

Iquique, diecisiete de octubre de dos mil diecinueve.

VISTOS:

A 23 de enero de 2018, comparece don **CLAUDIO AGÜERO SEPÚLVEDA**, abogado, domiciliado para estos efectos en calle Agustinas N°814, oficina 510, comuna de Santiago, Región Metropolitana, en representación de don **CARLOS ALBERTO ROJAS CLARO**, comerciante, y doña **JIMENA JOSEFINA ASTORGA SANTORO**, comerciante, ambos domiciliados en Vía local Dos N°4.036, Altos del Mar, ciudad de Iquique, Región de Tarapacá; quien interpone demanda de indemnización de perjuicios en contra del **FISCO DE CHILE**, persona jurídica de derecho público, representado por el **CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO**, a su vez representado legalmente por el Abogado Procurador Fiscal de Iquique, don **HÉCTOR MARCELO FAINE CABEZÓN**, abogado, ambos domiciliados para estos efectos en Sotomayor N°528, piso N°5, comuna de Iquique, Región de Tarapacá.

Fundamenta su demanda señalando que, con fecha 25 de septiembre de 2015, don Víctor Rojas Astorga, de 26 años de edad, fue asesinado dentro de las dependencias del Complejo Penitenciario de Alto Hospicio. Indica que la víctima se encontraba cumpliendo una condena de 541 días por concepto del delito de porte ilegal de armas, cuya pena concluía el día 22 de marzo de 2016, por lo cual se encontraba en el módulo de buena conducta, y que corresponde al N°45.

Relata que, el asesinato de la víctima se produjo mientras se encontraba jugando fútbol en el módulo 45, y bajo extrañas circunstancias, las cuales tuvieron su origen en una aparente discusión producida al interior de dicho módulo a raíz precisamente de una confrontación liderada por don Ángel Bustamante Escudero, alias “el cara de dedo” autor confeso del homicidio, el cual se hizo pasar



como una riña, todo según lo expuesto en parte de denuncia N°381, efectuado por el Teniente primero don Christian Alfaro Zagal, en donde el autor confeso en conjunto con tres internos más, que no pertenecían al módulo N°45 comienzan a propinar agresiones físicas a la víctima a vista y paciencia de los gendarmes custodios del módulo, los cuales no adoptaron ninguna medida ni curso de acción, limitándose simplemente a observar lo que estaba ocurriendo.

Señala que, las cámaras ubicadas precisamente en el lugar de los hechos y tendientes a grabar lo ocurrido para llevar a cabo la supervigilancia de Gendarmería, se encontraban tapadas con trapos, al punto que entre los mismos internos se habían cursado apuestas sobre la victoria de alguna de las partes en el ataque sufrido por la víctima, por lo cual, resulta del todo improcedente que los cuatro internos que dieron origen y provocaron el ataque que tuvo como resultado fatal el asesinato del hijo de sus representados, y cuyas penas concluían recién en el año 2020, se encontraran en un módulo de buena conducta sin mérito alguno para estar presentes en dicho lugar, más que el solo ánimo de asesinar bajo la abstención de personal y servicio de Gendarmería de Chile.

Agrega que lo anterior encuentra su fundamento en el hecho de que el asesino confeso don Ángel Bustamante, no se encontraba habitando en el módulo 45 de buena conducta, sino que coincidentemente el día 24 de septiembre de 2015, le fue permitido su ingreso por parte de Gendarmería, sin que exista justificación alguna.

Relata que, lo descrito configura un claro y manifiesto desconocimiento de los procedimientos de cambio de internos de un módulo a otro, ya que el mismo requiere de un estudio previo de conducta y la debida autorización de un profesional calificado, procedimiento cuyo origen se encuentra siendo discutido en un proceso penal en que se tramita la respectiva querrela, en el marco de la causa RIT N°12470-2015, seguida ante el Juzgado de Garantía de Iquique, en procedimiento ordinario.



Destaca que, en el Centro Penitenciario de Alto Hospicio, anteriormente ya había ocurrido otro homicidio de un recluso en similares características, acaecido el día 3 de agosto de 2015, y que corresponde al interno don José Carrera Carrera.

Sostiene que, queda de manifiesto que en el actuar de Gendarmería de Chile el día del asesinato del hijo de los demandantes, se producen dos vitales vulneraciones: la primera es que los funcionarios de Gendarmería de Chile, en su calidad de agentes del Estado, no ejercieron sus funciones como aquel que corresponde al “deber de garante”, adoptando todas las medidas necesarias para efectos de proteger y garantizar la vida y la integridad personal de la víctima; y atento contra lo sostenido por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, causa Rol N° 6974–2001, que indica que la actividad penitenciaria “tendrá como fin primordial la atención, custodia y asistencia de detenidos, sujetos a prisión preventiva y condenados, así como la acción educativa necesaria para la reinserción social de los sentenciados a penas privativas de libertad o sustitutivas de ellas”.

Señala que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha establecido una serie de obligaciones internacionales, para efecto de fijar los estándares establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, respecto de personas que se encuentren privadas de libertad.

Afirma que, en ese contexto, el hecho del asesinato descrito y las circunstancias en que este se produjo, dan cuenta que la actuación de Gendarmería de Chile incumple el deber de garantía que descansa en el Estado, lo cual constituye una violación del derecho de la víctima a vivir en condiciones dignas y humanas, artículo 5° de la Convención Americana de Derechos Humanos, y posterior infracción del respeto a los derechos y libertades conferidos a cada persona que se encuentra privada de libertad.

Indica que, los antecedentes fácticos que demuestran la infracción o falta de deber de seguridad, de vigilancia, de personal, de garante y de servicio, se



encuentran fundamentados en el análisis realizados a los informes: Parte denuncia N°381, el cual analiza detalladamente, indicando que el día 25 de septiembre de 2015, se realiza una denuncia a las 11.00 horas, por un ataque con resultado de muerte, ocurrido en el módulo N°45 del Complejo Penitenciario de Alto Hospicio, encontrándose 3 armas incautadas, las cuales son armas corto punzantes de los siguientes diámetros: 01, 112 centímetros; 01, 115 centímetros; y 01, 34 centímetros; a la vez, don Víctor Rojas Astorga tuvo como causa de muerte hipovolemia severa traumática, herida penetrante torácica–cardiaca, complicada; y homicidio con elemento cortante, ocurrido a las 11.30 horas, según informe y certificado médico de defunción y estadísticas de mortalidad fetal. Así el personal de Gendarmería de Chile no evitó ni intervino en el ataque del que fue víctima el hijo de los demandantes, además que luego de que este ocurriera, no contaba ni con el personal suficiente ni con el servicio oportuno de los medios de sobrevivencia, es decir el fallecimiento tuvo su origen en circunstancias evitables, por lo que la responsabilidad en la que incurre Gendarmería se configura por la omisión del deber de vigilancia y de garante de la vida e integridad física de los internos, lo cual se ve reflejado en el hecho de que el fallecimiento de la víctima se debió a una herida corto punzante que sufrió, ocasionada por otro interno, interno que no debía estar en el módulo N°45; y continuando con sus alegaciones, señala que el informe policial N°745, efectuada por la Brigada de Homicidios de Iquique de la Policía de Investigaciones de Chile, mantiene diversos errores en su contenido, pues contiene información contradictoria en él, y sin perjuicio de ello, se puede extraer del mismo que existe una clara manifestación de la insuficiente presencia de personal, de su deficiente capacitación y de la no realización correcta de su labor de cuidado a los internos, por cuanto no obstante contar con cámaras y con medios de comunicación entre los gendarmes, estos recién se dieron cuenta de los hechos que producen el fallecimiento del hijo de sus representados por gritos de los propios internos.



Concluye que existe una clara falta de personal y de seguridad entre los internos del Complejo Penitenciario de Alto Hospicio.

En relación a la responsabilidad extracontractual del Estado señala que la Administración del Estado, conforme lo dispone el artículo 1 inciso segundo de la Ley N°18.575, está conformada por una serie de órganos, los cuales deben hacerse responsables de sus acciones y omisiones, como es el caso de los Ministerios, y en este caso específico, el Ministerio de Justicia del cual depende Gendarmería de Chile.

Sostiene que, dentro de los tipos de responsabilidad en el ámbito del Derecho, se encuentra aquella en que pueden incurrir los Órganos de la Administración del Estado, y que tiene su origen en el artículo 38 inciso 2 de la Constitución Política de la República, en los artículos 4 y 44 de la Ley N° 18.575 y en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil y que recibe el nombre de “Responsabilidad Extracontractual del Estado”. En este caso particular, a esta responsabilidad también le son aplicables el artículo 1, 6, 7, 19 Ns° 1 y 9 todos de la Constitución Política de la República, La Ley Orgánica de Gendarmería de Chile y el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios.

Cita jurisprudencia, la que señala: “la obligación que adquiere el Estado de reparar o aliviar el daño causado, para cuyo efecto aquellas personas deben invocar y acreditar tanto la falta en la actividad del órgano administrativo como el hecho de que ella es la causa del daño experimentado. Acerca de esto último, es oportuno precisar que siendo cierto que la responsabilidad del Estado por falta de servicio es independiente de la culpa o dolo del agente que la genera, no deja de serlo que es igualmente necesario imputar y demostrar la falencia en la prestación, componente que se ha venido en denominar como la culpa del servicio”.

Continúa señalando que existe discrepancia en si la responsabilidad extracontractual del Estado es de carácter objetivo o subjetivo, explicando cada una de ellas, y citando doctrina y jurisprudencia sobre la falta de servicio.



Agrega que del artículo 58 del Código Procesal Penal se concluye que el actuar de un funcionario bajo la imagen de personas jurídicas, en este caso Gendarmería de Chile, para efectos de representarla u obligarla, constituye una manifestación de la persona jurídica mediante el actuar del hombre o funcionario, como un vehículo de su voluntad, lo que es denominado la teoría del órgano, por lo que dicha imputación es posible, sea que la causa del daño provenga de actuaciones materiales, intelectuales o técnicas, de actos administrativos, de omisiones, de retardos, del funcionamiento parcial o imperfecto, y también si la causa del daño es la actividad irregular o la actividad regular y lícita de los órganos públicos.

