



**FALTA DE SERVICIO Y PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD:
ESTÁNDARES DE SERVICIO ESTABLECIDOS POR LA JURISPRUDENCIA DE
LA CORTE SUPREMA EN LOS ÚLTIMOS DIEZ AÑOS**

AUTOR

Sebastián Ignacio Canales de Rurange

PROFESOR GUÍA

Pedro Pierry Arrau

ESCUELA DE DERECHO, UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO, DICIEMBRE DE 2021.

Tabla de Contenidos

RESUMEN	4
INTRODUCCIÓN.....	5
OBJETIVO GENERAL.....	7
METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN.....	8
COMENTARIOS PRELIMINARES.....	8
CAPÍTULO I	9
1.1 Estándares referentes a la presencia de un elemento prohibido.....	9
1.1.1 La presencia de arma cortopunzante como estándar no constitutivo de falta de servicio	10
1.1.2 La presencia de un arma cortopunzante como estándar suficiente para constituir una falta de servicio	16
1.2 Estándares de servicio referentes a la vigilancia de los internos.....	21
1.2.1 La vigilancia directa de gendarmes a personas privadas de libertad.....	22
1.2.2 Rondas de vigilancia de los gendarmes.....	23
1.2.3 Diseño e implementación de cámaras de vigilancia.....	24
1.2.4 Allanamientos efectuados por Gendarmería.....	26
CAPÍTULO 2.....	28
2.1 Estándares de servicio relativos a la reacción tras un ataque	28
2.1.1 La asistencia oportuna al interno herido y su traslado al centro más cercano.....	29
2.2 Estándares de servicio relativos a tratamientos médicos.....	31
2.2.1 Diagnóstico prescrito por un médico.....	34
2.2.2 Estándares de servicio relativos al cuidado del paciente.....	37
2.3 Estándares de servicio relativos a condiciones de salubridad.....	40
2.3.1 El cuidado de los recintos penitenciarios y la infracción de reglamentos.....	40
CONCLUSIONES.....	43
JURISPRUDENCIA.....	45
REFERENCIAS.....	46

RESUMEN

En la presente investigación se abordarán los estándares de servicio aplicables, según los criterios de la Corte Suprema, a los daños generados a personas privadas de libertad en las cárceles de Chile, bajo el cuidado de Gendarmería, mediante la revisión de la jurisprudencia de la Corte Suprema dentro de los últimos años. El desarrollo de la investigación se dividirá en dos apartados: en primer lugar, los estándares relativos a la prevención de muertes de personas privadas de libertad dentro de las cárceles; y en segundo lugar, los estándares referentes a los daños provocados producto de condiciones deficientes de salubridad, en el marco de tratamientos médicos y la reacción ante la presencia de heridas mortales. Exponiendo las conclusiones extraídas sobre cada materia y haciendo referencia cuando es necesario a los votos particulares de algunos ministros de la Corte Suprema.

INTRODUCCIÓN

El régimen de responsabilidad extracontractual del Estado aplicable a nuestro país es la falta de servicio¹, en contraposición a un régimen de responsabilidad objetiva, siendo este el aplicable a los casos estudiados según la jurisprudencia de la Corte Suprema. Ello se construye con especial atención al artículo 38 de la Constitución Política de la República y a los artículos 4° y 42° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Dicho régimen implica necesariamente que se deba probar por parte del demandante la existencia de una falta de servicio, que no es otra cosa que la culpa del servicio, la que ha sido desarrollada por nuestra doctrina nacional y jurisprudencia, con especial referencia al derecho comparado francés, en particular abordando en una primera etapa la clásica distinción empleada por Paul Duez. En este sentido, Valdivia (2012) citando a Duez (1938) nos señala al respecto que:

La formulación más difundida en nuestro medio fue elaborada por Paul Duez. El autor expresa que los hechos susceptibles de constituir la falta de servicio pueden agruparse en tres categorías: "el servicio ha funcionado mal (culpa in committendo); 2° el servicio no ha funcionado (culpa in omittendo); 3° el servicio ha funcionado tardíamente" (p. 40).

Desde luego que tal como el concepto la falta de servicio ha ido evolucionando permeando nuestra doctrina y jurisprudencia nacional. En la actualidad el concepto más moderno de falta de servicio incorpora una referencia a estándares o deberes del servicio. Dicha concepción más moderna es ilustrada por Valdivia (2018):

El concepto moderno de falta de servicio, que es análogo a la culpa entendida objetivamente (como incumplimiento de deberes o estándares de actuación jurídicamente exigibles) se concibe con respecto a deberes de servicio. En algún grado, esos deberes corresponden a expectativas de servicio o estándares de funcionamiento, respaldados normativamente, que se ven defraudados por la administración por medio del hecho dañoso (p. 433).

¹ Dado el foco del presente trabajo de investigación y el estado actual de la jurisprudencia, se prescindirá de argumentar la existencia de un régimen de responsabilidad por falta de servicio, el que por lo demás ha sido tratado extensamente por la doctrina, destacando entre ellos el renombrado desarrollo dogmático elaborado por Pierry (1995) "La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio" y Pierry (1996); "Algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual por falta de servicio", por Letelier (2002) "Un estudio de los efectos en las características de la responsabilidad extracontractual del Estado"; y Valdivia (2012) "Orígenes de la noción de falta de servicio".

Tales deberes son construídos sobre la base de lo establecido por el ordenamiento jurídico vigente, la *lex artis* de la respectiva ciencia o arte de que se trate y en última instancia debe ser construída por los jueces, en tal sentido se ha señalado que es un “(...)concepto jurídico indeterminado, es decir, quien debe determinar cuando existe falta de servicio es el juez” (Bermudez, 2011, p. 507). La labor que cumplen los tribunales en esta materia, especialmente de los tribunales superiores como la Corte Suprema, es altamente relevante, ya que incluso en aquellos casos en los que existen normas u otros elementos desde los que construir estándares de servicio, los jueces constantemente van actualizando en sus fallos la situación. Así, Cordero (2015) aludiendo al rol de los jueces nos indica que:

La falta de servicio es posible que sea evaluada desde la perspectiva del estándar de cumplimiento de la actividad administrativa. Lo que sucede es que como estos estándares, por regla general, no están determinados explícitamente, es obligación del juez construirlos con criterios de razonabilidad (p. 727)

Pues bien, siendo este el punto de partida, tanto de la jurisprudencia como de la doctrina, en el momento histórico en el que nos encontramos se vuelve indispensable el perfilar los diversos estándares de servicio exigibles a los servicios públicos y órganos del Estado. A este respecto son variadas las investigaciones realizadas en materia de falta de servicio. Desde investigaciones generales como la efectuada por el profesor Juan Carlos Ferrada titulada “La responsabilidad patrimonial del Estado de Chile: una revisión panorámica después de casi veinte años de jurisprudencia de la Corte Suprema.”, hasta revisiones más concretas, las que suelen tratar aspectos que históricamente han tomado cierta relevancia en su investigación -como la falta de servicio por problemas en las vías de tránsito o la falta de servicio por responsabilidad médica- o que se construyen sobre la base de algún elemento contingente como el accidente ocurrido en Juan Fernandez, el terremoto del 27 de febrero del año 2010² o incluso la actual pandemia a la que nos enfrentamos. Respecto de la falta de servicio y cárceles las investigaciones son más escasas. Existen obras que abordan algunos puntos en específicos, como el caso de las fugas efectuadas con ocasión del terremoto; también hay un informe elaborado

² Al respecto la memoria de pregrado de Alarcón V. y Muñoz F. (2018) titulada “Análisis jurisprudencial sobre la responsabilidad civil extracontractual del Estado por falta de servicio derivada del terremoto y posterior tsunami del 27F”. Dicho trabajo es relevante en materia de responsabilidad extracontractual y cárceles porque se aborda con claridad las fugas ocurridas en las cárceles de nuestro país y los posteriores daños generados a las casas aledañas en el capítulo quinto titulado “casos del centro de cumplimiento penitenciario de Chillán”.

por Gustavo Poblete Espíndola, en su calidad de pasante, que fue elaborado para el Consejo de Defensa del Estado, sin embargo, pese a la gran utilidad de dicha recopilación, se trata de una investigación hecha el 2012 en el que la jurisprudencia de la Corte Suprema todavía era incipiente.

El corolario de las palabras anteriores es el vacío de conocimiento al que nos enfrentamos. Ello en virtud de la alta especificidad de la materia tratada y a que efectivamente no ha sido tratado exhaustivamente el tema de mi investigación, haciendo de esta revisión jurisprudencial una tarea necesaria. Tal vacío de conocimiento como se ha indicado anteriormente, ya ha sido identificado por autores como Gustavo Poblete Espíndola.³

Junto a lo anterior debemos añadir que a la conocida precaria realidad de las cárceles en nuestro país se suman nuevos desafíos, según lo indicado por los últimos informes de Gendarmería, con un aumento de los homicidios dentro de las cárceles y la mayor irrupción del narcotráfico en ellas. Además, el incendio de la cárcel de San Miguel ha mantenido viva la discusión del contexto de las cárceles en nuestro país actualmente resuelto en el Rol 8.082-2011, del Séptimo Juzgado Civil de Santiago.

OBJETIVO GENERAL

La presente investigación tiene como objetivo establecer los estándares de servicio aplicables, según los criterios de la Corte Suprema, a los daños generados a personas privadas de libertad en las cárceles de Chile, bajo el cuidado de Gendarmería, por medio de la búsqueda y análisis detallado de la jurisprudencia de la Corte Suprema dentro de los últimos años, con la finalidad de que dichos estándares puedan ser utilizados como insumos por los diversos operadores jurídicos dentro de juicios y / o por académicos en investigaciones futuras.

³ Es importante aclarar que el día 18 de diciembre del año 2021 tomé conocimiento, a través de una publicación hecha por las redes sociales de la Universidad Alberto Hurtado, de que don Gustavo Poblete Espíndola se había graduado como doctor en Derecho de la Universidad de Chile con su tesis titulada “La responsabilidad extracontractual del Estado por los daños causados dentro de las cárceles de Chile” Es por ello que dejo constancia que siendo hoy 30 de diciembre del año 2020, hago entrega de mi tesina a don Pedro Pierry Arrau, sin que tal investigación se encuentre aún en el repositorio de tesis de la Universidad y sin que haya podido acceder a ella en mi investigación.

METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN

Para la determinación de los estándares de servicios aplicados por la Corte Suprema en primera instancia se ha realizado una recopilación y sistematización de los fallos más relevantes en la materia. Las herramientas utilizadas en la recopilación fueron los buscadores de jurisprudencia "Vlex" y el "Buscador de Jurisprudencia de la Corte Suprema", además de consultar directamente los fallos destacados recopilados y estudiados por el Centro de Estudios del Consejo de Defensa del Estado. Posteriormente he efectuado una revisión bibliográfica para contrastar esta misma con los criterios empleados por la Corte Suprema y así facilitar el entendimiento de sus decisiones.

COMENTARIOS PRELIMINARES

La presente obra ha sido dividida en dos capítulos: un primer capítulo reservado a la prevención de muertes producto de heridas cortopunzantes, materia que concentra una cantidad no menor de jurisprudencia de la Tercera Sala de la excelentísima Corte Suprema; y un segundo capítulo, en el que los fallos estudiados giran entorno a la asistencia al interno herido o enfermo, los cuidados proporcionados a este y las condiciones de salubridad. En ambos se analizan los estándares más relevantes extraídos de la jurisprudencia de la Tercera Sala de la Corte Suprema.

CAPÍTULO I: ESTÁNDARES RELATIVOS A LA PREVENCIÓN DE MUERTES DE PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD DENTRO DE LAS CÁRCELES.

1.1 Estándares referentes a la presencia de un elemento prohibido

Entre los fallos existentes, a propósito de los daños generados contra personas privadas de libertad en las cárceles de nuestro país, bajo el cuidado de Gendarmería de Chile, sin duda los más recurrentes son aquellos en los que se discute sobre la procedencia o no de la indemnización por parte del Fisco de Chile ante la muerte de un recluso provocada por el empleo de un arma cortopunzante o algún elemento similar. Estas resoluciones distan bastante de ser pacíficas, existiendo mayoritariamente en ellas votos disidentes y prevenciones, ejemplificando la complejidad de la materia tratada por las diversas valoraciones que pueden llevarse a cabo, incluso dentro de la misma sala, al momento de tomar una decisión por parte de los ministros de nuestra excelentísima Corte Suprema.

