna del país, del deterioro del medio ambiente y, también, de la ocurrencia de catástrofes naturales*”¹¹³. Se podría afirmar, que estos autores sostienen una noción amplia de seguridad nacional, la que es vista como una condición necesaria para la consecución del bien común; fin del Estado conceptualizado como el “*conjunto de condiciones sociales establecidas en un orden justo y pacífico, que permitan a todos y a*

¹¹⁰ LATORRE, Adolfo Paúl, cit. (n. 2), p. 100.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² CEA CIENFUEGOS, Sergio; CORONADO DONOSO, Ricardo, *La Constitucionalización de las Fuerzas Armadas*, en *Actualidad jurídica*, (enero 2011), año XII, N° 23, p.441.

¹¹³ PEÑA TORRES, Marisol, *Funciones de las Fuerzas Armadas y del Consejo de Seguridad Nacional en Chile y propuestas de reforma Constitucional*, en *Ius Et Praxis*, (2002), vol. 8 N° 1, en <http://www.redalyc.org>, revisado el 13 de mayo de 2013, p. 98.

*cada uno de los integrantes de la comunidad, alcanzar su mayor grado de perfección posible, tanto material como espiritual*¹¹⁴.

Es necesario tener en consideración que la propia CPR prevé como deber de toda la estructura estatal el resguardo de la seguridad nacional (art. 1º, inc. 5º) y de todo chileno de contribuir a su preservación (art. 22, inc. 2º, CPR). De esta forma, parece ser, a todos nos corresponde colaborar en su mantención. Ahora bien, en un Estado compuesto de diversos órganos cada uno con un ámbito de acción definido, los medios empleados para el cumplimiento de tal imperativo van a depender de los fines y funciones que el propio ordenamiento jurídico ha establecido para tales órganos. Por su parte, los particulares tienen vedado el empleo del uso de la fuerza física para ir en protección del Estado del que forman parte, salvo en caso de integrarse a entidades consagradas por la CPR como cuerpos armados.

Concebida en forma amplia, la seguridad nacional busca la salvaguarda del Estado, su soberanía, población y territorio, frente a peligros de diversa índole, no sólo externos – por ejemplo, un ataque militar de otro Estado, debacles en la economía mundial –, sino que también internos, provengan de la naturaleza – terremotos, sequías, inundaciones, erupciones volcánicas, etc. – como del ser humano – conmoción interna, derrames de productos químicos, incendios forestales, entre otros –, para lo cual el Estado se vale de los diversos agentes que lo componen y de distintos medios. Como un aspecto específico de aquélla encontramos la defensa de la patria.

Según Sergio Cea y Ricardo Coronado, la defensa de la patria es *“la protección de la potestad de autodeterminación del Estado frente a otros Estados, esto es su poder soberano, y además comprende la preservación de los otros elementos esenciales de un Estado, como su territorio, comprendiéndolo en sentido amplio, con inclusión de sus recursos naturales y, finalmente, su población”*¹¹⁵. En el Libro de la Defensa Nacional se afirma que, *“la misión general de las Fuerzas Armadas es coadyuvar al resguardo de la soberanía y el mantenimiento de la integridad territorial, así como proteger a la población, las instituciones y los recursos vitales del país frente a cualquier amenaza o presión externa”*¹¹⁶. La defensa de la patria supone el amparo del Estado frente a ataques externos, actuales o potenciales, que amenacen su soberanía y que pongan en peligro sus elementos constitutivos – territorio y población –.

- b. Naturaleza jurídica de la defensa de la patria y seguridad de nacional en los términos del art. 101, inc. 1º, CPR

La defensa de la patria y a la seguridad nacional suelen ser tratadas como las misiones institucionales previstas por el constituyente para las FF.AA¹¹⁷ y, al mismo tiempo, se las identifica con sus funciones constitucionales¹¹⁸.

¹¹⁴ ÁVALOS NEIRA, Mauricio Alejandro, *Derecho Constitucional de las Fuerzas Armadas*, Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Concepción (2004), p. 121.

¹¹⁵ CEA CIENFUEGOS, Sergio, CORONADO DONOSO, Ricardo, *Derecho militar. Parte General*, (Santiago, LegalPublishing, 2011), I, p. 9.

¹¹⁶ MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, *Libro de la Defensa Nacional*, 5º parte, cit. (n. 97), p.242.

¹¹⁷ *Ibid.*, pp. 242; 246; 262 y 274.

Sin embargo, el término misión no puede confundirse con el de funciones o atribuciones. Como asevera Jorge Bermúdez, *“el concepto misión no es jurídico, sino que proviene desde las ciencias de la administración concretamente de la planificación estratégica, las que a su vez, precisamente lo importaron desde la doctrina militar”*¹¹⁹. La misión es el objetivo que da razón de ser o que justifica la existencia de una determinada institución, a partir de la cual se desprenden un conjunto de objetivos generales y específicos que deben lograrse a fin de dar cumplimiento a aquélla¹²⁰.

El profesor Bermúdez manifiesta que del análisis de la regulación entregada por la CPR a estas instituciones se denota que no les atribuye un conjunto de poderes, funciones o atribuciones, a diferencia de lo que ocurre con otros órganos de la Administración como, por ejemplo, el Presidente de la República (art. 32 CPR), el Ministerio Público (art. 83 CPR), y la Contraloría General de la República (art. 98 CPR)¹²¹.

El art. 101, inc. 1º, CPR, *“no utiliza las expresiones habituales con que se entrega una parcela de poder público a un órgano de la Administración del Estado”*¹²², sino que señala que el Ejército, la Armada y la FACH existen para la defensa de la patria y son esenciales para la seguridad nacional. Por tanto, *“en esta primera parte [...] se fija claramente la misión u objetivo de las FF.AA., esto es, materializar el deber del Estado del artículo 1º CPR de resguardar la seguridad nacional y dar protección a la población, lo que en el ámbito militar se traduce en la defensa de la patria”*¹²³, a lo que se agrega su carácter de esenciales para la seguridad nacional. Empero, *“lo que la CPR no dice es con qué atribuciones, funciones o poderes deben alcanzar este objetivo”*¹²⁴. Al mismo tiempo, el art. 105 CPR al ordenar la regulación a través de ley orgánica constitucional de ciertas materias atinentes a las instituciones armadas, no nombra sus funciones y atribuciones¹²⁵.

A pesar de lo expresado previamente, el autor profundiza en el análisis para efectos de determinar el verdadero rol normativo del art. 101, inc. 1, CPR. En un primer acercamiento a la disposición, se podría pensar que fija fines constitucionales. Pero duda de ello, por cuanto el art. 101, inc. 1º, *“indica que la razón de ser de las FF.AA es la defensa de la patria y que la seguridad nacional no puede ser entendida sino con la intervención de ellas”*¹²⁶; en cambio, el establecimiento de un fin implica el empleo de un lenguaje que

¹¹⁸ Marisol Peña Torres, en el artículo sobre Funciones de las Fuerzas Armadas y del Consejo de Seguridad Nacional en Chile y propuestas de reforma constitucional, bajo el título La regulación constitucional de las misiones de las Fuerzas Armadas, expresa en relación a la defensa de la patria y seguridad nacional, *“las funciones que la Constitución Política asigna a las Fuerzas Armadas contribuyen a asegurar el adecuado ejercicio de los derechos ciudadanos proveyendo las indispensables condiciones de paz y seguridad que requiere el desenvolvimiento pleno de toda persona en una sociedad políticamente organizada”*. PEÑA TORRES, Marisol, cit. (n. 113), pp. 98-99.

¹¹⁹ BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *La Internacionalización de las Tareas Administrativas, a modo de ejemplo, la participación de Tropas Chilenas en Operaciones de Paz*, obra inédita, p. 3.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ *Ibid.*, p.4.

¹²² *Ibid.*, p. 5

¹²³ *Ibid.*, p. 4.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ *Ibid.*, p 5.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 6.

permita un cumplimiento progresivo de una tarea encomendada¹²⁷ y, además, “una serie de tareas concretas, las que en este caso tampoco ha señalado la propia Constitución y que mucho menos se ven reflejadas en la LOCFFAA”¹²⁸.

Frente a lo anterior, el profesor plantea que el rol normativo del art. 101, inc. 1°, debe ser estudiado desde la teoría de las garantías institucionales. Éstas, en sentido estricto, “constituyen normas que fijan límites a la autonomía del legislador en aras a una institución”¹²⁹. Comprendida la disposición desde dicha teoría, significa que ella “asegura un ámbito de actuación de forma exclusiva a las FFAA. Es decir, la defensa de la patria y la seguridad nacional les corresponde en primer lugar a las FFAA y sólo pueden ser entregadas por la ley a las instituciones armadas, esto es, única y exclusivamente al Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea”¹³⁰, lo que tiene una doble proyección: (i) en primer lugar, “el legislador no podría privar de dichas finalidades a las FFAA”¹³¹ y, (ii), en segundo lugar, “la ley tampoco podría incorporar a otros órganos en las tareas de ejecución de la defensa de la patria o la seguridad nacional”¹³².

Lo afirmado no significa que otros órganos del Estado no tengan injerencia alguna en asuntos que digan relación con la seguridad de nacional y la defensa de la patria, por el contrario, la propia Carta Fundamental establece como deber de todo el aparato estatal el resguardo de la seguridad nacional (art. 1°, inc.5°). Además, por ejemplo, (i) dispone que la autoridad del Presidente de la República, durante la totalidad de su mandato, “se extiende a todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República, de acuerdo con la Constitución y las leyes” (art. 24, incisos 1° y 2°); (ii) consagra competencia al Congreso Nacional para conocer del juicio constitucional contra el Jefe de Gobierno, Ministros de Estado y generales o almirantes de las instituciones pertenecientes a las Fuerzas de la Defensa Nacional, por haber comprometido la seguridad de la Nación (art. 52, N° 2, letras a, b, y d; art. y 53, N° 1); (iii) menciona al Ministerio de Defensa Nacional (art. 101, inc. 1°) que, entre otras atribuciones, le corresponde “proponer y evaluar la política de defensa, la política militar y las planificaciones primaria y secundaria de la Defensa Nacional” (art. 3°, inc. 2° letra a, del Estatuto orgánico del Ministerio de Defensa Nacional); (iv) crea el Consejo de Seguridad Nacional, entidad encargada de “asesorar al Presidente de la República en las materias vinculadas a la seguridad nacional” (art. 106, inc. 1°), y que es presidido por el Jefe de Estado e integrado por los Presidentes del Senado, de la Cámara de Diputados y de la Corte Suprema, los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, el General Director de Carabineros, y el Contralor General de la República (art. 106, inc. 2°).

Sin embargo, las FF.AA., al igual que Carabineros, son las únicas entidades previstas como cuerpos armados (art. 101, inc. 3°, CPR), y es en relación a este rasgo que debe ser entendida la garantía institucional. Los cuerpos militares, para el logro de aquellas

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ DE OTTO, Ignacio, *Derecho Constitucional, Fuentes*, (Barcelona, Ariel, 1995), p. 31, cit. por BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *La internacionalización*, cit. (n. 118) p. 8.

¹³⁰ BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *La Internacionalización*, cit. (n. 119), p. 8.

¹³¹ *Ibid.*

¹³² *Ibid.*

funciones que importan la defensa de la patria o la seguridad de la Nación, tienen sobre sí el monopolio del ejercicio de la fuerza pública institucionalizada, y sólo a ellos se les ha confiado el uso de las armas en situaciones de peligro para el Estado, su soberanía, territorio y población; el art. 101, inc. 1° CPR, por consiguiente, sólo apunta a la defensa en el campo bélico¹³³.

En conclusión, la garantía institucional del art. 101, inc. 1°, supone la sustracción de la protección del Estado, a través del uso de aquellos instrumentos, medios o máquinas destinados a atacar o defenderse – armas¹³⁴ –, a órganos, entidades o grupos, diversos a las FF.AA; lo que se debe entender sin perjuicio de las atribuciones que a nivel de seguridad interna corresponden a las Fuerzas de Orden Público y Seguridad Pública que *“constituyen la fuerza pública y existen para dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior, en la forma que lo determinen sus respectivas leyes orgánicas”* (art. 101, inc. 2° CPR).

1.3. Funciones

a. Norma atributiva

Al no fijar la CPR las funciones y atribuciones con que deben actuar las FF.AA. ni entregar dicha tarea a la LOCFFAA, concierne indagar qué tipo de norma puede entregarles potestades.

En virtud del art. 65, inc. 4°, N° 2, CPR en relación al art. 63, N° 14, CPR sólo por ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, se permite la creación de servicios públicos y la determinación de sus funciones y atribuciones.

Por su parte, el art. 28 LBGAE entrega una definición legal de servicios públicos¹³⁵, disposición que al estar ubicada en el Título II de la ley no se aplica a los órganos mencionados en el inc. 2° del art. 21 del mismo texto legal. Todos las entidades nombradas en la última norma tienen consagración en diversas disposiciones constitucionales, las que, a su vez, encomiendan a la ley – de quórum calificado u orgánica constitucional – la tarea de establecer sus funciones y atribuciones, salvo en el caso de las FF.AA.

Producto de lo anterior, se pueden plantear tres posibilidades interpretativas. La primera, consiste en sostener que el art. 65, inc. 4°, N° 2, hace referencia a servicios públicos en términos amplios, comprendiéndose en él cualquier órgano de la Administración Pública¹³⁶. En consecuencia, la tarea de fijar las funciones y atribuciones de los cuerpos castrenses corresponde a ley ordinaria de iniciativa exclusiva del Presidente

¹³³ VERDUGO, Mario, *Funciones de las Fuerzas Armadas y el Consejo de Seguridad Nacional en Chile de acuerdo a las propuestas de la reforma constitucional*, en *Ius et Praxis*, (2002), vol. 8, N° 1, en <http://www.redalyc.org>, revisado el 13 de mayo de 2013, p 56.

¹³⁴ Concepto en <http://lema.rae.es>, examinado el 19 de julio de 2013.

¹³⁵ Según esta disposición *“los servicios públicos son órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua. Estarán sometidos a la dependencia o supervigilancia del Presidente de la República a través de los respectivos Ministerios, cuyas políticas, planes y programas les corresponderá aplicar, sin perjuicio de lo dispuesto en los Artículos 22, inciso tercero, y 30”*.

¹³⁶ BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *La Internacionalización*, cit. (n. 119), p. 9.

República. Una segunda alternativa, es entender que los servicios públicos a que hace alusión la norma constitucional son aquellos cuya regulación y definición están previstas en el Título II de la LBGAE. De esta forma, la determinación de las potestades con que actúan las FF.AA. es de cargo de una ley ordinaria, pero no de iniciativa exclusiva del Jefe de Estado¹³⁷. La última opción conduce a afirmar que la regulación de las funciones y atribuciones de las ramas militares no es materia de ley, sino que corresponde al ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República¹³⁸.

La última de las alternativas “*chocaría con la norma expresa del art. 7 inc. 2º que dispone que la autoridad o derechos de los órganos públicos sólo son conferidos por la Constitución o las Leyes, salvo que se entendiese que la expresión ley en este caso se refiere a una ley en sentido material*”¹³⁹. Las FF.AA. forman parte integrante de la Administración y, en cuanto tales, quedan sujetas a los principios generales que orientan el actuar de la misma, entre ellos, el principio de legalidad en su sentido atributivo o principio de reserva legal que, según Jorge Bermúdez, “*tiene vinculación además con el principio democrático (art. 4º CPR). La Constitución garantiza que será a través del poder con legitimación democrática, el Congreso Nacional, que se producirán normas con alcance general y permanente para los ciudadanos (art. 63 CPR). La Administración Pública podrá entrar en el desarrollo de un actividad o actuación sólo cuando el legislador le hubiere autorizado*”¹⁴⁰.

A lo anterior, se agrega que el “*el ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones*” (art. 8, inc. 1º, CPR). Por su parte, el Título III de la LBGAE – aplicable a todo órgano de la Administración del Estado – establece normas atinentes a la probidad administrativa, prescribiendo que se ve especialmente vulnerada, entre otros supuestos, si se contravenirse el deber de legalidad con grave entorpecimiento del servicio o del ejercicio de los derechos ciudadanos ante la Administración (art. 62, Nº 8, LBGAE). Adicionalmente, el art. 2º LBGAE dispone que “*los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico*”, y el art. 3º, inc. 1º, LBGAE señala que a la Administración le corresponde atender las necesidades públicas en forma continua y permanente, y fomentar el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley.

Por tanto, de las normas constitucionales de los arts. 4º; 7º, inc. 2º; 8º, inc. 1º, en relación con los arts. 2º; 3º y 62, Nº 8, LBGAE se desprende como imperativo para la Administración Pública el principio de reserva legal. De manera que sólo la ley – ordinaria – puede entregar potestades a los cuerpos castrenses, el problema no resuelto es si la misma es o no de iniciativa exclusiva del Presidente de la República.

¹³⁷ *Ibid.*, 10.

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Derecho*, cit. (n. 1) pp. 79-80.

Finalmente, es necesario tener en consideración el D.S. N° 272 de 1985. Este decreto, en primer lugar, contiene normas relativas a la composición, misión y dependencia de las FF.AA. (Título I) y, en segundo lugar, consagra en su Título II las funciones que corresponden a las mismas. El Libro de la Defensa Nacional, en los mismos términos que el D.S. N° 272 de 1985, distingue tres tipos de funciones: (i) conjuntas, esto es, *“aquellas actividades que requieren, para el cumplimiento de un objetivo determinado, la participación activa e integrada, bajo un mando único, de medios y efectivos del Ejército, Armada, y Fuerza Aérea, o de dos de estas instituciones, a lo menos”*¹⁴¹; (ii) comunes, es decir, *“aquellas actividades que, aunque persiguen similar finalidad, deben ser realizadas individualmente por el Ejército, Armada y Fuerza Aérea, sin perjuicio de la coordinación que corresponda”*¹⁴², y (iii) específicas, que son las *“actividades que, en forma propia y exclusiva, corresponde a realizar a cada una de las ramas de las Fuerzas Armadas”*¹⁴³.

Más que un análisis pormenorizado de la regulación entregada por el D.S. N° 272 de 1985, nos interesa dejar en claro que tanto él como toda otra norma infralegal que consagre atribuciones y competencias para las FF.AA., carece completamente de validez al no cumplir el rango requerido para ello. En otros términos, no son ley y, por tanto, no pueden, de manera alguna, ser considerados como fuente de potestades de órganos públicos. Pese a lo señalado, en la práctica parece haber una suerte de conformidad, reconociéndoles vigencia sin mayores cuestionamientos. Incluso, se ha llegado a afirmar, extrañamente a nuestro entender, que *“los deberes legales de las FF.AA. y de Orden surgen de numerosas fuentes, desde la ley, pasando por reglamentos e incluso órdenes verbales”*¹⁴⁴. Las FF.AA. en cuanto parte integrante del aparato estatal, no pueden ser ajenas a los principios rectores que lo rigen, en particular el principio de legalidad.

b. Funciones y atribuciones que pueden ser entregadas por la ley

Otro problema es determinar si la ley es completamente libre de fijar potestades a las FF.AA. o si, por el contrario, se encuentra limitada a lo establecido en la CPR.