Para fundamentar lo señalado anteriormente, indica que según se desprende del oficio N°680, emitido por Gendarmería de Chile, representada por su Alcaide (s) Teniente Coronel Complejo Penitenciario de Alto Hospicio, don Luis González Báez, el que indica que dicho centro penitenciario tiene una población de 2058 internos, de los cuales 150 ingresaron el 2 de abril de 2014 a raíz de un sismo ocurrido en la localidad, describiendo que no se cuenta con el personal suficiente.

Señala el actor que existen argumentos empíricos que manifiestan la falta de personal, pues han ocurrido una serie de fallecimientos y otros incidentes que en el Centro Penitenciario de Alto Hospicio, los cuales enumera.

Lo anterior indica, dan cuenta de la configuración de falta de personal, falta de servicio y falta de garante, tal cual prescribe el artículo 38° inciso 2 de la Constitución Política de la República, en relación con el artículo 4° de la Ley N°18.575, dispone “El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de las funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado”, y el artículo 44 del mismo cuerpo legal establece que, “Los órganos de la administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio.



No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta de personal.”

Por lo expuesto, indica que la falta de servicio se constituye en un actuar de parte de Gendarmería de Chile, y que se desprende de los argumentos del informe de dicha institución, producto de una mala organización, funcionamiento defectuoso, deficiente o tardío en la prestación de servicio, lo que tuvo como consecuencia el fallecimiento de don Víctor Rojas Astorga.

Conjuntamente, el oficio emitido por la institución, representada por su Alcaide (s) Teniente Coronel Complejo Penitenciario de Alto Hospicio, don Luis González Báez; y según Informe Policial N°745, emitido por Brigada de Homicidios de Policía de investigaciones de Chile, en el Centro Penitenciario de Alto Hospicio se evidencia fallas en los controles de: personal de módulos al controlar a la población penal y celdas; falta de control en el traslado de internos de la población penal; entre otros; y toma más importancia que las cámaras destinadas a establecer una supervigilancia de los internos, y a su vez un cumplimiento a las normativas pertinentes al ejercicio de las funciones de un órgano del Estado, no se encontraban en mantención.

Finaliza el análisis en este sentido que la falta de servicio no significa culpa del servicio, sino que una ausencia del servicio, una inactividad u omisión, lo cual se encuentra plenamente acreditado por el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) la existencia de una norma positiva que obligue a la administración a prestar el servicio como ocurre con lo dispuesto en los artículos 1, 6, 7 y 19 Ns°1 y 9 de la Constitución Política de la Republica, artículos 1,3 y 15 de la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile y artículos 1,2,6 inciso 3, 10 letra d) y 25 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios; b) que se acredite que el servicio no se prestó o se prestó en forma inadecuada o tardíamente el servicio lo cual se encuentra plenamente ratificado con lo expuesto en el informe emitido por Gendarmería sobre las faltas de personal y de cámaras entre otras; c) que el perjuicio se pruebe; y d) que se pruebe que el perjuicio se produjo por la falta de servicio



-causa o relación de causalidad. Configurándose en la especie todos los requisitos señalados.

En cuanto a los daños, indica que sus representados pueden demandar indemnización de perjuicios a consecuencia del fallecimiento de su hijo por la falta de servicio de Gendarmería de Chile, por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales en su carácter de víctimas por repercusión o rebote o reflejo.

Afirma que, una persona que tiene un vínculo estrecho con sus padres y sufre un perjuicio a consecuencia de un ilícito en general, esos padres sufrirán también un daño personal, el que será de mayor magnitud si por ese ilícito el hijo fallece, lo que precisamente aconteció en autos, en que don Víctor Rojas Astorga mantenía una relación estrecha, muy cercana y afectuosa con sus padres, lo que es una clara demostración de este vínculo cercano, y que es precisamente la razón de porque su fallecimiento produjo en los demandantes un dolor profundo y verdadero, el cual como ha indicado reiteradamente la jurisprudencia es precisamente el fundamento que determina la procedencia del daño moral, en personas que no son la víctima directa.

Sostiene que, es tema pacífico en doctrina y jurisprudencia que las víctimas por repercusión o rebote tienen el derecho a demandar el daño moral personal que les provocó la muerte de un hijo, y el cual debe ser reparado por el victimario, que, en este caso, es el Fisco de Chile, ya que la muerte del hijo de los demandantes se produjo por la falta de servicio en que incurrió Gendarmería de Chile.

Señala que, establecida la procedencia de la indemnización del daño moral en sede extracontractual y el derecho que asiste a sus representados a demandarla, corresponde señalar que en este caso particular se solicita que se condene al Fisco de Chile a pagar por concepto de daño moral a: 1.- Don Carlos Alberto Rojas Claro, la suma de \$80.000.000, o la suma que se estime conforme al mérito de los antecedentes y en derecho fijar; 2.- Doña Jimena Josefina Astorga



Santoro, la suma de \$80.000.000, o la suma que se estime conforme al mérito de los antecedentes y en derecho fijar.

Agregar que, en el presente caso se contempla un daño de carácter moral o extrapatrimonial, lo cual implica determinar el significado de la teoría de la pérdida de la oportunidad aclarando que el caso de marras no sólo se ajusta con precisión a cada una de las hipótesis sobre la naturaleza jurídica de la teoría en comento, sino que refuerza el fundamento sobre el daño moral que se exige indemnizar, pérdida de la oportunidad-.

Indica que, sector doctrinario que acoge esta postura de la naturaleza de la pérdida de la oportunidad afirma que las oportunidades constituyen entidades de connotación patrimonial, y a su vez que tiene un valor en sí mismas puesto que representan la posibilidad actual de generar un beneficio en el futuro. Así los juristas peruanos don Felipe Osterling y Alfonso Rebaza, afirman que “la pérdida de oportunidad, o pérdida de la chance como se le denomina en la doctrina comparada, intenta recuperar el agravio que se produce cuando el acto dañino ha frustrado la posibilidad -todavía no era certidumbre- de obtener una cierta ventaja patrimonial o de evitar una pérdida. Ello determina que se haya privado al sujeto agraviado de ejercer las posibilidades que tenía de obtener un beneficio patrimonial o de evitar un menoscabo que, aunque futuro, no por ello puede desestimarse su obtención”

Así las cosas explica que la expectativa ya integrada en el patrimonio de la persona, es lo que justifica la reparación del agravio y consecuentemente la indemnización de perjuicios de la víctima que opera en favor de sus representados por efecto rebote, lo cual no sólo se manifiesta en las expectativas constitutivas del patrimonio de la persona sino que además en que la víctima se encontraba ejerciendo un trabajo que aumentaba su patrimonio y que si bien es cierto, fue interrumpido por su condena, también es preciso mencionar que no obstante la situación aleatoria, existía en la víctima una clara realidad de seguir adelante con el mismo cargo puesto que el cumplimiento de la condena tenía menos de 2 años



para ser plenamente cumplida en módulo de buena conducta, llegando así a configurar la hipótesis jurídica de la presente teoría, considerando la misma expectativa como parte integrante del patrimonio de la persona.

Sostiene que, en la especie la pérdida de la oportunidad como lucro cesante, admite plena cabida en la hipótesis del caso de marras, por cuanto se deberá formular una previa distinción entre la ventaja que se encontraba a favor de la víctima de autos y el perjuicio, pero de carácter autónomo y distinto a las categorías dañosas tradicionales. Así, el ejercicio laboral continuo en el tiempo y suspendido por el cumplimiento de la condena, implica que el solo hecho de que exista una mera probabilidad de obtener una ganancia debe ser constitutivo de indemnización, a raíz de que el principio de mera certeza en materia de lucro cesante admite gran laxitud.

Por lo anterior, indica que se configura a la vez la pérdida de la oportunidad como daño extrapatrimonial o moral, pues no obstante haber dado cumplimiento el presente caso, a cada una de las teorías anteriormente mencionadas, aclara que no sólo informa sobre la completa y pertinente configuración de la presente hipótesis, sino que además el beneficio de carácter económico e inclusive morales que pudiere haber tenido la víctima, y que efectivamente perdió a raíz del deceso del mismo producto del actuar imputable de Gendarmería de Chile, es propio de la esfera extrapatrimonial del mismo, cuya merma es de tipo moral o espiritual en donde los sentimientos de la víctima son susceptible de indemnización a favor de sus padres, por la íntima relación y consiguiente efecto rebote.

Asevera, que la víctima hasta el momento de ser privado de libertad por el delito por el que cumplía condena en el penal de Alto Hospicio, trabajaba en el centro de llamadas Quasar, Rol único tributario N°10.326.700-5, ubicado en calle Centro comercial Santiago Polanco N°2315, local N°16, Lo Molles, Tarapacá, Iquique, en donde sus honorarios ascendían la suma de \$210.000, conforme al contrato individual de trabajo de fecha 1 de Agosto de 2013. Establecida la procedencia de la indemnización de la pérdida de una oportunidad como daño



extramatrimonial o moral y el derecho que asiste a sus representados a demandarla, corresponde señalar que en este caso particular se solicita que se condene al Fisco de Chile a pagar por este concepto a: 1.- Don Carlos Alberto Rojas Claro, la suma de \$3.885.000, o la suma que se estime conforme al mérito de los antecedentes y en derecho fijar; 2.- Doña Jimena Josefina Astorga Santoro, la suma de \$3.885.000, o la suma que se estime conforme al mérito de los antecedentes y en derecho fijar.

Añade que la responsabilidad internacional por vulneración de Derechos Humanos, encuentra su fundamento en la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, la cual fue ratificada por el Estado de Chile mediante la dictación de Decreto Supremo N°873, de fecha 23 de agosto de 1990 y publicada en el Diario Oficial el 05 de Enero de 1991. En donde la convención además de consagrar un buen número de derechos estableció una serie de órganos tendientes a la propensión del respeto y defensas de estos derechos, los cuales son la Comisión y la Corte Internacional de Derechos Humanos.

Expone que, los argumentos fácticos latamente esgrimidos por esta parte en el presente libelo, dan cuenta de un caso totalmente competente para la Corte Interamericana sobre vulneración de Derechos Humanos, por cuanto procede indemnización tanto por los perjuicios materiales como por los inmateriales como es el daño, en favor de las víctimas directas o de sus familiares, fundado en que la indemnización compensatoria no representa un enriquecimiento ni empobrecimiento para los perjuicios, atendido a la equidad si se trata de daño moral.