En todas estas causas -por razones más bien evidentes- son las familias del occiso quienes demandan al Fisco de Chile. Generalmente se trata de padres y hermanos, en algunas oportunidades los hijos que están debidamente representados. El contexto del ataque suele variar, no obstante, permanecen dos puntos comunes: a la persona privada de libertad se le ha causado una herida cortopunzante que terminó siendo letal y dicha herida fue causada por otro interno que se encontraba bajo el cuidado de Gendarmería -sea esté identificado o no, esté el sujeto condenado posteriormente por el delito de homicidio o no-.

Es en este sentido que nuestra Corte Suprema delimita por sí misma la discusión para construir luego, mediante diversos razonamientos, la idea de que no por la sola presencia de un elemento prohibido Gendarmería de Chile ha incumplido los respectivos estándares o deberes de servicio que se esperan de este, los que, por cierto, le han sido asignados por la ley y por el reglamento de establecimientos penitenciarios y son concretizados finalmente por la jurisprudencia de la Corte. El cuestionamiento es sencillo y se expone con bastante claridad en el caso “*Venegas Santander con Fisco de Chile*”⁴, pues en las propias palabras de los ministros, la discusión de fondo es la siguiente:

⁴ Sentencia Rol n°27.612-2016, de fecha 3/10/2016, redacción del fallo a cargo del abogado integrante Sr. Álvaro Quintanilla.

Que la controversia se circunscribe a determinar si la muerte de la víctima directa dentro de un recinto penitenciario causada por un arma cortopunzante mientras cumplía su condena y, por ende, estando bajo el cuidado de la demandada, constituye una hipótesis que pueda calificarse como falta de servicio (CS, Rol n° 27.612-2016, considerando noveno, de fecha 3/10/2016).

En este punto los jueces se dividen. Existiendo dos posturas claramente diferenciadas que han sido tratadas como estándares individualizados en este trabajo y abordando, excepcionalmente, ambas posiciones dado que son lo suficientemente consistentes a lo largo del tiempo y claras para requerir de un tratamiento particular al momento de su estudio.

Dentro del presente capítulo se aborda, para comenzar, la discusión de si la presencia de un elemento prohibido dentro de la cárcel -como lo es un arma cortopunzante- puede ser considerada por sí misma una falta del servicio dados los deberes de seguridad y vigilancia que atañen a Gendarmería. Por otra parte, se dará un tratamiento a cada uno de los estándares de servicio revisados por la Corte con especial consideración de los sistemas de cámaras de vigilancia.

1.1.1 La presencia de un arma cortopunzante como estándar no constitutivo de falta de servicio

A pesar de que los votos dentro de la Tercera Sala suelen dividirse en esta materia, la postura mayoritaria no admite el menor espacio a las dudas: la mera existencia de un elemento prohibido en el establecimiento penitenciario no es suficiente para establecer que existe una falta de servicio. En general, el cumplimiento de los deberes de cuidado y vigilancia de las personas privadas de libertad en nuestras cárceles no es tan amplio como para satisfacerse al encontrar un elemento prohibido dentro de la cárcel -un puñal, un cuchillo u otro elemento cortopunzante-. Es necesario algo más. Así, podemos observar diversos fallos que se orientan en función de esta misma línea de ideas. Dentro de los más recientes está el fallo “Tapia González, Anyela con Fisco de Chile”⁵ en el que los sentenciadores frente a tal cuestionamiento, concluyen, que no hubo falta de servicio. Es más, la Corte Suprema menciona que no fueron acreditados los hechos para determinar que existió una falta de servicio, siendo que fue parte de los hechos probados, contenidos en el considerando cuarto, el que la persona privada de libertad “falleció producto de una herida cortopunzante abdominal” y que explicitan su postura en la misma sentencia:

⁵ Sentencia Rol n°10.368-2019, de fecha 13/05/2020, redacción del fallo a cargo del abogado integrante Sr. Pedro Pierry Arrau.

Ello no puede sino ser descartado, pues como lo consignó la sentencia recurrida no logró acreditarse una infracción al deber de cuidado exigible a dicha institución. En efecto, los sucesos a que se refiere la presente causa no tienen la connotación necesaria para ser calificados como generadores de responsabilidad(...)(CS, Rol n° 10.368-2019, considerando noveno, de fecha 13/05/2020).

.Al respecto y para profundizar en este punto “Venegas Santander con Fisco de Chile”, nos indica lo siguiente:

(...)no ha existido un mal funcionamiento del servicio, en este caso de Gendarmería de Chile, pues como lo consignó la sentencia recurrida, no logró acreditarse una infracción especial apreciable al deber de cuidado que le era exigible a Gendarmería. En efecto, los sucesos a que se refiere la presente causa no tienen la connotación necesaria para ser calificados como generadores de responsabilidad por la no omisión o no prestación de un servicio que, en las circunstancias, fuere exigible a Gendarmería, desde que se han asentado en la causa circunstancias fácticas que reflejan que Gendarmería se comportó en forma adecuada, prestando a la víctima directa la seguridad que era exigible de acuerdo a un servicio normal en las circunstancias que rodearon al desgraciado suceso(...)(CS, n° Rol 27.612-2016, considerando sexto, de fecha 3/10/2016).

La sentencia con afirmaciones distintas se refiere a lo mismo ya que para la mayoría no hay responsabilidad extracontractual del Estado ante tales hechos. Destaca junto a lo anterior la relevancia que cobra para la Corte el funcionamiento normal del servicio. Ello en atención de que para un sector de la doctrina nacional de no considerarse las condiciones materiales del servicio estaríamos aproximándonos a un sistema de responsabilidad objetiva, toda vez que, si el servicio no cuenta con los medios para cumplir con el estándar entonces el Fisco siempre será condenado, o casi siempre, en la medida que cause un daño, por tanto, se haría difusa la línea entre la falta de servicio y un sistema de responsabilidad objetiva.

Por otro lado, el fallo "Gallardo Perea Dina con Fisco de Chile" del año 2017, en el que se dió por probado como hecho el que el occiso “recibió una lesión penetrante en la región precordial que le

provocó la muerte ese mismo día en la enfermería del Centro Penitenciario.”, de todos modos afirma lo siguiente:

El estándar de la falta de servicio permite la formulación de reglas de deberes de actuación en concreto que, si no se cumplen, permiten calificar de antijurídica una actuación, o, en su caso, una omisión. Lo anterior obliga al juez al examen de un deber de actuación, normalmente preventivo que, cumplido, liberará de responsabilidad al Estado. En esta causa no se han aportado antecedentes que permitan concluir una falta de diligencia en el comportamiento de los funcionarios de Gendarmería en términos de imputarles el daño sufrido por la demandante.(CS, Rol n° 4746-2017, considerando octavo, de fecha 11/12/2017).

El fallo "Gallardo Perea Dina con Fisco de Chile"⁶ da cuenta de que ya desde esa época existía una tendencia clara para la excelentísima Corte de que la mera presencia de un elemento prohibido como lo son las armas cortopunzantes, o en su defecto la herida producida por tal elemento, no es suficiente para establecer la falta de servicio. Misma situación que ocurre con el fallo “Venegas Santander con Fisco de Chile”⁷, en el que pese a que se comprobó en los hechos que la muerte del recluso fue causada por una “herida cortopunzante torácica que fue calificada como “lesión vital de tipo homicida”; y la tendencia de dichos fallos continúa en “Segovia Zárate, Janet con Fisco de Chile”⁸, fallo que rechaza el recurso -y con ello la pretensión de los demandantes- por unanimidad en virtud de que fue el mismo occiso quien vulneró las medidas de seguridad de la cárcel escalando entre un módulo y otro para enfrentar a otro reo por tener cuentas pendientes.

Tal línea jurisprudencial es bastante firme para la postura mayoritaria dentro de la Tercera Sala de la Corte Suprema, pues la afirmación de que sólo por la mera existencia de un elemento prohibido existiría una falta de servicio adolece de un enorme problema de base: se encuentra envuelta por un profundo aroma a responsabilidad objetiva que es muy difícil de disipar si no se prueba algún otro estándar con mayor concreción. En la época en la que nos encontramos existe un consenso

⁶ Sentencia Rol n°4746-2017, de fecha 11/12/2017, redacción del fallo a cargo del abogado integrante Sr. Jean Pierre Matus.

⁷ Sentencia Rol n°27.612-2016, de fecha 3/10/2016, redacción del fallo a cargo del abogado integrante Sr. Álvaro Quintanilla.

⁸ Sentencia Rol n°4734-2017, de fecha 17/08/2017, redacción del fallo a cargo de la ministra Sra. Maria Eugenia Sandoval.

jurisprudencial, y un robusto sustento dogmático, que permite afirmar la existencia de un régimen de responsabilidad por falta de servicio. Al respecto Ferrada (2020), tras el estudio de la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de falta de servicio, afirma lo siguiente:

De este modo, no existe a estas alturas ya en el derecho chileno discusión sobre cuál es el régimen general de responsabilidad del Estado, lo que además es respaldado por la amplia mayoría de la doctrina. Por el contrario, la discusión actual, como se verá a continuación, se centra en la comprensión exacta de este régimen de responsabilidad por falta, los elementos que configuran la «falta de servicio» como criterio de imputación de responsabilidad estatal y sus particularidades en ciertos ámbitos específicos, sin dejar de plantearse algunos cuestionamientos a su aplicación estricta y sin excepciones que hace la jurisprudencia (pp. 376).

Este punto que parece después de mucho tiempo haberse consolidado como un elemento pacífico, acarrea consecuencias prácticas como la ya explicitada con anterioridad y que difícilmente pueden ser desconocidas. En efecto, un análisis coherente con el sistema de responsabilidad extracontractual aplicable en nuestro Derecho lleva a la necesaria conclusión de que un puñal, una lanza o un cuchillo dentro de la cárcel no equivale a que el servicio haya actuado mal, deficiente o tardíamente o que haya vulnerado algún estándar o deber de servicio.

A tales consideraciones dogmáticas se añaden eventualmente argumentos de las consecuencias prácticas que acarrearía el fijar un estándar tan gravoso para Gendarmería de Chile. Destaca en este punto la prevención del abogado integrante Sr. Matus y el ministro Señor Aranguiz, en el fallo “Gallardo Perea, Dina con Fisco de Chile”, que en su letra “D” indica lo siguiente:

Por consiguiente, y si a diferencia de lo razonado hasta aquí, se exigiera efectivamente del ente estatal un servicio irreprochable, haciéndolo responsable de cualquier error o falencia, entonces se habría de concluir que, en un caso como el que se examina, y dados los medios con que efectivamente cuenta Gendarmería, el único modo práctico de evitar la ocurrencia de hechos como el acaecido en la especie consistiría en encerrar y aislar de manera permanente al total de la población penal, solución que, como es obvio, no sólo resulta inviable sino que, además, no es deseable (CS, Rol 4746-2017, prevención, letra D, de fecha 11/12/2017).

La mención a este razonamiento se hace, toda vez que, los ministros que redactan el voto de prevención tensionan que al momento de fijar el estándar de servicio es parte de los deberes de Gendarmería, por un lado, proteger a la población penal, pero por otro, respetar los otros derechos de las personas privadas de libertad que no podrían subsistir ante la rigidez de dicho estándar. Todo ello decantado sobre la noción de que se deben considerar los recursos con los que actualmente cuenta Gendarmería de Chile.