La referida dificultad surge, principalmente, si se entiende que el art. 101, inc. 1°, CPR consagra como funciones y atribuciones de las FF.AA. la defensa de la patria y seguridad nacional, a lo que se adiciona la existencia de otras normas constitucionales en que se establece expresamente la intervención de ellas, tal es el caso del art. 18, inc. 2°, CPR al disponer que *“el resguardo del orden público durante los actos electorales y plebiscitarios corresponderá a las Fuerzas Armadas y Carabineros del modo que indique la ley”*, y de los arts. 41 y 42, en materia de estados de excepción constitucional. De esto, se podría deducir que las facultades concedidas al Ejército, la Armada y la FACH tienen como única fuente la CPR, no pudiendo la ley entregarles otras.

¹⁴¹ MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, *Libro de la Defensa Nacional*. 5° parte, cit. (n. 97), p. 244.

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ *Ibid.*, p. 243.

¹⁴⁴ DE LA CRUZ MILLAR, Alicia, *La responsabilidad por las actuaciones de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden*, en LETELIER WARTENBERG, Raúl, *La falta de servicio*, (coord.), (Santiago, Legal Publishing, 2012), p. 182.

No compartimos lo anterior. El constituyente no atribuye funciones, facultades o atribuciones a las FF.AA, sino que el art. 101, inc. 1º, CPR consagra una garantía institucional, en los términos expuestos en el acápite 1.2, letra b, del presente capítulo.

Además, si el constituyente pretendiera negar al legislador la posibilidad de fijar las atribuciones de las FF.AA, le hubiese bastado declararlo así, como lo hace con el Consejo de Seguridad Nacional al prescribir que ejercerá “*las demás funciones que esta Constitución le encomienda*” (art. 106, inc. 2º). A esto, se suma el criterio seguido por la Contraloría General de la República – entendiendo que la CPR consagra atribuciones a favor de las FF.AA. –, según el cual la ley puede establecer funciones adicionales a favor de las ramas armadas, las que no se agotan en el art. 101, inc. 1º, CPR¹⁴⁵.

La ley, en primer lugar, debe materializar el conjunto de funciones y atribuciones que corresponde a los cuerpos castrenses para ir en protección del Estado, su soberanía, población y territorio, en caso de ataques externos. En segundo lugar, puede atribuirles otras, porque la CPR no lo prohíbe, salvo, claro está, que se trate de materias que sean de competencia exclusiva y excluyente de otros órganos. Además, como se verá más adelante, las funciones entregadas por la ley no pueden importar, una obstaculización o impedimento de aquellas que están en íntima relación con la defensa de la patria.

1.4. Características constitucionales

El rasgo cardinal y distintivo de las FF.AA. es el ser cuerpos armados, es decir, son entidades integradas “*por un potencial humano preparado en un aspecto específico de la ciencia militar, estructurado en unidades o cuadros que tienen ‘poder de fuego’, con la consecuente capacidad de acción y reacción armada*”¹⁴⁶. Adicionalmente, el inc. final del art. 101 CPR, dispone que son esencialmente obedientes y no deliberativas, además, de profesionales, jerarquizadas y disciplinadas.

La obediencia, en términos generales, supone el acatamiento a una voluntad superior. Tal voluntad, en primer lugar, puede ser el propio ordenamiento jurídico, el que debe ser observado por todo sujeto de derecho (art. 6 CPR). En segundo lugar, la obediencia también se refiere al fiel cumplimiento de las órdenes impartidas por los superiores jerárquicos¹⁴⁷, cuyo límite se encuentra en la posibilidad de representación¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Dictamen N° 26.909, de 2013, en <http://www.contraloria.cl>, revisado el 30 de diciembre de 2013. Véase, también, Dictamen N° 42.822, de 2008, que reconsidera parcialmente Dictamen N° 2.924 de 1997, en <http://www.contraloria.cl>, revisado el 10 de noviembre de 2013.

¹⁴⁶ VERDUGO, Mario, cit. (n. 133), p. 58.

¹⁴⁷ *Ibíd.*, p. 59.

¹⁴⁸ El art. 334 del Código de Justicia Militar, establece la obligación de todo militar de obedecer una orden impartida por un superior en uso legítimo de sus atribuciones, salvo que por fuerza mayor ello no fuera posible. La excepción viene dada por el art. 335 del mismo cuerpo legal, el que autoriza al inferior que ha recibido la orden a suspender su cumplimiento, e incluso modificarla en casos urgentes, dando cuenta inmediata al superior, “*si sabe que el superior al dictarla, no ha podido apreciar suficientemente la situación, o cuando los acontecimientos se hayan anticipado a la orden, o aparezca que ésta se ha obtenido por engaño, o se tema con razón que de su ejecución resulten graves males que el superior no pudo prever, o la orden tienda notoriamente a la perpetración de un delito*”. En todo caso, si el superior jerárquico insiste en su orden, ésta deberá ser cumplida por su destinatario.

Éste carácter, en los términos señalados, está en estrecha relación con la jerarquía y la disciplina, características predicables de todo órgano administrativo (arts. 7° y 11 LBGAE).

La jerarquía, *“permite que los órganos tengan a su personal vinculados por relaciones de subordinación y dependencia, existiendo graduaciones en las que algunos integrantes están en la cúspide de la pirámide funcionaria y otros en su base, de tal manera que el órgano tenga unidad de criterio en la toma de decisiones”*¹⁴⁹. En lo relativo a los cuerpos castrenses, la jerarquía se manifiesta en el mando y el mando militar. El primero es *“la autoridad ejercida por el personal de las Fuerzas Armadas sobre sus subalternos y subordinados, en virtud del grado, antigüedad o puesto que desempeñe”* (art. 45, inc. 1°, LOCFFAA). Incumbe al Comandante en Jefe, con el grado de General de Ejército, Almirante o General del Aire, según se trate del Ejército, la Armada o la Fuerza Aérea respectivamente, el ejercicio del mando superior (art. 46, inc. 1°, LOCFFAA). Por otro lado, el mando militar es *“el que corresponde por naturaleza al Oficial de Armas y por excepción al de otro escalafón, sobre el personal que le está subordinado, en razón del puesto que desempeñe o de una comisión asignada y que tiende directamente a la consecución de los objetivos de las Fuerzas Armadas. Es total, se ejerce en todo momento y circunstancia y no tiene más restricciones que las establecidas expresamente en las leyes y reglamentos”* (art. 45, inc. 2°, LOCFFAA).

La disciplina, por su parte, supone *“una observancia de las leyes, reglamentos y ordenes de superiores, referidas a los deberes militares, que le permite a un superior tener certeza de cuál será la conducta del inferior frente a la actividad de la profesión militar”*¹⁵⁰.

Otro de sus rasgos esenciales es el ser no deliberantes. En palabras de Mario Verdugo, *“en nuestro país, tradicionalmente se ha estimado que las Fuerzas Armadas y Carabineros, como integrantes de la Fuerza Pública, no pueden, como cuerpo, emitir o asumir actitudes de política contingente, reafirmando la absoluta prescindencia política de esas instituciones, pues de aceptarse estas conductas, se llegaría a la destrucción de los principios básicos sobre los cuales descansan la organización militar y el sometimiento al poder civil”*¹⁵¹.

En definitiva, se les impide emitir opiniones o reflexionar sobre asuntos ajenos a las mismas, sobre todo en política. Lo expresado, no obsta a que sus integrantes, individualmente considerados, puedan sostener convicciones en el ámbito político¹⁵² u otro, debido a que gozan, como todo ciudadano del Estado, de derechos, como es la libertad de opinión; afirmar lo contrario implicaría una grave transgresión a la igualdad ante la ley y a la libertad que a todos nos corresponde, *“empero, lo que no pueden hacer es adoptar actitudes políticas o someter su vida y carrera militares a posiciones o ideas partidistas”*¹⁵³. En estrecha relación con este carácter, se prohíbe a los integrantes de las FF.AA. formar parte de partidos políticos (art. 2, inc. 2°, LOCFFAA; art. 18, inc. 1°,

¹⁴⁹ CEA CIENFUEGOS, Sergio; CORONADO DONOSO, Ricardo, *La Constitucionalización*, cit. (n. 112), p.443.

¹⁵⁰ *Ibíd.*

¹⁵¹ VERDUGO, Mario, cit. (n. 133), pp. 59-60.

¹⁵² *Ibíd.*, p. 60.

¹⁵³ *Ibíd.*

LOCPP) y, en caso de ingreso a una de sus ramas, cesará de pleno derecho la afiliación que previamente se tenga (art. 18, inc. 2° LOCPP).

Finalmente, las FF.AA son profesionales, lo que es una manifestación del carácter calificado de la Administración como sujeto de derecho. Efectivamente, para ingresar a la misma, cualquiera sea el órgano, se deben cumplir con los requisitos generales y particulares que establecen la LBGAE y el propio estatuto del órgano (art. 16 LBGAE), debiendo la Administración, además, asegurar “*la capacitación y el perfeccionamiento de su personal, conducentes a obtener la formación y los conocimientos necesarios para el desempeño de la función pública*” (art. 20 LBGAE). La incorporación de un sujeto como funcionario público, así como su mantención y ascenso, requiere del manejo de conocimientos específicos. Se busca que las tareas entregadas por el ordenamiento a un órgano estatal sean ejercidas oportuna y diligentemente por sujetos con idoneidad suficiente para el desempeño de las mismas.

El profesionalismo, que en general se exige a la Administración Pública, adquiere vital relevancia respecto de las FF.AA., por tratarse de instituciones especializadas en el uso de las armas y estrategias de guerra, lo que puede importar una significativa afectación a los derechos de los ciudadanos. De esta forma, se exige que sus miembros sean altamente competentes en el desempeño de sus funciones. Congruente con lo señalado, se regula de manera profusa la carrera profesional de los integrantes de estas fuerzas en el Título II LOCFFAA (arts. 9 al 44).

2. Responsabilidad patrimonial de las Fuerzas Armada derivada de accidentes en medios de transporte militares con resultado de víctimas civiles

Antes de entrar de lleno al transporte prestado por las FF.AA. a la población civil, los supuestos de procedencia y la o las reglas que en concreto se aplican, dedicaremos algunas palabras a la regla general de responsabilidad extracontractual a la que están sometidas.

2.1. Responsabilidad por Falta de Servicio

En el Capítulo Primero abordamos el tema del régimen general de responsabilidad patrimonial que afecta Administración, en donde concluimos que la regla imperante, salvo que una ley de forma expresa establezca algo distinto, es la falta de servicio, la que no es ajena a los institutos objeto de nuestro análisis.

En relación a este punto, el Estado ha sostenido como defensa que las FF.AA. no están obligadas a prestar servicios a la sociedad, “*ya que su función primordial es la defensa principalmente externa de la soberanía de la Nación*”¹⁵⁴, en consecuencia, y por estar excluidas de la aplicación del art. 42 LBGAE, no serían responsables. Argumento que claramente vulnera los arts. 6°, 7° y 38, inc. 2° CPR, que consagran un principio de

¹⁵⁴ Véase, sentencia rol N° 371-2008, Corte Suprema, 30 de julio de 2009, *Seguel Cares con Fisco*, considerando quinto, en <http://www.poderjudicial.cl>, revisada el 3 de mayo de 2013.

responsabilidad. En este contexto, no se puede entender servicio como actividad de prestación de servicios sino que, por el contrario, incluye todo tipo de actividad realizada por la Administración. La falta de servicio, es la culpa de un órgano de la Administración, en tanto que debiendo realizar una determinada función se desvió de lo que era esperable¹⁵⁵, y que para los cuerpos militares su consagración arranca del art. 2314 CC.

El criterio para calificar de diligente o negligente la actuación de las FF.AA. es el estándar medio de funcionamiento, para cuya apreciación adquieren relevancia las funciones y características de estas entidades.

Mientras más técnica sea la función encomendada, mayor especialidad se exige al órgano – y a quienes actúan en su representación – por lo que el estándar de diligencia también es más elevado. Las fuerzas militares son concebidas como instituciones profesionales, compuestas por un personal altamente capacitado para el ejercicio de funciones que suponen, principalmente, el resguardo del Estado y su población, para lo cual están dotados del uso de las armas; lo que, además, puede importar un significativo detrimento a los derechos de las personas, en particular su vida e integridad física. En este sentido, se espera y se exige que sus integrantes actúen, en el ejercicio de sus funciones, acorde dicha calificación.

Sin embargo, las FF.AA. no sólo tienen competencia en el campo bélico, sino que cumplen múltiples cometidos que se alejan de aquél, así, por ejemplo, el Cuerpo Militar del Trabajo se encarga de ejecutar trabajos de beneficio público y, actualmente, realiza obras encomendadas por el Ministerio de Obras Públicas¹⁵⁶; en concreto, construye caminos y puentes en zonas extremas del país¹⁵⁷. De esta forma, el estándar de diligencia que le es exigible dependerá de la actividad realizada. También, deben considerarse las condiciones en que se presta el servicio, por ejemplo, de afirmarse que las FF.AA. se encuentran habilitadas para el transporte de pasajeros, no es lo mismo que éste se lleve adelante como un simple servicio de carácter oneroso otorgado en situaciones de normalidad a quien lo requiera, a que se preste de forma gratuita como medio necesario para salvar de un peligro inminente a las personas.

La falta de servicio no es estática. No basta simplemente con determinar un modelo de conducta exigible a la generalidad de los órganos administrativos, porque todos ellos tienen rasgos que los diferencian. El patrón de diligencia exigible varía según las características del órgano y la gravedad de la falta cometida¹⁵⁸ y, además, de las funciones que en concreto se entregan a un órgano y las circunstancias en que éstas son realizadas. El

¹⁵⁵ A propósito de los términos empleados por el art. 42 LBGAE, Jorge Bermúdez señala que *“la expresión utilizada por la norma es desafortunada, ya que da a entender que el origen del daño está en la falta u omisión en la prestación de un servicio que debe darse. Si ello fuera así, quedarían fuera todas las actuaciones dañosas provenientes de actividades que no suponen un servicio o prestación alguna, las que en la práctica son la mayoría. En realidad la falta de servicio como supuesto de responsabilidad debe entenderse en forma amplia, entendiéndose que se refiere a la falla, falta o negligencia ‘en el servicio’. Es decir, en el sentido que fue el órgano administrativo el que ha actuado mal”*; BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Derecho*, cit. (n. 1), p. 505.

¹⁵⁶ En <http://www.ejercito.cl>, revisado el 10 de enero de 2014.

¹⁵⁷ En <http://www.economiaynegocios.cl>, revisado el 10 de enero de 2014.

¹⁵⁸ PIERRY ARRAU, Pedro, cit. (n. 27) pp. 34-35.

conjunto de estos elementos es lo que tiene que tener a la vista el juez a la hora de determinar si existe o no falta de servicio.

2.2. Del transporte

El transporte es el “*el traslado de cosas, animales o personas desde un lugar a otro, efectuado a través de un vehículo o móvil, denominado medio de transporte*”¹⁵⁹. Éste puede tener como antecedente la existencia de un contrato de transporte, en donde una de las partes – transportista – se obliga a conducir a personas o cosas de un lugar a otro, y la otra – usuario – a pagar una determinada suma de dinero a favor de aquél; en todo caso, dependiendo de lo acordado, el usuario podría realizar otro tipo de prestación o, incluso, no adquirir obligación alguna. Además, es posible que el transporte obedezca a una mera liberalidad de quien lo efectúa, sin que medie acuerdo de voluntades de por medio.

En tanto actividad, es realizado normalmente por empresas de transporte privadas. Esto no obsta a que el Estado, previa autorización legal, se aboque al mismo, a través de sus empresas u otros órganos administrativos, por ejemplo, las FF.AA.

Si durante el desarrollo del transporte ocurren ciertos acontecimientos que afectan su normal desenvolvimiento, de los que resulta daños en las personas, eventualmente nacerá responsabilidad para aquel que lo ejecuta, lo que dependerá, principalmente, del estatuto de responsabilidad vigente. A continuación analizaremos los supuestos y condiciones en que las distintas ramas castrenses tienen permitido el traslado de civiles con la consecuente responsabilidad que las afecta.

2.3. El transporte de civiles en medios de institucionales: habilitación legal y responsabilidad

Para estos efectos, dividiremos el estudio en cuatro supuestos: (i) transporte en tiempos de paz y no derivado de emergencias; (ii) operaciones de búsqueda y salvamento; (iii) transporte con ocasión de la salida de tropas nacionales en misiones de paz y operaciones de ayuda humanitaria y; (iv) transporte realizado dentro de territorio nacional, en el contexto de acontecimientos que ponen en peligro la vida e integridad física de parte de la población.

a. Transporte de pasajeros en situaciones de normalidad

En este apartado, se examinarán aquellas normas que autorizan en forma individual a las distintas ramas militares a atender en tiempos de paz el traslado de civiles no derivado de emergencias, y cuya justificación radica en el otorgamiento de un servicio de transporte, oneroso o gratuito, a quienes lo solicitan.

¹⁵⁹ BARROILHET ACEVEDO, Claudio; DÍAZ DÍAZ, Alejandro, *Derecho del transporte*, (Santiago, Libromar Ltda., 2002), I, p. 11.

i. Fuerza Aérea de Chile

La presente institución se encuentra facultada por el D.F.L. N° 175 de 1960, “*para transportar personas y carga ajenas a la Institución en sus aviones y helicópteros que vuelan por razones de servicio y tengan cabida disponible, dentro del país o al extranjero*” (art. 1°), servicios por los cuales se cobrarán aquellas sumas que fije su Comandante en Jefe, a fin de compensar los gastos en que se incurra por esta causa (art. 2), quien, además, puede autorizar en casos excepcionales y calificados, que dicho transporte sea otorgado en forma gratuita, lo que procederá especialmente en situaciones de emergencias o calamidades públicas (art. 3°). A pesar de referirse la norma a emergencias o calamidades públicas, el análisis del transporte de civiles durante ellas será analizado en un apartado especialmente destinado al efecto, de manera que nos limitaremos sólo al examen del transporte aéreo en situaciones de normalidad en los términos expuestos.

Conforme al art. 1°, D.F.L. N° 175 de 1960, la FACH está habilitada a atender el transporte de civiles en sus aviones y helicópteros que vuelan por razones de servicio, lo que no puede entenderse en el sentido de que tales medios institucionales estén destinados a efectuar vuelos, puesto que ello les es connatural, de lo contrario el requisito sería superfluo.

Por tanto, al decir la norma que las aeronaves vuelen por razones de servicio, está permitiendo el transporte de pasajeros, siempre y cuando se realice con motivo u ocasión del cumplimiento de una determinada función o tarea asignada a la entidad castrense. Lo que supone, a su vez, que se haya destinado personal armado y medios de la institución para el cumplimiento de la misma. En otros términos, el transporte prestado a las personas ajenas a la institución debe estar en estrecha relación con una función institucional encomendada por otra ley.