Señala que, la jurisdicción no solo se limita a verificar denuncias y ordenar que el Estado infractor cese su actividad ilícita, sino que además se puede contemplar la determinación de reparación del Estado en favor de las víctimas, por haber transgredido los derechos humanos.

Por lo anterior, solicita al Tribunal tener por interpuesta demanda de indemnización de perjuicios, y en definitiva, acogerla en todas sus partes,



declarando: Que se acoge la demanda en todas sus partes; Que Gendarmería de Chile incurrió en falta de servicio, que trajo como consecuencia el fallecimiento del recluso don Víctor Rojas Astorga; Que se condena al demandado: a pagar a don Carlos Alberto Rojas Claro, la suma de \$80.000.000, o la suma que se estime conforme al mérito de los antecedentes y en derecho fijar, por indemnización del daño moral, en virtud de la responsabilidad extracontractual del Estado; a pagar a doña Jimena Josefina Astorga Santoro, la suma de \$80.000.000, o la suma que se estime conforme al mérito de los antecedentes y en derecho fijar, por indemnización del daño moral, en virtud de la responsabilidad extracontractual del Estado; a pagar a don Carlos Alberto Rojas Claro, la suma de \$3.885.000, o la suma que se estime conforme al mérito de los antecedentes y en derecho fijar, por indemnización de la pérdida de una oportunidad como daño moral; a pagar a doña Jimena Josefina Astorga Santoro, la suma de \$3.885.000, o la suma que se estime conforme al mérito de los antecedentes y en derecho fijar, por indemnización de la pérdida de una oportunidad como daño moral; que las sumas señaladas anteriormente deberán pagarse debidamente reajustadas y con intereses; y, que se condene en costas.

A 15 de mayo de 2018, comparece don **MARCELO FAINE CABEZON**, Abogado Procurador Fiscal de Iquique, por el **FISCO DE CHILE**, contestando la demanda, solicitando sea rechazada en todas sus partes, con costas.

Inicia su contestación de la demanda efectuando una breve consideración previa en cuanto a la responsabilidad del Estado, y aclara que la naturaleza jurídica general del estatuto de responsabilidad del Estado es por falta de servicio.

Señala que, los artículos 4 y 42 de la Ley General de Bases de Administración del Estado, disponen: "El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado", y "Los órganos de la administración serán responsables del



daño que causen por falta de servicio. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal".

Sostiene que, para la claridad del debate, es necesario dejar asentado que la responsabilidad del Estado por falta de servicio de la Administración no es objetiva. En primer término, explica que cuando se habla de responsabilidad objetiva se alude a aquellos excepcionales sistemas de resarcimiento en los cuales se excluye todo elemento subjetivo para la configuración de la obligación indemnizatoria, bastando el daño y la relación de causalidad material. Sin embargo, el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado en Chile se encuentra establecido de manera general en el artículo 42 de la LBGAE, que incorpora los conceptos de falta de servicio y falta personal.

En síntesis agrega que, la falta de servicio no es otra cosa que una imputación culposa de la administración. De hecho la expresión que consagra la ley fue tomada del francés "*faute de service*", que se traduce como "culpa del servicio".

Agrega que, para que opere la responsabilidad del Estado por falta de servicio debe probarse el no funcionamiento del mismo, el mal funcionamiento del servicio o el funcionamiento tardío, lo que nos traslada al terreno de la responsabilidad subjetiva, en donde no basta sólo el daño y la causalidad.

Continúa citando jurisprudencia y autores respecto al tema; y finaliza señalando que para determinar la existencia de una falta de servicio se precisa necesariamente el ejercicio de una visión crítica de análisis de gestión, de calidad y de oportunidad de funcionamiento, que permita establecer, en un caso concreto, si un servicio público determinado, perteneciente a la Administración del Estado, actuó o no en la forma debida y esperable; si no actuó debiendo hacerlo; o si su actuación fue tardía o fue defectuosa. Un reparo o reproche de legitimidad, como también ha dicho la Excma. Corte Suprema.

En relación a la falta de servicio de Gendarmería de Chile cita la sentencia dictada por la Excelentísima Corte Suprema en autos rol N°4746-2017 que en las



partes a destacar señala: “la falta de servicio, la que se ha definido por esta Corte “como una deficiencia o mal funcionamiento del Servicio en relación a la conducta normal que se espera de él, estimándose que ello concurre cuando aquel no funciona debiendo hacerlo y cuando funciona irregular o tardíamente, operando así como un factor de imputación que genera la consecuente responsabilidad indemnizatoria, conforme lo dispone expresamente el artículo 42 de la Ley N° 18.575.” y “que la falta de servicio no se funda exclusivamente en el hecho que ha provocado el daño, es decir, en la causalidad material, sino que es necesario acreditar el mal funcionamiento del servicio, esto es, que la Administración no ha cumplido su deber de prestar el servicio en la forma exigida por el legislador. Si bien se trata de un mecanismo bastante avanzado de responsabilidad, no llega a una que sea objetiva o total.”

En cuanto a las alegaciones de fondo, comienza señalando que controvierte expresa y formalmente los hechos en la forma en que han sido expuestos en la demanda, teniendo por cierto sólo aquellos que se reconozcan como efectivos.

En cuanto a las excepciones, en primer lugar opone la excepción perentoria de inexistencia de los hechos ilícitos relatados en el libelo como fundamento de la acción, lo fundamenta en que, el día de los hechos, el sr. Rojas Astorga se encontraba interno en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Alto Hospicio, dependiente de Gendarmería de Chile y, que de la prueba documental aportada por la parte demandante, el hijo de los actores tuvo activa participación en un riña, incluso aparentemente iniciada por él, y en la cual resultó con graves heridas que le provocaron su muerte. Continúa señalando que el autor de las lesiones que le provocaron la muerte corresponde al Sr. Angelo Luciano Bustamante Escudero, quien en sus declaraciones ha aportado antecedentes que guardan correspondencia y armonía con la de otros testigos de los hechos, en cuanto a establecer que el contexto de ocurrencia de los hechos fue de riña. Los hechos señalados, son objeto de indagación penal en la carpeta RUC 1500925307-3 de la Fiscalía Local de Alto Hospicio, también sustanciada bajo el Rit N°12.470-2.015, y



en la cual figura como único imputado, formalizado y acusado, el sr. Angelo Luciano Bustamante Escudero.

Indica que, Gendarmería de Chile inició indagación administrativa para esclarecer los hechos. Así, por Resolución Exenta N°1373 de fecha 13 de octubre de 2015 del Director Regional de Tarapacá de Gendarmería de Chile, se ordenó instruir Sumario Administrativo a fin de establecer la situación y la eventual responsabilidad administrativa que podría afectar al personal de servicio de la agrupación modular 43 al 46 que se encontraba de servicio el día 25 de septiembre de 2015.

Añade que el sumario administrativo fue tramitado de conformidad a lo dispuesto en el Estatuto Administrativo, y que en éste se efectuaron todas las gestiones investigativas necesarias para esclarecer los hechos toma de declaraciones remisión y solicitud de oficios, recabando antecedentes que sirvieron de base para determinar las circunstancias en que ocurrieron los hechos investigados y que permitieron establecer la falta de participación de funcionarios en los acontecimientos denunciados, bajo forma o modalidad alguna, incluso la que sugiere la parte demandante.

Puntualiza que del sumario administrativo, se desarrollaron las siguientes gestiones en la investigación: a) la declaración del Suboficial Miguel Patricio Díaz Escobar, quien ratificó en todas sus partes su declaración prestada ante Oficial investigador, en que refirió que el día 25 de septiembre de 2015, en el interior del Módulo N°44 pudo observar que en el interior se encontraba una gran cantidad de internos exaltados, con claras intenciones de ocasionar una riña, por lo cual ingresa a las dependencias a fin de realizar un allanamiento a los reclusos, en ese momento internos comienzan a gritar que había un interno herido, auxiliando de forma inmediata al sr. Rojas Astorga, el que fue derivado al hospital penal. Del mismo modo visualizo al interno Ángelo Bustamante Escudero, en momentos que arrojaba bajo las escaleras, debajo de las cámaras de alcantarillado, un arma cortopunzante; b) la declaración del interno Ángelo Luciano Bustamante Escudero



quien refiere que el día 25 de septiembre de 2015 se encontraba caminando a eso de las 09.30 en el patio del módulo 45 cuando el interno sr. Rojas Astorga, le grita, señalándole que debían pelear por algunos problemas del exterior, en los que no tenía nada que ver, insistiendo en ello armándose de dos armas cortopunzantes, por lo cual debió armar una tijera con un trozo de madera, para pelear en la esquina donde no lo observara la cámara de vigilancia. En esa pelea el interno Bustamante reconoce haber agredido en varias ocasiones con su arma al interno sr. Rojas Astorga; y c) a la vez, la declaración del interno Sergio Retamales Borroye, quien refiere que el día 25 de septiembre de 2015 a eso de las 09.30 junto a Ángel Bustamante querían jugar a la pelota, cuando el interno sr. Rojas Astorga invitó a pelear al Ángel, tratando de evitar la pelea pero el interno sr. Rojas Astorga no quiso, peleando el interno Ángel sólo para proteger su vida.

Sostiene el demandado que, el sumario culmina con un Dictamen Final de fecha 07 de diciembre de 2015, en el cuál realiza una relación de los hechos, decretando la no existencia de funcionarios inculcados ni responsables entre aquellos destinados a la agrupación 43-46 del Complejo Penitenciario de Alto Hospicio, que se encontraban de servicio el día 25 de septiembre de 2015, donde al interior del módulo 45 y producto de una riña resultó muerto el interno sr. Rojas Astorga. Se pudo establecer en dicho instrumento que no existió responsabilidad administrativa del personal de dotación del C.P. de Alto Hospicio, esto es, la misma conclusión a la que arribó la indagación penal, que tiene a un único inculcado, formalizado y acusado.

Agrega que, la médico de turno a la fecha de los hechos, doña Verónica de las Nieves Moreno Rojo, según informe Policial N°745, en la cual refiere haber atendido al sr. Rojas Astorga junto a otras tres enfermeras, quien presentaba tres heridas cortopunzantes. Que no obstante haber iniciado maniobras avanzadas de reanimación, presentó un paro cardiorrespiratorio, falleciendo producto de la herida penetrante torácica.