Por lo demás, que la Tercera Sala de la Corte Suprema intuya una eventual responsabilidad objetiva derivada de dicho estándar no es meramente una interpretación de lo establecido por los ministros. Este razonamiento es expresado por nuestro más alto tribunal en los fallos estudiados. Ya sea en palabras explícitas y categóricas o con razonamientos implícitos en sus considerandos, este punto goza también de una abundante claridad. Siendo el caso “Margarita Toledo vega y otras con Fisco de Chile”⁹, un ejemplo concreto de las aprensiones de nuestra Corte:

Dicho de otro modo, si las actoras pretendían sustentar su acción indemnizatoria en la concurrencia de los requisitos de un eventual estatuto objetivo de responsabilidad del Estado, debieron explicitarlo así en su libelo, y no pretender crear, a través de normas generales, un estándar o umbral de conducta administrativa especialmente intenso, al punto de exigir el cumplimiento, a todo evento, de la obligación de seguridad establecida en la ley y reglamentos (CS, 23.091-2019, considerando undécimo, de fecha 05/05/2020).

Aquello que es claro para la opinión mayoritaria de la Corte Suprema es del todo coherente con el régimen que tenemos de responsabilidad extracontractual tras la dictación de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Ya que la presencia de un arma cortopunzante difícilmente podría ser considerado por sí mismo una falta de servicio, especialmente teniendo en consideración que si basta la presencia de un elemento prohibido para configurar la falta, nos enfrentamos a un dilema con dos posibles soluciones: la primera, que se considere que existe una falta de servicio -la presencia del elemento prohibido la configuraría- y que gendarmería mediante la prueba de la diligencia pudiese configurar una causal eximente de dicha responsabilidad; o bien, la segunda hipótesis, en que solo la presencia del elemento prohibido de paso para el establecimiento de

⁹ Sentencia Rol n°23.091-2019, de fecha 05/05/2020, redacción del fallo a cargo del ministro Sr. Jorge Zepeda.

la responsabilidad extracontractual, sin dar posibilidad al servicio de actuar conforme a lo esperado para evitar así la indemnización.

Ambas interpretaciones planteadas no son más que la descripciones de lo que, según lo ilustrado por el profesor Letelier (2002), se asemejan bastante a las formas en las que se suele legislar bajo un régimen de responsabilidad objetiva. Al punto de una coincidir, mientras que la otra puede eventualmente admitir matices. Tal como lo indica al señalar que:

Así, cuando el legislador pretende imponer un sistema de responsabilidad objetiva, lo hace de dos formas, o bien expresando claramente esta intención, o bien expresando un presupuesto general de responsabilidad para luego restringirla con causales eximentes que no atienden a la reprochabilidad de la actuación (pp. 362 y 363).

En este caso, análogamente, los sentenciadores al considerar que la sola presencia de un arma cortopunzante implica que Gendarmería de Chile ha incurrido en falta de servicio pueden fijar un estándar que responda a dos posibles interpretaciones: una primera en la que se fija la responsabilidad por la sola presencia del elemento prohibido que no admite conducta alguna del servicio para probar su diligencia, lo que sería lo mismo que hablar de una responsabilidad objetiva o sin falta; o bien, una segunda posibilidad, una más mesurada, que responsabilice a Gendarmería por la presencia de un elemento prohibido como las armas cortopunzantes, pero que admita ciertas conductas que los absuelva de dicha responsabilidad, como una suerte de conductas que en lo concreto eximirá al servicio de la falta -como podrían ser los actos previos del occiso o una esmerada diligencia en los allanamientos-. Pues bien, como se podrá intuir, la segunda interpretación, si bien, en estricto sentido, no hace referencia a un régimen de responsabilidad objetiva, o por lo menos, no sigue totalmente los mismos razonamientos para su confección que una de sus técnicas legislativas, si se aproxima bastante a ella.

1.1.2 La presencia de un arma cortopunzante como estándar suficiente para constituir una falta de servicio

Como se adelantó en un principio, el puñal y la muerte, dentro de las cárceles, son una invitación a la discordia en nuestra Tercera Sala. Gran parte de las sentencias, proporcionalmente a los fallos existentes, se encuentran marcados por la presencia de votos disidentes o prevenciones, delineando una postura consolidada por algunos ministros de la Tercera Sala como el ministro Sr. Segio Muñoz, ministra Sra. Rosa Egnem¹⁰ y la ministra Sra. Vivanco, que consideran, por regla general, la sola presencia de un elemento prohibido como lo son las armas cortopunzantes dan cuenta de la falta de servicio. Al respecto el razonamiento que suelen construir es el siguiente:

Que, tal como quedó comprobado, se ocasionó la muerte a la víctima con un arma cortopunzante, que en modo alguno debió hallarse en dependencias pertenecientes al recinto penitenciario, pues a la referida institución, en el marco del compromiso de seguridad, asiste la obligación de impedir el acceso y uso de ese tipo de armas, y su mera existencia en poder de un interno refleja lenidad en la adopción de las providencias de resguardo necesarias para evitar que los reclusos puedan causarse daños entre sí. (CS, rol 4746-2017, considerando 5º, voto disidente, de fecha 11/12/2017).

Aquí la disidente es bastante clara al establecer una obligación de impedir el acceso y uso de este tipo de armas, con hincapié en el verbo "impedir", ya que es la presencia lo que configura la falta transgrediendo el deber de seguridad que le atañe a Gendarmería de Chile. En un sentido similar el ministro Sr. Sergio Muñoz, en el considerando tercero del voto en contra, afirma lo siguiente:

En el caso concreto hay falta de servicio, puesto que efectivamente el interno Tapia Zuñiga murió a causa de una herida cortopunzante abdominal, situación que en sí misma es irregular. En efecto, en modo alguno debió hallarse en dependencias pertenecientes al recinto penitenciario un objeto cortopunzante, pues a la referida institución, en el marco del compromiso de seguridad, le asiste la obligación de impedir que este tipo de elementos ingresen al recinto penal o se encuentren en poder de los internos, por lo que su mera existencia en su

¹⁰ Es importante aclarar al lector que actualmente la ministra Sra. Rosa Egnem ya no integra la Sala Constitucional de nuestra excelentísima Corte Suprema.

interior refleja lenidad en la adopción de las providencias de resguardo necesarias para evitar que los reclusos puedan causarse daño a sí mismos o entre sí, careciendo de relevancia que no se haya podido determinar las circunstancias en que aquello aconteció, puesto que el solo hecho de que aquel elemento haya sido manipulado en el interior del recinto penitenciario da cuenta del incumplimiento de Gendarmería (CS, Rol 10.368-2019, voto disidente, considerando tercero, de fecha 13/05/2020).

Del mismo modo, es aplicable al presente voto disidente lo ya indicado respecto de la obligación de impedir el acceso y uso de este tipo de armas por parte de los reclusos. Por otro lado, es interesante que donde los disidentes ven probada la falta de servicio, la Corte mayoritariamente considere que no se ha probado tal elemento. La razón de aquello, como se podrá anticipar, se debe a que sobre la valoración de los mismos hechos se llega a dos conclusiones distintas. Cabe destacar que carezca de relevancia las circunstancias de cómo aconteció la muerte pueden no necesariamente constituir una referencia al estándar estudiado sino que podrían aludir a la misma falta de servicio -en tanto se hace un juicio de reprochabilidad que va más allá de las intenciones del sujeto-.

En un fallo más reciente la postura de los disidentes se mantiene. De este modo, el voto disidente de los magistrados Sr. Sergio Muñoz y Sra. Ángela Vivanco, en el caso “Cárdenas Pacheco Delia Iris con Fisco de Chile”¹¹, con ocasión de la muerte de una persona privada de libertad por una herida cortopunzante, afirman que a Gendarmería:

(...) le asiste la obligación de impedir el acceso y uso de ese tipo de armas, y su mera existencia en poder de un interno refleja lenidad en la adopción de las providencias de resguardo necesarias para evitar que los reclusos puedan causarse daños entre sí (CS, Rol 33.831-2019, voto disidente, considerando sexto, de fecha 30/11/2020).

Finalmente se debe tener en consideración que existe una discrepancia teórica que se esboza dentro de uno de los votos disidentes que eventualmente tiene alcances relevantes, se trata del voto disidente del caso “Rebolledo Espinoza, Maria y otros con Fisco de Chile” en el que la ministra Sra. Rosa Egnem añade que lo siguiente:

¹¹ Sentencia Rol n°33.831-2019, de fecha 30/11/2020, redacción del fallo a cargo de la ministra Sra. Maria Eugenia Sandoval.

Tampoco es una excusa válida la falta de recursos para desplegar un cumplimiento eficiente del deber de cuidado y seguridad, pues eso refiere a una decisión vinculada al presupuesto y distribución del mismo que no puede soportarla el ciudadano o justiciable sin que sea lesionada la repartición de las cargas públicas (CS, Rol 32.118, voto disidente, 2014).

Lo interesante de esta situación es que se pone en tela de juicio las características de la falta de servicio. Gran parte de los ministros considera que al momento de determinar la culpa del servicio se tienen que contemplar los medios de los que se dispone actualmente en este. Ello por las razones ya expresadas. Mientras tanto, tal voto disidente pone en tela de juicio dicho factor apelando a la “repartición de cargas públicas” y entrando en un terreno particularmente complejo, toda vez que, el control jurisdiccional por parte de los tribunales respecto de la distribución de presupuesto implica necesariamente un choque entre funciones. Por un lado, la función legislativa y ejecutiva, soberanas y votadas por democracia directa, que distribuyen el presupuesto mediante la “Ley de presupuestos para el sector público”; por otro, el control ejercido por nuestros tribunales de justicia, que sin duda se pronuncia respecto a las afectaciones de los derechos de las personas en situaciones como esta. No es parte de la presente investigación pretender fijar los límites entre las atribuciones del Presidente de la República y el Congreso con las de los Tribunales de Justicia, especial con lo inagotable que pudiese llegar a ser esta y porque requiere de un análisis detallado para no arribar a conclusiones poco precisas, sin embargo, es inevitable destacar la tensión existente que se puede generar con tales argumentaciones. Tensión que en materia de falta de servicio requiere de una revisión particular, que como se ha dicho, va más allá de las pretensiones de esta investigación.

En lo que respecta a la falta de servicio, es una cuestión de criterios. Ella puede ser apreciada desde una perspectiva objetiva y abstracta -contrastando el deber del servicio con la conducta desplegada por éste- o subjetiva -en la que se considera las condiciones materiales del servicio- según lo indica Cordero (2015), quien además nos ilustra sobre el efecto del control que tiene la aplicación de un criterio objetivo como el planteado en el voto disidente:

Es este criterio, el del estándar objetivo, el que permitirá al juez, además, ejercer la función de control sobre la actividad administrativa, y el que le permitirá a la responsabilidad

administrativa actuar como medio de prevención, pues exigirá una inversión pública suficiente para prevenir estos daños (p. 728).

Como se observa la afirmación planteada es categórica en ambos ministros¹². Al indicar que la sola existencia al interior del recinto refleja la lenidad en la adopción de providencias necesarias para el resguardo de los reclusos, lo que se hace es establecer que el servicio no ha cumplido con el estándar o deber del servicio esperado, es decir, que por el hecho de que se encuentre un arma cortopunzante dentro de una cárcel y una persona privada de libertad sea apuñalada con ella existirá una falta de servicio. Situación que se aclara más aún en el año 2019 con el ministro Sr. Muñoz quien indica que el solo hecho de que se haya manipulado tal elemento prohibido da cuenta del incumplimiento.

Un factor indispensable a considerar en los votos de tales ministros es que si bien, en los fallos "Segovia Zárate Janet con Fisco de Chile"¹³, "Venegas Santander con Fisco de Chile"¹⁴, "Tapia González, Anyela con Fisco de Chile"¹⁵ y "Cárdenas Pachecho Delia Iris con Fisco de Chile"¹⁶ es que existe una postura clara en la que se establece que la sola presencia de un arma cortopunzante nos lleva automáticamente a una falta de servicio, existen fallos en los que tal situación no es así para la Ministra señora Rosa Egnem. Al respecto el fallo más relevante es el de "Segovia Zárate, Janet con Fisco de Chile". En tal sentencia la ministra Sra. Egnem considera que no hay falta de servicio pese a que el interno murió producto de una herida cortopunzante, sin embargo, hay un elemento que distingue el contexto de ese ataque diferenciándolo de la generalidad de los casos. Fue dicho interno el que anteriormente vulnera las medidas de seguridad de la cárcel -escalando los muros del penal para ir a enfrentarse con él, terminando muerto-. Ello demuestra que si bien la afirmación es categórica, las consideraciones contextuales pueden variar eventualmente los votos disidentes, al menos respecto de la ministra Sra.