Adicionalmente, el art. 1° ordena que los aviones y helicópteros a emplear tengan cabida disponible. La disponibilidad no hace alusión a las aeronaves – no se exige capacidad ociosa o sin utilizar de medios de transporte – sino que a la cabida, y ésta es el “*espacio o capacidad que tiene una cosa para contener otra*”¹⁶⁰. Las aeronaves, y todo medio de transporte, son cosas corporales muebles que, por su naturaleza, tienen cierto espacio para contener en ellas personas y cosas. Por ende, la norma exige que, una vez determinado el personal y la carga institucional necesarios para la ejecución de una función y que serán transportados para tales efectos, quede espacio bastante en la aeronave para albergar, además, a los civiles.

Llama la atención que la norma autoriza a la FACH realizar el transporte aéreo a favor de terceros ajenos a la misma, dentro de los confines del territorio nacional, independientemente cual sea la localidad de destino, pudiendo ser un vuelo de ida y vuelta. Pero, sólo permite el transporte de pasajeros y cargas no institucionales al extranjero, a diferencia del art. 1°, inc. 1°, de la ley n° 15.701 que admite los vuelos de transporte militar hacia y desde países extranjeros y del art. 1°, inc. 1° de la ley N° 12.898 que autoriza a las naves auxiliares de la Armada a efectuar el transporte de pasajeros hacia, en o desde el exterior. Si bien creemos que el legislador, en el D.F.L. N° 175 de 1960,

¹⁶⁰En <http://lema.rae.es>, revisado el 20 de julio de 2013.

incurrió en una omisión, podría afirmarse que dado el análisis comparativo con otras leyes y su tenor literal no permite los vuelos desde el extranjero hacia Chile. La posibilidad del transporte de civiles desde el extranjero hacia Chile dependerá, entonces, de la existencia de otras normas que autoricen a ello.

Si el transporte de civiles no cumple con las exigencias del art. 1° del D.F.L. N° 175 de 1960 constituye una actuación ilegal, que puede generar responsabilidad extracontractual. En este caso, para determinar el nacimiento de responsabilidad no debe considerarse únicamente la actuación material – el vuelo mismo – sino que, además, el acto formal: el acto administrativo que otorgó la autorización de realizar el transporte aéreo en medios militares sin ajustarse a la ley.

Siguiendo a Juan Carlos Ferrada, *“la particularidad de la responsabilidad patrimonial del Estado por la actividad administrativa formal, es que ésta deriva de una actuación irregular en el marco de una relación jurídica preestablecida con el particular, es decir, de su infracción al deber de actuar conforme al ordenamiento jurídico en un caso concreto”*¹⁶¹. Ahora bien, el sólo hecho de que se emita un acto ilegal no significa el nacimiento de responsabilidad patrimonial para la Administración, pero sí *“un germen de responsabilidad civil estatal, si concurren otras circunstancias que permitan hacer esta imputación jurídica”*¹⁶².

El autor analiza las causales específicas que configuran la obligación de indemnizar para la Administración Pública. Nos interesa, para efectos de nuestro trabajo, el deficiente funcionamiento de la Administración, *“es decir, la emisión de un acto administrativo ilegal que supone el ejercicio irregular de una potestad administrativa, no cumpliendo con su obligación de actuar conforme a derecho”*¹⁶³. Manifiesta que, en estos casos, para que nazca responsabilidad es preciso que el acto sea anulado o invalidado, ya sea por los tribunales de justicia ya sea por la Administración del Estado, porque *“sólo desde ese momento se configura fehacientemente la deficiente actividad administrativa [...] Ello no significa, sin embargo, que la fuente de la responsabilidad será la nulidad o la invalidación, sino que el acto administrativo irregular mismo, ya que es éste el que genera la actuación anormal de la Administración del Estado o la falta de servicio que servirá precisamente de título de imputación en el caso específico”*¹⁶⁴.

Además, el acto debe ser imputable a la culpa del órgano administrativo y no deben concurrir causales de justificación a su favor. *“Así, en principio, si la Administración prueba que este acto ilegal se funda en un caso fortuito o fuerza mayor, o se justifica en antecedentes falsos aportados por un particular que intervino en el procedimiento administrativo o en la valoración razonable de los antecedentes que ha tenido a la vista para resolver, aun cuando genere daños, no hará surgir la responsabilidad estatal”*¹⁶⁵. En estos supuestos, según Juan Carlos Ferrada, la culpa se presume correspondiendo a la Administración la prueba en contrario; *“el particular podrá demandar la responsabilidad*

¹⁶¹ FERRADA BORQUÉZ, Juan Carlos, *Falta de Servicio*, cit. (n. 77), p.284.

¹⁶² *Ibid.*, p. 283.

¹⁶³ *Ibid.*, p.294.

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 295.

*patrimonial del Estado por actividad administrativa ilegal, en la medida que ello constituye una deficiente prestación del servicio público, debiendo la propia Administración probar la causal de exoneración o justificación, sobre la base de la razonabilidad de lo resuelto oportunamente por ésta*¹⁶⁶.

Evidentemente para que surja responsabilidad patrimonial es requisito sine qua non la existencia de un daño para el particular. En todo caso, cabe precisar, no pretendemos afirmar que en supuestos de accidente en medios de transporte militares el daño sea causado directamente por la emisión del acto ilegal, por el contrario, él deriva de la actuación material. Sin embargo, estimamos que la culpa de la Administración podría presumirse, debido a la existencia de un acto ilegal que precede a la actuación material.

En conclusión, resulta determinante, para la procedencia de responsabilidad de la FACH por daños sufridos por civiles derivados de accidentes en medios de transporte militares en situaciones de normalidad, saber si el transporte se ajustó a la normativa que lo rige.

En este contexto, y como complemento del D.F.L. N° 175 de 1960, encontramos el reglamento, serie “B”, N° 9, Para el Traslado de Personas y Carga No Institucional en Aeronaves de la Fuerza Aérea de Chile¹⁶⁷. El art. 3° del reglamento, en relación con el art. 2° del mismo, clasifica los vuelos institucionales así, por ejemplo, se refiere a los vuelos de apoyo de zonas aisladas que *“tienen por objeto colaborar con la integración territorial del país, mediante la comunicación aérea para su población y servicios del Estado”* (art. 3°, N° 4). Por muy noble que parezca este tipo de vuelos, no encontramos norma legal que atribuya a las FF.AA., en general, ni la FACH, en particular, una función en tal sentido, la única disposición es el art. 7°, N° 10, del D.S. N° 272 de 1985, antes criticado en este trabajo por no cumplir el rango necesario para atribuir funciones y competencias a los cuerpos militares.

El reglamento, además, dispone que la autorización para el transporte será otorgada por el Comandante en Jefe de la FACH, o por aquella autoridad institucional a la que hubiere delegado esta facultad, siempre que exista una solicitud proveniente de ciertas autoridades o entidades públicas como de personas jurídicas de derecho privado y personas naturales (art. 4°). Para acceder al traslado, deben considerarse *“los fundamentos de la solicitud y la disponibilidad de las aeronaves”* (art. 20), exigencia que entendemos puede mover a equívoco, en orden a entender que el vuelo sólo puede llevarse a cabo si existe capacidad ociosa de los medios institucionales aéreos. Pero, de ser así, éstos no están siendo empleados para el cumplimiento de funciones, no vuelan por razones del servicio en los términos explicados y, por tanto, el vuelo realizado en ellos adolece de ilegalidad por contravenir el art. 1° del D.F.L. N° 175 de 1960. Conforme a lo señalado, debería entenderse que los aviones y helicópteros en que se va a realizar el vuelo deben haber sido

¹⁶⁶ Ibid., p. 296.

¹⁶⁷ Resolución de la Fuerza Aérea de Chile (C.J), N° E-0536, de 4 de Julio de 2012, que deroga el Reglamento Serie “B”, N° 9, Para el Transporte Aéreo en la Fuerza Aérea de Chile de Pasajeros y Carga No Institucionales (resolución de la FACH N° E-0823, de 7 de octubre de 2009). Llama la atención su carácter reglamentario, ya que el Comandante en Jefe de la FACH, y en general los Comandantes en Jefe de las FF.AA., carece de potestad reglamentaria.

dispuestos para el cumplimiento de una función que sea compatible con el transporte requerido, de forma que de ser empleadas para el logro de otras debe denegarse la solicitud.

Conforme a lo prescrito en el art. 18 del reglamento, en concordancia al art. 1° del D.F.L. N° 175, los importes que se cobren por el vuelo sólo deben ascender a lo necesario para “*compensar los gastos en que se incurra por esta causa*”. Es decir, la norma no permite obtener un lucro o ganancia por el hecho de atender al transporte.

Fijado el supuesto de procedencia para el transporte aéreo de civiles en tiempos de paz, no derivado de situaciones de emergencia o catástrofe, nos corresponde determinar la o las reglas de responsabilidad patrimonial aplicables en caso de que durante la ejecución del mismo acaezcan ciertos hechos que afecten su normal desarrollo, y que deriven en resultados dañosos para las personas.

Dada la existencia de ciertos estatutos especiales, examinaremos si los mismos son o no aplicables a los vuelos prestados por la FACH.

En primer lugar, encontramos el Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas para el Transporte Aéreo internacional, adoptado en Montreal el 28 de mayo de 1999 (Convenio de Montreal)¹⁶⁸ y el denominado Sistema de Varsovia¹⁶⁹ que, no obstante tratarse de un conjunto de instrumentos internacionales anteriores al Convenio de Montreal, rige en caso de ocurrir un accidente aéreo internacional que vincule a Chile con un Estado que sólo es parte de este sistema o de uno de sus elementos¹⁷⁰. Si bien el Convenio de Montreal guarda algunas diferencias con el Sistema de Varsovia, en lo atinente a este trabajo las diferencias son menores y no determinantes, estableciendo ambos un mismo régimen jurídico de responsabilidad. Por tanto, nos remitiremos únicamente al Convenio de Montreal por ser la norma vigente más actual. El segundo cuerpo normativo que se hace necesario analizar es el Código Aeronáutico.

Tanto el Convenio de Montreal como el Código Aeronáutico consagran, por regla, una responsabilidad objetiva y sin falta para el transportista en caso de muerte o lesiones de pasajeros producidas a bordo de la aeronave o durante las operaciones de embarque o desembarque (art. 17.1, Convenio de Montreal; art. 143, Código Aeronáutico); sin perjuicio de las causales de eximición de responsabilidad y de los límites indemnizatorios¹⁷¹. Ahora

¹⁶⁸ Ratificado por Chile el 19 de marzo de 2009 y en vigor desde el 19 de mayo del mismo año.

¹⁶⁹ Este sistema está integrado, entre otros instrumentos, por el Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas relativas al Transporte Aéreo Internacional de 1929 o Convenio de Varsovia; el Protocolo de la Haya de 1995; el Convenio de Guadalajara de 1961; los protocolos de Montreal de 1975; el Acuerdo Interempresario de IATA sobre responsabilidad del pasajero (IIA) de 31 de octubre de 1995.

¹⁷⁰ Véase LUONGO, Norberto E., *Tratado de daños y perjuicios en el transporte aéreo*, (Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009), p. 107.

¹⁷¹ Ambos textos establecen ciertos límites indemnizatorios para hacer efectiva la responsabilidad de corte objetiva. Por sobre esos montos, el art. 172 del Código Aeronáutico exige que el demandante pruebe dolo o culpa del transportador, explotador o sus dependientes. El Convenio de Montreal, en cambio, deja de cargo del transportista tal prueba, al disponer el art. 21 que aquél no será responsable, por sobre el límite establecido, si prueba que el daño no se debió a su negligencia u otra acción u omisión indebida de él o sus dependientes (art. 21, N° 2, letra a) o que el daño se debió únicamente a la negligencia u otra acción u omisión indebida de un tercero (art. 21, N° 2, letra b).

bien, para determinar si estas reglas rigen o no la responsabilidad de las FF.AA. hay que tener en consideración los ámbitos de aplicación de cada uno.

El Convenio de Montreal regula el transporte aéreo internacional, sea de personas, equipaje o carga, entendiéndose por tal *“todo transporte en que, conforme a lo estipulado por las partes, el punto de partida y el punto de destino, haya o no interrupción en el transporte o transbordo, están situados, bien en el territorio de dos Estados Partes, bien en el territorio de un solo Estado Parte si se ha previsto una escala en el territorio de cualquier otro Estado, aunque éste no sea un Estado Parte”* (art. 1. 2). No quedan sujetos a las disposiciones del mismo: (i) el transporte aéreo nacional, es decir, aquellos realizados entre dos puntos dentro del territorio de un Estado Parte, sin escala convenida en el territorio de otro Estado, aún cuando se sobrevuele territorio extranjero (art. 1. 2 Convenio de Montreal; art. 97 Código Aeronáutico); (ii) los vuelos internacionales gratuitos prestados por sujetos distintos de una empresa de transporte aéreo (art. 1.1, parte final); y (iii) cierto transporte aéreo internacional oneroso en caso de formularse alguna de las reservas permitidas por el art. 57.

El transporte aéreo nacional y los vuelos internacionales no afectos a la normativa anterior – transporte gratuito prestado por sujetos diversos a una empresa de transporte aéreo, y en caso de formularse alguna de las reservas permitidas al convenio – se someten a la normativa del Código Aeronáutico, el que se aplica, también, como norma supletoria en caso de vacío de las disposiciones internacionales¹⁷². En defecto de las disposiciones del Código Aeronáutico *“se aplicarán las normas del derecho común chileno, los usos y costumbres de la actividad aeronáutica y los principios generales de derecho”* (art. 6°). En este sentido, en caso de insuficiencia de los estatutos anteriormente señalados se debe acudir, en primer lugar, a las normas contenidas en el Código de Comercio; empero, como se verá más adelante, éste contiene normas que importan una exclusión de sus disposiciones al transporte prestado en medios militares, por tanto, la norma de derecho común a la que debemos remitirnos, en el entendido que contiene la falta de servicio, es el art. 2314 CC.

El Código Aeronáutico, *“se aplica a las aeronaves militares sólo en los casos en que, expresamente, se refiera a ellas”* (art. 3°, inc. 1°). Es aeronave militar, *“las destinadas a las Fuerzas Armadas o las que fueren empleadas en operaciones militares o tripuladas por personal militar en ejercicio de sus funciones”* (art. 30, letra a). Al no existir norma alguna en el Título IX – De la Responsabilidad Aeronáutica – que haga alusión a tales medios de transporte queda absolutamente excluida la posibilidad de aplicar las reglas de responsabilidad del Código Aeronáutico a los vuelos realizados por la FACH.

Por tanto, el transporte aéreo nacional – gratuito u oneroso – y el internacional gratuito, llevado a cabo en aeronaves militares quedan sometidos a la regla general, esto es, la responsabilidad por falta de servicio.

¹⁷² Véase LECAROS SÁNCHEZ, José Miguel, *La responsabilidad civil y la actividad aeronáutica*, (Santiago, Librotecnia, 2012), pp.59, 75. En el mismo sentido, HANANÍAS CASTILLO, Rodrigo, *Responsabilidad civil contractual del transportista aéreo de mercancías*, Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y sociales, Universidad Adolfo Ibáñez, (2000), p. 19.

Queda esclarecer si el transporte aéreo internacional oneroso, prestado por el cuerpo militar en estudio está o no afecto a una responsabilidad objetiva. Según el art. 2.1 Convenio de Montreal, sus disposiciones se aplican al transporte efectuado por el Estado o las demás personas jurídicas de derecho público, en los términos del art. 1º, lo que incluye, por tanto, a la FACH. No obstante, Chile otorgó su ratificación bajo la reserva permitida del art. 57, inc. 1º, letra b, según el cual el Convenio no rige “*al transporte de personas, carga o equipaje efectuado para sus autoridades militares en aeronaves matriculadas en ese Estado Parte, o arrendadas por éste, y cuya capacidad total ha sido reservada por esas autoridades o en nombre de las mismas*”.

La reserva formulada se refiere al transporte aéreo para sus autoridades militares, y no al transporte aéreo prestado por las FF.AA., ni al efectuado en aeronaves militares. En una primera aproximación, y dado el tenor del art. 57, inc. 1º, letra b, en relación al art. 1.1, pareciera que lo que se sustrae de la aplicación del Convenio es el transporte aéreo internacional, oneroso o gratuito, prestado por empresas de transporte aéreo, y el transporte oneroso realizado por sujetos que no tengan tal calidad, en aeronaves matriculadas en Chile o arrendadas por éste, que se realice a favor de autoridades pertenecientes a los cuerpos castrenses. De ser así, el transporte el internacional oneroso, llevado a cabo por la FACH a favor de civiles, se rige en plenitud por el Convenio por aplicación del art. 2.1 e independientemente de la cabida de la aeronave.

Resulta cuestionable que la reserva no esté dirigida al transporte aéreo internacional prestado por las FF.AA. Efectivamente, de entenderse en los términos antes señalados existiría diversidad de regímenes aplicables, toda vez que a los vuelos de carácter gratuito, nacionales e internacionales, y a los onerosos nacionales rige la falta de servicio; sin embargo, si el vuelo es internacional remunerado se somete a una regla de responsabilidad objetiva y sin falta. No parece razonable que el transporte aéreo oneroso prestado por un mismo sujeto – FACH – quede afecto en nuestro país, a estatutos de responsabilidad diversos simplemente por el espacio territorial en que se desarrolla – dentro de los confines del Estado de Chile, y desde Chile hacia otro Estado o desde éste hacia nuestro país –, si los supuestos en que el mismo se presta son idénticos.

En realidad, estamos ante una disposición oscura, siendo imperioso recurrir a las normas de interpretación dadas por el Código de Bello conforme al cual, para interpretar una expresión oscura de la ley se puede “*recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento*” (art. 19, inc. 2º, CC).

La historia de la ley no nos da luces acerca del sentido de la reserva¹⁷³. Sin embargo, de la propia regulación entregada por el Convenio de Montreal se desprende que la responsabilidad objetiva del transportista tiene como fundamento no sólo el riesgo intrínseco a la actividad aeronáutica, sino que, además, la obtención de un lucro en su explotación. Esto justifica que las disposiciones del Convenio rijan el transporte aéreo gratuito, únicamente cuando es llevado adelante por una empresa de transporte aéreo (art. 1.1, parte final) que de suyo busca la obtención de un lucro por medio de la prestación

¹⁷³ Historia de la ley, D.S. N° 56, Promulga Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas para el Transporte Aéreo Internacional, en <http://www.leychile.cl>, revisado el 27 de diciembre de 2013.

habitual de servicios de transporte aéreo, y que sólo excepcionalmente lo hará en forma gratuita¹⁷⁴. Por el contrario, la FACH sólo está facultada a cobrar por los vuelos que realice, un importe necesario para solventar los gastos en que incurra (art. 1º, D.F.L. N° 175 de 1960), pero no le está permitido perseguir una ganancia económica.

Sumado a lo dicho, el art. 22, inc. 2º, CC, prescribe que *“los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto”* (art. 22, inc. 2º, CC). Por tanto, interpretada la reserva a la luz del Código Aeronáutico – que por regla generalísima no se aplica a las aeronaves militares – y a la intención o espíritu del Convenio de Montreal puede aseverarse que, por regla, no se somete a la normativa del último el transporte aéreo internacional oneroso prestado por las fuerzas militares, de forma que la responsabilidad derivada de un accidente aéreo debe ser analizada conforme a la falta de servicio.