Enfatiza que, la personalidad del sr. Rojas Astorga, respecto a que pueda o no ser verosímil su participación en la riña de marras, como instigador de ella como refieren los testigos del hecho, hace presente la existencia de sus antecedentes conductuales, vinculados a la actividad persecutora del Estado. Destaca especialmente en éstos, la investigación Ruc N° 101001603-8 de la Fiscalía Local de Alto Hospicio por delito de Lesiones Menos Graves cometido en el CCP de Alto Hospicio, terminada por archivo provisional, la que fue iniciada por Parte Denuncia N°270, y donde consta la declaración del sr. Rojas Astorga admitiendo su autoría en la agresión a tres internos en razón que ellos le habrían sustraído \$40.000, agregando textualmente que: "...tomé la determinación de echarlos del módulo.". Huelgan comentarios (res ipsa loquitur).

Sostiene que la jurisprudencia citada por el demandante no se coindice con los hechos que fundan su pretensión.

Agrega que, los hechos sublite, tal como los propone la misma parte demandante apoyada en su propia prueba documental bajo circunstancia alguna ellos permiten tener por configurada la pretendida falta de servicio del Estado en materia penitenciaria, precisamente porque el fallecimiento del interno sr. Rojas Astorga fue directamente causado por otro interno Ángel Luciano Bustamante Escudero, en el contexto de una riña, en la cual el propio afectado tuvo activa participación. Así, los hechos sublite no tienen la connotación necesaria para ser calificados como generadores de responsabilidad estatal, ya que conforme a los hechos que la propia parte demandante ha llevado a pleito, es posible inferir que no ha existido un mal funcionamiento de Gendarmería de Chile, entidad que no ha cometido infracción alguna al deber de cuidado que le es exigible.

Reafirma que, Gendarmería se comportó en forma adecuada, prestando a la víctima directa la seguridad que le era exigible de acuerdo a un servicio normal en las circunstancias que rodearon el suceso, prestándole rápido auxilio en la riña en la cual se vio involucrado, y procurándole atención inmediata de primeros auxilios de primer nivel, mediante la profesional médico de turno y tres



enfermeras. No existiendo causalidad material alguna entre alguna actuación/omisión de Gendarmería de Chile o de alguno de sus agentes, y el fallecimiento ocurrido.

Opone también, en subsidio, la excepción de falta de legitimación pasiva, por existir únicamente una falta personal de los agentes, la que no es constitutiva de falta de servicio, señalando que los hechos expuestos en la demanda, son únicamente una falta personal cometida por funcionarios de Gendarmería de Chile, que no es constitutiva de falta de servicio, por aparecer completamente desvinculada, en cuanto a su forma y fondo, de las funciones de la referida institución policial, pues el Estado-Fisco no es responsable civilmente de hechos como los señalados en la demanda que, de existir y ser efectiva su ocurrencia, constituirían de las más graves falta posibles de cometer.

Da por reproducida íntegramente la excepción anterior, por razones de economía procesal.

Agrega que, se ha entendido que los actos de la Administración que ocasionen un daño y que sean susceptibles de ser introducidos en el reproche subjetivo al Estado Administrador, sin identificarse al autor, no hallándose individualizado el perpetrador material de la lesión, involucra necesariamente que el primero deberá indemnizar a la víctima. Al contrario, si existen uno o más funcionarios individualizados, éstos, en principio, no ocasionarán que responda la persona jurídica de la cual dependen, salvo que se determine que su intervención es susceptible de ser calificada como una situación en la que ha de responder el organismo público por falta de servicio. De esta forma surge de forma separada el concepto de falta personal, que resulta de disociar imaginariamente la responsabilidad del servicio de la del funcionario, siempre que el segundo haya obrado de forma disociada al primero, como acontece en la especie.

Sostiene que el grosero alejamiento de las obligaciones funcionarias, motivados por afanes delictivos personales completamente apartados de sus



labores, hace romper todo vínculo de responsabilidad con el Estado-Fisco. Citando jurisprudencia en ese sentido.

Señala que, para el caso concreto, se está en presencia de un doble incumplimiento de los requisitos de los artículos 4 y 42 de la Ley N°18.575. Por una parte resulta insostenible que la actuación de los funcionarios de Gendarmería de Chile, en la forma que postula el libelo, se haya llevado a efecto en el contexto de un mero cumplimiento imperfecto de obligaciones funcionarias, lo que destruye la hipótesis de una falta de servicio, y por otro, resulta tan apartada y exótica la conducta imputada a funcionarios de Gendarmería de Chile, que entonces resulta manifiesta la motivación exclusivamente personal en sus designios violentos, lo que destruye la hipótesis de falta personal constitutiva de falta de servicio, sino que únicamente se está en presencia de una falta personal de aquellas que no generan responsabilidad patrimonial para el Estado-Fisco. Por tanto, la conducta imputada en el libelo no fue cometida ni con motivo ni con ocasión de sus funciones.

Así, solicita que la demanda debe ser rechazada por haber actuado los presuntos responsables inspirados en móviles enteramente personales, quedando sus actuaciones absolutamente fuera del servicio que les fuera cometido por Gendarmería de Chile. Los actos personales de los agentes, ejecutados en la forma y con la inspiración que postula el libelo, a lo sumo serían entonces una falta personal no constitutiva de falta de servicio.

Por lo anterior, la demanda no puede prosperar por existir falta de legitimación pasiva en relación al Estado-Fisco, debiendo los actores dirigir sus pretensiones en contra de quienes resulten ser personalmente responsables de los hechos, los que deben responder en lo civil, de forma exclusiva y excluyente.

Opone también, en subsidio, la excepción de falta de legitimación pasiva, por existir únicamente un acto personal impropio de los agentes, la que no es constitutiva de fuente responsabilidad por hecho ajeno para el Estado-Fisco, para el evento que se estime probadas todas y cada una de las afirmaciones de la parte



demandante, fundado en que los hechos únicamente son un acto personal impropio cometido, presuntamente, por funcionarios de Gendarmería de Chile, que en caso alguno es constitutiva de fuente de responsabilidad por el hecho ajeno. En efecto, el Estado-Fisco no es responsable civilmente de los hechos imputados y que significaron la facilitación de la exposición de don Víctor Rojas Astorga a las lesiones de terceros y que causaron la muerte relatada en autos.

Sostiene que, la demanda debe ser rechazada por cuanto, aún en el evento de ser efectivas las afirmaciones del libelo, tales conductas serían del todo alejadas a las funciones de Gendarmería de Chile y habrían importado la comisión de delitos imposibles de prever o impedir con cuidados ordinarios o hasta extraordinarios lo que relaciona con los artículos 2320 y 2322 del Código Civil. De esta forma, la demanda no puede prosperar por existir falta de legitimación pasiva en relación al Estado-Fisco, debiendo los actores dirigir sus pretensiones en contra de quienes resulten ser personalmente responsables de los hechos, los que deben responder en lo civil, de forma exclusiva y excluyente, al igual que en lo penal.

En subsidio de todo anterior, excepciona por la improcedencia de la demanda, especialmente montos indemnizatorios impetrados y prueba del daño, indicando que reproduce en esta excepción la alegación de total negación y controversia de todos los hechos, como de los daños alegados por la demanda.

Sostiene que todo tipo de daño debe ser probado a satisfacción por los medios de prueba legal: actuación ilícita, nexo causal, perjuicio, y en lo subjetivo, en este caso, dolo.

Señala que corresponde a la parte demandante demostrar que existían medios concretos en base a los cuales la superioridad funcionaria podía haber previsto o impedido el actuar de los funcionarios que habrían facilitado las lesiones que resultaron en el fallecimiento del sr. Víctor Rojas Astorga, invocando la sentencia de casación dictada por la Excma. Corte Suprema con fecha 22 de abril del año 2013 en los autos Rol E. Corte Suprema N° 11614-2011, la que señala



que el daño moral debe ser real y no hipotético, debiendo ser demostrado por los medios que establece la ley.

Agrega que, todos y cada uno de los requisitos de procedencia de la indemnización en sede extracontractual deben ser probados a satisfacción por la parte demandante: actuación ilícita, nexo causal, perjuicio, y en lo subjetivo, en este caso, dolo.

En lo referente al acápite señalado, sostiene la improcedencia de la demanda, debiendo los daños alegados, especialmente los morales, ser probados a satisfacción por los medios que al efecto franquea la Ley, al tenor de los argumentos vertidos.

Agrega que, de forma conjunta, es necesario hacer presente que el monto de la indemnización no puede determinarse atendiendo a la gravedad del hecho, pues como dice Alessandri, "la culpabilidad del agente no tiene influencia alguna en él: cualquiera que sea, trátase de un delito o cuasidelito, sea la culpa grave, leve o levísima, la reparación no puede aumentarse ni disminuirse en atención a ella" (Arturo Alessandri R., "De la responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno", Stgo., 1943, n° 455, P, pág. 545).- De mismo modo, recuerda que la indemnización no es pena, y por tanto el monto de la indemnización no puede ser fijado por el Tribunal con criterio punitivo o castigador, sino considerando la naturaleza meramente satisfactiva que corresponde a la reparación del daño moral.

Enfatiza que, es cierto que en esta materia la regulación queda entregada en definitiva, en caso de ser procedente la indemnización, al fallo del Tribunal. Pero, por una parte, el juez debe obrar con prudencia, como lo señalaba el profesor Alessandri, cuando dice "en todo caso, el juez al avaluar este daño, debe proceder con prudencia, tanto para evitar los abusos a que esta reparación puede dar origen, cuanto para impedir que se transforme en pena o en un enriquecimiento sin causa para quien lo demanda" ("De la Responsabilidad Extracontractual", Stgo., 1943, p. 563).



Agrega que, toda indemnización de perjuicios debe, antes que nada, ajustarse a la razonabilidad y ser equitativamente evaluada conforme a criterios jurídicos, a condición por cierto que tales daños resulten fehacientemente probados, sin que corresponda presumirlos, ni aún en lo referente al daño moral.

Por lo expuesto, pide que en el hipotético evento que se considere que el Fisco de Chile debe indemnizar el daño moral invocado, se debe establecer un monto de acuerdo a los criterios reiteradamente sustentados por la Jurisprudencia y rebajar el monto de la demanda a una cantidad equitativa, justa, y acorde al principio de igualdad ante la Ley consagrado en la Constitución Política de la República.