¹² Sentencia Rol n°27.612-2016, de fecha 3/10/2016, ministros Sra. Rosa Egnem y Rodríguez en términos similares.

¹³ Sentencia Rol n°4734-2017, de fecha 17/08/2017, redacción del fallo a cargo de la ministra Sra. Maria Eugenia Sandoval.

¹⁴ Sentencia Rol n°27.612-2016, de fecha 3/10/2016, redacción del fallo a cargo del abogado integrante Sr. Álvaro Quintanilla.

¹⁵ Sentencia Rol n°10.368-2019, de fecha 13/05/2020, redacción del fallo a cargo del abogado integrante Sr. Pedro Pierry Arrau.

¹⁶ Sentencia Rol n°33.831-2019, de fecha 30/11/2020, redacción del fallo a cargo de la ministra Sra. Maria Eugenia Sandoval.

Egnem; del mismo modo el fallo "Olmedo Cerda, Jacqueline con Fisco de Chile"¹⁷ en el que la muerte se provoca por un madero y se demuestra la diligencia de gendarmería.

Respecto del ministro Sr. Muñoz, no hay jurisprudencia que permita matizar su postura y siendo la afirmación clara, no hay razones suficientes para matizarla o de asumir un criterio más flexible, más si entendemos que sus dichos en el fallo "Tapia González, Angela con Fisco de Chile" son decisivos al marcar su postura.

En cuanto a la ministra Sra. Vivanco, destaca que al momento de su incorporación a la Corte se añaden fundamentaciones alusivas al Derecho Internacional Público y al tratamiento de reclusos, citando en el voto disidente "la Resolución 1/08 sobre Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas emitida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos". Destaco este punto porque no es usual ver este tipo de argumentaciones en materia de falta de servicio dentro de las cárceles de nuestro país en general.

Por lo demás, la tesis minoritaria en estos casos, al parecer busca resolver la difícil situación de que en los hechos, las personas privadas de libertad no suelen -o solían- ser indemnizadas por el Fisco dadas las consideraciones ya expuestas a propósito de los votos mayoritarios. Esta conclusión es inferida del alto contenido valórico de las afirmaciones expresadas en los votos de los ministros, en los que se hace eco de dichos como los del fallo "Venegas Santander con Fisco de Chile"¹⁸, considerando octavo del voto disidente, en el que se afirma que "pues el ingreso a cualquier establecimiento carcelario se hace con el propósito de purgar una pena que el Estado le ha asignado, dentro de sistemas de rehabilitación y no para terminar difunto.", dando cuenta con ello de que la valoración en concreto pareciese responder a una situación particularmente injusta. Situación que al parecer se encontraría relativamente resuelta en los últimos dos años. Reforzando así la idea de que se trata de una discrepancia en la valoración de los hechos más allá de una discusión meramente jurídica¹⁹ o si se quiere meramente normativa.

¹⁷ Sentencia Rol n°6530-2015, de fecha 14/09/2015, redacción del fallo a cargo del abogado integrante Sr. Arturo Prado.

¹⁸ Sentencia Rol n°27.612-2016, de fecha 3/10/2016, redacción del fallo a cargo del abogado integrante Sr. Álvaro Quintanilla.

¹⁹ Ello pues en estricto sentido la discusión de sobre si ciertos hechos se encuentran subsumidos a una determinada norma o conjuntos de normas son esencialmente discusiones jurídicas.

Otros aspectos que se suelen argumentar por parte de los disidentes responden a la idea de si en falta de servicio el estándar debe ser concreto o abstracto, discusión introducida por la ministra Egnem. Sus razonamientos se manifiestan de la siguiente manera en “Olmedo Cerda, Jacqueline con Fisco de Chile”:

En concepto de quien disiente, la responsabilidad por falta de servicio puede desencadenarse por una infracción concreta, pero también por una discordancia entre el comportamiento de la administración y aquella conducta que le era reclamada en atención a las circunstancias del caso (CS, 6530-2015, voto disidente, considerando noveno, de fecha 14/09/2015).

La idea ya enunciada es cerrada en el considerando décimo:

Que, por consiguiente, y en general no serían óbice para que responda el Estado la ausencia de pruebas de una violación precisa a una misión de seguridad determinada, si los jueces, en el análisis de la actitud del servicio de que se trata, en relación con aquella que se estima le era obligatoria (...)(CS, 6530-2015, voto disidente, considerando décimo, de fecha 14/09/2015).

Esta discusión teórica que responde a argumentos presentados dentro de los fallos de la Tercera Sala, no pasa de ser anecdótica, pues en la práctica, los ministros que rechazan la existencia de una falta de servicio por la mera presencia de un arma cortopunzante dentro de la cárcel mantienen su tesis independientemente de si se considera que el estándar de servicio a este tipo de casos debe ser abstracto o concreto. La razón muy probablemente se deba a las ideas ya expresadas con anterioridad ya que para la postura mayoritaria imponer al servicio un estándar tan elevado llega a solicitar, de facto, un régimen de responsabilidad objetiva que no es el prescrito por el legislador para esta materia.

1.2. Estándares de servicio referentes a la vigilancia de los internos

Junto con la discusión del estándar ya mencionado, del que parece ser clara ya la postura de la Corte Suprema, existen otros estándares que se discuten, con mayor o menor probabilidad de éxito, en la jurisprudencia analizada. Con el paso de los años y la mayor pulcritud de las discusiones elevadas por

los litigantes, salen a la luz elementos como los sistemas de vigilancia implementados por Gendarmería de Chile. Estándar que, dicho sea de paso, da pie a que las pretensiones de la parte demandante sean más fructíferas.

1.2.1. La vigilancia directa de gendarmes a personas privadas de libertad

La fijación de estándares de vigilancia se vuelve claramente un factor relevante al momento de determinar la existencia o no de una falta de servicio respecto de los deberes de vigilancia y cuidado de Gendarmería. Un primer bosquejo para trazar la línea entre la existencia o no de una falta de servicio, fundados en el deber de vigilancia, la podemos encontrar en el fallo “Olmedo Cerda, Jaqueline con Fisco de Chile”²⁰ el que da cuenta de que Gendarmería no tiene una obligación de custodiar a los reclusos en todo momento dado que ello no solo excedería los recursos de los que dispone Gendarmería, sino que incluso sería un estándar no aplicable a ningún país existente. En este mismo sentido, el fallo redactado por el ministro Sr. Pierry establece lo siguiente:

(...)Como resulta evidente, el demandado procedió en la especie echando mano de todos sus recursos materiales y humanos con que contaba, los que puso al servicio, entre otros, del deber de cuidado que le asiste respecto de los internos puestos a su disposición, de modo que no puede sostenerse razonablemente que debía ir más allá de lo que efectivamente realizó, hasta el punto de evitar absolutamente los hechos que derivaron en la muerte de O.O., pues ello rebasa largamente las obligaciones que han sido impuestas por el ordenamiento jurídico a un servicio público como Gendarmería que, si bien debe custodiar a los presos a su cargo, no se encuentra obligado a contar con funcionarios suficientes para vigilar de modo casi personalizado a cada recluso, desde que tal pretensión excede no sólo lo que es racional sino que, incluso, financieramente posible para un Estado en cualquier parte del mundo.(...) (CS, 6530-2015 , considerando séptimo, de fecha 14/09/2015).

Es desde este punto que se aclara la idea de que Gendarmería de Chile no se encuentra obligado a vigilar casi de modo personalizado a cada recluso, elemento que servirá de base para fallos futuros.

²⁰ Sentencia Rol n°6530-2015, de fecha 14/09/2015, redacción del fallo a cargo del abogado integrante Sr. Arturo Prado.

Ya para el año 2019 el estándar es complementado. El caso “Sepúlveda Carrasco, Jannette y otros con Fisco de Chile”²¹, para lo que nos interesa en este momento, mantiene una afirmación bastante similar en lo que respecta a la vigilancia directa de los Gendarmes.

1.2.2 Rondas de vigilancia de los gendarmes

Si bien las rondas de vigilancia llevadas a cabo por los gendarmes no suele ser un elemento determinante en la jurisprudencia para establecer si existió o no falta de servicio, requiere por lo menos de algunas consideraciones para aclarar cuáles son las expresiones que nuestra excelentísima Corte ha emanado al respecto. Por regla general, las sentencias que mencionan las rondas de vigilancia lo hacen para explicitar que estas se han efectuado con la regularidad que ha mantenido el servicio hasta el momento, constatando que sobre tal punto no se puede configurar una falta de servicio. Este es el caso del fallo “Margarita Toledo Vega y otros con Fisco de Chile”²², que indica lo siguiente:

Como se puede apreciar, en la sentencia de primer grado expresamente, y en la de segunda por vía confirmatoria, razonablemente se han considerado las condiciones en que el servicio funcionaba habitualmente en el momento y lugar en que ocurrieron los hechos sometidos a su conocimiento, corroborando que “no se han agregado antecedentes suficientes al proceso que indiquen que el día 30 de abril de 2013, los Gendarmes del Centro de Detención Preventiva de Arauco hubieron efectuado alguna conducta distinta a lo que realizaban todos los días y que propiciara la producción de la supuesta riña y posterior agresión entre dos internos, vulnerándose la seguridad y vigilancia que ejercían todos los días sobre los internos que custodiaban”(CS, Rol 23.091-2019, considerando, de fecha 05/05/2020).

La tónica en esta materia suele estar marcada por la regularidad. Salvo, claro está, que existan elementos particulares del caso concreto que requieran una mayor vigilancia respecto de una persona privada de libertad. La regla es alterada en el caso “Rebolledo Leyton y otros con Fisco de Chile”²³, en el que a

²¹ Sentencia Rol n°55-2018, de fecha 25/02/2019, redacción del fallo a cargo de la ministra Sra. Maria Eugenia Sandoval.

²² Sentencia Rol n°23.091-2019, de fecha 05/05/2020, redacción del fallo a cargo del ministro Sr. Jorge Zepeda.

²³ Sentencia Rol n°14.707-2020, de fecha 04/06/2021, redacción del fallo a cargo del ministro Sr. Leopoldo Llanos.

propósito del suicidio de una persona privada de libertad, y con ocasión de circunstancias particulares -como lo son el ingreso de la interna a una celda de aislamiento, la amenaza condicional de ella de atentar contra su vida si volvían a encerrarla en dicho lugar y el hecho de que ya había intentado atentar contra su vida-, los ministros consideran lo siguiente:

Que, finalmente, no será oída la alegación respecto a la falta de concausalidad alegada genéricamente por el servicio demandado, desde que Gendarmería de Chile contaba con los medios humanos y materiales –pues no ha alegado lo contrario- para haber tomado las medidas preventivas y resguardo para evitar que la interna Catalina Fuentes Velásquez atentara contra su vida mientras se encontraba aislada del resto de las internas, de manera que en esas condiciones sólo el personal en funciones podía evitar que concretara las amenazas que profirió sobre el particular, implementando rondas de vigilancia con la periodicidad necesaria para que hechos como los acaecidos el día anterior, se reiteraran, lo que no ocurrió o, al menos, no fueron acreditadas en juicio (CS, Rol 14.707-2020 , considerando, de fecha 04/06/2021).

Como se observa los estándares de servicio impuestos a Gendarmería de Chile en materia de rondas de vigilancia se construyen sobre la base de una regla general, la de la regularidad con la que ha operado el servicio hasta el momento, y de las posibles excepciones que puedan surgir y que ameriten una mayor diligencia en las circunstancias concretas, cuestión que como es razonable, debiera evaluarse caso a caso y prudencialmente por la Corte.

1.2.3. Diseño e implementación de cámaras de vigilancia

El diseño e implementación de cámaras de vigilancia emerge con fuerza para complementar el estándar ya establecido a propósito de la vigilancia directa de los gendarmes, ahora aludiendo al funcionamiento de ellas y en qué oportunidad su funcionamiento se puede considerar como deficiente.