Entendida la reserva en los términos previamente señalados, igualmente nace responsabilidad objetiva para las FF.AA. en caso de que muerte o daños a los pasajeros, si el transporte aéreo internacional oneroso es ejecutado en aeronaves cuya capacidad total no ha sido reservada por las autoridades militares o en nombre de ellas¹⁷⁵, por aplicarse plenamente el Convenio de Montreal. Nuevamente, no parece justificable la distinción por el sólo hecho de la capacidad de la aeronave a utilizar.

En caso de resultado muerte o lesiones a terceros en la superficie terrestre, derivado de un accidente aéreo o de cosas que caigan o se desprendan de una aeronave militar, independientemente que el vuelo sea nacional o internacional, gratuito u oneroso, opera plenamente la falta de servicio, producto de que la única norma al respecto es el art. 155 del Código Aeronáutico no aplicable a aeronaves de las instituciones militares.

Si el accidente ocurre en territorio extranjero, conforme al art. 2º, inc. 2º, del Código Aeronáutico, las aeronaves militares chilenas quedarán sujetas a las leyes y jurisdicción chilenas. Por tanto, se aplican las reglas examinadas en relación al transporte aéreo nacional, por cuanto no obstante desarrollarse el vuelo dentro de los límites

¹⁷⁴ Tal razonamiento surge también de la lectura del Código Aeronáutico, en el sentido que la regla de responsabilidad objetiva no rige en caso de transporte gratuito – salvo en caso de daños a terceros en superficie –. Efectivamente, en primer lugar, el art. 126 del Código limita el contrato de transporte aéreo a aquel por el cual el transportador recibe un precio por el servicio prestado. Por su parte, el art. 142 señala que en virtud del contrato de transporte, es el transportista– y no el explotador – el obligado a indemnizar los daños causados con motivo u ocasión del transporte, entre los que encontramos la muerte o lesión de pasajeros (art. 143). En tercer lugar, el Código distingue al explotador del transportador, por cuanto el primero, conforme al art. 99, *“es la persona que utiliza la aeronave por cuenta propia, con o sin fines de lucro, conservando su dirección técnica”*, en cambio, el segundo es aquel que se obliga a conducir de un lugar a otro, por vía aérea, a cosas y personas a cambio de un precio (art. 126). Por tanto, el legislador limita la responsabilidad objetiva, en caso de lesiones o muertes de pasajeros, al transporte oneroso al establecer que el único obligado a la indemnización es el transportista.

¹⁷⁵ A la fecha 13 de enero de 2014, y no obstante haber cursado requerimientos de información pública a la FACH, a la Dirección General de Aeronáutica Civil y al Ministerio de Relaciones Exteriores, no hemos tenido respuesta acerca de cuál es dicha cabida. Las dos primeras instituciones afirmaron no contar con tal información. Por su parte, la FACH, en cumplimiento del art. 13 de la ley N° 20.285 derivó los antecedentes al Ministerio de Relaciones Exteriores el 9 de diciembre de 2013, sin embargo esta institución no ha dado respuesta.

territoriales de un Estado extranjero, no es procedente calificarlo como de internacional a la luz del art. 1.2 Convenio de Montreal.

ii. Armada de Chile

La autorización legal para el transporte de civiles en buques de Armada la encontramos en el art. 1º, inc. 1º, de la ley N° 12.898 de 1958, que fija normas para el transporte de pasajeros de la Armada Nacional.

La mencionada disposición permite que las naves auxiliares de la entidad castrense efectúen el transporte de pasajeros y de carga, en caso de *“insuficiencia de las empresas navieras chilenas”*, es decir, exclusivamente cuando éstas no tengan la capacidad de atender tal servicio. Al referirse la norma a las empresas navieras chilenas, no basta con que una empresa no esté en condiciones de poder otorgar el servicio de transporte, sino que todas ellas deben estar en imposibilidad.

Adicionalmente, el art. 1º, inc. 1º únicamente autoriza el transporte *“hacia, en o desde el exterior”*, excluyéndose, por tanto, el traslado de personas – y de carga – entre dos puntos de la costa chilena.

En cuanto al requisito de forma, se exige que la autorización sea otorgada por el Presidente de la República, a través de de D.S. en que se califique la situación de insuficiencia de las empresas navieras chilenas, firmado por los Ministros de Defensa Nacional y de Economía, el que *“deberá dictarse en cada oportunidad”* (art. 1, inc. 1º, ley N° 12.898). Es decir, no puede la Armada examinar por sí el cumplimiento de las condiciones establecidas por la ley, sino que ello es competencia del Jefe de Estado, quien debe entregar la autorización en cada caso concreto.

El inc. 2º del art. 1º establece que *“en el mismo decreto, se facultará al Comandante en Jefe de la Armada o a quien éste designe, para que en representación del Fisco suscriba, cuando el caso lo requiera, los contratos respectivos con las personas naturales o jurídicas que hayan de servir como agentes en la explotación comercial del transporte autorizado”*. De esta disposición, se colige que el servicio de transporte marítimo, hacia, en o desde el exterior en medios institucionales, no sólo puede ser prestado directamente por el cuerpo castrense, sino que por terceros que servirán de agentes en la explotación comercial, para lo cual se hace necesario un contrato suscrito por el Comandante en Jefe de la Armada o a quien éste le haya delegado dicha facultad.

Conforme al art. 2º de la ley N° 12.898, el producto de las entradas que se obtenga por concepto del transporte marítimo se depositará en una cuenta especial en la Tesorería General de la República, y los dineros sólo podrán girarse por el Comandante en Jefe de la Armada, previa autorización por D.S., con el fin de cubrir gastos propios en que incurran los buques auxiliares de la Armada en su explotación comercial, como *“adquisición de combustibles, repuestos, recargos por diferencia de moneda, sobresueldos, recargos de pago de zona, gastos paso canales, derechos de puerto, practicaje y pilotaje, pagos de multa, dique, aguada, etc., como asimismo, para atender a gastos de conservación y renovación del material de los Petroleros, Transportes, Barcazas y demás naves auxiliares de la Armada y pagos de cuotas que se adeuden por la adquisición de estos buques y para sufragar cualquiera otra necesidad de la Armada Nacional”*. Si bien en un principio el destino que puede darse a los fondos obtenidos parece ser restringido, la norma termina

ampliándolo al señalar que pueden cubrir cualquier otra necesidad de la Armada Nacional. Dada la norma, se deduce que esta actividad es siempre onerosa al no hacer referencia alguna a la posibilidad de eximición del pago.

Del examen de la ley N° 12.898, se concluye que la misma hace referencia al transporte en cuanto actividad de carácter lucrativa y empresarial, que puede ser ejecutada de forma excepcional por la Armada o, en su caso, por terceros en naves de la institución.

En relación a su constitucionalidad, hay que tener a la vista que el art. 19, N° 21, inc. 2°, CPR permite al Estado y a sus organismos “*desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza*”. Al ser una ley de data anterior a la actual CPR mantendría su vigencia por aplicación de la disposición cuarta transitoria de aquella según la cual “*se entenderá que las leyes actualmente en vigor sobre materias que conforme a esta Constitución deben ser objeto de leyes orgánicas o de quórum calificado, cumplen estos requisitos y seguirán aplicándose en lo que no sean contrarias a la Constitución, mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales*”.

A este respecto, resulta interesante el dictamen N° 62.512, de 2008, de la Contraloría General de la República, sobre la procedencia jurídica de las invitaciones cursadas por Armada a personas que no tienen relación, directa o indirecta, con el área de Defensa Nacional para viajar en el transporte Aquiles, con motivo de visitas a diversas zonas de la jurisdicción marítimas que organiza anualmente la institución¹⁷⁶.

Según el ente contralor, contraviene gravemente el principio de probidad administrativa ejecutar actividades o utilizar recursos del organismo para fines ajenos a la institución (art. 62, N° 4, LBGAE, en relación al art. 8, inc. 1° CPR). En consecuencia, “*las actividades que puede desarrollar el Transporte AP 41 ‘Aquiles’ deben enmarcarse estrictamente en las funciones de la Armada de Chile*”¹⁷⁷, y “*acorde con el criterio contenido en los oficios N°s 10.277 y 13.060, de 1995, de este Organismo de Control, no se aviene con el referido principio de probidad administrativa la utilización de la mencionada nave en la realización de viajes turísticos, comerciales, estudiantiles o de otra índole que no guarden relación con los fines de esa rama de la Defensa Nacional*”¹⁷⁸.

El citado dictamen puede ser criticado, porque permite la vigencia de normas de rango inferior a la ley como fuente de atribuciones de los cuerpos militares, vulnerando el principio de reserva legal. A vía ejemplar, reconoce como fuente de las potestades de las FF.AA. el Decreto N° 644, de 1985, del Ministerio de Defensa Nacional, al señalar que las invitaciones para realizar viajes en buques de la Armada a personas ajenas a la misma “*deben enmarcarse en las funciones de la Armada de Chile, como por ejemplo, la establecida en el artículo 104, letra f), del ya citado decreto N° 644, el cual le encomienda ‘contribuir a la preservación del patrimonio histórico, las tradiciones y las virtudes cívico-militares propias de la idiosincrasia nacional’*”¹⁷⁹.

¹⁷⁶Dictamen N° 62.512, de 2008, en <http://www.contraloria.cl>, revisado el 10 de noviembre de 2013.

¹⁷⁷Ibíd.

¹⁷⁸Ibíd.

¹⁷⁹ Ibíd.

Pese a la crítica formulada al dictamen N° 62.512, de 2008, se puede desprender de él un principio general – valido para todas las ramas castrenses – conforme al cual no pueden emplearse los medios de transporte militares en la realización de viajes turísticos, comerciales, estudiantiles o de otra índole que no se relacionen en los fines previstos para las FF.AA, por importar ello una contravención al principio de probidad conforme al art. 62, N° 4, LBGAE, en relación al art. 8, inc. 1°, CPR. De entenderse así, la ley N° 12.898, estaría derogada por la LBGAE y la CPR.

Empero, creemos necesario profundizar un poco más en lo anterior. Una afirmación apresurada, en orden a la derogación de la ley N° 12.898, podría llevar a sostener que, por ejemplo, también lo están el D.F.L. N° 175 de 1960 – autoriza a la FACH a transportar civiles en sus aviones y helicópteros –; las normas legales que habilitan a la Armada realizar operaciones de búsqueda y salvamento de naves y aeronaves – que no buscan el resguardo del Estado, sino que el socorro de ciertos individuos –; y, en general, toda otra norma legal que atribuya funciones que no miren directamente la defensa de la patria y la seguridad nacional, por lo que incurriríamos en una contradicción lógica con lo afirmado en el apartado 1.3, letra b, esto es, que ley tiene permitido fijar otras funciones a las FF.AA.

Ahora bien, por aplicación de la ley N° 12.898, la Armada no sólo se involucra en el desarrollo de actividades empresariales, lo que no guarda relación alguna con la defensa de la patria y la seguridad nacional, sino que, además, al tener que cubrir la insuficiencia de las empresas navieras chilenas, destinaría buena parte de sus recursos humanos y materiales a la ejecución del transporte marítimo de civiles – por un tiempo indeterminado –. Esto puede llevar a un actuar deficitario de las FF.AA. en caso de que se requiera su acción inmediata para ir en protección del Estado y la población, lo que significa un atentando contra el principio de probidad administrativa al contravenir los deberes de eficiencia, eficacia que rigen el desempeño de los cargos públicos, con grave entorpecimiento del servicio (art. 62, N° 8, LBGAE). Esto no ocurre, con el mentado D.F.L. N° 175, de 1960, en donde el transporte de civiles debe estar en estrecha relación con otras funciones encomendadas, ni con los supuestos de búsqueda y salvamento en que la finalidad última, es la salvaguarda de la vida de las personas, lo que no supone un alejamiento completo de la finalidad de las FF.AA.

Por tanto, la ley está facultada a entregar diversas funciones a los cuerpos militares, pero la ejecución de las mismas no puede importar, de manera alguna, un entorpecimiento, y menos un impedimento, de aquellas que buscan la defensa del Estado, razón de ser de estas entidades. Y esto ocurre, precisamente, con la ley N° 12.898.

Es necesario precisar que no existe otra norma legal que permita a la Armada a transportar pasajeros civiles en situaciones de normalidad. Por tanto, si entendemos que ella no está vigente, la Armada tiene prohibido atender el transporte de civiles; sin perjuicio de la posibilidad de la existencia normas que la autoricen para otros supuestos. En caso de accidente con resultado de víctimas civiles, eventualmente se generará responsabilidad patrimonial para la Administración por concepto de actuación ilegal, en los términos expuestos en el apartado anterior. Por el contrario, de aseverarse que la norma mantiene su vigencia, el transporte debe realizarse con estricto apego a los requisitos contemplados en la ley N° 12.898.

Si se opta por la segunda alternativa, las reglas de responsabilidad aplicables serán las contenidas en la “*legislación común aplicable a los particulares*” (art. 19, N° 21, inc. 2° CPR). Entendiéndose por derecho común, el “*que se aplica a la generalidad de los casos o aplicable en oposición a un derecho particular o especial*”¹⁸⁰, y que en materia de responsabilidad marítima por muerte o lesiones de pasajeros corresponde al párrafo 5° del Título V del Libro III del Código de Comercio, De la Navegación y Comercio Marítimo, específicamente los arts. 1057 y 1058. Sin embargo, el art. 823, inc. final, del Código de Comercio, prescribe que las disposiciones del referido libro “*no se aplican a las naves de guerra, sean nacionales o extranjeras*”. Al no definir la norma que se entiende por naves de guerra, debemos entender que se refiere a todas aquellas que sean pertenecientes a las FF.AA.

Producto de lo anterior, las reglas de responsabilidad del Código Mercantil no se aplican a las naves auxiliares de la Armada, de manera que rigen las normas contempladas en el CC en los mismos términos que para los privados, esto es, una responsabilidad por culpa (arts. 2013-2021 CC).

Ahora bien, al hablar de naves de guerra y no de quienes las usan, se podría concluir que la exclusión de las reglas del Código de Comercio opera también si son terceros los que prestan el servicio de transporte en naves de la Armada, lo que no tiene mayor sentido. La existencia de disposiciones que consagran la no aplicación de ciertos textos normativos a los medios de transporte de la FF.AA, sólo se justifica en que ellos son elementos materiales indispensables para el logro de las funciones encomendadas a estos órganos estatales y que, por lo ordinario, no son usados por simples particulares.

iii. Ejército de Chile

El Ejército no posee una norma legal que lo habilite a proceder al traslado de civiles en tiempos de paz no derivado de emergencias en sus medios institucionales. Por tanto, de acceder a ello, constituye una actuación ilegal y se generaran las respectivas responsabilidades por este concepto, en los términos analizados en el apartado 2.3, letra a.i¹⁸¹.

b. Transporte derivado de operaciones de búsqueda y salvamento

En las siguientes líneas, se verá el transporte derivado del rescate de los pasajeros y tripulantes de naves y aeronaves accidentadas. Asimismo, se comprende toda operación de búsqueda y rescate de ciertas y determinadas personas producto de otras emergencias, y que no queden comprendidas en las otras hipótesis trabajadas en esta memoria.

i. Fuerza Aérea de Chile

El Estado de Chile ratificó el 11 de marzo de 1947 el Convenio Sobre Aviación Civil Internacional, también conocido como Convenio de Chicago, cuyo art. 25 dispone que “*cada Estado contratante se compromete a proporcionar los medios de asistencia que considere factibles a las aeronaves en peligro en su territorio*”. En concreto, el Anexo N°

¹⁸⁰ BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Las relaciones*, cit. (n. 43), p. 57.

¹⁸¹ Véase FERRADA BORQUÉZ, Juan Carlos, *Falta de Servicio*, cit. (n. 77), pp. 279-301.

12 del Convenio establece normas y métodos recomendados a los Estados partes, a efectos de la búsqueda y salvamento de naves y aeronaves.

A nivel de normativa interna, el art. 7° de la ley N° 16.752, Orgánica de la Dirección General de Aeronáutica Civil, consagra la existencia del Servicio de Búsqueda y Salvamento (SAR) el que será atendido por la Fuerza Aérea; sin embargo, no especifica sus obligaciones, competencias y potestades.

Es el Decreto N° 708, de 1989, Reorganiza el Servicio de Búsqueda y Salvamento Aéreo, la norma que reglamenta al SAR. En él se establece como misión del Servicio *“efectuar la búsqueda de aeronaves y salvamento de sus ocupantes, que se hallen en peligro o perdidos en su área jurisdiccional”* (letra b). Señala, además, que le concierne *“dirigir, coordinar y controlar las operaciones de búsqueda y salvamento de aeronaves con el objeto de maximizar el aprovechamiento de los medios de que se disponga y evitar la duplicidad de esfuerzos destinados para estos efectos”* (letra e). Por su parte, la letra h, Decreto N° 708 de 1989, dispone que la organización, atribuciones, funcionamiento y responsabilidades serán fijadas en el reglamento respectivo (DAR - 12¹⁸²).

Por aplicación de la letra g, Decreto N° 708 de 1989, se faculta al SAR a *“requerir la cooperación de las Instituciones de la Defensa Nacional y de la Jefatura de los Servicios de Utilidad Pública y Privada”*. En este sentido, se contempla la existencia de brigadas de búsqueda y salvamento, entendidas como *“los medios aéreos, marítimos, terrestres o mixtos, organizados como brigadas de búsqueda o salvamento, o ambas que, efectúen estas operaciones y que proceden de la Fuerza Aérea de Chile o eventualmente de otros organismos del Estado o de entidades privadas, que se deben poner a disposición del SAR”* (punto 3.1, DAR-12). El apoyo que presten al SAR los organismos de la Defensa Nacional debe materializarse con medios que cuenten con capacidad operativa inmediata, dirigido por su personal y coordinado en todas sus operaciones con el Centro Coordinador de Salvamento respectivo (punto 4.1.1. DAR-12).

A su vez, Chile es parte del Acuerdo Multilateral de Búsqueda y Salvamento, suscrito en Lima-Perú¹⁸³, en cuyo reglamento se contempla un procedimiento a efectos de que los Estados Parte soliciten u ofrezcan, cooperación a otro u otros miembros en operaciones SAR (arts. 37 y 44).

El conjunto de normas anteriores, permitirían a la FACH, a través de sus medios de transporte y su personal, concurrir a operaciones de rescate de aeronaves y proceder a la evacuación de sus tripulantes. Sumado a esto, el SAR *“en la medida que su función primaria y medios lo permita prestará ayuda en la búsqueda y salvamento de personas en otro tipo de emergencias”* (letra B, Decreto N° 708, de 1989).