A la vez, solicita la rebaja de las indemnizaciones que se pretenden, señalando al efecto que para el caso que se estime que las excepciones de fondo no enerven totalmente la acción indemnizatoria interpuesta, se las considere nuevamente para morigerar la responsabilidad pecuniaria que se pretende del Estado-Fisco, debiendo, por tanto, ponderarse de nuevo el valor de cada una de ellas, asignando a su representado sólo la responsabilidad pecuniaria que en Derecho le corresponda.

Adicionalmente, en el mismo contexto subsidiario, opone la excepción de exposición imprudente al daño del artículo 2330 del Código Civil, aplicable a las víctimas por repercusión, señalando jurisprudencia nacional, y fundado en lo ya expuesto, y la prueba documental aportada por la parte demandante que permite dar por establecido que el Fisco de Chile/Gendarmería de Chile, y sus agentes, obraron conforme a Derecho dentro de un estándar racionalmente esperable y exigible en el cuidado de sus internos a la fecha de los hechos. Constando la identidad de quien ocasionó el fallecimiento del hijo de los demandantes, quien es don Ángel Luciano Bustamante Escudero, y que ocurrió en el contexto de una riña, en la cual el propio afectado tuvo activa participación, por lo que se configura la reducción indemnizatoria, total o parcialmente.



Finalmente, señala que la parte demandante ha solicitado en la petitoria de su libelo que las sumas a que fuere condenado eventualmente el Fisco de Chile, evento improbable y que se fundaría en hechos y circunstancias que rechaza categóricamente, se paguen más reajustes e intereses.

Sostiene que la indemnización que pudiere eventualmente llegar a regularse, sería fijada por el Tribunal en la sentencia, en valores de poder adquisitivo imperantes a la fecha de su dictación, de manera que no corresponde aplicar reajustes a esas sumas, sino sólo con posterioridad a tal regulación, desde que la sentencia quede ejecutoriada y hasta el pago efectivo, en la forma que señala el artículo 752 del Código de Procedimiento Civil para el cumplimiento de las sentencias que condenen al Fisco al pago de prestaciones pecuniarias.

Explica que, en definitiva si existe alguna condena al pago de intereses y reajustes pudiera afectar a su parte, éstos sólo deben de computarse una vez que se encuentre ejecutoriado el fallo que reconoce el derecho impetrado, y fija el monto de la indemnización.

Por lo anterior, solicita tener por contestada la demanda, y en definitiva, rechazarla en todas sus partes, con costas.

A 25 de mayo de 2018 comparece don **CLAUDIO AGÜERO SEPÚLVEDA**, abogado, por los demandantes, evacuando el trámite de réplica, reiterando íntegramente lo señalado en la demanda.

Agrega que, su parte sostiene que la responsabilidad del Estado es de carácter subjetiva y que se refiere a la responsabilidad de carácter objetiva solo para el evento que el Tribunal estime que deba ser objetiva.

Comparte lo sostenido por don Pablo Rodríguez Grez en materia extracontractual quien afirma que “la responsabilidad por un ilícito civil típico supone la existencia de un daño susceptible de repararse. Sin daño no hay responsabilidad extracontractual, como quiera que la conducta incriminada esté sancionada o descrita en la ley”.



Señala que Gendarmería de Chile en su actuar habría infringido una serie de normas que cita, junto a doctrina y jurisprudencia.

Afirma que la demandada no desvirtúa los hechos que argumentó en su demanda.

Señala que, se afirma por la demandada que Gendarmería no ha tenido un mal funcionamiento y para ello asume dos fundamentos como plausibles, el primero de ellos relativo al fallo de la Excelentísima Corte Suprema, Rol 4.746-2017 en donde se describe lo que debe entenderse como falta de servicio; y el segundo relativo a solamente afirmar que el Complejo Penitenciario de Alto Hospicio no ha incumplido normativa alguna o bien no ha existido un mal funcionamiento del servicio, pero a su vez le llama la atención que tal afirmación última no contenga fundamentos que logren desvirtuar su responsabilidad ante la calidad de garante, sino que por el contrario atribuye tal responsabilidad al hecho de que el interno Ángel Bustamante Escudero reconoce el ilícito de haber asesinado al hijo de sus representados, pero sin informar a este Tribunal sobre la ocurrencia de que aquel interno se encontraba en un módulo total y absolutamente distinto, lejano y llamativamente solitario practicando el ilícito.

A la vez, los hechos descritos en la demanda de autos y no contrariados por la demandada, permite dar cuenta de que efectivamente se ha incumplido la normativa que regula al Complejo Penitenciario de Alto Hospicio, por lo que resulta procedente rechazar la afirmación de la contraria limitada solo a una exposición de fallos.

Sostiene que, lo anterior da cuenta de que procede la falta de servicio en el actuar del Complejo Penitenciario de Alto Hospicio-Fisco de Chile, toda vez que se cumplen los siguientes requisitos fundantes: I. Existencia de una actividad-actos, hechos u omisiones- realizada por un órgano del Estado. Siendo así una responsabilidad civil extracontractual de carácter directo, más allá de la discusión que pretende plantear la demandada; II. Existencia de una causa o relación causal



entre la actividad-omisión y el resultado dañoso; y III. La existencia de una lesión o menoscabo en los derechos de la víctima.

Alega que, de las propias declaraciones y contradicciones de los guardias quienes actúan en representación del órgano Gendarmería-Fisco- la demandada no ha logrado esclarecer con precisión la ausencia del personal en el lugar de los hechos y sobre todo la falta de atención médica inmediata al existir un peligro inminente en la vida de la víctima.

Señala que, al estar en presencia de un daño causado por el Complejo Penitenciario de Alto Hospicio es directa y no requiere subdistinciones, ya que resulta inútil investigar el fuero interno del funcionario que perpetra materialmente la lesión. La falta de personal y de servicio viene a adoptar un rol complementario al daño en la determinación del fundamento de la responsabilidad.

Por lo expuesto, señala que el argumento sobre la descripción de la Teoría Objetivo Constitucional, que desarrollo en la demanda, sin perjuicio de que reitera que asume la teoría subjetiva como calificable pero que se requiere señalar que la extensión del daño atañe incluso aquella objetiva, es que la demandada en su parcial mirada ha contestado limitándose solo a señalar que la falta de servicio es aquella cuyo modelo aplicable es subjetivo, sin que desvirtúe de forma general su postura.

En relación a la excepción de inexistencia de los hechos ilícitos relatados en el libelo, destaca que la demandada ignora los hechos descritos y ocurridos con fecha 25 de septiembre de 2015, en especial a los que se refieren a las armas incautadas; la causa de muerte de don Víctor Rojas Astorga, quedando de manifiesto que Gendarmería de Chile no evitó ni intervino en el ataque de que fue víctima el hijo de los demandantes, sino que luego de que este ocurriera, no contaba ni con el personal suficiente ni con el servicio oportuno de los medios de sobrevivencia, que permitieran sobrevivir a la víctima, es decir, el fallecimiento tuvo su origen en circunstancias evitables.



Sostiene que, existe una contradicción en cuanto a la hora de fallecimiento de Víctor Rojas Astorga, pues existe una denuncia a las 11.00 horas por resultado de muerte, siendo que en la propia descripción de los hechos por parte de Gendarmería de Chile según parte N°1.578, el fallecimiento se produjo a las 10.30 horas, mientras que el certificado de defunción fija la data de muerte a las 11.30 horas, entre otros incumplimientos a la garantía que atañe sobre la demandada.

Señala que, lo anterior también puede ser contextualizado bajo el extraño actuar de la demandada, toda vez que, el único interno confeso don Ángel Bustamante Escudero, de todos aquellos que participaron en la comisión del delito, fue trasladado tan solo un día antes al módulo N°45 de buena conducta, esto es, tan solo el día 24 de septiembre de 2015, sin que exista un informe que justifique tal traslado, sobre todo si se considera que la demandada en la página 12 párrafo primero de su escrito de contestación afirma que los funcionarios de la institución pública no tuvo participación alguna, lo que equivale a decir una falta total de participación no obstante existir un mandato legal que regula precisamente el deber de garante, según la normativa respectiva citada.

Le resulta llamativo como se ha ignorado el contenido del empadronamiento y entrevista a don Miguel Díaz Escobar y a don Rubén Rojas Prado, en donde éste último manifiesta que: “El día de hoy a eso de las 09.30 horas, me entroncaba realizando un allanamiento en el módulo 44, cuando de repente escuche mucha bulla en el módulo 45, razón por la cual me acerque a la reja y observe que varios internos sostenían a otro interno de sexo masculino, quien tenía toda la zona abdominal con líquido color pardo rojizo”, lo cual contradice el Informe de Gendarmería que acompañó con la demanda, en donde se afirma que los hechos ocurrieron a las 10.30 horas y el deceso de la víctima fue a las 11.30 horas, existiendo una hora de diferencia en el relato, sumado a que el funcionario no presencia los hechos, por cuanto no es posible tener por acreditado su declaración en la investigación.



En relación a la excepción de falta de legitimación pasiva, por existir únicamente una falta personal de los agentes, la que no es constitutiva de falta de servicio; y por existir únicamente un acto personal impropio de los agentes agrega que se tenga por reiterado todos y cada uno de los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho que esta parte ha ofrecido en la demanda, sumando especial énfasis en que se está en presencia de una falta de servicio de parte del Fisco de Chile, lo cual no significa culpa del servicio, sino que una ausencia del servicio, una inactividad u omisión, lo cual se encuentra plenamente acreditado por el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) la existencia de una norma positiva que obligue a la administración a prestar el servicio, como ocurre con lo dispuesto en los artículos 1, 6, 7 y 19 Nsº1 y 9 de la Constitución Política de la Republica, artículos 1,3 y 15 de la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile y artículos 1,2,6 inciso 3, 10 letra d) y 25 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios; b) que se acredite que el servicio no prestó o se prestó en forma inadecuada o tardíamente el servicio, lo cual indica, se encuentra plenamente ratificado con lo expuesto en el informe emitido por Gendarmería sobre las faltas de personal y de cámaras entre otras; c) que el perjuicio se pruebe; y d).- que se pruebe que el perjuicio se produjo por la falta de servicio -causa o relación de causalidad. Todos ellos se cumplen según latamente ha explicado y detalla.