Con ocasión de la muerte de un interno a manos de otro en el comedor del módulo n°53, del Centro de Cumplimiento Penitenciario Biobío denominado “El Manzano”, se dicta el fallo "Sepulveda Carrasco, Janette con Fisco de Chile"²⁴. Lo relevante para estos efectos es el hecho establecido en la

²⁴ Sentencia Rol n°55-2018, de fecha 25/02/2019, redacción del fallo a cargo de la ministra Sra. Maria Eugenia Sandoval

causa de que el ya mencionado comedor presentaba “una escasa visualización, no habiendo alcanzado a captar la conducta de los internos en esa ocasión”. Con ello en consideración y aclarando el estándar aplicable al servicio los sentenciadores afirman que:

En efecto, los jueces del grado entendieron, correctamente, que, con ocasión del fallecimiento de Juan Castillo Sepúlveda, Gendarmería actuó con omisión del deber de cuidado que recae sobre ella en su calidad de custodio de los internos puestos a su disposición, pues, en lugar de operar con un sistema de vigilancia remoto eficiente que permitiera cumplir debidamente la señalada obligación, contaba con un circuito cerrado de televisión deficiente, que excluía deliberadamente de su observación un sitio en el que, previsiblemente, podrían ocurrir sucesos como el de autos (CS, Rol 55-2018, considerando treceavo, de fecha 25/02/2019).

Cobra sentido en un primer momento para la Tercera Sala la apreciación del normal funcionamiento del servicio tal como se expuso en los acápites anteriores. Las consideraciones sobre la vigilancia directa, sobre sí gendarmería ha realizado las rondas de vigilancia que con regularidad se hacían dadas las condiciones particulares y los medios con los que dispone el servicio fueron constantes en fallos anteriores. En estos casos la tendencia suele ser bastante clara, siguiendo las ideas ya enunciadas en el caso “Margarita Toledo Vega y otros con Fisco de Chile”²⁵. Ello hasta que comienza a discutirse la presencia del circuito de vigilancia y que los argumentos a propósito de tal estándar comienzan a tomar fuerza en la Corte Suprema.

Un primer elemento se considera en ocasión fallo “Sepúlveda Carrasco, Jeannette y otros con Fisco de Chile”, comenzando a dar cuenta de la necesidad de la importancia de los sistemas de vigilancia y de qué no deben existir puntos ciegos tal como se indicó en los párrafos precedentes. Le sigue a esta línea de ideas el voto disidente de la ministra Sra. Vivanco, en el caso “Margarita Toledo con Fisco de Chile”, manteniendo una postura similar a la del fallo anterior. Finalmente, el estándar ya se consolida en el fallo “Rojas Claro, Carlos y otra con Fisco de Chile”²⁶, en el que se indica:

Que, dicho lo anterior, fluye que el legislador ha explicitado una máxima o finalidad atingente

²⁵ Sentencia Rol n°23.091-2019, de fecha 05/05/2020, redacción del fallo a cargo del ministro Sr. Jorge Zepeda.

²⁶ Sentencia Rol n°97.380-2020, de fecha 09/07/2021, redacción del fallo a cargo de la ministra Sra. María Eugenia Sandoval.

al caso concreto: velar por la vida, integridad y salud de los internos, finalidad que se logra, entre otros medios, a través de un sistema de vigilancia que así garantice (CS, Rol 97.380-2020, considerando vigésimo sexto, de fecha 09/07/2021).

Como se observa dicho fallo pone énfasis en la relevancia de tener un sistema de vigilancia que se encargue de dar efectivo cumplimiento a dicha finalidad. Complementado por las siguientes consideraciones:

A continuación, tal falta de vigilancia propició, además, que los internos portaran armas cortopunzantes que no fueron previamente advertidas por el personal del penal. Conforme a la declaración ya citada, al momento de los hechos Víctor Rojas Astorga portaba dos armas, mientras que Ángel Bustamante, si bien afirma haber portado sólo un trozo de madera, los antecedentes dan cuenta que se trataba de un artefacto cuyas características eran aptas para causar una herida mortal (CS, Rol 97.380-2020, considerando vigésimo sexto, de fecha 09/07/2021).

Si bien es muy pronto como se hizo en su oportunidad por parte del profesor Cordero para hablar de un factor Vivanco²⁷, no es menos cierto que su incorporación a la Corte ha dado fuerza a una inclinación ya marcada por el ministro Muñoz, de quién ya fue expresada su postura en fallos anteriores. El estándar comentado ha permitido en la práctica conciliar las condiciones del servicio, bajo el riesgo de llegar a una responsabilidad a todo evento o objetiva, y por otro lado la necesidad de reparar efectivamente a las familias de las personas privadas de libertad los daños ocasionados dentro de las cárceles.

1.2.4. Allanamientos efectuados por Gendarmería

El tratamiento de los allanamientos por parte de la Tercera Sala de la Corte Suprema sigue un criterio bastante similar al de las rondas de vigilancia, vale decir, suele avocarse a la regularidad con que estos se han efectuado por parte del servicio y sobre cómo la situación no ha variado impidiendo que se

²⁷ Ello en alusión a lo planteado por Cordero (2015) en relación al cambio de criterios en la Corte Suprema con la incorporación del ministro Sr. Marín y a la consolidación de esta con el ingreso del ministro Sr. Pierry a nuestro supremo tribunal.

configure la falta de servicio en el caso concreto.

Al respecto el fallo “Olmedo Cerda, Jacqueline con Fisco de Chile”²⁸ se pronuncia en este sentido, con la particularidad de que, concordando con el tribunal inferior jerárquico, considera correcto el criterio de regularidad con el que se han efectuado los allanamientos que se manifiesta en las siguientes palabras:

En consecuencia, llegan a la convicción de que no existe motivo alguno para estimar al Estado responsable por lo sucedido, porque no hubo falta de servicio, ni falta personal de los funcionarios, ni omisión de cuidado o conducta negligente de éstos que haga responsable al Estado, extracontractualmente, constando que Gendarmería, previo a los hechos, hizo efectivamente todo lo posible para evitarlos, puesto que se probó que realizaba cuatro o cinco veces por semana requisas e incautaciones para que los internos no pudieran poseer armas y elementos prohibidos, sin que, racionalmente, se pueda exigir a dicha institución un comportamiento de vigilancia activa respecto de los internos superior a ese estándar, dentro de los límites de recursos humanos y materiales con que cuenta (CS, Rol 6530-2015, considerando sexto, de fecha 14/09/2015).

Es interesante que se establezca un límite por parte de la Corte de Apelaciones respectiva y que este sea confirmado por la Corte Suprema, lo que puede dar cuenta exclusivamente de una deferencia con la apreciación que tienen dichos tribunales sobre los hechos. Dicho límite se traza en no más de 4 o 5 allanamientos para los recursos con los que contaba dicho recinto penal a la fecha, lo que es un dato interesante de considerar. Sin embargo, en lo concreto, el estándar de servicio que prima en este tipo de fallos es el de la regularidad no teniendo demasiada trascendencia en la jurisprudencia existente el estándar estudiado, pese a que pueda interpretarse análogamente para contribuir a la apreciación prudencial de los magistrados.

²⁸ Sentencia Rol n°6530-2015, de fecha 14/09/2015, redacción del fallo a cargo del abogado integrante Sr. Arturo Prado.

CAPÍTULO II: ESTÁNDARES DE SERVICIO REFERENTES A LA REACCIÓN TRAS CONSTATAR HERIDAS CORTOPUNZANTES, A LOS DAÑOS GENERADOS EN EL MARCO DE TRATAMIENTOS MÉDICOS Y A AQUELLOS CAUSADOS POR CONDICIONES DEFICIENTES DE SALUBRIDAD

En el presente capítulo se distinguen tres subgrupos de fallos y criterios para determinar en qué ocasión el servicio ha obrado o no acorde a lo que se espera de él, para determinar si existe la consecuente falta de servicio. Juegan aquí un rol relevante la determinación de los criterios establecidos por la Corte Suprema, pero también muchas veces su construcción, por parte de los magistrados, a partir de la infracción de reglamentos o de la *lex artis* médica .

Los juicios sobre responsabilidad extracontractual del Estado, referentes a daños causados a personas privadas de libertad, se bifurcan en dos caminos: las ya explicadas, muertes producto de heridas cortopunzantes; y por otro lado, las faltas de servicio sobre cuestiones médicas, en un sentido amplio, y de salubridad. Se trata de jurisprudencia sustancialmente menos polémica dentro de la Tercera Sala de la Corte Suprema que la ya estudiada en el primer capítulo. Tanto porque existen criterios que permiten dotar de mayor claridad como porque en materia de falta de servicio médica, altamente relevante por los paralelos que se tiene con los fallos estudiados, existen más consensos al respecto y otras normas o elementos a partir de los que construirlos. Por lo demás, la cantidad de sentencias disponibles abarca un número menor que en el primer capítulo, dificultando la tarea de interpretar los dichos de la Corte.

2.1 Estándares de servicio relativos a la reacción tras un ataque

Dentro de la jurisprudencia de la Corte Suprema, tal estándar es tratado en paralelo a la prevención de las muertes provocadas por heridas de armas cortopunzantes; ello en consideración a que la prevención y la reacción ante las muertes son dos caras de una misma moneda ante la oportunidad de proteger la vida del occiso. Ambos se centran en el cuidado de la persona privada de libertad, sólo que mientras uno trata de evitar la herida, el segundo busca que el servicio reaccione lo antes posible, especialmente en un contexto adverso y peligroso como es el de las cárceles en nuestro país.

2.1.1. La asistencia oportuna al interno herido y su traslado al centro de salud más cercano

Tanto la asistencia oportuna del interno como el traslado al centro de salud más cercano suelen ser buenos indicadores de que el servicio ha obrado de acuerdo a lo que se espera de su funcionamiento. Al respecto el fallo “Tapia González, Anyela con Fisco de Chile”²⁹, nos aclara la situación:

En efecto, los sucesos a que se refiere la presente causa no tienen la connotación necesaria para ser calificados como generadores de responsabilidad, desde que (...) se han asentado en la causa circunstancias fácticas que reflejan que Gendarmería se comportó en forma adecuada, prestando auxilio al interno una vez recibido el llamado desde la sala de seguridad, luego se verifica el mal estado de salud del interno, por lo que el personal de Gendarmería inicia de inmediato el procedimiento de traslado del interno hacia el recinto de salud, cuestión que refleja la preocupación y rapidez con la que actuó el servicio de guardia (CS, Rol 10.368-2019, considerando noveno, de fecha 13/05/2020).

De lo anterior se desprenden dos momentos a analizar, cada uno con sus respectivos estándares. Un primer momento, en el que el servicio se entera de que el interno se encuentra herido o enfermo; y un segundo momento, en que se constata el mal estado de salud de él, ameritando el traslado a un centro de salud fuera del penal.

Para la Corte, respecto del primer momento, es lo adecuado prestar auxilio en cuanto se recibe el aviso, vale decir, es aquello que se espera de Gendarmería de Chile. Ello permite inferir razonablemente, dada la naturaleza del hecho y de la falta de servicio, que de no prestar asistencia inmediata una vez recibido el llamado de la sala de seguridad se transgreden los deberes que recaen sobre Gendarmería dando paso a la falta. Por su parte, respecto del segundo momento, el traslado inmediato refleja preocupación y rapidez, siendo un síntoma del buen funcionamiento más no un requisito indispensable la inmediatez del actuar de Gendarmería para no incurrir en una falta de servicio. Frente a la reacción el límite está claramente definido, mientras que el traslado deja un margen más amplio a la interpretación de lo que opinan los magistrados.

²⁹ Sentencia Rol n°10.368-2019, de fecha 13/05/2020, redacción del fallo a cargo del abogado integrante Sr. Pedro Pierry Arrau.