Pese a lo señalado, las normas internacionales ordenan a los Estados *“proporcionar los medios de asistencia que considere factibles a las aeronaves en peligro en su territorio”* (art. 25, Convenio de Chicago), siendo de cargo de cada Estado entregar la regulación necesaria para el establecimiento de tales medios. Ahora bien, de las normas

¹⁸² Reglamento Servicio de Búsqueda y Salvamento Aéreo, Decreto N° 531

¹⁸³ Aprobado por D.L. N° 1.690, ratificado el 9 de mayo de 1977 y publicado en Diario Oficial de 4 de julio de 1977.

internas analizadas sólo una tiene rango legal, esto es, el art. 7° de la ley N° 16.752, que sólo prevé la existencia del SAR, mas no establece sus funciones ni menos habilita a la FACH a proceder al rescate de los ocupantes de las aeronaves extraviadas.

No basta con que la ley cree un órgano, sino que es necesario que fije, al menos genéricamente, sus potestades y competencias. El reglamento y las normas inferiores a éste, únicamente pueden complementar la ley detallando la forma en que se ejercerán las funciones¹⁸⁴. Surge, por tanto, la necesidad de encontrar normas legales que encomienden a la FACH el desarrollo de operaciones de búsqueda y salvamento.

En conformidad a lo previamente señalado, la ley N° 15.701 faculta a la institución armada a “*concurrir con sus aeronaves a países extranjeros en misiones de búsqueda, salvamento y rescate aéreo*” (art. 1°, inc. 2°). Cabe destacar, que el transporte que pueda prestar la FACH a civiles en estos supuestos se limita a los confines del territorio del Estado extranjero, no pudiendo ser calificado como internacional en los términos del Convenio de Montreal. En este sentido, rige la responsabilidad por falta de servicio al quedar sometidas las aeronaves militares a las leyes y jurisdicción chilena independientemente del lugar en que se encuentren (art. 2°, inc. 2°, Código Aeronáutico).

El panorama es más complejo a nivel interno, debido a la inexistencia de norma legal que permita a la FACH a realizar operaciones de búsqueda y salvamento dentro de las fronteras del Estado de Chile; de llevarse a cabo, por tanto, constituye una actuación ilegal. Lo cual, debe entenderse sin perjuicio de la posibilidad de realizar operaciones de rescate en el contexto de emergencias que pongan grave peligro la vida e integridad física de la población o parte de ella.

ii. Armada de Chile

El deber de velar por la seguridad de la navegación y la protección de la vida humana en el mar corresponde a la Armada de Chile, a través de la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante o DIRECTEMAR (art. 3°, Ley Orgánica de la Dirección General del Territorio Marítimo y Marina Mercante, D.F.L. N° 292, de 1953). Deber que se ve complementado por el art. 106, inc. 2°, Ley de Navegación, según el cual “*los buques de la Armada Nacional deben proteger y auxiliar a las naves chilenas, en toda emergencia que pueda comprometer la seguridad de la vida humana*”.

Relacionado con lo anterior, el art. 98.2 de la Convención de las Naciones Unidas Sobre Derecho del Mar¹⁸⁵ dispone que “*todo Estado ribereño fomentará la creación, el*

¹⁸⁴ “*Nuestra doctrina le ha dado al reglamento de ejecución el alcance que comúnmente se le ha reconocido a la potestad reglamentaria en su relación con la ley. En este sentido, no pudiendo ir contra de ley expresa, ni transgredir su dominio material, quedando limitada al desarrollo y detalle de la ley. En definitiva, debe hacerla operativa cuando la ley no se baste asimismo para su aplicación efectiva*”; CORDERO QUINZACARA, Eduardo, *El sentido actual del Dominio Legal y la Potestad Reglamentaria*, en RDPUCV (2009) XXXII, en <http://www.scielo.cl>, revisado el 7 de enero de 2014, p. 421. En el mismo sentido, BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Derecho*, cit. (n. 1), p. 53.

¹⁸⁵ Decreto N° 1393, promulga la Convención de las Naciones Unidas Sobre el Derecho del Mar y sus Anexos y el Acuerdo Relativo a la Aplicación de la Parte XI de dicha Convención y su Anexo, promulgado el 28 de agosto de 1997, y publicado en Diario Oficial el 18 de noviembre del mismo año.

funcionamiento y el mantenimiento de un servicio de búsqueda y salvamento adecuado y eficaz para garantizar la seguridad marítima y aérea y, cuando las circunstancias lo exijan, cooperará para ello con los Estados vecinos mediante acuerdos mutuos regionales". Lo que se ve reflejado, en nuestro derecho, en el Decreto N° 943 de 1981, que promulga el Convenio Internacional sobre Búsqueda y Salvamento Marítimos, 1979, y su Anexo, que impone a los Estados Parte la obligación de adoptar todas las medidas legislativas u otras que se precisen para dar plena efectividad al mismo y a su Anexo (Art. 1°).

En el Capítulo II del Anexo mencionado, se dispone que *"las Partes harán que se tomen las medidas necesarias para la creación de servicios adecuados de búsqueda y salvamento de personas que se hallen en peligro cerca de sus costas, en el mar"* (punto 2.1.1). En concordancia con este mandato, existe en Chile el Servicio de Búsqueda y Rescate Marítimo dependiente de la Armada, entre cuyas misiones encontramos el *"organizar y efectuar la búsqueda de las naves, artefactos navales u otros vehículos de transporte en el área marítima de responsabilidad nacional, con el propósito de rescatar a su dotación y pasajeros que se hallen en peligro, a consecuencias de un accidente en el mar"* (Título I, punto 1, D.F.L. N° 1.190, de 1976, que organiza el Servicio de Búsqueda y Salvamento dependiente de la Armada de Chile) y, *"cooperar de propia iniciativa o a requerimiento de autoridades o particulares, y en la forma que lo determine la Comandancia en Jefe de la Armada, a la búsqueda y el rescate de vidas humanas y materiales no relacionados con las actividades marítimas de orden general, que se encuentren en peligro o perdidos en el mar y zonas lacustres o fluviales, donde existan Autoridades Marítimas"* (Título I, punto 2, D.F.L. N° 1.190 de 1976).

Claramente tenemos acá una autorización legal para que la Armada de Chile, a través del Servicio de Búsqueda y Rescate Marítimo, entregue auxilio a los tripulantes y pasajeros de naves accidentadas y, en general, de toda persona que se halle en peligro en la costa lo que supone, de ser necesario, el transporte de las mismas.

A su vez, *"las Comandancias en Jefe del Ejército, Fuerza Aérea [...] que tengan o puedan tener relación con las actividades que demande la búsqueda y rescate marítimo, dispondrán las medidas convenientes para que la cooperación que les sea solicitada por el Servicio de Búsqueda y Rescate Marítimo sea prestada en la forma más rápida y expedita en conformidad a las disposiciones del presente decreto"* (Título II, punto 12, D.F.L. N° 1.190 de 1976). Se establece el deber de cooperación tanto para el Ejército como para la FACH, sin embargo, la ley establece que tengan o puedan tener relación con las actividades que demande la búsqueda y rescate marítimo, pero no les impone directamente tal cometido. El problema es que la norma legal que consagra la existencia del SAR es deficitaria y el Ejército carece de normas legales al respecto.

En relación a las reglas de responsabilidad se aplica la falta de servicio con el estatuto que le es propio al no existir normas especiales que establezcan algo diverso.

Sin embargo, al tratarse de operaciones de búsqueda y rescate en el mar, la determinación del grado de diligencia, con la consecuente responsabilidad, debe ser apreciada conforme a las circunstancias del caso. Por ejemplo, resulta determinante para la ejecución de estas operaciones las condiciones del tiempo, si éstas resultan extremas impiden la operación; lo propio ocurre si es de noche, donde la falta de visibilidad hace

aconsejable suspender las operaciones de rescate y continuar al otro día. En estos casos, la omisión no puede ser calificada como negligente.

iii. El Ejército

Como se señaló ad supra, el Ejército carece de norma habilitante para proceder al transporte de civiles durante operaciones de búsqueda y rescate. De ejecutar las mismas, constituiría una actuación ilegal, generándose responsabilidad por este concepto.

c. Transporte de civiles con ocasión de la salida de tropas nacionales al extranjero en misiones de paz y operaciones de ayuda humanitaria

i. Transporte de civiles en hipótesis de conflictos armados en el extranjero

La ley N° 19.067 – Establece Normas Permanentes sobre Entrada de Tropas Extranjeras en el Territorio de la República y Salida de Tropas Nacionales del Mismo –, en su Título II, párrafo 2° (art. 7° a 14), autoriza la salida del territorio nacional de contingentes militares con el objeto de participar en operaciones de paz, dispuestas en conformidad a la Carta de las Naciones Unidas¹⁸⁶ o tratados internacionales vigentes de los que Chile sea parte (art. 7°), para lo cual debe darse cumplimiento a los requisitos formales contemplados en el párrafo indicado.

Las operaciones de paz se dan en el marco de la mantención de la seguridad internacional¹⁸⁷ a efectos de obtener la cooperación de los Estados, para evitar, repeler y poner fin, o al menos aminorar, los conflictos armados internacionales. Un conflicto internacional, según se expresa en el Libro de la Defensa Nacional, “*es una relación de intereses contrapuestos entre actores internacionales, en que al menos uno sea un Estado, y que esté intencionalmente orientada a imponer la propia voluntad de una de las partes contra la resistencia de otra. Puede surgir a raíz de una diversidad de factores: históricos, étnicos, sociales, religiosos, económicos o ideológicos*”¹⁸⁸, y será armado, “*cuando en la relación de intereses contrapuestos se emplee fuerza militar de manera violenta para ejecutar la propia voluntad*”¹⁸⁹. La Organización de las Naciones Unidas enumera entre los objetivos pretendidos con estas operaciones: facilitar los procesos políticos; protección de

¹⁸⁶ La Carta de las Naciones Unidas, contempla en sus Capítulos VI, VII y VIII normativa relativa a situaciones que amenacen la paz internacional. Concretamente, el Capítulo VI norma las acciones que proceden en caso de amenazas o quebrantamientos de la paz. Conforme al art. 43, los Estados miembros de las Naciones Unidas, con el fin de contribuir al mantenimiento y la seguridad internacionales, se comprometen a poner a disposición del Consejo de Seguridad, cuando éste así lo solicite, contingentes de sus FF.AA, la ayuda y facilidades, incluso el derecho de paso, que sean necesarias para el propósito de mantener la paz y seguridad internacionales. En cumplimiento de esta obligación internacional Chile, por Decreto N° 2217 del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 2000, promulgó el Memorando de Entendimiento con las Naciones Unidas sobre las Aportaciones al Sistema de Acuerdos de Fuerzas de Reserva de las Naciones Unidas.

¹⁸⁷ Sobre el concepto de seguridad internacional, SOTOMAYOR VELÁZQUEZ, Arturo, *La seguridad internacional: Vino viejo en Botellas nuevas*, en Revista de Ciencia Política, (2007) vol. 27, N° 22, en <http://www.revistacienciapolitica.cl>, revisado el 1 de enero de 2014, pp. 67-88.

¹⁸⁸ MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, *Libro de la Defensa Nacional. 2° parte, El marco internacional de la defensa*, (Santiago, 2010), en <http://www.defensa.cl>, revisado el 1 de noviembre de 2013, p. 78.

¹⁸⁹ *Ibíd.*

civiles; ayuda en el desarme; desmovilización; reintegración de ex combatientes; apoyo a la organización de procesos electorales; protección y promoción de los derechos humanos; y, ayuda al restablecimiento del Estado de Derecho¹⁹⁰.

El art. art. 15 de la ley N° 19. 067 permite, de forma excepcional, que el Presidente de la República ordene la rápida o inmediata salida del territorio nacional de tropas no mayores a una unidad fundamental, una compañía o equivalente, sin observar el procedimiento contemplado en el párrafo 2° del Título II. Para esto, el Senado debe pronunciarse, en conformidad a lo dispuesto en el art. 53, N° 10, CPR dentro del plazo de cuarenta y ocho horas desde la solicitud del Jefe de Gobierno debiendo, además, remitirse copia de la misma a la Cámara de Diputados. En todo caso, si la permanencia de las tropas en país extranjero se prolonga por más de treinta días, se vuelve a las reglas establecidas en Título II (art. 15, inc. 3°).

Dos son los supuestos en que se permite proceder en conformidad a la regla anterior. El primero de ellos, se presenta *“cuando se trate de proteger, rescatar o evacuar a personas no combatientes ni armadas de nacionalidad chilena que se encuentren en una zona de conflicto armado con peligro inminente para sus vidas”*, (art. 15, inc. 1°, letra a). Evacuar, significa *“desalojar a los habitantes de un lugar para evitarles algún daño”*¹⁹¹, y desalojar es *“sacar o hacer salir de un lugar a alguien o algo”*¹⁹². La evacuación, se logra no sólo compeliendo a las personas para que abandonen el área de peligro por sí mismas sino que, también, procurándoles los medios para ello y el más eficiente, dado que lo buscado es el rápido auxilio de civiles, es el transporte prestado directamente por las FF.AA.; eso sí, en este caso el traslado sólo procede respecto de civiles de nacionalidad chilena, los que pueden ser conducidos desde el país afectado por el conflicto armado hacia el nuestro, o incluso dentro de aquél, con el objeto de ubicarlos en zonas que ofrezcan mayor seguridad.

El segundo supuesto procede si se acoge la solicitud del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para que sus Estados miembros, entre ellos Chile, *“envíen con urgencia tropas para impedir graves daños a la población civil en una zona de conflicto armado, y se requiera que dichas tropas se desplieguen de manera inmediata”* (letra b, inc. 1°, art. 15). Esta norma debe entenderse en relación con la Carta de las Naciones Unidas. El art. 42 de ésta, prescribe que *“si el Consejo de Seguridad estimare que las medidas de que trata el artículo 41 pueden ser inadecuadas o han demostrado serlo, podrá ejercer, por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. Tal acción podrá comprender demostraciones, bloqueos y otras operaciones ejecutadas por fuerzas aéreas, navales o terrestres de Miembros de las Naciones Unidas”*, quienes se comprometen a poner a disposición de aquél las fuerzas militares y ayudas necesarias para mantener la paz y seguridad internacionales (art. 43); asimismo, y a fin de que la Organización pueda tomar medidas militares urgentes, sus miembros mantendrán contingentes de fuerzas aéreas

¹⁹⁰ En <http://www.un.org>, revisado el 28 de noviembre de 2013.

¹⁹¹ En <http://lema.rae.es>, revisado el 12 de diciembre de 2013.

¹⁹² *Ibid.*

nacionales inmediatamente disponibles para la ejecución combinada de una acción coercitiva internacional (art. 45).

Del conjunto de normas citadas, se desprende que la forma de actuación de las tropas chilenas enviadas al extranjero, en la hipótesis anterior, debe limitarse a aquellas de tipo coactivo. Por tanto, en supuestos de conflictos armados en país extranjero, y en virtud del art. 15, inc. 1º, ley N° 19.067, las fuerzas militares chilenas sólo tienen autorización legal para proceder al rescate y evacuación de los civiles chilenos que se encuentren en el país en conflicto¹⁹³.

Cabe preguntarse, si es procedente el transporte de civiles chilenos en caso de que el envío de tropas a zonas de conflicto armado se realice en conformidad a las disposiciones del párrafo 2º del Título II de la ley N° 19.067 y no en virtud del art. 15, inc. 1º, letra a, única disposición que contiene una autorización en tal sentido. Si entendemos que el art. 15, inc. 1º, letra a, contiene una regla de excepción a aquellas que consagran las formalidades a seguir para autorizar la salida de tropas, en procura de facilitar la salida de éstas con el objeto de proteger a connacionales, no se ve el obstáculo para que este imperativo sea llevado a cabo en caso de que las formalidades observadas sean mayores.

En lo tocante a las normas de responsabilidad, el art. 6º ley N° 19.067, establece que *“las tropas nacionales, sin perjuicio de las normas de derecho internacional, seguirán sujetas en el extranjero a las leyes y reglamentos vigentes en Chile”*. En el mismo sentido se pronuncia el art. 2º del Código Aeronáutico, que somete a las mismas a la jurisdicción nacional.

Si el transporte es prestado en medios institucionales terrestres o marítimos la responsabilidad es siempre por falta de servicio. Sin embargo, se presenta la dificultad de determinar qué es lo que ocurre si el transporte es otorgado por la FACH en sus aviones o helicópteros, por cuanto el D.F.L. N° 175 de 1960 al disponer en el art. 3º que *“el Comandante en Jefe de la Fuerza Aérea podrá, en casos excepcionales y calificados, autorizar el transporte gratuito de personas o carga, y, en especial, hará uso de tal facultad en situaciones de emergencia o calamidades públicas”*, da a entender que por regla los vuelos a favor de terceros son remunerados, independientemente de que se esté o no ante una situación excepcional en que corre peligro la vida o integridad física de las personas. El problema, más allá de exigir un pago en circunstancias como la estudiada, es que si no se exime del mismo el transporte aéreo desde el país extranjero hacia Chile al ser internacional y oneroso se rige por el Convenio de Montreal – salvo que el Estado en que se desarrolla el conflicto armado no sea parte de esta norma internacional, ni del Sistema de Varsovia –. De esta manera, dependiendo de la cabida de la aeronave, la responsabilidad derivada puede ser objetiva o por falta de servicio, según lo expresado en la letra a. i, del apartado 2.3 del presente capítulo, lo que es a todas luces criticable.

No obstante lo señalado, creemos que es posible aseverar que la responsabilidad en hipótesis de transporte de civiles derivadas de operaciones de paz es siempre por falta de

¹⁹³ Lo que debe ser entendido sin perjuicio de la posibilidad de salida urgente de tropas nacionales para ir en protección o facilitar la evacuación de personal militar, en conformidad art. 9, inc. 4º, Ley N° 19.067. No analizado porque escapa del tema de nuestro estudio.

servicio. Si nos apegamos al tenor del D.F.L. N° 175, éste únicamente hace alusión a los vuelos al extranjero (Art. 1°), por tanto en caso de transporte aéreo desde el extranjero hacia Chile o en el extranjero no corresponde cobro alguno, porque no se aplica el D.F.L. N° 175 y la ley N° 19.067 no lo permite expresamente, de ser así el transporte será siempre gratuito y, en consecuencia, no regido por el Convenio de Montreal.

Como se sabe, la falta de servicio es un concepto variable que depende de diversos factores, entre ellos, las condiciones en que se presta el servicio, que en supuestos de conflicto bélico distan mucho de poder ser consideradas normales. En este sentido, Raúl Letelier expresa que la falta de servicio impone ser más exigentes en el funcionamiento de los servicios públicos en períodos de normalidad que en períodos extraordinarios como guerras, epidemias o calamidades públicas¹⁹⁴.