Fundamenta que el Estado es absolutamente responsable de sus actos u omisiones, precisamente a raíz de que la jurisprudencia y doctrina desde hace varios años ha reconocido tal legitimación pasiva, si se ha infringido las siguientes disposiciones: Artículos 6º; 7º, 19 Nº2-20-24, y 38 de la Constitución Política de la República; y Leyes complementarias básicas, como artículo 38 inciso 2º y 42 de la Constitución Política de la República, y otras disposiciones legales aplicables.

Expone que, se configura plenamente la legitimación pasiva, ya que tal como ha expuesto latamente, resulta responsable el actuar del Fisco de Chile no obstante después pueda repetir en contra de los funcionarios que estime



responsable de la acción u omisión dolosa o culpable, debiendo rechazar la excepción opuesta por falta de fundamento y de valoración a la prueba en autos.

Indica que, en cuanto a la improcedencia de la demanda, especialmente montos indemnizatorios impetrados, prueba del daño, le llama la atención que la demandada afirme que los hechos descritos no implican una responsabilidad civil que atañe a su entidad, siendo que se reconoce en el relato de su contestación que aquellos hechos ilícitos demandados por esta parte, ocurrieron en dependencias del Complejo Penitenciario de Alto Hospicio y por sus funcionarios.

Por lo anterior, le extraña la afirmación expuesta por la demandada en que si el daño ha sido ocasionado por personas naturales cuya individualización está presente, la persona jurídica no responde, lo que desconoce precisamente que toda persona jurídica puede incurrir en responsabilidad simple o compleja, es decir, aquella proveniente de un hecho personal y en responsabilidad proveniente del hecho ajeno, de una cosa o de un animal; pero que con mayor razón incurre en responsabilidad legal o sin culpa, desde que ésta no tiene otra fuente que la ley.

Precisa que, el hecho material u omisión constitutivo del hecho ilícito ha de ser ejecutado por una persona natural, toda vez que la persona jurídica es un ser ficticio, el cual no puede obrar por sí misma, por lo que se ha entendido jurisprudencialmente que la responsabilidad civil que atañe a la persona jurídica debe ser entendida como ejecutada por sus administradores o dependientes, pesando sobre la persona jurídica la responsabilidad civil resultante del daño causado por esos administradores o dependientes.

Así, indica que las personas jurídicas son absolutamente responsables de un delito o cuasidelito, sea de acción u omisión, cuando éste ha sido cometido por sus órganos, esto es, por las personas naturales o demás funcionarios dependientes en quienes reside precisamente la voluntad de la persona jurídica según la ley o los estatutos, siendo así el órgano la encarnación de la persona



jurídica, en donde los actos del órgano son considerados y valorados como actos de la persona jurídica misma.

Afirma que, estamos en presencia de la aplicación pura de la denominada teoría del órgano, la cual sirve de fundamento jurídico para imputar al Estado o a las demás personas jurídicas de derecho público, la responsabilidad por los perjuicios ocasionados a los derechos e intereses legítimos de los administrados, a consecuencia de la actividad de los órganos de aquél. Dicha imputación es posible, sea que la causa del daño provenga de actuaciones materiales, intelectuales o técnicas, de actos administrativos, de omisiones, de retardos, del funcionamiento parcial o imperfecto, y también si la causa del daño es la actividad irregular, o ilegal, o la actividad regular y lícita de los órganos públicos. En relación con las omisiones o retardos, cabe tener presente el artículo 44 de la Ley N°18.575, que prescribe la responsabilidad de los órganos de la Administración del Estado por los daños que causen por falta de servicio.

Reitera la normas que justifican la responsabilidad del Estado e indica que la aplicación de la teoría del órgano en la responsabilidad extracontractual del poder público prescinde de toda consideración subjetiva relacionada con la conducta del agente público, como requisito esencial que deba ser tenido en cuenta para hacer recaer en el Estado la obligación de indemnizar a la víctima; toda vez que para la concurrencia de la responsabilidad y posterior nacimiento del derecho de la víctima a ser indemnizado es suficiente: a) que la actuación del agente público esté relacionada con el servicio u órgano público; y b) que haya un vínculo directo de causalidad entre la acción u omisión y el daño producido, hechos totalmente concurrente en el caso de marras, sin haber sido desvirtuados por parte de la demandada, quien se limitó solamente a afirmar la responsabilidad del interno, como si bastará para la inexcusabilidad.

Prosigue que, en cuanto a la determinación de la indemnización sin consideraciones excepcionales a la personal del demandado, reitera los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho expuestos en la demanda, y



aquellos argumentos fácticos y legales anteriormente descritos en el escrito de réplica, y refuta lo expuesto por el Fisco, toda vez que los ilícitos civiles –acción u omisión- ha generado perjuicios, los cuales se traducen en daño moral y la pérdida de la oportunidad por daño moral.

Señala la historia jurídica del daño moral nacional, y agrega que sus representados sufrieron un menoscabo o lesión en sus intereses íntimos y un dolor, puro dolor por la muerte de su hijo al interior del centro penitenciario, y que tienen derecho a que les sea reparado en su calidad de víctimas por repercusión o rebote.

En relación con lo anterior, una persona que tiene un vínculo estrecho con sus padres y sufre un perjuicio a consecuencia de un ilícito en general, esos padres sufrirán también un daño personal, el que será de mayor magnitud si por ese ilícito el hijo fallece, lo que es precisamente la situación que aconteció en autos, en que Víctor Rojas Astorga mantenía una relación estrecha, muy cercana y afectuosa con sus padres, lo que es una clara demostración de este vínculo cercano, y que es precisamente la razón de porque su fallecimiento produjo en los demandantes un dolor profundo y verdadero, que fundamenta la procedencia del daño moral.

En relación a los montos reitera lo señalado en la demanda, y lo mismo ocurre para fundamentar el daño que han sufrido sus representados por la pérdida de la oportunidad que alegan.

A 31 de mayo de 2018 comparece don **MARCELO FAINE CABEZÓN**, abogado, Procurador Fiscal de Iquique, por el Fisco de Chile, evacuando al trámite de dúplica, reiterando todas las alegaciones, excepciones y defensas opuestas en la contestación de la demanda.

Además, en cuanto a la naturaleza jurídica general de la responsabilidad del Estado por falta de servicio de la Administración, y a la falta de servicio en materia penitenciaria da por reproducida en todas sus partes lo ya señalado en el escrito de contestación de demanda, en el cual esta defensa fiscal abordó tanto en



lo doctrinario como en lo jurisprudencial la Responsabilidad de la Administración por falta de servicio, tanto en lo general como en lo particular para el ámbito penitenciario, reiterando la jurisprudencia señalada.

En cuanto a excepción de Inexistencia de los hechos ilícitos relatados en el libelo como fundamento de la acción da por reproducida en todas sus partes lo señalado en el escrito de contestación de demanda, en el cual la defensa fiscal abordó la inexistencia de los hechos ilícitos relatados en el libelo como fundamento de la acción, dando cuenta que los hechos sublite, tal como los propone la misma parte demandante apoyada en su propia prueba documental bajo circunstancia alguna ellos permiten tener por configurada la pretendida Responsabilidad del Estado por falta de servicio en materia penitenciaria, precisamente porque el fallecimiento del interno sr. Rojas Astorga fue directamente causado por otro interno, sr. Angelo Luciano Bustamante Escudero.

Así, reitera nuevamente, que los hechos sublite no tienen la connotación necesaria para ser calificados como generadores de responsabilidad estatal, ya que no ha existido un mal funcionamiento de Gendarmería de Chile, entidad que no ha cometido infracción alguna al deber de cuidado que le es exigible en el caso concreto. En el caso subjudice, Gendarmería se comportó en forma adecuada, prestando a la víctima directa la seguridad que le era exigible de acuerdo a un servicio normal en las circunstancias que rodearon el desgraciado suceso, prestándole rápido auxilio en la riña en la cual se vio involucrado, y procurándole atención inmediata de primeros auxilios de primer nivel, mediante la profesional médico de turno y tres enfermeras.

Por lo anterior, indica que no existe causalidad material alguna entre alguna actuación/omisión de Gendarmería de Chile o de alguno de sus agentes, y el lamentable fallecimiento del sr. Rojas Astorga.

Continúa que, en cuanto a la excepción de falta de legitimación pasiva, por existir únicamente una falta personal de los agentes, la que no es constitutiva de falta de servicio; y por existir únicamente un acto personal impropio de los



agentes; a la improcedencia de la demanda, especialmente montos indemnizatorios impetrados, prueba del daño; a la determinación de la indemnización sin consideraciones excepcionales a la persona del demandado; y pérdidas de la chance, da por reproducida en todas sus partes los apartados correspondientes del escrito de contestación de demanda, en el abordó todos los tópicos y temas llevados a pleito por la actora.

Señala que al contravenir la existencia del acto dañoso imputado al Fisco de Chile/Gendarmería de Chile, de nexos causal, de daño emergente, lucro cesante y daño moral, todo el onus probandi le corresponde al actor, quien debe hacerse cargo de todas y cada una de sus afirmaciones hechas para fundar tal responsabilidad.

Agrega que, en cuanto al mérito de convicción de la instrumental agregada a los autos por la misma parte demandante, ninguno de esos documentos permite establecer responsabilidad alguna por parte del Fisco de Chile/Gendarmería de Chile en el lamentable fallecimiento del interno don Víctor Salvador Martín Rojas Astorga. Aún más, dicho mérito probatorio es contrario a la misma actora, en tanto que ella permite colegir que el Fisco de Chile/Gendarmería de Chile demandado, y sus agentes, obraron conforme a Derecho dentro de un estándar racionalmente esperable y exigible, en los hechos sublite.

Añade que, consta de ellos la identidad de quien sería el autor de la lesión que costó la vida a don Víctor Salvador Martín Rojas Astorga, sr. Angelo Luciano Bustamante Escudero.

Sostiene que los hechos sublite no tienen la connotación necesaria para ser calificados como generadores de responsabilidad estatal, puesto que tales documentos, por el contrario, reflejan que Gendarmería (y sus funcionarios) se comportó en forma adecuada, prestando a la víctima directa la seguridad y atención que le era exigible de acuerdo a un servicio normal en las circunstancias que rodearon el desgraciado suceso.



Señala que, del contrato de trabajo con QUASAR aparece suscrito como parte empleadora por doña Jimena Josefina Astorga Santoro, Rut N° 10.326.700-5, actora en marras, y madre de don Víctor Salvador Martín Rojas Astorga, lo que descarta todo valor probatorio, haciendo presente la completa parcialidad del documento, su fecha incierta de otorgamiento, y que el mismo jamás podría ser ratificado en juicio, ya que la suscriptora es por completo testigo inhábil al tenor del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil.