Los ministros recorren el mismo trayecto que ya pavimentó el fallo "Olmedo Cerda, Jacqueline con Fisco de Chile"³⁰, en el que la excelentísima indica lo siguiente:

Que en el contexto descrito, resulta evidente que los sentenciadores no han incurrido en los errores de derecho que se les atribuyen y que, por el contrario, se han limitado a aplicar la normativa que rige la situación de hecho materia de autos, pues, tal como se razona en el fallo impugnado, Gendarmería realizó y desplegó todas las actuaciones que le eran racionalmente exigibles para prevenir la ocurrencia de un hecho como el que provocó la muerte del interno O.O., y, una vez producida la riña, *llevó a cabo todo aquello que se hallaba a su alcance para socorrerlo, trasladándolo rápidamente al establecimiento asistencial más cercano, donde, sin embargo, falleció* (CS, 6530-2015, considerando séptimo, de fecha 14/09/2015).

En efecto, los mismos criterios empleados actualmente fueron ya incorporados en el fallo citado, que si bien no les da mayor extensión en su tratamiento, si nos indica la importancia de ambos momentos y los respectivos criterios: ante la herida el servicio debe socorrer a la persona privada de libertad y de ser necesario trasladar al establecimiento asistencial más cercano.

Lo anterior concuerda con lo expresado en otros fallos como "Venegas Santander con Fisco de Chile"³¹ en el que se considera como un actuar adecuado el de Gendarmería, según los hechos probados, entre los que se encuentra el traslado inmediato al hospital del penal en cuestión siguiendo los magistrados en la lógica de determinar qué es lo "adecuado" dentro de la cárcel.

Lo interesante es que la situación no cambia en casos en que la causa de los problemas que aquejan al interno sea otra. En el fallo "Velásquez Uribe Daniela con Sociedad Concesionaria Infraestructura Penitenciaria"³², ante problemas de salud sufridos por un interno por un ataque de asma, los ministros indican que "Es así que el tiempo total de traslado fue de sólo cinco minutos y 13 segundos, cuestión que refleja la preocupación y rapidez con la que actuó el servicio de guardia"(CS, 40.020-2017,

³⁰ Sentencia Rol n°6530-2015, de fecha 14/09/2015, redacción del fallo a cargo del abogado integrante Sr. Arturo Prado.

³¹ Sentencia Rol n°27.612-2016, de fecha 3/10/2016, redacción del fallo a cargo del abogado integrante Sr. Álvaro Quintanilla.

³² Sentencia Rol n°40.020-2017, de fecha 21/08/2018, redacción del fallo a cargo del abogado integrante Sr. Julio Pallavicini

considerando décimo cuarto, 2017).

Lo mismo ocurre en ocasión del traslado, en el que los sentenciadores afirman que:

Tal como se ha dicho reiteradamente en esta sentencia, una vez que acude al llamado de auxilio y verifica el mal estado de salud del interno, el personal de Gendarmería inicia de inmediato el procedimiento de traslado del interno hacia el recinto de salud penitenciario (CS, 40.020-2017, considerando décimo cuarto, de fecha 21/08/2018).

Un último elemento a considerar es que respecto de los fallos “Venegas Santander con Fisco de Chile” y de “Tapia Gonzáles, Anyela con Fisco de Chile”, en los que existen votos disidentes, no hay discrepancia en los estándares planteados. Al respecto los votos disidentes de la Ministra Sra. Rosa Egnem y el abogado integrante señor Rodríguez o el voto del Ministro Sr. Muñoz no reparan en la reacción ante el ataque, solamente se enfocan en la presencia del arma cortopunzante, por ello no hay un pronunciamiento diferenciado para los disidentes en ninguno de los fallos estudiados manteniendo las discrepancias en lo que respecta al capítulo anterior. Por ello, es posible concluir que de momento no son estándares que se discutan dentro de la Corte al momento de tomar sus decisiones.

2.2 Estándares de servicio relativos a tratamientos médicos

Dentro de este apartado se revisa el cómo la Corte Suprema ha abordado el cumplimiento de los tratamientos médicos prescritos a personas privadas de libertad y las complicaciones generadas por el diagnóstico. Como es natural, dadas las condiciones materiales de las cárceles y los recursos con los que cuenta Gendarmería, dichos tratamientos son prescritos por médicos externos a la respectiva institución siendo los internos atendidos con sus curaciones o tratamientos dentro de la respectiva cárcel por otros funcionarios que no son médicos o como en el caso del fallo “García Salvatierra Maritza Cristina con Dirección General de Gendarmería de Chile”³³ son tratados en la respectiva enfermería del recinto penitenciario. Los hechos mismos guardan una estrecha vinculación con otras investigaciones en materia médica, en las que ya existe un marco conceptual medianamente definido, por lo mismo, se establecen los paralelos correspondientes.

³³ Sentencia Rol n°384-2019, de fecha 19/06/2020, redacción del fallo a cargo del ministro Sr. Leopoldo Llanos.

Es en este sentido que las distinciones trazadas por la doctrina han sido aplicadas en esta investigación al momento de clasificar los estándares fijados por la Corte Suprema, ello por analogía a los criterios empleados respecto de las faltas de servicio en materia médica referente a los hospitales, pues es en estos puntos en los que han puesto énfasis los autores citados. Las referencias son empleadas dada las grandes similitudes que existen en la materia tanto en la aplicación de criterios por la jurisprudencia como por la naturaleza misma de los hechos. Cobra especialmente relevancia para la extensión de este marco conceptual el hecho de que la jurisprudencia analizada se concentra fundamentalmente en el actuar de personal no médico.

Tal sistematización, desde luego, no es nueva. Por el contrario, se ha afirmado con ocasión del estudio de las faltas de servicio en la actividad médica que “La extensión de este concepto permite comprender la importancia de la distinción entre los actos propiamente médicos y aquellos que no tienen ese carácter, ejecutados por los hospitales.” (Pierry, 2003), o se han efectuado distinciones entre faltas de servicio producidas por personal médico o por paramédicos (Cárdenas y Moreno, 2011). Posteriormente, y respecto a este mismo punto, Valdivia (2019) indica lo siguiente:

Estos son los dos grandes ámbitos de la responsabilidad en materia sanitaria: el de la responsabilidad médica, es decir, de aquella que surge por la participación del médico en la ejecución de prestaciones médicas, y el de los demás casos, en que intervienen otros profesionales o personas, o simplemente el daño proviene del funcionamiento del establecimiento hospitalario (p. 219).

Como se puede observar, existe una tendencia a distinguir el actuar médico de aquel que no lo es en estas clases de responsabilidades. Con esto en consideración, debemos situar las faltas de servicio estudiadas ya no desde la vereda de los actos médicos propiamente tales, sino que desde aquellos efectuados por otros funcionarios o provocados en su defecto por un funcionamiento deficiente de Gendarmería.

Respecto de los actos médicos la determinación de la falta suele estar vinculada a la *lex artis* médica, siendo esto un elemento relativamente pacífico, en tal sentido Cárdenas y Moreno (2011) afirman que:

Habiendo llegado a este punto, corresponde que nos cuestionemos cuándo un acto médico puede reputarse negligente y, dado que comúnmente se acepta que la culpa o negligencia es un concepto que se construye comparando la conducta efectivamente desplegada con un modelo abstracto, el quid de la cuestión estará en identificar el modelo abstracto con el que se medirán los actos médicos. En teoría, el asunto no presenta mayores problemas. La culpa médica se comprobará comparando la conducta efectivamente desplegada por el funcionario con la llamada *lex artis*, esto es, con el conjunto de reglas para el ejercicio médico contenidas en la literatura universalmente aceptada, en las cuales se establecen los medios ordinarios para la atención médica y los criterios para su empleo (p. 85)

Lo mismo es reiterado por Valdivia (2019), con ocasión de las faltas de servicio cometidas en hospitales, quien nos indica que:

En otros términos, para estimar que el hospital ha incurrido en falta de servicio es necesario atender al tipo de situación en que acaece el daño. Así, cuando el daño ocurre en razón del desempeño del médico, la falta de servicio reviste aspectos singulares, porque el juicio de responsabilidad exige prestar atención a los deberes propios del profesional, que la jurisprudencia (y la literatura en general) identifican con la expresión *lex artis* (p.227).

Sin embargo, en materia de responsabilidad por actos que no son efectuados por médicos la situación parece ser distinta y, por lo demás, más sencilla de determinar. Respecto a las culpas del personal no médico, se ha dicho que:

Es útil deslindar estos dos campos porque la noción de “culpa médica” —dominada por su vinculación con la idea de *lex artis*— presenta una especificidad cierta. La culpa no médica, en cambio, presenta en principio un carácter menos distintivo frente a otras culpas de organismos administrativos (Valdivia, 2019, p. 172).

Respecto a las faltas de servicio cometidas por el personal no médico, Valdivia (2019) comenta que no corresponde incorporar la noción de *lex artis*, así nos dice que “Por de pronto, como ha notado la jurisprudencia, no corresponde hacer jugar la noción de *lex artis* en el juzgamiento de las responsabilidades derivadas del desempeño del personal no médico (p. 172). Por el contrario, el autor

deriva directamente la situación a estándares prudenciales, los que claramente son apreciados por los ministros, dada la menor complejidad del asunto tratado. En tal sentido, señala que “Con todo, en general, la culpa en este campo viene determinada por estándares prudenciales, cuyo establecimiento no presenta gran dificultad (Valdivia, 2019, p. 172)”. Es importante anticipar que dicha distinción conceptual al momento de establecer los deberes del servicio indicando si se debe o no acudir a la *lex artis* o ser evaluado directamente por el juez de manera prudencial no es constantemente seguida por la jurisprudencia actual, sin embargo, es igualmente útil para estructurar los razonamientos futuros.

2.2.1 Diagnóstico prescrito por un médico

Un primer aspecto relevante en materia de estos estándares tiene que ver con el diagnóstico médico y con ello los exámenes prescritos por el facultativo médico respectivo. La vinculación con el diagnóstico no dice relación propiamente tal con el actuar médico, sino que los fallos discurren sobre el cumplimiento o no de las indicaciones entregadas previamente por un facultativo, situando dichos estándares más allá de la responsabilidad médica propiamente tal

Al respecto, en el fallo "Herrera Gavilan, Luis con Fisco de Chile"³⁴, sobre los deberes que atañen a Gendarmería, la excelentísima Corte Suprema nos indica:

Que conforme a la normativa que regula las funciones del servicio de Gendarmería de Chile, este es responsable no solo de la vigilancia de los internos sino que, además, debe velar por la integridad física de las personas que se encuentran privadas de libertad (CS, Rol 2618-2012, considerando vigésimo segundo, de fecha 28/12/2012).

Si se detecta una masa tumoral y se ordena por parte de un médico en la cárcel el traslado del interno a un Hospital en concreto, ante los ojos de la Corte, no es un actuar diligente y acorde a lo esperado por parte de dicho servicio el que el traslado tarde un año en materializarse. Tampoco se observa como un actuar acorde al estándar de servicio requerido la demora de aproximadamente nueve meses para

la entrega de exámenes, cinco en la toma de los mismos, que fueron solicitados con carácter de urgente por el médico tratante. Pues bien, sobre estos se pronuncia la Tercera Sala en "Herrera Gavilan, Luis con Fisco de Chile"³⁵, del año 2012, que en su considerando vigésimo noveno nos señala:

(...)En el caso de autos, según se estableció por los jueces del fondo, y no fue controvertido por la demandada, ya en enero del año 2001 el médico que atendió a L.H.G. en el centro de cumplimiento penitenciario detectó una masa tumoral en la pierna izquierda y ordenó su traslado al Hospital San José, donde fue llevado recién un año más tarde, en mayo del año 2002, centro en el cual se ratificó por el médico tratante la presencia de la masa tumoral y ordenó exámenes, los que solicito con caracter de urgencia. Pese a ello recién el 30 de octubre de ese año, cinco meses después, se le realizaron lo exámenes, y peor aun, el resultado de estos solo fueron hechos llegar al médico tratante en enero del año 2003, atrasos que no dicen relación con el mayor o menor presupuesto con que cuenta la institución, sino *únicamente con una conducta negligente por parte de sus funcionarios y alejada de las obligaciones legales y reglamentarias que le asisten* (CS, 2618-2012, considerando vigésimo noveno, de fecha 28/12/2012).