Por ejemplo, dado el avance actual de la tecnología es posible saber con anticipación como estarán las condiciones del tiempo, lo que es determinante a la hora de realizar o no un vuelo. Si éste se efectúa sabiendo, o debiendo saber, que tales condiciones son desfavorables, derivándose daño en las personas, en principio, existe culpa. Sin embargo, a ello hay que sumar la urgencia en la actuación en hipótesis de conflicto armado, en donde los civiles que se encuentran en la zona afectada corren riesgo inminente de morir. De esta forma, si existe necesidad de evacuación inmediata y se realiza el transporte, independientemente de las condiciones del tiempo, no puede enjuiciarse la actuación como negligente. Otro tanto ocurre si durante el transporte, estalla un artefacto explosivo de lo que resulta la muerte de los civiles, tales resultados no pueden atribuirse al actuar de la FF.AA., sino que son ajenos a su culpa.

ii. Transporte de civiles en el contexto del envío de tropas de misiones de ayuda humanitaria hacia el extranjero

La salida de tropas nacionales del territorio de la República puede tener como causa, entre otras, la participación en misiones de ayuda humanitaria no derivadas de un conflicto armado. Éstas son todas aquellas operaciones en que se dispone el empleo de las fuerzas militares “*de manera no coercitiva ni coactiva para colaborar con terceros Estados frente a situaciones donde se estimen necesidades masivas de ayuda como producto de emergencias*”¹⁹⁵ provocadas por desastres naturales o por el humano. En estos casos, la ley N° 19.067 dispone la aplicación de “*las normas relativas a las comisiones en el extranjero establecidas en el Estatuto del Personal correspondiente, sirviendo de suficiente autorización los decretos que las dispongan*” (art. 5°, ley N° 19.067).

Conforme a lo anterior, “*es comisión de servicio la que recibe el personal que sin dejar de pertenecer a su unidad o repartición, es designado para el cumplimiento de funciones en otra unidad o repartición de la misma institución o en otro servicio público, en el territorio nacional o en el extranjero*” (art. 149 Estatuto del Personal de las FF.AA.). Si estas comisiones son al extranjero, serán dispuestas por D.S. expedido a través del Ministerio de Defensa Nacional, a proposición del respectivo Comandante en Jefe (art. 150,

¹⁹⁴ LETELIER WARTENBERG, Raúl, *Falta de servicio en situaciones de catástrofes*, en el mismo (coord.), *La falta de servicio*, (Santiago, Legal Publishing, 2012), p. 314.

¹⁹⁵ MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, *Libro de la Defensa Nacional. 4° parte, Política Militar*, (Santiago, 2010), en <http://www.defensa.cl>, revisado el 1 de noviembre de 2013, p. 196.

inc. 2º). Sin embargo, la ley N° 19.067, en relación al Estatuto del Personal de las FF.AA, sólo nos entrega el requisito formal para la autorización de la salida de las tropas nacionales en el marco de estas operaciones, pero nada dice acerca de las atribuciones que tienen al respecto.

En nuestra investigación encontramos que la ley N° 16.282 – sobre disposiciones permanentes para casos de sismos o catástrofes – permite la recolección de aportes y envío de ayudas a otros países como acto humano de solidaridad internacional, en caso de haber acontecido en ellos un sismo u otra catástrofe (art. 1º). Este texto legal, se refiere, entre otras materias, a la salida de comisiones de servicios al extranjero de las FF.AA., y si bien es de data anterior a la ley N° 19. 067¹⁹⁶, al establecer ésta sólo requisitos de forma entendemos que está plenamente vigente, salvo en lo que sean incompatibles.

El art. 3º, ley N° 16.282, permite al Presidente de la República dictar, por D.S. fundando, “*normas de excepción del Estatuto Administrativo, de las leyes orgánicas de los servicios públicos, de instituciones autónomas o semifiscales para [...] hacer más expedita la ayuda de los países afectados por un sismo o catástrofe*” (art. 3º, inc. 1º). Parece ser que en servicios públicos se comprenden todos los órganos de la Administración necesarios para el otorgamiento de ayuda a las zonas siniestradas, y no sólo aquellos definidos en el art. 28 LBGAE, debido a que la letra g del mismo art. 3º menciona a las FF.AA.

La disposición en examen, autoriza al Jefe de Estado a dictar normas de excepción del Estatuto Administrativo y de las leyes orgánicas de los servicios públicos, en virtud de las cuales puede designar autoridades y determinar sus atribuciones o facultades (art. 3º, letra a), así como también disponer comisiones de servicio al extranjero de las FF.AA (art. 3º, letra g).

El Estatuto Administrativo, corresponde a la ley N° 18.834 y regula las relaciones entre el Estado y el personal de los distintos órganos que componen la Administración Pública, excepto aquellos mencionados en el inc. 2º del art. 21 LBGAE, es decir, no se aplica a los institutos militares. De esto surge que las normas de excepción sólo pueden afectar a la ley orgánica – constitucional – de las FF.AA., la que en términos generales no consagra funciones y atribuciones, salvo su art. 47 LOCFFAA que regula las atribuciones de los Comandantes en Jefe, y que respecto a las comisiones de servicios al extranjero únicamente establece que éstas son propuestas al Presidente de la República por aquellas autoridades (art. 47, letra k, LOCFFAA).

Dado lo anterior, se inferiría que el art. 3º, letra a, de la ley N° 16.282, sólo autoriza al Presidente de la República a establecer facultades adicionales a los Comandantes en Jefe de las distintas ramas castrenses y no de otros miembros de las mismas, porque mal podría dictarse una norma de excepción a la LOCFFAA en lo tocante a las funciones y atribuciones de otros integrantes de las FF.AA. si éstas están establecidas en otros cuerpos normativos. En contra, puede aseverarse que la finalidad de la norma es, precisamente, establecer funciones y atribuciones ahí donde la ley no las consagra. Con todo, cabe destacar, que a los Comandantes en Jefe les corresponde el mando superior de cada una de

¹⁹⁶ La ley N° 16.282 comenzó a regir en 1965 y su última modificación fue en 1974. Por su parte, la ley N° 19.067 entró en vigencia en 1991, y su última modificación fue en diciembre de 2008.

las instituciones de las FF.AA (art. 46 LOCFFAA), de modo que los subalternos le deben obediencia y tienen que cumplir fielmente las órdenes emanadas de aquéllos; de esta forma, al establecer atribuciones a los Comandantes en Jefe, ello necesariamente va a incidir en los subalternos.

Por aplicación del art. 3º, letra g, el Jefe de Estado está autorizado, además, a designar comisiones de servicio al extranjero diversas de aquellas que han sido propuestas por los Comandantes en Jefe.

Consecuentemente, en virtud del art. 3º, letras a y g, ley N° 16.282, se podría establecer como atribución o facultad de las FF.AA. el transporte de civiles desde nuestro país hacia el extranjero, siempre que ellos formen parte de los recursos humanos necesarios para entregar ayuda en los países afectados, por ejemplo, los cuerpos médicos civiles que quedarían bajo la custodia del funcionario civil o de las FF.AA. comisionado para tener a su cargo tanto los recursos humanos como materiales que se envíen como ayuda chilena (art. 19 bis, inc. 3º N° 16.282). También, podría encomendarse el traslado de civiles que se encuentran en el país afectado por el sismo u otra calamidad, ha lugares que ofrezcan mayor seguridad para su vida e integridad física o incluso hacia nuestro país.

La crítica que se puede formular es que entrega a una autoridad de la Administración, como es el Presidente de la República, la potestad de fijar en forma adicional a la ley – orgánica constitucional en caso de las FF.AA. – atribuciones a otros funcionarios de aquélla. Esto supone una trasgresión el principio de legalidad en su sentido atributivo, conforme al cual sólo la ley puede fijar las competencias y potestades de los órganos administrativos. Como contra argumento, puede sostenerse que es la propia ley la que atribuye tal facultad al Jefe de Gobierno.

Debe tenerse en consideración que la norma es excepcionalísima y las medidas adoptadas deben ser las estrictamente necesarias para efectos de otorgar pronta ayuda a los países afligidos por el sismo o catástrofe. En este sentido, no pueden prolongarse indefinidamente. Producto de la remisión del art. 5º de la ley N° 19.067, rige el art. 149, inc. 3º, Estatuto del Personal de las FF.AA., según el cual el plazo máximo de duración de las comisiones de servicio al extranjero es dos años, pudiendo renovarse.

En lo relativo a las normas de responsabilidad, la regla es la falta de servicio. Sin embargo, se nos presenta nuevamente la dificultad de la aplicación del D.F.L. N° 175 de 1960 en relación al Convenio de Montreal. Conforme a la interpretación dada en el punto anterior, si estamos al texto del D.F.L. N° 175, no se permitiría el cobro en caso de transporte aéreo desde el país extranjero hacia Chile, pero sí desde éste hacia el extranjero.

Así, en caso de que conjuntamente al personal de la FACH concurren al país afectado ciertos civiles éstos van tener que pagar por el transporte lo que determine el Comandante en Jefe, o aquél a quien se le haya delegado tal facultad, salvo que los liberen de ello. Entonces, las reglas de responsabilidad dependerán si se cobra o no por el servicio. Si es gratuito rige la falta de servicio, si por el contrario es oneroso se aplica la falta de servicio o una responsabilidad objetiva, dependiendo de la cabida de la aeronave.

- d. Transporte de civiles en caso de emergencias acaecidas dentro del territorio nacional y que afectan a la colectividad

En este acápite analizaremos si de la normativa prevista para hacer frente a situaciones de emergencia, derivadas de catástrofes naturales – como sismos, sequías, aludes, etc. – o provocadas por el hombre – por ejemplo derrames químicos, incendios forestales, conflictos armados internos, guerra con otros Estados –, que se generan dentro de los límites territoriales del Estado y que ponen en peligro a la población, o parte de ésta, se desprende o no la existencia de normas que autoricen a los cuerpos militares a proceder al transporte de civiles.

El primer lugar, la ley N° 16.282, ya antes vista, contempla normas que rigen en caso de sismos u otras catástrofes dentro del territorio nacional, que provoquen daños relevantes en las personas y/o sus bienes (art. 1°), siempre que a juicio del Presidente de la República no sea necesario decretar el estado de catástrofe¹⁹⁷. Para la aplicación de las disposiciones contenidas en el presente texto legal es necesario que previamente el Jefe de Estado fije, a través de D.S. fundado, la o las comunas afectadas (art. 1°).

El art. 3°, letra a, ley N° 16.282, faculta al Jefe de Estado dictar, por medio de D.S. fundado, normas de excepción del Estatuto Administrativo, de las leyes orgánicas de los servicios públicos, de instituciones autónomas o semifiscales, con la finalidad de resolver los problemas de las comunas afectadas por el sismo o catástrofe, y que se refieran a la designación de autoridades, y a la determinación de sus atribuciones y facultades, las que deben orientarse “*a realizar actividades de colaboración y coordinación en la prevención y reacción de los efectos de sismos o catástrofes*”¹⁹⁸, pero no pueden suponer ellas una restricción o limitación a los derechos fundamentales de las personas, lo que sólo se permite si se decreta alguno de los estados de excepción constitucional regulados en los arts. 39 a 45 CPR¹⁹⁹.

Entre tales autoridades, encontramos a los Comandantes en Jefe de las FF.AA y, consecuentemente, sus subalternos²⁰⁰ cuya intervención “*se encuentra limitada a la ejecución de las actividades de coordinación determinadas por la autoridad civil y subordinada a la misma, sin que pueda en caso alguno bajo amparo de ese texto legal velar por el orden público, función que naturalmente puede importar la afectación del ejercicio de los derechos constitucionales*”²⁰¹.

Estimamos, que el art. 3, letra a, permite al Presidente de la República, encomendar de manera excepcional a las FF.AA. el traslado de civiles desde las zonas afectadas a otras que ofrezcan mayores seguridades o, incluso, el transporte de civiles hacia las localidades siniestradas siempre que estos últimos sean los medios humanos necesarios para entregar la ayuda, por ejemplo, equipos médicos.

¹⁹⁷ Dictamen N°42.822, de 2008, en <http://www.contraloria.cl>, revisado el 10 de noviembre de 2013.

¹⁹⁸ Sentencia Rol N° 4.029, de 24 de diciembre de 2013, *Rebeca Campos Herrera y otros con Fisco*, revisada en <http://www.poderjudicial.cl/>, el 1° de enero de 2014, considerando octavo.

¹⁹⁹ *Ibíd.*, considerando décimo.

²⁰⁰ Al respecto, véase el análisis realizado en el punto 2.3, letra c. ii, del presente capítulo.

²⁰¹ Sentencia Rol N° 4.029, de 24 de diciembre de 2013, *Rebeca Campos Herrera y otros con Fisco*, revisada en <http://www.poderjudicial.cl/>, el 1° de enero de 2014, considerando noveno.

El art. 19, N° 2, ley N° 16.282, por otro lado, prescribe que los Ministros del Interior y de Defensa Nacional elaborarán un plan destinado a obtener que las FF.AA. y Carabineros desarrollen un programa, debiendo abarcar tres puntos: (i) preparación de un plan orgánico para las emergencias que se produzcan a consecuencia de sismos o catástrofes; (ii) programar la coordinación de los recursos humanos y materiales de los servicios públicos, y de las instituciones asistenciales públicas y privadas, para los casos a que se refiere esta ley; (iii) informar a las autoridades competentes de los problemas críticos que deben ser objeto de medidas preventivas.

El plan aludido, es el Plan Nacional de Protección Civil aprobado por Decreto N° 156, de 2002, del Ministerio del Interior²⁰². En él se contempla la constitución de comités de protección civil tanto a nivel nacional, como regional, provincial y comunal, en los que están representadas cada una de las ramas de las FF.AA.²⁰³. Para afrontar la emergencia, se pueden adoptar, entre otras medidas, las de evacuación, reubicación y traslado, para lo cual se debe atender a los daños, necesidades evaluadas y el tipo de emergencia de que se trata²⁰⁴, providencias que, claramente, apuntan a la posibilidad de transportar a las personas. En todo caso, es necesario que, en conformidad al art. 3°, letra a, ley N° 16.282, el Presidente de la República designe, a través de D.S. fundado, a los Comandantes en Jefe para que las mismas se entiendan están habilitadas para actuar; en otras palabras, no pueden intervenir de pleno derecho, con la simple dictación del D.S. de emergencia (art. 1°, ley n° 16.282) sino que es necesario que expresamente se contemple su intervención.

Nuevamente, puede plantearse como crítica que el art. 3° ley N° 16.282, al permitir al Presidente de la República fijar, en forma adicional a la ley, funciones a otras autoridades de la Administración Pública infringe el principio de reserva legal. Como contra argumento, es la propia ley la que atribuye tal facultad al Jefe de Estado, la que es de carácter excepcionalísima y necesaria para hacer frente a situaciones de emergencia.

El segundo conjunto de normas a revisar son aquellas encargadas de reglamentar los estados de excepción constitucional.

La CPR habilita al Presidente de la República en determinadas situaciones de anormalidad, como guerra interna o externa, conmoción interior, emergencia y calamidad pública, a decretar los estados de asamblea, sitio, catástrofe y emergencia (arts. 39 a 45 CPR). “Una ley orgánica constitucional regulará los estados de excepción, así como su

²⁰² Última modificación 18 de marzo de 2011, por Decreto N° 38.

La protección civil se conceptualiza como “la protección a las personas, a sus bienes y ambiente ante una situación de riesgo colectivo, sea éste de origen natural o generado por la actividad humana, es ejercida en Chile por un sistema integrado por Organismos, Servicios e Instituciones, tanto del sector público como del privado, incluyendo a las entidades de carácter voluntario y a la comunidad organizada, bajo la coordinación de la Oficina Nacional de Emergencia del Ministerio del Interior, ONEMI”; Decreto N° 156, de 2002, Ministerio del Interior, acápite IV, Marco Conceptual.

“La gestión en Protección Civil debe responder a la realidad de un área jurisdiccional determinada, interrelacionando amenazas, vulnerabilidades y recursos, como base de orientación de la acción en prevención, mitigación, preparación, respuesta y rehabilitación, como un proceso participativo y continuo en el tiempo de revisión y perfeccionamiento permanente”; Decreto N° 156, de 2002, Ministerio del Interior, apartado V, Gestión en protección civil.

²⁰³ Decreto N° 156, de 2002, Ministerio del Interior, apartado V, Gestión en Protección Civil.

²⁰⁴ Ibid.

declaración y la aplicación de medidas legales y administrativas que procediera adoptar bajo aquéllos. Dicha ley contemplará lo estrictamente necesario para el pronto restablecimiento de la normalidad constitucional y no podrá afectar las competencias y el funcionamiento de los órganos constitucionales ni los derechos e inmunidades de sus respectivos titulares” (art. 44, inc. 1º, CPR).

Dependiendo del estado decretado, la Carta Fundamental permite la afectación del ejercicio de ciertos y determinados derechos constitucionales, ya sea suspendiendo o restringiéndolos²⁰⁵. Los tribunales de justicia no podrán calificar los fundamentos y circunstancias de hecho que llevaron a que se dispusieran, empero, *“respecto de las medidas particulares que afecten derechos constitucionales, siempre existirá la garantía de recurrir ante las autoridades judiciales a través de los recursos que corresponda”* (art. 45, inc. 1º, CPR).

Como su nombre lo indica, son estados de carácter excepcional y, en cuanto tales, son esencialmente transitorios. En consecuencia, las medidas adoptadas durante su vigencia no pueden prolongarse más allá de la duración de los mismos (art. 44, inc. 2º CPR).

En relación a la posibilidad de trasladar civiles en medios de transporte de las FF.AA. examinaremos, en primer lugar, ciertas disposiciones atinentes a cada estado en orden determinar si se desprende de ellas tal atribución. Luego, nos referiremos en concreto la medida de transporte del art. 16 LOCEEC.

Decretado el estado de catástrofe – calamidad pública – la zona afectada queda bajo la dirección y supervigilancia del Jefe de Defensa Nacional designado por el Presidente de la República, quien tendrá las atribuciones y deberes que la ley señale (art. 41, inc. 3º). La referida ley no es sino la Ley Orgánica Constitucional de Estados de Excepción Constitucional.

Corresponde al Jefe de Defensa Nacional asumir el mando de las Fuerzas Armadas para los efectos de reparar o precaver el daño o peligro para la seguridad nacional que haya dado origen a dicho estado (art. 7, N° 1, LOCEEC) e *“impartir directamente instrucciones a todos los funcionarios del Estado, de sus empresas o de las municipalidades que se encuentren en la zona con el exclusivo propósito de subsanar los efectos de la calamidad pública”* (art. 7, N° 5, LOCEEC).

Si la seguridad nacional busca el resguardo del Estado y su territorio como también de la población; se colige de la aplicación conjunta de las normas antes citadas, que el Jefe de la Defensa Nacional tiene la facultad de ordenar directamente a los integrantes de las FF.AA. la evacuación inmediata de los civiles que se encuentran en la zona afectada, a objeto de auxiliarlos. Sin embargo, el art. 44, inc. 2º, CPR establece que la ley orgánica constitucional regulará la aplicación de las medidas legales y administrativas que se adopten bajo alguno de los mencionados estados, pero *“no podrá afectar las competencias y el funcionamiento de los órganos constitucionales”*, entre los que encontramos,

²⁰⁵ Art. 12 LOCEEC. *“Entiéndese que se suspende una garantía constitucional cuando temporalmente se impide del todo su ejercicio durante la vigencia de un estado de excepción constitucional. Asimismo, entiéndese que se restringe una garantía constitucional cuando, durante la vigencia de un estado de excepción, se limita su ejercicio en el fondo o en la forma”*.

precisamente, a las FF.AA. De esta manera, sólo podrían proceder al transporte de los civiles las entidades castrenses que tengan atribución para ello, lo que se reduce a la FACH (D.F.L. N° 175, de 1960).