A 6 de junio de 2018, se recibió la causa a prueba, la cual fue modificada a 21 de diciembre de 2018.

A 12 de septiembre de 2019, se citó a las partes a oír sentencia.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, a 23 de enero de 2018, comparece don **CLAUDIO AGÜERO SEPÚLVEDA**, abogado, en representación de don **CARLOS ALBERTO ROJAS CLARO**, y doña **JIMENA JOSEFINA ASTORGA SANTORO**, quien interpone demanda de indemnización de perjuicios en contra del **FISCO DE CHILE**, persona jurídica de derecho público, representado por el **CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO**, a su vez representado legalmente por el Abogado Procurador Fiscal de Iquique, don **MARCELO FAINE CABEZÓN**; y, por los motivos relatados en la parte expositiva de este fallo, solicita al Tribunal que, en definitiva, acoja la demanda en todas sus partes, declarando: que se acoge la demanda en todas sus partes; que Gendarmería de Chile incurrió en falta de servicio, que trajo como consecuencia el fallecimiento del recluso don Víctor Rojas Astorga; que se condena al demandado: a pagar a don Carlos Alberto Rojas Claro, la suma de \$80.000.000, o la suma que se estime conforme al mérito de los antecedentes y en derecho fijar, por indemnización del daño moral, en virtud de la responsabilidad extracontractual del Estado; a pagar a doña Jimena Josefina Astorga Santoro, la suma de \$80.000.000, o la suma que se estime conforme al mérito de los antecedentes y en derecho fijar, por indemnización del daño moral, en virtud de la responsabilidad extracontractual del Estado; a pagar a don Carlos



Alberto Rojas Claro, la suma de \$3.885.000, o la suma que se estime conforme al mérito de los antecedentes y en derecho fijar, por indemnización de la pérdida de una oportunidad como daño moral; a pagar a doña Jimena Josefina Astorga Santoro, la suma de \$3.885.000, o la suma que se estime conforme al mérito de los antecedentes y en derecho fijar, por indemnización de la pérdida de una oportunidad como daño moral; que las sumas señaladas anteriormente deban pagarse debidamente reajustadas y con intereses; y, que se condene en costas.

SEGUNDO: Que, a 15 de mayo de 2018, comparece don **MARCELO FAINE CABEZON**, Abogado Procurador Fiscal de Iquique, por el **FISCO DE CHILE**, contestando la demanda, solicitando sea rechazada en todas sus partes, con costas, en razón de los fundamentos relatados en la parte expositiva de este fallo.

A 25 de mayo de 2018 comparece don **CLAUDIO AGÜERO SEPÚLVEDA**, abogado, por los demandantes, evacuando el trámite de réplica, al tenor de lo señalado en la parte expositiva de este fallo.

A 31 de mayo de 2018 comparece don **MARCELO FAINE CABEZÓN**, abogado, Procurador Fiscal de Iquique, por el Fisco de Chile, evacuando al trámite de dúplica, al tenor de lo señalado en la parte expositiva de este fallo.

TERCERO: Que, el artículo 38 inciso segundo de la Constitución Política de la República dispone que *“Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño.”*

CUARTO: Que, para acreditar los fundamentos de su pretensión, el demandante rindió la siguiente prueba:

Prueba instrumental:

Que, en presentación de 23 de enero de 2018 de folio 1, aportó los siguientes documentos: **a)** certificado de nacimiento de Víctor Rojas Astorga de 23 de enero de 2018; **b)** certificado de defunción de Víctor Rojas Astorga de 23 de



enero de 2018; **c)** copia de certificado de defunción y estadística de mortalidad fetal de don Víctor Rojas Astorga; **d)** copia de certificado de licencia de educación media de Víctor Rojas Astorga; **e)** copia de contrato individual de trabajo de don Víctor Rojas Astorga; **f)** copia de Informe policial N°745 de la Policía de Investigaciones de 22 de octubre de 2015; **g)** copia de Informe Policial N°435 de la Policía de Investigaciones de 14 de julio de 2016; **h)** copia de Informe policial N°811 de la Policía de Investigaciones de 30 de noviembre de 2015; **i)** copia de Informe de Gendarmería N°680 de 27 de septiembre de 2016; **j)** copia de portadas del diario la Estrella de Iquique de 10 y 26 de noviembre de 2015; y **k)** copia de Parte de denuncia N°381 de Gendarmería de Chile de 25 de septiembre de 2015.

Que, en presentación de 25 de diciembre de 2018 de folio 22, aportó los siguientes documentos: **a)** certificado de nacimiento de Víctor Rojas Astorga, de 25 de diciembre de 2018; **b)** copia de certificado de defunción y estadística de mortalidad fetal de don Víctor Rojas Astorga; **c)** copia de contrato individual de trabajo de don Víctor Rojas Astorga; **d)** copia de Informe Policial N°811 de la Policía de Investigaciones de 30 de noviembre de 2015; y **f)** copia de Informe Policial N°745 de la Policía de Investigaciones de 22 de octubre de 2015.

Que, en presentación de 25 de diciembre de 2018 de folio 23, aportó los siguientes documentos: **a)** copia de Informe Policial N°435 de la Policía de Investigaciones de 14 de julio de 2016; **b)** copia de Parte de denuncia N°381 de Gendarmería de Chile de 25 de septiembre de 2015; y **c)** copia de Informe de Gendarmería N°680 de 27 de septiembre de 2016.

Que, en la presentación de 1 de enero de 2019 de folio 26, aportó los siguientes documentos: **a)** copia de diario La Estrella de 10 de noviembre de 2018; **b)** copia de licencia de educación básica de don Víctor Rojas Astorga; y **c)** copia de licencia de educación media de don Víctor Rojas Astorga.

Otros medios de pruebas:



A 25 de enero de 2019 se recepciona oficio 077/2019 del Servicio Médico Legal de Iquique, el cual contiene copia de autopsia de don Víctor Rojas Astorga, se guarda en custodia bajo el registro N° 244/2019.

QUINTO: Que, la parte demandada rindió la siguiente prueba:

Prueba instrumental:

Que, en presentación 2 de enero de 2019 de folio 27, el demandado aportó la siguiente prueba documental: **a)** copia de la proposición de sobreseimiento de 27.11.2015, del Dictamen Final, Res. Ex. N° 797/2016 de sobreseimiento y su notificación; **b)** copia de la Resolución Exenta N° 349/2006; **c)** copia del Decreto Exento N° 549/14.12.2016 del MINSAL; y **d)** copia del Decreto MOP N° 618/2002.

Otros medios de pruebas:

A 5 de febrero de 2019 se recepciona oficio 01.00.00.19/2019 de Gendarmería de Chile, que contiene copia de sumario administrativo ordenado por Resolución N°1373 de 13 de octubre de 2015, ficha de clasificación de don Víctor Rojas Astorga, el cual contiene el detalle de cambio de dependencias, se guarda en custodia bajo el registro N° 426/2019.

A 28 de febrero de 2019 se recepciona ORD N°0152/ de la Secretaria Regional Ministerial de Salud, Región de Tarapacá, el cual contiene copia de resolución exenta 349 del Secretario Regional Ministerial de Salud, Región de Tarapacá.

A 25 de enero de 2019 se recepciona oficio FR N°040 de la Fiscalía Regional de Tarapacá, el cual contiene un CD y se guarda en custodia bajo el registro N° 230/2019, documentos que fueron percibidos en audiencia del 30 de abril de 2019.

SEXTO: Que, en los presentes autos, el asunto controvertido versa sobre si el Estado de Chile incurrió en una falta de servicio, y para efectos de determinar la procedencia de la pretensión que se promueve en estos autos, se analizará previamente el concepto de falta de servicio, y luego se estudiará los elementos que componen dicha institución y su concurrencia en estos autos.



Que, en cuanto a las alegaciones y excepciones del demandado, estas serán analizadas conjuntamente con el fondo del asunto.

1. En cuanto a la noción de responsabilidad extracontractual por falta de servicio.

SÉPTIMO: Que, como lo ha venido sosteniendo la amplia mayoría de la doctrina nacional y la unánime jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema, la responsabilidad civil o patrimonial de los órganos de la Administración del Estado es, por regla general, una responsabilidad por falta o subjetiva, que descansa en la existencia de una “falta de servicio” como criterio especial de imputación. Dicho criterio deriva de lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que señala precisamente que *“los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio”*.

En este sentido, la “falta de servicio”, como criterio de imputación de responsabilidad, supone una actuación negligente del órgano o servicio público, y que se expresa en una actuación tardía, deficiente o no funcionamiento del servicio. Ello implica una acción u omisión del servicio público o de sus agentes o funcionarios con infracción a los estándares establecidos en el ordenamiento jurídico, de lo cual se produce un daño patrimonial o moral a uno o más personas. Atendido lo anterior, para imputar responsabilidad civil o patrimonial a un órgano de la Administración del Estado, es necesario acreditar un funcionamiento defectuoso de aquel, en relación a los estándares establecidos para el mismo, lo que se configura ya sea en relación al conjunto de deberes u obligaciones establecidos para el propio servicio o sus funcionarios, ya en relación a los procedimientos o protocolos definidos para la actuación del servicio público.

OCTAVO: Que, dentro de este concepto “falta de servicio” se encuentra también la “falta personal” de los agentes del Estado, en la medida que ésta sería, en algunas ocasiones, la causa del mal funcionamiento del servicio público y, consecuentemente, de los daños provocados a un particular.



Esta vinculación entre “falta personal” y “falta de servicio”, es aceptada y recogida por la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, al señalar en el inciso 2º del artículo 42 ya citado que *“no obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal”*. Es decir, la Ley reconoce que la falta personal del funcionario público puede acarrear también una falta de servicio y la responsabilidad consiguiente del Estado por los daños ocasionados, pudiendo en tal caso el afectado demandar al funcionario y al Estado, no pudiendo este último excepcionarse alegando la responsabilidad directa del funcionario y reconociéndosele sólo el derecho de repetición en contra de él por los perjuicios que ello le irrogue.