En el presente caso, si bien existe un elemento no del todo determinado que es el tiempo en el que se debe realizar el traslado o la entrega de los exámenes, pareciese ser indicado por la Corte que en el caso de la necesidad de diagnósticos o exámenes prescritos con urgencia un plazo próximo o posterior a medio año implicaría incumplir tal estándar. La interpretación para concretar los plazos se hace difícil³⁶ dado que no es lo central del razonamiento de los ministros y de que se requieren de más fallos para establecer una regularidad en la materia, más aún cuando no se trata de una sentencia reciente. Pese a lo anterior y a la leve indeterminación del estándar, sigue recayendo la situación tanto en el cumplimiento oportuno, pues se decretó el traslado al Hospital San José, como en el efectivo cumplimiento de lo prescrito por el facultativo médico.

También el fallo "García Salvatierra Maritza Cristina con Dirección General de Gendarmería de

³⁵ Sentencia Rol n°2618-2012, de fecha 28/12/2012, redacción del fallo a cargo del ministro Sr. Sergio Muñoz.

³⁶ Muy probablemente se trate de una situación en que la Corte determine el plazo caso a caso en atención a los criterios usuales como lo son los medios con los que dispone Gendarmería de Chile, como suele actuar el servicio con regularidad y la *lex artis* médica en caso de que la Corte estime pertinente la aplicación de dicho criterio. En cualquier caso, se trata de valoraciones prudenciales como se indicaba anteriormente.

Chile³⁷ se pronuncia tangencialmente sobre los diagnósticos efectuados dentro de las cárceles en aquellas circunstancias en las que el servicio cuenta con los medios para ello. Así, en la sentencia de reemplazo, nos indican que:

(...)no hizo ningún examen o medición de insulina diario o, al menos, de ninguno de ellos existe constancia ni documento o antecedente que lo demuestre; en cuanto al feto no existe prueba de haberse medido su crecimiento ni de haberse hecho seguimiento a los latidos cardiofetales, cuestión que la enfermería del Centro Penitenciario estaba en condiciones de efectuar, pues así lo hizo el día 3 de enero de 2011(...) (CS, Rol 384-2019, sentencia de reemplazo, considerando décimo, de fecha 19/06/2020).

Por su parte, el considerando onceavo contribuye a construir más dudas respecto de si realmente el servicio se encuentra obligado meramente a cumplir con lo prescrito por los facultativos médicos. Es claro que respecto de los tratamientos el no cumplimiento de lo prescrito conlleva inevitablemente una falta de servicio, sin embargo, el presente fallo parece abrirse a la posibilidad de que Gendarmería incurra en una falta de servicio pese a seguir las indicaciones entregadas por el médico tratante. Al respecto, la excelentísima señala que:

Que tampoco puede escudarse el servicio demandado, en que sólo puede atenerse a los cuidados e instrucciones que el Hospital le daba a la paciente, pues además de no haber demostrado haber seguido íntegramente las instrucciones de los facultativos, Gendarmería de Chile contaba con los medios humanos y materiales –pues no ha alegado lo contrario– para hacerlo. En ambos casos el registro se torna indispensable como medio de prueba por parte de Gendarmería para determinar si existe efectivamente o no falta de servicio (CS, 384-2019, sentencia de reemplazo, considerando onceavo, de fecha 19/06/2020).

De lo anterior se puede concluir que en materia de diagnóstico dentro de las cárceles, dado que generalmente se tratan de médicos externos, las faltas de servicio se dan con ocasión del incumplimiento de lo solicitado por el médico tratante. Siendo la determinación bastante sencilla. Si el facultativo médico prescribe la necesidad de un diagnóstico o una derivación, ello debe efectuarse

³⁷ Sentencia Rol n°384-2019, de fecha 19/06/2020, redacción del fallo a cargo del ministro Sr. Leopoldo Llanos.

dentro de un plazo razonable que es evaluado prudencialmente por los magistrados, dado el tenor de lo dicho en su oportunidad por el médico tratante, la urgencia con la que se prescribe la necesidad de realizar exámenes y las circunstancias propias del hecho.

2.2.2 Estándares de servicio relativos al cuidado del paciente.

Sobre esta materia son dos los fallos relevantes que serán estudiados. En primer lugar, el caso “Herrera Gavilan, Luis con Fisco de Chile” y el fallo "García Salvatierra Maritza Cristina con Dirección General de Gendarmería de Chile". Ambos relativos al cuidado de pacientes, con sus propias particularidades.

Respecto de la realización de curaciones prescritas por un facultativo médico la determinación del estándar se construye esencialmente sobre la base de la *lex artis* médica y de los procedimientos médicos aplicables al caso concreto. A Gendarmería le asisten: primero, un deber de cuidado -de carácter más general- respecto de las personas privadas de libertad bajo su alero; segundo, el deber de velar por su integridad física; y tercero, el deber de velar por su salud y eventualmente de la salud del que está por nacer. Consecuencia de los deberes enunciados es que para determinar si el servicio ha actuado acorde a lo que se espera, dadas las condiciones materiales y recursos con los que cuenta el servicio, y según su normativa legal y reglamentaria correspondiente, se contraste la *lex artis* médica respecto de los tratamientos proporcionados o la ausencia de ellos. Todo se traduce, en la práctica jurisprudencial, en el adecuado cumplimiento que haga Gendarmería a lo prescrito en su oportunidad por el médico tratante y en procurar brindar todos los cuidados y atenciones médicas necesarias que requiera la condición de salud particular, siendo este último punto más indeterminado.

La decisión es más clara en el fallo "Rojas Cáceres, Luis con Fisco de Chile"³⁸, en el que el cumplimiento de lo prescrito en el alta médica se comporta como una regla, vale decir, se cumple o no se cumple las indicaciones ya entregadas por el médico tratante. En esta ocasión la Corte Suprema indica que existe falta de servicio al no practicar las curaciones con la periodicidad y cantidad prescritas o eventualmente al no realizar dichas curaciones. Queda de manifiesto que el estándar de servicio queda circunscrito, como se ha ido construyendo en los párrafos anteriores, al cumplimiento de lo prescrito por el facultativo médico. Así, el fallo ya individualizado, en su considerando noveno, nos

³⁸ Sentencia Rol n°97.380-2020, de fecha 09/07/2021, redacción del fallo a cargo del ministra Sra. Maria Eugenia Sandoval.

aclara que:

Por tanto, el estándar de conducta exigido a Gendarmería conforme se prescribió en el alta médica del actor, consistía en que éste debía recibir curaciones diarias a sus heridas, atendida la naturaleza y magnitud de las mismas, más aún si se tiene presente el medio en el cual se encontraba habitando, esto es, en el Hospital Penitenciario o luego en los Centros Penitenciarios junto a la población penal (CS, Rol 15.067-2019, considerando noveno, de fecha 02/03/2020).

El referido fallo complementa la idea ya expresada, en su considerando once, de la siguiente forma:

Que, por consiguiente, queda establecido en forma palmaria que Gendarmería de Chile, no observó debidamente con la obligación que le asistía de resguardar la integridad física y asistir convenientemente al interno antes indicado, al no proporcionarle las curaciones médicas diarias que requería y que, necesariamente, contribuyeron a la amputación su extremidad inferior derecha. La normativa es clara en el sentido de que Gendarmería debe realizar todas las acciones tendientes a evitar que ocurran estos sucesos, desde que, la obligación de Gendarmería de velar por la integridad física, por la salud del interno, como le ha sido impuesto por las normas legales y reglamentarias que rigen a dicho Servicio (CS, 15.067, considerando once, de fecha 02/03/2020).

Por último el fallo "García Salvatierra Maritza Cristina con Dirección General de Gendarmería de Chile"³⁹ que corrobora todo lo ya expuesto, con una consideración especial, y es que ya no se trata de curaciones o tratamientos que tienen por consecuencia una amputación. En este caso estamos en presencia de un tratamiento médico prescrito para evitar la potencial pérdida de un embarazo, en atención a la diabetes insulino dependiente y obesidad de la persona privada de libertad, ambas situaciones que llevan a los profesionales médicos a calificar dicho embarazo como de alto riesgo. El estándar se confecciona de igual manera que en los casos anteriores, referencia a la *lex artis* médica

³⁹ Sentencia Rol n°384-2019, de fecha 19/06/2020, redacción del fallo a cargo del ministro Sr. Leopoldo Llanos

que se traduce en el cumplimiento, en la forma y periodicidad indicada por el facultativo médico, del tratamiento prescrito.

Así la sentencia de reemplazo del fallo "García Salvatierra Maritza Cristina con Dirección General de Gendarmería de Chile", en su considerando catorceavo aclara las situación:

Que, con lo hasta razonado, huelga concluir que la demandada incurrió en la falta de servicio que se le imputa, pues ni ella ni su personal han demostrado haber cumplido con las prescripciones médicas que debía seguir la actora, contando para ello con los recursos materiales y humanos, lo que es más reprochable aún, y lleva a establecer que actuó por debajo del estándar que le era exigible ante la situación de embarazo de alto riesgo de la demandante, durante su privación de libertad y estado de gravidez, actitud omisiva y de total falta de diligencia, que significa que no se cumplió con el deber jurídico de cuidado de la salud de la señora García ni de su hijo que estaba por nacer (CS, Rol 384-2019, considerando catorceavo, de fecha 19/06/2020).

Este fallo destaca en dos puntos. Primero, pues se extiende el deber de cuidado de Gendarmería de Chile no solamente a las personas privadas de libertad sino que aquel que está por nacer. En segundo punto, porque con calificaciones bastante expresas señala que no se ha cumplido el estándar exigido, mediante frases tales como "es más reprochable aún" o "actuó por debajo del estándar que le era exigible".

Un siguiente punto a considerar en esta materia es que los estándares mencionados operan tanto respecto de las cárceles del Estado como de aquellas que son concesionadas según lo indicado en "Velásquez Uribe Daniela con Sociedad Concesionaria Infraestructura Penitenciaria"⁴⁰. En tal sentencia los ministros, tras concluir que se aplica el estándar de responsabilidad extracontractual del Código Civil, afirman que "el concepto que define el deber de servicio es la normalidad", no siendo este distinto al planteado en el presente capítulo.

Finalmente, debo destacar que para la excelentísima Corte Suprema Gendarmería no tiene el deber de

⁴⁰ Sentencia Rol n°40.020-2017, de fecha 21/08/2018, redacción del fallo a cargo del abogado integrante Sr. Julio Pallavicini

que las personas privadas de libertad se recuperen, esta afirmación suele matizar los estándares ya indicados en los fallos precedentes. Así, a modo ejemplar en el fallo "Herrera Gavilan, Luis con Fisco de Chile", en su considerando vigésimo quinto:

Desde luego tal derecho no importa que necesariamente debiera egresar sano, sino que, Gendarmería le debió procurar todas las atenciones y cuidados posibles que su condición requería, situación que no ocurrió (CS, Rol n°2618-2012, considerando vigésimo quinto, de fecha 28/12/2012).

2.3 Estándares de servicio relativos a condiciones de salubridad

En materia de falta de servicio y condiciones de salubridad en las cárceles de nuestro país, la jurisprudencia es acotada siendo el único fallo disponible el fallo “Del Solar Gajardo Verónica con Consejo de Defensa del Estado”⁴¹. En este apartado se analizarán los estándares extraídos de dicho fallo con especial referencia a la infracción de reglamentos.

2.3.1 El cuidado de los recintos penitenciarios y la infracción de reglamentos

El último estándar a considerar ha sido extraído del fallo de la Corte Suprema caratulado “Del Solar Gajardo Verónica con Consejo de Defensa del Estado”. En tal sentencia se expone la situación de una persona privada de libertad que murió producto de un shock séptico y broncopulmonía, ambas causadas por haber contraído el Hantavirus al interior del recinto penal. Como se indica en los hechos asentados en el fallo, tal lugar constituía el hábitat de roedores y el actuar de los gendarmes “fue causante de la fuga masiva y explosiva de roedores a partir de diciembre” indicando que estos pudieron entrar por los ductos de agua; a esto es relevante añadir que dentro de los hechos asentados en la causa se afirma que:

El desmalezamiento del perímetro del recinto se realizó sin cumplir los parámetros mínimos

⁴¹ Sentencia Rol n° 9369-2011, de fecha 13/05/2013, redacción del fallo a cargo del abogado integrante Sr. Luis Bates.

recomendados por la autoridad sanitaria para el control de roedores con hanta, sin una desratización del perímetro en los siete días antes de desmalezar y limpiar alrededores y sin sellar previamente las posibles entradas a la edificación carcelaria (CS, 9369-2011, considerando quinto, de fecha 13/05/2013).