Otra alternativa, es entender que tal medida se desprende de la facultad que tiene el Presidente de la República de restringir la libertad de locomoción (art. 43, inc. 3°). Sin embargo, el transporte en los términos aquí analizados, más que una medida que busca constreñir tal libertad lo que pretende es proteger el derecho a la vida e integridad física de las personas. Finalmente, podría señalarse que, en todo caso, el transporte de civiles durante en estado de catástrofe se permite en virtud de la facultad del Jefe de Estado de *“adoptar todas las medidas extraordinarias de carácter administrativo que sean necesarias para el pronto restablecimiento de la normalidad en la zona afectada”* (art. 43 CPR).

En caso de estado de emergencia – grave alteración del orden público o de grave daño para la seguridad de la Nación –, *“las zonas respectivas quedarán bajo la dependencia del Jefe de Defensa Nacional que designe el Presidente de la República. Este asumirá la dirección y supervigilancia de su jurisdicción con las atribuciones y deberes que la ley señale”* (art. 42, inc. 2°, CPR). El art. 5, N° 1, LOCEEC dispone que a la aludida autoridad le atañe asumir el mando de las Fuerzas Armadas para los efectos de reparar o precaver el daño o peligro para la seguridad nacional que haya dado origen el estado de emergencia.

El problema es que la norma en realidad señala la finalidad para la cual asume el mando de los cuerpos militares, pero no indica directamente la forma en que ello se materializa. A diferencia del supuesto anterior, no se prescribe como facultad del Jefe de Defensa Nacional el impartir directamente órdenes a los funcionarios del Estado, ni que el Presidente de la República puede adoptar medidas administrativas extraordinarias para restablecer la normalidad. Además, rige el imperativo constitucional por el cual la ley orgánica constitucional no puede afectar las competencias de los órganos constitucionales (art. 44, inc. 1°, CPR). Por tanto, si se decreta estado de emergencia resulta aún más dudoso que las fuerzas militares puedan trasladar civiles en sus medios institucionales, salvo que ello se desprenda de la facultad que tiene el Jefe de Estado de restringir la libertad de locomoción (art. 43, inc. 4°).

En relación los estados de excepción restantes, hay que tener presente que el Presidente de la República tiene las atribuciones especiales de *“disponer de las fuerzas de aire, mar y tierra, organizarlas y distribuirlas de acuerdo con las necesidades de la seguridad nacional”* (art. 32, N° 17, CPR), y de *“asumir, en caso de guerra, la jefatura suprema de las Fuerzas Armadas”* (art. 32, N° 18, CPR). A su vez, el estado de asamblea procede en caso de guerra exterior y el de sitio si existe guerra interna o grave conmoción interior (art. 40, inc. 1°), desprendiéndose una clara intervención de las FF.AA. durante los mismos. Además, declarado el estado de asamblea o de sitio las facultades conferidas al Presidente de la República podrán ser delegadas, respectivamente, a los Comandantes en Jefes de las Unidades de las FF.AA. o a los Jefes de Defensa Nacional que él designe (arts. 2° y 3°, LOCEEC).

Decretado estado de sitio el Presidente de la República puede restringir la libertad de locomoción (art. 43, inc. 2°, CPR), y en caso de estado de asamblea está facultado para suspender o restringir la libertad personal (art. 43, inc. 1°, CPR). No existen otras normas

relativas a estos estados de excepción que permitan inferir que los cuerpos militares estén autorizados a transportar civiles.

Finalmente resta por analizar la posibilidad de que la facultad de transportar civiles en medios de transporte militares derive de una interpretación progresiva del art. 16 LOCEEC.

Con anterioridad a la reforma constitucional del año 2005, el art. 41, N° 2, CPR rezaba: *“por la declaración de estado de sitio, el Presidente de la República podrá trasladar a las personas de un punto a otro del territorio nacional, arrestarlas en sus propias casas o en lugares que no sean cárceles ni en otros que estén destinados a la detención o prisión de reos comunes. Podrá, además, suspender o restringir el ejercicio del derecho de reunión y restringir el ejercicio de las libertades de locomoción, de información y de opinión”*. Actualmente, la norma constitucional que se refiere a los derechos que se ven afectados por la declaración de estado de sitio y las medidas que pueden adoptarse es el art. 43, inc. 2°, CPR, el cual no hace mención alguna a la medida de traslado.

Ahora bien, el traslado, en los términos del antiguo art. 41, N° 2, CPR era sinónimo de relegación²⁰⁶, es decir, era una medida administrativa sancionatoria, contemplada a propósito del estado de sitio, que imponía a determinados sujetos permanecer en un lugar del territorio de la República distinto de aquel en que normalmente pernocta. El correlato legal de esta disposición constitucional se encontraba en el art. 16, inc. 1°, LOCEEC al prescribir que *“la medida de traslado sólo podrá cumplirse en localidades urbanas”* entendiéndose por tales, aquellas ubicadas dentro del radio urbano en que tenga asiento una Municipalidad (art. 16, inc. 2°, LOCEEC); norma cuyo texto se mantiene en la ley orgánica constitucional.

Si se considera, en primer lugar, que el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales sólo pueden afectarse en caso de que se decrete un estado de excepción constitucional, estableciendo taxativamente cuales son los derechos cuyo ejercicio pueden verse restringidos o suspendidos y, en segundo lugar, que las medidas que pueden adoptarse durante el estado de sitio están expresa y determinadamente señaladas en el art. 43, inc. 2°, CPR, podría sostenerse, en principio, que el art. 16 LOCEEC se encuentra derogado al estar derogada la norma constitucional que le servía de sustento.

Sin embargo, al no establecer el art. 16 LOCEEC la naturaleza jurídica de la medida en él consagrada, creemos que es posible fundamentar su vigencia, no como sinónimo de relegación sino que, por el contrario, como una medida necesaria para salvaguardar la vida e integridad física de las personas que se encuentran en la zona declarada bajo cualquier estado de excepción constitucional, por cuanto el art. 16 no indica el estado al que accede, entendiéndose que se refiere a todos ellos. De esta manera, tanto el Ejército, como la Armada y la FACH contarían con habilitación legal para proceder al

²⁰⁶ *“Así como la reforma constitucional de 1989 puso término al exilio, que tantos y tan graves trastornos ocasionó a la sociedad chilena durante el régimen militar, el actual proyecto concluye con ese otro grave atentado contra la dignidad humana que es la relegación o traslado de una persona de un punto a otro del territorio nacional”*; RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro, *Los estados de excepción constitucional en Chile*, en *Ius Et Praxis* (2002), año 8, N° 1, p. 279.

transporte de civiles, en el contexto de los estados de excepción constitucional, con el objeto de entregarles protección a los mismos.

En relación a las reglas de responsabilidad aplicables, rige la falta de servicio al no existir normas que hagan excepción a la misma. Hay que considerar que el enjuiciamiento de la falta de servicio, en caso de sismos, guerras y, en general, toda situación que ponga en peligro a una parte de la población no puede hacerse bajo los mismos parámetros que en supuestos de normalidad. En este sentido, se ha afirmado que *“los deberes del Estado en situaciones de catástrofes sólo pueden ser fijados desde la óptica de una situación de emergencia. En la referida situación, las respuestas estatales son siempre limitadas, esto es, no siempre pueden considerar todos los factores o elementos en juego, ya sea porque parte de estos no alcanzan a llegar o no pueden ser percibidos con claridad o porque la celeridad con que deben adoptarse alguna de las medidas impide un análisis más reflexivo de las opciones en juego”*²⁰⁷.

2.4. El transporte y el deber de protección

En todos los supuestos en que por circunstancias calificadas se derive grave riesgo para la comunidad nacional existe como causal de justificación para la adopción de medidas extraordinarias, y no expresamente autorizadas por la ley, la existencia de un deber de protección que pesa sobre todo el aparato estatal.

Tal deber jurídico, emana del art. 1º, inc. 5º CPR, conforme al cual le corresponde al Estado *“resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia”* lo que resulta central en vistas a la promoción del bien común *“para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respecto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”* (art. 1º, inc. 4). Fin del Estado que se ve amagado por el acaecimiento de desastres naturales o actos del ser humano que afecten negativamente a la colectividad.

La existencia de un sistema subjetivo de responsabilidad, o por culpa, busca *“disuadir a probables actores de negarse a adoptar las necesarias acciones que eviten daños o perjuicios en derechos de otros”*²⁰⁸. En este sentido, la existencia constitucional de un deber de proteger a la población impone al Estado, en primer lugar, la adopción de la normativa necesaria, ya sea para prevenir los efectos nocivos derivados de una emergencia ya sea para determinar la forma de actuar del Estado y sus organismos cuándo la misma ocurre.

Sin embargo, el legislador no siempre va a lograr visualizar todas las vicisitudes que en concreto pueden producirse; *“las posibilidades legales de influir sobre desastres naturales se pueden considerar tanto en el ámbito de la prevención como de la reacción. Por lo tanto, la intervención legal sobre desastres naturales afecta sobre todo el ámbito de la prevención de desastres [...], pese a que los eventos subyacentes muchas veces se*

²⁰⁷ LETELIER WARTENBERG, Raúl, *Falta de servicio*, cit. (n. 194), pp. 307.

²⁰⁸ *Ibíd.*, p. 306.

escapan de la regulación legal”²⁰⁹. Además, puede ocurrir que simplemente no ha logrado determinar cuáles son las mejores medidas que en concreto deben adoptarse para resguardar a la población ante los diversos peligros que la amenazan. Si el legislador no ha previsto todas las posibilidades de reacción, ello no puede importar que la Administración, frente a situaciones concretas que afectan a la comunidad o parte de ella, esté impedida absolutamente de actuar, dejando en completa desprotección a las personas.

Por tanto, en segundo lugar, la existencia de un deber constitucional de protección impuesto al Estado a favor de la población, supone que él debe realizar el máximo esfuerzo posible para restablecer la seguridad perdida en caso de haber acaecido algún hecho que pone en grave peligro a aquélla; *“se trata de proteger altos bienes jurídicos de la sociedad, como son la vida, la salud y la propiedad privada de los ciudadanos, pero también de mantener las funciones esenciales de nuestra comunidad”*²¹⁰. Para esto, debe hacer uso de los medios humanos y materiales de que dispone y que sean necesarios para hacer frente a la contingencia. Es en este punto donde aparecen los cuerpos militares como instituciones que poseen una dotación material y humana indispensable para hacer frente a los riesgos que afectan al Estado.

Consecuentemente, el art. 1º, inc. 5º, CPR permitiría amparar, en situaciones de extrema necesidad, el traslado de civiles en medios institucionales tanto del Ejército, como de la Armada y de la FACH, cuando el mismo no está expresamente consagrado en la ley o sea dudosa su procedencia, pero resulte fundamental para salvaguardar la vida de las personas.

No creemos que un razonamiento como el señalado importe una infracción al principio de juricidad. Éste supone que los órganos públicos deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella (art. 6º, inc. 1º CPR), y que es la ley la medida de las competencias de los órganos públicos (arts. 4º, 7º, inc. 2º CPR, art. 2º y 3º, inc. 1º, LBGAE)²¹¹. Pues bien, el art. 1º no es sino parte de la Ley Suprema, es decir, es integrante de la legalidad a la que están sujetos todos los órganos del Estado y, en concreto, la Administración Pública.

En todo caso, las providencias adoptadas al amparo del art. 1, inc. 5º, CPR son excepcionalísimas y su implementación sólo se fundamenta en aras de la protección de valores superiores, como es la vida e integridad física del conjunto de las personas que integran el Estado, pero no pueden importar una vulneración de los derechos fundamentales. En este sentido, la Corte Suprema ha fallado que no puede justificarse la afectación de los derechos de las personas, *“basada en una interpretación finalista, determinada por la aceptación del ejercicio del poder – ante una situación de emergencia – por una parte significativa de la sociedad, por cuanto en ese mismo sentido la interpretación debe respetar tanto las garantías y derechos constitucionales como las*

²⁰⁹ KLOEPFER, Michael, *Derecho y protección del medio ambiente*, (Santiago, Konrad Adenauer Stiftung, 2012), N° 8, en <http://www.kas.de>, revisado el 8 de enero de 2014, p. 48.

²¹⁰ *Ibís.*, p. 46.

²¹¹ Véase BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Derecho*, cit. (n. 1), pp. 64-85.

*autoridades del Estado que en situaciones de excepción ha establecido el ordenamiento jurídico para hacer frente a dichos acontecimientos*²¹².

No debe confundirse la consagración de un deber general de protección con la existencia de una responsabilidad superior por parte del Estado. Como ya se ha señalado, las condiciones en que actúa la Administración Pública derivadas de emergencias que afectan a la colectividad, como desastres naturales, mal funcionamiento de un reactor nuclear, guerras etc., distan mucho de ser normales. El accionar de la Administración en estas hipótesis va a depender de diversos factores, como los medios disponibles, la ponderación de las necesidades que surgen, las circunstancias del lugar, etc. Como afirma Raúl Letelier, a propósito de las consecuencias destructivas derivadas de desastres naturales, *“es en este escenario de destrucción masiva donde ha debido desenvolverse la actividad administrativa. Al igual que cualquier estructura humana, se ha visto fuertemente golpeada y afectada por este desastre natural y su capacidad de respuesta se ha visto naturalmente mermada*”²¹³.

En el otro extremo, la ocurrencia de eventos catastróficos tampoco supone restar, o incluso negar, responsabilidad al Estado, sino que tal responsabilidad debe ser analizada caso a caso, dependiendo de todos los elementos que influyeron en el actuar de la Administración. Además, como asevera Michael Kloepfer, *“un Estado que no es capaz de prevenir y enfrentar los desastres naturales, ni de eliminar eficazmente las consecuencias de éstos, pierde la confianza de sus ciudadanos y en consecuencia, se deslegitima. Si semejantes fallas ocurren de manera sucesiva, este Estado puede convertirse en un ‘Estado fallido’ (en sentido general) [...]. Un Estado no sólo se considera como Estado fallido si fracasa en la pasificación interna de su población, sino también si no es capaz de protegerla de desastres. Desde luego que esto no sólo rige para los desastres naturales, sino más aún para desastres técnicos (por ejemplo, Chernóbil, Bhopal, Seveso, por nombrar algunos ejemplos recientes)*”²¹⁴.

²¹² Sentencia Rol N° 4.029, de 24 de diciembre de 2013, *Rebeca Campos Herrera y otros con Fisco*, en <http://www.poderjudicial.cl/>, revisada el 1° de enero de 2014, considerando décimo.

²¹³ LETELIER WARTENBERG, Raúl, *Falta de servicio*, cit. (n. 194), p. 309.

²¹⁴ KLOEPFER, Michael, cit. (n. 209), p. 56.

CONCLUSIONES

Examinada la regulación que rige a las FF.AA., en lo atinente al traslado de civiles en medios institucionales, con la consecuente responsabilidad patrimonial en caso de accidentes que causen daños a los mismos, nos concierne formular algunas conclusiones:

La CPR no señala sistema de responsabilidad alguno para la Administración del Estado. Ella se limita a consagrar, en los incisos finales de los arts. 6° y 7° CPR, un principio general de responsabilidad aplicable a todo sujeto de derecho. Principio jurídico cuyo correlato, respecto de la Administración Pública, lo encontramos en los arts. 38, inc. 2°, CPR y 4° LBGAE; normas que no optan por una regla de responsabilidad en concreto. Por tanto, la determinación del estatuto jurídico de responsabilidad extracontractual del Estado-Administrador, sus características, exigencias, supuestos de procedencia y causales de exclusión, queda entregado a la ley (art. 6°, inc. 3°, CPR y 7°, inc. 3°, CPR, en relación al art. 63 N° 2 CPR).

Es el art. 42, inc. 1°, LBGAE, la norma legal que expresamente prevé una regla de responsabilidad para la generalidad de la Administración: la falta de servicio. De esta forma, el legislador opta por un régimen subjetivo, siendo necesario para comprometer la responsabilidad del Estado no sólo un acto u omisión de un órgano administrativo, un daño y la relación causal entre ellos, sino, además, la culpa del servicio.

Sin embargo, no quedan sometidos al imperio de la norma previamente citada los órganos mencionados en el art. 21, inc. 2°, LBGAE. La responsabilidad patrimonial aplicable a tales entidades, será aquella que les fije una norma legal especial. De no existir la misma, debe acudir al art. 2314 CC como norma de derecho común que contiene la falta de servicio para los denominados los órganos excluidos del Título II LBGAE, entre los que encontramos, precisamente, al Ejército, la Armada y la FACH.

Por tanto, la configuración de responsabilidad patrimonial producto de actuaciones u omisiones de los cuerpos militares de las que se derivan daños a las personas, dependerá, entre otros elementos, (i) de las funciones encomendadas; (ii) de la existencia o no de normas especiales que hagan excepción a la falta de servicio y; (iii) las circunstancias que rodean la actuación u omisión.

En relación al primer punto, es necesario tener en consideración que el art. 101, inc. 1°, CPR, al prescribir que las FF.AA. “*existen para la defensa de la patria y son esenciales para la seguridad nacional*”, consagra una garantía institucional, en cuya virtud el resguardo del Estado, su soberanía, territorio y población a través del uso de armas, corresponde única y exclusivamente al Ejército, la Armada y la FACH, sin embargo, la norma constitucional no les fija funciones.

Conforme al principio de reserva legal, es de cargo del legislador establecer el conjunto de potestades de los cuerpos militares. Éstas, en primer lugar, estarán orientadas a la defensa externa del Estado en el ámbito bélico y, en segundo lugar, a otras actividades que, no pudiendo entorpecer o impedir el ejercicio de las primeras, no miran directamente el resguardo del Estado, su soberanía, territorio y población por medios coactivos.

Entre las atribuciones que pueden llevar adelante las FF.AA., y que no suponen en ejercicio de la fuerza física institucionalizada, encontramos el traslado de civiles en medios militares. Ahora bien, todo transporte efectuado por alguna de las ramas castrenses no previsto en la ley, o en norma de rango legal, es una actuación ilegal generándose responsabilidades por este concepto – administrativa y, eventualmente, patrimonial –.

Pese a lo señalado, la existencia de un deber de protección aplicable al Estado (art. 1º, inc. 5º, CPR), ampara el transporte de civiles prestado por las distintas ramas militares en hipótesis no expresamente autorizadas por norma legal, o cuya procedencia sea dudosa. En todo caso, tal deber jurídico sólo justifica el transporte como medida extraordinaria e indispensable para resguardar la vida e integridad física de las personas en el contexto de contingencias que afectan gravemente a la población o una parte de ella.

Como se dijo, la determinación de responsabilidad patrimonial de las FF.AA. va a depender, también, de la existencia de normas especiales que hagan excepción a la falta de servicio. En lo atinente a la materia en estudio, la primera excepción se presenta en caso de transporte aéreo internacional oneroso – en los términos definidos por el Convenio de Montreal – llevado a cabo en aeronaves militares cuya capacidad total no ha sido reservada por las autoridades militares o en nombre de las mismas (art. 57, inc. 1º, letra b, Convenio de Montreal), donde rige una responsabilidad objetiva. Esta solución sujeta al transporte aéreo realizado por las FF.AA. a estatutos opuestos de responsabilidad, dependiendo de la hipótesis particular: (i) el transporte aéreo nacional – oneroso o gratuito – y el internacional gratuito quedan siempre sometidos a la falta de servicio; (ii) si el transporte es internacional oneroso, en cambio, la responsabilidad será objetiva o por falta de servicio según la capacidad de la aeronave a utilizar, lo que no parece tener una justificación racional.

La segunda excepción, la encontramos en caso de transporte de civiles, realizado por la Armada en sus naves auxiliares al amparo de la ley N° 12.898, siempre y cuando la misma se considere vigente. En este supuesto, el ente militar, al suplir la deficiencia de las empresas chilenas de transporte marítimo, ejecuta una actividad empresarial, sometiéndose a la legislación común aplicable a los particulares (art. 19, N° 21, CPR). Si bien, el Código de Comercio, en materia de transporte marítimo, contiene reglas especiales de responsabilidad, las mismas no se aplican a las naves de guerra (art. 823, Código de Comercio). De esta manera, para determinar la responsabilidad de la Armada, hay que acudir al CC que contempla una responsabilidad por culpa (arts. 2013-2021 CC). Empero, si se considera que la ley N° 12.898 está derogada por ser contraria al principio de probidad, conforme al art. 8, inc. 2º, CPR, en relación al art. 62, N°s 4 y 8, LBGAE, no cabe hablar de excepción alguna. Simplemente no existe norma que autorice tal transporte, consecuentemente, no se aplica la remisión del art. 19, N° 21 CPR y, en caso de ejecutarse aquél existe una actuación ilegal generadora de responsabilidad por falta de servicio.

Salvo los dos supuestos anteriores, la regla de responsabilidad patrimonial aplicable a las FF.AA., en caso de accidentes en medios de transporte militares con resultado de víctimas civiles, es la falta de servicio. Para la apreciación de ésta, y como tercer elemento a considerar para la configuración de responsabilidad, adquieren relevancia central las condiciones en que se realiza la actividad. La existencia de ciertos factores, que entorpezcan o dificulten el desarrollo del transporte, jugará un rol determinante a la hora de

hacer o no responsables a los cuerpos castrenses. Y tales elementos se apreciarán de distinta forma si el transporte se prestó en hipótesis de normalidad o de emergencia.

En el primer caso, la no adopción de todas las medidas necesarias para asegurar que el traslado de civiles sea otorgado en forma optima, como es, por ejemplo, la verificación de las condiciones climáticas, da lugar a un actuar negligente que compromete la responsabilidad del órgano, si de ello se derivan daños a los civiles. Sin embargo, si se hace necesario un transporte urgente, a efectos de salvar la vida de personas que se encuentran en grave peligro, no puede aseverarse que existe culpa si el mismo se realizó a sabiendas de la existencia circunstancias desfavorables, como una guerra, una tempestad, la erupción inminente de un volcán, etc.

BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA

1. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Consecuencias constitucionales de la doctrina sobre responsabilidad objetiva del Estado*, en *CDE*, (diciembre de 2000), N° 2, pp. 61-78.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil chileno*, (Santiago, Jurídica de Chile, 2005), pp. 559.
- ÁVALOS NEIRA, Mauricio Alejandro, *Derecho Constitucional de las Fuerzas Armadas*, Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción (2004), 193 pp.
- BARROILHET ACEVEDO, Claudio; DÍAZ DÍAZ, Alejandro, *Derecho del transporte*, (Santiago, Libromar Ltda., 2002), I, 486 pp.
- BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, (Santiago, Jurídica de Chile, 2007), 1230 pp.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Derecho administrativo general*², (Santiago, Legal Publishing, 2011), 603 pp.
- _____, *Las relaciones entre el derecho administrativo y el derecho común. Derecho positivo. Doctrina y jurisprudencia*, (Santiago, Legal Publishing, 2012), 127 pp.
- _____, *La Internacionalización de las Tareas Administrativas, a modo de ejemplo, la participación de Tropas Chilenas en Operaciones de Paz*, obra inédita, pp. 19.
- CALDERA DELGADO, Hugo, *Sistema de la responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución Política de 1980*, (Santiago, Jurídica de Chile, 1982), 541 pp.
- CEA CIENFUEGOS, Sergio; CORONADO DONOSO, Ricardo, *Derecho militar. Parte general*, (Santiago, Legal Publishing, 2011), I, 251 pp.
- _____, *La Constitucionalización de las Fuerzas Armadas*, en *Actualidad jurídica*, (enero 2011), Año XII, N° 23, pp. 435-451.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo, *El sentido actual del Dominio Legal y la Potestad Reglamentaria*, en *RDPUCV* (2009), XXXII, en <http://www.scielo.cl>, revisado el 7 de enero de 2014, pp. 409-440.
- CORDERO VEGA, Luis, *Tratado de jurisprudencia y doctrina. Decisiones destacadas en derecho administrativo. Fallos del mes* (Santiago, PuntoLex S.A., 2012), I, 732 pp.
- _____, *Tratado de jurisprudencia y doctrina. Decisiones destacadas en derecho administrativo. Fallos del mes* (Santiago, PuntoLex S.A., 2012), II, 764 pp.

- _____, *La responsabilidad de la Administración del Estado. Revisión desde la doctrina y la jurisprudencia chilena*, Tesis para optar al grado de Magister en Derecho, Universidad de Chile (2003), 242 pp.
- DE OTTO, Ignacio, Derecho Constitucional, Fuentes, (Barcelona, Ariel, 1995), cit. por BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *La Internacionalización de las Tareas Administrativas, a modo de ejemplo, la participación de Tropas Chilenas en Operaciones de Paz*, obra inédita, p. 31.
- DE LA CRUZ MILLAR, Alicia, *La responsabilidad por las actuaciones de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden*, en LETELIER WARTENBERG, Raúl, *La falta de servicio*, (coord.), (Santiago, Legal Publishing, 2012), pp. 159-193.
- FERRADA BORQUÉZ, Juan Carlos, *Falta de Servicio y responsabilidad por actos administrativos*, en LETELIER WARTENBERG, Raúl, (coord.) *La falta de servicio*, (Santiago, Legal Publishing, 2012), pp. 279-301.
- _____, *La responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado en Chile, una breve revisión del Estado actual de la discusión*, en MARÍN, Juan Carlos, (coord.), *La responsabilidad patrimonial del Estado* (Ciudad de México, Purrúa, 2004), pp. 107- 135.
- FIAMMA OLIVARES, Gustavo, *La acción constitucional de responsabilidad y la responsabilidad por falta de servicio*, en *RChD* (1989), vol. 16, N° 2, pp. 429-440.
- HANANÍAS CASTILLO, Rodrigo, *Responsabilidad civil contractual del transportista aéreo de mercancías*, Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y sociales, Universidad Adolfo Ibáñez, (2000), pp.251
- HUEPE ARTIGAS, Fabián, *Responsabilidad del Estado, falta de servicio y responsabilidad objetiva en su actividad administrativa*, (Santiago, LexisNexis, 2006), 430 pp.
- JIMÉNEZ LARRAÍN, Fernando, *Bases constitucionales de las Fuerzas Armadas*, en *RDPUCV* (1986), N° 10, pp. 355-373.
- KLOEPFER, Michael, *Derecho y protección del medio ambiente*, (Santiago, Konrad Adenaver Stiftung, 2012), N° 8, en <http://www.kas.de>, revisado el 8 de enero de 2014, pp. 4-59.
- LATORRE, Adolfo Paúl, *Política y Fuerzas Armadas. Características y misiones constitucionales de las FF.AA.*, (Santiago, Revista de Marina, 1999), 421 pp.
- LECAROS SÁNCHEZ, José Miguel, *La responsabilidad civil y la actividad aeronáutica*, (Santiago, Librotecnia, 2012), 333 pp.
- LEAL BUITRAGO, Francisco, *La doctrina de la seguridad nacional: materialización de la guerra fría en América del Sur*, en *Revista de Estudios Sociales*, (junio de 2003), N° 15, en <http://res.uniandes.edu.co>, revisada el 29 de diciembre de 2013, pp. 74-87.
- LETELIER WARTENBERG, Raúl, *La falta de servicio*, (coord.), (Santiago, Legal Publishing, 2012), pp. 456.
- _____, *Falta de servicio en situaciones de catástrofes*, en el mismo (coord.), *La falta de servicio*, (Santiago, Legal Publishing, 2012), pp. 303-321.

- _____, *Un estudio de efectos en las características de la responsabilidad extracontractual del Estado*, en LATORRE FLORIDO, Cecilia Paz; VERA ÁLVAREZ, Nicolás (coord.), *La responsabilidad extracontractual del Estado*, (Santiago, Metropolitana, 2009), pp. 183-234.
- LUONGO, Norberto E., *Tratado de daños y perjuicios en el transporte aéreo*, (Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009), 761 pp.
- MÍGUEZ, María Cecilia, *¿Anticomunistas, antiestadistas, antiperonistas? La "nacionalización" de la doctrina de seguridad nacional en la Argentina y la legitimación del golpe de Estado de 1966*, en <http://www.scielo.org.ar>, revisado el 29 de noviembre de 2013, pp. 65-95.
- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, *Libro de la Defensa Nacional. 2° parte, El marco internacional de la defensa*, (Santiago, 2010), en <http://www.defensa.cl>, revisado el 1 de noviembre de 2013, pp. 79-104.
- _____, *Libro de la Defensa Nacional. 4° parte, Política Militar*, (Santiago, 2010), en <http://www.defensa.cl>, revisado el 1 de noviembre de 2013, pp. 166-237.
- _____, *Libro de la Defensa Nacional. 5° parte, Los medios de la Defensa Nacional*, (Santiago, 2010), en <http://www.defensa.cl>, revisado el 1 de noviembre de 2013, pp. 240-287.
- MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*², (Madrid, Edisofer S.L., 2012), 370 pp.
- OELCKERS CAMUS, Osvaldo, *La responsabilidad extracontractual del Estado Administrador en las Leyes Orgánicas Constitucionales de la Administración del Estado y de Municipalidades*, en *RChD* (1989), vol. 16, N° 2, pp. 441-444.
- _____, *La responsabilidad civil extracontractual del Estado administrador en la Constitución Política de 1980 y su imputabilidad por falta de servicio*, en *RChD*, Actas XXIX Jornadas Chilenas de Derecho Público (5,6 y 7 de noviembre de 1998), N° 26, pp. 345-352.
- PEÑA TORRES, Marisol, *Funciones de las Fuerzas Armadas y del Consejo de Seguridad Nacional en Chile y propuestas de reforma Constitucional*, en *Ius Et Praxis* (2002), vol. 8, N° 1, en <http://www.redalyc.org>, revisado el 13 de mayo de 2013, pp. 95-116.
- PIERRY ARRAU, Pedro, *La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio*, en LATORRE FLORIDO, Cecilia Paz y VERA ÁLVAREZ, Nicolás (coord.), *La responsabilidad extracontractual del Estado*, (Santiago, Metropolitana, 2009), pp. 31-71.
- QUINTANILLA PÉREZ, Álvaro, *¿Responsabilidad por actos lícitos?*, en *CDE*, (julio de 2009), 1, pp. 41-65.
- RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro, *Los estados de excepción constitucional en Chile*, en *Ius Et Praxis* (2002) año 8, N° 1, pp. 254-282.

- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Sobre la responsabilidad extracontractual del Estado*, en *Actualidad Jurídica*, (enero 2011), año XII, N° 23, pp. 9-67
- ROMÁN CORDERO, Cristián A., *La responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado*, en *RChD*, Actas XXXIV jornadas de Derecho Público, (noviembre 2004), N° 25-27, pp. 509-537.
- ROJAS VARAS, Jaime, *Bases de la responsabilidad extracontractual del Estado administrador*, en *RChD*, Actas XXIX Jornadas Chilenas de Derecho Público, (5,6 y 7 de noviembre de 1998), pp. 353-360
- SANHUEZA ACOSTA, Ricardo, *Responsabilidad patrimonial del Estado Administrador chileno*, (Santiago, LexisNexis, 2005), 311 pp.
- SZCZARANSKI CERDA, Clara Leonora, *La responsabilidad extracontractual del Estado*, en LATORRE FLORIDO, Cecilia Paz y VERA ÁLVAREZ, Nicolás (coord.), *La responsabilidad extracontractual del Estado*, (Santiago, Metropolitana, 2009), pp. 141-181.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo. Temas fundamentales*³, (Santiago, Legal Publishing, 2012), 966 pp.
- _____, *La responsabilidad extracontractual del Estado Administrador, un principio general del derecho chileno*, en *RDP*, (enero-diciembre de 1977) 93, vol. 3, N° 21-22, pp. 149-156
- _____, *¿Es la Responsabilidad del Estado una responsabilidad “extracontractual” como para aplicarle las normas reguladoras del Código Civil?. (A propósito de Martínez Rodríguez con fisco/C. Suprema 29.10.2007)*, en *Gaceta Jurídica*, (noviembre, 2007), N° 329, pp.39-42
- _____, *La responsabilidad del Estado-Administrador es objetiva (a propósito de “Aillapán Sepúlveda” Corte Suprema/2ª Sala, 9.1.2007)*, en PANTOJA BAUZÁ, Rolando (coord.), *Derecho Administrativo. 120 años de cátedra*, (Santiago, Jurídica de Chile, 2008), pp. 399-341.
- SOTOMAYOR VELÁZQUEZ, Arturo, *La seguridad internacional: Vino viejo en Botellas nuevas*, en *Revista de Ciencia Política*, (2007), vol. 27, N° 22, en <http://www.revistacienciapolitica.cl>, revisado el 1 de enero de 2014, pp. 67-88.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*², (Santiago, Jurídica de Chile, 2008), IX, 416 pp.
- VERDUGO, Mario, *Funciones de las Fuerzas Armadas y el Consejo de Seguridad Nacional en Chile de acuerdo a las propuestas de la reforma constitucional*, en *Ius et Praxis*, (2002), vol. 8, N° 1, buscado el 13 de mayo de 2013, en <http://www.redalyc.org>, pp. 53-70.
- VALDIVIA, José Miguel, *Orígenes de la noción de falta de servicio*, en LETELIER WARTENBERG, Raúl (coord.), *La falta de servicio*, (Santiago, Legal Publishing, 2012), pp. 29-43.

2. JURISPRUDENCIA JUDICIAL

- Sentencia Rol s/i, Corte Suprema, 11 de enero de 1908, *Lapostol con Fisco*, en CORDERO VEGA, Luis, *Tratado de jurisprudencia y doctrina. Decisiones destacadas en derecho administrativo. Fallos del mes* (Santiago, PuntoLex S.A., 2012), II, pp.355-359.
- Sentencia Rol s/i, Corte Suprema, 24 de marzo de 1981, *Tirado con Municipalidad la Reina*, en CORDERO VEGA, Luis, *Tratado de jurisprudencia y doctrina. Decisiones destacadas en derecho administrativo. Fallos del mes* (Santiago, PuntoLex S.A., 2012), II, pp. 382-391.
- Sentencia Rol s/i, Corte Suprema, 7 de agosto de 1984, *Galletué con Fisco*, en CORDERO VEGA, Luis, *Tratado de jurisprudencia y doctrina. Decisiones destacadas en derecho administrativo. Fallos del mes* (Santiago, PuntoLex S.A., 2012), II, pp. 391-399.
- Sentencia Rol N° 19.439, Corte Suprema, 28 de julio de 1987, *Hexagón con Fisco*, en CORDERO VEGA, Luis, *Tratado de jurisprudencia y doctrina. Decisiones destacadas en derecho administrativo. Fallos del mes* (Santiago, PuntoLex S.A., 2012), II, pp. 399-407.
- Sentencia Rol N° 2.213-2000, Corte Suprema, 23 de enero de 2001, *Quintana con Servicio Agrícola y Ganadero*, en CORDERO VEGA, Luis, *Tratado de jurisprudencia y doctrina. Decisiones destacadas en derecho administrativo. Fallos del mes* (Santiago, PuntoLex S.A., 2012), II, pp. 425-435.
- Sentencia Rol N° 4.753-2001, Corte Suprema, 15 de mayo de 2002, *Domic Bezic y otros con Fisco*, en CORDERO VEGA, Luis, *Tratado de jurisprudencia y doctrina. Decisiones destacadas en derecho administrativo. Fallos del mes* (Santiago, PuntoLex S.A., 2012), II, pp. 435-445.
- Sentencia Rol N° 371-2008, Corte Suprema, 3° de julio de 2009, *Seguel Cares con Fisco*, en <http://www.poderjudicial.cl>, revisada el 13 de mayo de 2013.
- Sentencia Rol N° 7.919-2008, Corte Suprema, 14 de enero de 2011, *Morales Gamboa con Fisco*, en <http://www.poderjudicial.cl>, revisada el 3 de mayo de 2013.
- Sentencia rol N° 1.760-2009, Corte Suprema, 24 de marzo de 2011, *Fernández Rodríguez Violeta y otros con Fisco*, en <http://www.poderjudicial.cl>, revisada el 1 de junio de 2013.
- Sentencia Rol N° 2.777-2011, 5 de agosto de 2011, Corte Suprema, *Ossandón Espic Geraldine con Servicio de Salud de Arica*, en <http://www.poderjudicial.cl>, revisada el 11 de enero de 2014.
- Sentencia Rol N° 9.440-2009; Corte Suprema, 29 de agosto de 2011, *Ballón Ramírez Sandra con Servicio de Salud de Iquique*, en <http://www.poderjudicial.cl>, revisada el 11 de enero de 2014.

Sentencia Rol N° 6.014-2010, Corte Suprema, 21 de noviembre de 2011, *Vicente Fodich Castillo y otros con Fisco de Chile*, en <http://www.poderjudicial.cl>, revisada el 11 de enero de 2014.

Sentencia rol N° 3.844-2010, Corte Suprema, 28 de marzo de 2013, *González Rodríguez con Fisco*, en <http://www.velex.cl>, revisada el 3 de mayo de 2013.

Sentencia Rol N° 4.029, Corte Suprema, 24 de diciembre de 2013, *Rebeca Campos Herrera y otros con Fisco*, en <http://www.poderjudicial.cl/>, revisada el 1° de enero de 2014.

3. Jurisprudencia Administrativa

Dictamen N° 2.924 de 1997, en <http://www.contraloria.cl>, revisado el 10 de noviembre de 2013.

Dictamen N° 62.512, de 2008, en <http://www.contraloria.cl>, revisado el 10 de noviembre de 2013.

Dictamen N°42.822, de 2008, en <http://www.contraloria.cl>, revisado el 10 de noviembre de 2013.

Dictamen N° 26.909, de 2013, en <http://www.contraloria.cl>, revisado el 30 de diciembre de 2013.