La Corte Suprema a propósito de esta causa fija como criterio jurisprudencial establecer dentro de los deberes de Gendarmería que a esta le asiste el cuidado de los recintos penitenciarios, el que se relaciona directamente con el deber de custodia de las personas privadas de libertad, en razón de la relación de derecho público que existe entre ambos actores -y de la situación no menor de que las personas privadas de libertad mantienen el resto de sus derechos intactos. Finalmente, tales deberes se concretan en la situación de que Gendarmería de Chile es garante del cuidado de la salubridad y la higiene de los recintos penitenciarios. El estándar en palabras de la Corte se sintetiza en las siguientes palabras:

Asimismo, G. de Chile tiene entre sus obligaciones y funciones el velar por el estado de los recintos penitenciarios, pues debe otorgar a cada persona bajo su cuidado un trato digno propio de su condición humana (CS, 9369-2011, considerando octavo, de fecha 13/05/2013).

Tal estándar al apelar a un “trato digno propio de su condición humana” emplea un lenguaje con textura particularmente abierta, entregando la posibilidad de expandirlo, siempre razonablemente y procurando que tal estándar no se transforme en la imposición de facto de un régimen de responsabilidad objetiva, a situaciones análogas en el cuidado de los recintos penitenciarios. La referencia a la condición humana ya se enunciaba en los considerandos anteriores, indicando sobre el particular que:

Concluyó que G. incumplió su deber de custodia y atención de las personas privadas de libertad, siendo garante de la mantención de condiciones de salubridad e higiene al interior de los recintos donde cumplen su condena acorde a su obligación legal y misión institucional de otorgarles un trato digno propio de su condición humana, configurándose una falta de servicio en la custodia y atención del interno. Agrega que tal deficiencia en la prestación del servicio ocasionó el contagio por virus H. del interno, que finalmente le ocasionó la muerte. (CS, 9369-2011, considerando sexto, de fecha 13/05/2013).

Del fallo comentado se pueden desprender dos potenciales estándares, uno claro y el otro producto de la interpretación de un concepto de amplio contenido y de no tanta precisión en el caso concreto, y por tanto, discutible.

En una primera aproximación se debe considerar la referencia concreta a los reglamentos para determinar si existió o no falta de servicio. Esto pues en el cuidado de los recintos penitenciarios, concretamente en la desratización, existen reglas claras que no fueron seguidas por Gendarmería de Chile y que concluyeron en la falta de servicio. En tal sentido, en la medida de que exista una infracción a reglamentos en el cuidado del recinto penitenciario, nos encontraremos ante una falta de servicio. Tal como lo indican los ministros de la Corte al señalar que:

Que sobre la base de tales presupuestos fácticos el juez de la causa estableció que G. de Chile no cumplió con las medidas de prevención de hanta virus que recomienda la autoridad de salud. Asimismo, dicho servicio no elaboró ni implementó y concretó algún plan de prevención de la presencia de roedores portadores del virus H. al interior del recinto y al contrario mantuvo precarias condiciones de higiene, sanitización y desratización que permitieron o al menos facilitaron que roedores portadores de hanta virus ingresaran al establecimiento penal, tomando contacto e infectando al interno (CS, 9369-2011, considerando sexto, de fecha 13/05/2013).

Si bien la Corte se remite en gran medida a los dichos del tribunal a quo, en los considerandos posteriores reafirma el hecho de que efectivamente estamos en presencia de un caso de falta de servicio. Al no existir mayor jurisprudencia al respecto, es inevitable la dificultad para interpretar dichos criterios, siendo la única conclusión clara el que la infracción de reglamentos en casos de desratización o análogos en materia sanitaria eventualmente será constitutivo de una falta de servicio. Sin embargo, no es menos cierto que la amplitud con la que se fijan el actuar del servicio podría abarcar interpretaciones bastante más generosas para considerar una falta de servicio en casos similares.

CONCLUSIONES

Dada la división que se ha efectuado a propósito de los estándares de servicio indicados he de subdividir las conclusiones respecto de cada capítulo señalado, con énfasis en los estándares reflejados de la investigación precedente:

Respecto de los estándares relativos a la prevención de muertes de personas privadas de libertad dentro de las cárceles, se puede afirmar lo siguiente:

- A) Para la postura mayoritaria en la Tercera Sala de la Corte Suprema, no es suficiente para establecer la falta de servicio la presencia de un arma cortopunzante dentro de la cárcel. Dicha situación no es del todo pacífica dentro de los ministros que conforman las salas pero que marca una línea jurisprudencial estable en el sentido ya expuesto, dado que se intuye la presencia de la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva si se extrema a tal punto el estándar. En este orden de ideas, existe una postura disidente clara, particularmente por el ministro Sr. Muñoz, la ministra Sra. Rosa Egnem y la ministra Sra. Vivanco, que sí lo consideran como un estándar constitutivo de falta de servicio, aclarando que de la investigación expuesta pareciese ser que los votos del ministro Sr. Muñoz no tienen matices al respecto. Paradójicamente, considero que los conflictos principales al momento de determinar si existe o no falta de servicio se deben a una diferencia en la valoración de los hechos y no al reconocimiento de una u otra teoría aplicable al caso concreto. Esto porque o bien se parte desde los mismos presupuestos teóricos, o bien si estos se alteran se continúa con las mismas conclusiones y por el alto contenido valórico de algunas ideas ya expuestas durante el presente trabajo.
- B) La mayoría de los estándares respecto de la prevención, con excepción de la vigilancia y el ya descrito, tienden a conformarse con la regularidad con la que se ha actuado anteriormente por parte de Gendarmería de Chile, salvo que existan razones fundadas de lo contrario en el caso concreto.
- C) En la actualidad el estándar de servicio más relevante para los demandantes es el de los sistemas de vigilancia. Al respecto la Corte pareciese haber comenzado una tendencia para acoger las demandas fundadas en una infracción a dicho estándar, teniendo en consideración que no pueden existir puntos muertos o ciegos por parte de dichos sistemas de vigilancia

cuestión que debe aplicarse tanto en el diseño como en la implementación de estos. Lo anterior, a mi parecer, viene a conciliar la necesidad de la Corte Suprema de respetar las condiciones con las que funciona el servicio junto con una necesidad vital de no vulnerar los derechos de las personas privadas de libertad. En dichos fallos se hace relevante la incorporación a la Corte Suprema de la ministra Vivanco y la postura firme respecto a ser más flexible con los estándares de las faltas de servicio por parte del ministro Sergio Muñoz.

Respecto de los estándares referentes a los daños provocados producto de condiciones deficientes de salubridad, en el marco de tratamientos médicos y reacción ante la presencia de heridas mortales, puedo afirmar lo siguiente:

- 1) Que en materia de reacción los criterios recurrentes para determinar si existe o no falta de servicio son la asistencia que le es prestada al occiso una vez fue atacado y la velocidad con la que es derivado al centro de salud más cercano. La presencia de ellos es un indicador de que el servicio ha obrado de forma óptima; por otro lado, si estos no están presente puede ser un indicador para la Corte de que otros deberes, como el de vigilancia, no se han cumplido de buena manera.
- 2) Respecto del cuidado de los pacientes, independientemente de si se trate de amputaciones o pérdidas en el contexto de un embarazo, el estándar se remite a la *lex artis*, que en lo concreto y dado el funcionamiento de las cárceles en nuestro país, se traduce en el cumplimiento de las indicaciones prescritas por el facultativo médico respectivo enmarcando dichas faltas en el campo de aquellas producidas por personal no médico. Tal referencia a la *lex artis*, si se quiere, puede ser sustituida por una apreciación prudencial de los ministros, sin embargo, al respecto las conclusiones en el ámbito de tratamientos prescritos por facultativos médicos y ejecutados dentro de las cárceles en nuestro país serían las mismas. Ello independientemente si se trata de una cárcel del Estado o concesionada.
- 3) En el tratamiento de las condiciones de salubridad es altamente relevante el deber de Gendarmería de Chile de velar por el estado de los recintos penitenciarios. Sobre este punto se vuelve indispensable el adecuado cumplimiento de las normas reglamentarias dictadas por la autoridad sanitaria en esta materia.

JURISPRUDENCIA

1. Sentencia de la Corte Suprema Rol n° 9369-2011, "Del Solar Gajardo Verónica con Consejo de Defensa del Estado".
2. Sentencia de la Corte Suprema Rol n° 2618-2012 "Herrera Gavilan, Luis con Fisco de Chile".
3. Sentencia de la Corte Suprema Rol n° 32.118-2014 "Rebolledo espinoza, maria y otros con fisco de Chile".
4. Sentencia de la Corte Suprema Rol n° 6530-2015 "Olmedo Cerda, Jacqueline con Fisco de Chile".
5. Sentencia de la Corte Suprema Rol n° 27612- 2016, "Venegas Santander con Fisco de Chile".
6. Sentencia de la Corte Suprema Rol n°4734-2017 "Segovia Zárata Janet con Fisco de Chile".
7. Sentencia de la Corte Suprema Rol n° 4746-2017 "Gallardo Perea Dina con Fisco de Chile".
8. Sentencia de la Corte Suprema Rol 40.020-2017 "Velásquez Uribe Daniela con Sociedad Concesionaria Infraestructura Penitenciaria".
9. Sentencia de la Corte Suprema Rol n° 55-2018 "Sepulveda Carrasco, Janette con Fisco de Chile".
10. Sentencia de la Corte Suprema Rol n° 384-2019 "García Salvatierra Maritza Cristina con Dirección General de Gendarmería de Chile".
11. Sentencia de la Corte Suprema Rol n° 10.368-2019, "Tapia González, Anyela con Fisco de Chile".
12. Sentencia de la Corte Suprema Rol n°15067-2019 "Rojas Cáceres, Luis con Fisco de Chile".
13. Sentencia de la Corte Suprema Rol n°23.091-2019 "Margarita Toledo y otras con Fisco de Chile".
14. Sentencia de la Corte Suprema Rol n° 10.368-2019, "Tapia González, Anyela con Fisco de Chile".
15. Sentencia de la Corte Suprema Rol n° 14.707-2020 "Rebolledo Leyton y otros con Fisco de Chile".
16. Sentencia de la Corte Suprema Rol n° 33.831-2019 "Cárdenas Pacheco Delia Iris con Fisco de Chile".
17. Sentencia de la Corte Suprema 97.380-2020 "Rojas Claro, Carlos y otra con Fisco de Chile".

REFERENCIAS

- Bermúdez, J. (2011). *Derecho Administrativo General*. Editorial Legal Publishing Chile.
- Cárdenas C. y Moreno J. (2011) *Responsabilidad Médica. Estándares jurisprudenciales de la falta de servicio*. Editorial Thomson Reuters.
- Cordero, L. (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Editorial Legal Publishing Chile.
- Ferrada Bórquez, J. C. (2020). La responsabilidad patrimonial del Estado de Chile: una revisión panorámica después de casi veinte años de jurisprudencia de la Corte Suprema. *Revista de Administración Pública* (211), 373-406.
- Letelier, R. (2002). Un estudio de efectos en las características de la responsabilidad extracontractual del Estado. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 361-362.
- Pierry, P. (2003) La falta de servicio en la actividad médica. *Revista de Derecho* (8), Consejo de Defensa del Estado, 149-153.
- Valdivia, J. (2012) Orígenes de la noción de falta de servicio. *La falta de servicio*, 29-44.
- Valdivia, J (2018). *Manual de Derecho Administrativo*. Editorial Tirant Lo Blanch.
- Valdivia, J. (2019) La responsabilidad por falta de servicio en la Administración hospitalaria en la jurisprudencia chilena. *Revista de Derecho* 246 (87), 213-246.
- Valdivia, J. (2019) Culpas no médicas de los hospitales públicos. *Acta Bioethica* 2019 (25), 171- 176.