Sin embargo, como lo destaca la doctrina francesa más clásica, no toda “falta personal” lleva aparejada la “falta de servicio”, sino únicamente la que se genere en el ejercicio del servicio público, con ocasión de éste o que no esté desprovista de todo vínculo con el servicio (Vedel, Georges. “Derecho Administrativo, Aguilar, Madrid, 1981, páginas 296 y 297). Este planteamiento es recogido por la doctrina nacional que reconoce la existencia de una “falta de servicio” a partir de una “falta personal” de un funcionario público, en aquellos casos en que éste causa daño a un particular en el ejercicio de sus funciones, ya sea animado por intereses privados, excesos en el comportamiento o actos de particular gravedad; o fuera de sus funciones, pero con ocasión de éstas; o fuera del servicio, pero con medios proporcionados por el propio órgano público (Pierry, Pedro. “Repetición del Estado contra el funcionario”, en “Derecho Administrativo. Obra reunida”, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2017, página 533).

NOVENO: Que, en la especie, la responsabilidad demandada por el actor se funda en la falta de servicio que se le imputa a Gendarmería de Chile por el fallecimiento de don Víctor Rojas Astorga ocurrido en el Centro Penitenciario de Alto Hospicio.



Oportuno parece señalar que a Gendarmería de Chile le es aplicable lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

DÉCIMO: Que, el criterio general de imputación de responsabilidad para los órganos que forman parte de la Administración del Estado es la “falta de servicio”, la que también se configura, como ya se señaló, a partir de una “falta personal” de un funcionario público, en aquellos casos en que ésta se produce en el ejercicio del servicio público, con ocasión de éste o ella no está desprovista de todo vínculo con el servicio.

2. En cuanto a la concurrencia de los elementos de la responsabilidad extracontractual por falta de servicio.

DÉCIMO PRIMERO: Que, habiendo quedado asentado precedentemente que la “falta de servicio”, como criterio de imputación de responsabilidad, supone una actuación negligente del órgano o servicio público, y que se expresa en una actuación tardía, deficiente o no funcionamiento del servicio; y ello implica una acción u omisión del servicio público o de sus agentes o funcionarios con infracción a los estándares establecidos en el ordenamiento jurídico, de lo cual se produce un daño patrimonial o moral a uno o más personas, se concluye que para que se configure en la especie la responsabilidad por falta de servicio, es necesaria la concurrencia copulativa de los siguientes elementos:

a) la existencia de una acción u omisión del servicio público o de sus agentes o funcionarios con infracción a los estándares establecidos en el ordenamiento jurídico;

b) la existencia de daño a la víctima; y,

c) la existencia de un vínculo de causalidad entre la actuación negligente del órgano de la Administración, y el daño a la víctima.

DÉCIMO SEGUNDO: Que, respecto del primero de los elementos de la responsabilidad extracontractual por falta de servicio, esto es, la existencia de una



acción u omisión del servicio público o de sus agentes o funcionarios con infracción a los estándares establecidos en el ordenamiento jurídico.

Que, es menester señalar que el análisis de este elemento supone una valoración de la conducta de la Administración, en el sentido de calificar de defectuoso el funcionamiento del Servicio Público, en relación a los estándares establecidos para el mismo, lo que se configura ya sea en relación al conjunto de deberes u obligaciones establecidos para el propio servicio o sus funcionarios, ya en relación a los procedimientos o protocolos definidos para la actuación del servicio público.

Para ello, resulta necesario comparar el servicio efectivamente prestado con el que se debió ejecutar por el órgano de la Administración del Estado. Con esta finalidad, en primer lugar será necesario establecer cuál fue el servicio efectivamente prestado por el órgano de la Administración, luego, se deberá fijar cuál era el servicio que debía prestarse, y por último, se determinará si se cumplió o no con el estándar establecido en el ordenamiento jurídico.

DÉCIMO TERCERO: Que, en cuanto establecer cuál fue el servicio que efectivamente prestó el órgano de la Administración, primero se debe señalar que los demandantes le imputan a Gendarmería de Chile una falta de servicio en la custodia y atención temporal de don Víctor Rojas Astorga, mientras éste cumplía su condena en el Centro Penitenciario de Alto Hospicio, y al no haber mantenido la demandada las condiciones de seguridad que hubieran impedido su muerte por un ataque con arma blanca que otro interno le propinó. Reprochan, en particular, la falta de miembros del personal en el lugar del incidente, la falta de un sistema de vigilancia y la falta de servicio oportuno de los medios de sobrevivencia en el lugar, los cuales hubieren permitido sobrevivir a don Víctor Rojas Astorga.

DÉCIMO CUARTO: Que, con lo expuesto por las partes en aquello que no existe controversia y ponderados los documentos acompañados por las partes, que se señalaran, conforme a los artículos 342 del Código de Procedimiento Civil en relación al 1700 y 1706 del Código Civil, se puede concluir:



Que, don Víctor Rojas Astorga se encontraba cumpliendo pena privativa de libertad en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Alto Hospicio.

Que, el día 25 de septiembre de 2015 don Víctor Rojas Astorga se encontraba en el módulo N°45, de menor peligrosidad, y aproximadamente a las 10:00 horas se alerta por el servicio de guardia de Gendarmería de Chile, que don Víctor Rojas Astorga se encontraba herido, según se extrae de las declaraciones de copia del sumario administrativo ordenado por resolución N°1373 de 13 de octubre de 2015 del Director Regional de Gendarmería de Chile, Región de Tarapacá, custodiado bajo el registro N°426/2019.

Que, estas heridas se las habría inferido otro interno en el patio del módulo N°45 del Complejo Penitenciario de Alto Hospicio, así lo refiere el demandante y demandado en sus escritos, y así también se desprende de la copia del sumario administrativo, antes individualizado, como también la copia del Informe Policial N°745 de 22 de octubre de 2015 de la Policía de Investigaciones de Chile.

Que, don Víctor Rojas Astorga ingresó a las 10:55 aproximadamente al interior del Hospital Penal del Complejo Penitenciario de Alto Hospicio, según consta en declaración de doña Verónica de las Nieves Moreno Rojo, médico de turno del Hospital Penal de Alto Hospicio, en copia del informe policial N°745 de la Policía de Investigaciones ya indicado.

Que, la causa necesaria y directa del fallecimiento de don Víctor Rojas Astorga acaecida el 25 de septiembre de 2015, fue Hipovolemia Severa Traumática causada por una herida penetrante torácica-cardíaca complicada, causadas por elemento corto-punzante, según consta en autopsia N°191/15 efectuada por el Servicio Médico Legal de Iquique, el cual fue agregado a autos mediante resolución de 25 de enero de 2019 y que se encuentra en custodia bajo el registro N°244/2019.

Que, los documentos del sumario dan cuenta que mediante resolución N°1373 exenta de 13 de octubre de 2015 del Director Regional de Tarapacá ordenó instruir investigación interna para esclarecer los hechos, resultado de lo



cual propone el investigador a cargo que no existe responsabilidad administrativa del personal de Dotación del C. P. de Alto Hospicio.

Luego, por Resolución Exenta N°797 de 8 de junio de 2016 del Director Regional de Gendarmería de Tarapacá, se sobresee el sumario administrativo efectuado al personal de servicio del día 25 de septiembre de 2015 del Centro de Cumplimiento Penitenciario de Alto Hospicio por la muerte del interno don Víctor Rojas Astorga.

Que, se presentó querrela por los hechos de autos, en el marco de la causa RIT N°12470-2015, seguida ante el Juzgado de Garantía de Iquique.

DÉCIMO QUINTO: Que, respecto a establecer cuál era el servicio que debía prestar el órgano de la Administración, es necesario indicar que Gendarmería de Chile debe someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República, tal como lo dispone el artículo 6 inciso primero de la Constitución Política de la República y el artículo 1° del Decreto Ley 2859 que fija la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile; que dispone: *“Gendarmería de Chile es un Servicio Público dependiente del Ministerio de Justicia, que tiene por finalidad atender, vigilar y contribuir a la reinserción social de las personas que por resolución de autoridades competentes, fueren detenidas o privadas de libertad y cumplir las demás funciones que le señale la ley.”*

A la vez, el artículo 3 de dicha norma señala: *“Corresponde a Gendarmería de Chile: a) Dirigir todos los establecimientos penales del país, aplicando las normas previstas en el régimen penitenciario que señala la ley y velar por la seguridad interior de ellos”* y en su letra e) *“Custodiar y atender a las personas privadas de libertad en las siguientes circunstancias: 1. Mientras permanezcan en los establecimientos penales”* y continua *“f) Contribuir a la reinserción social de las personas privadas de libertad, mediante la ejecución de acciones tendientes a eliminar su peligrosidad y lograr su reintegración al grupo social”*.



A su turno el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, Decreto 518 de 21 de agosto de 1998, establece en su artículo 1º que, *“La actividad penitenciaria se regirá por las normas establecidas en el presente Reglamento y tendrá como fin primordial tanto la atención, custodia y asistencia de detenidos, sujetos a prisión preventiva y condenados, como la acción educativa necesaria para la reinserción social de los sentenciados a penas privativas de libertad o sustitutivas de ellas.”*, y el artículo 2º dispone: *“Será principio rector de dicha actividad el antecedente que el interno se encuentra en una relación de derecho público con el Estado, de manera que fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención, prisión preventiva o condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres.”*

El inciso 3 del artículo 6º del reglamento en comento establece que *“La Administración Penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos y permitirá el ejercicio de los derechos compatibles con su situación procesal”*; y por su parte el artículo 10 letra d) señala que los establecimientos penitenciarios se organizarán, entre otros principios, conforme a *“Un sistema de vigilancia que garantice la seguridad de los internos, funcionarios, recintos y de toda persona que en el ejercicio de un cargo o en uso de su facultad legal o reglamentaria ingrese a ellos”*.

A la vez el artículo 29 del reglamento dispone: *“En los establecimientos de régimen cerrado los principios de seguridad, orden y disciplina, serán los propios de un internado. Estos principios deberán armonizar, en su caso, con la exigencia de que no impidan las tareas de tratamiento de los internos. Se cuidará especialmente la observancia puntual del horario, de los encierros y desencierros, de los allanamientos, requisas, recuentos numéricos y del desplazamiento de los internos de unas dependencias a otras. Por razones de seguridad, podrán ser intervenidas o restringidas las comunicaciones orales y escritas. Todas las actividades serán programadas y/o autorizadas y controladas por la Administración Penitenciaria”*.



En el mismo sentido La Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada "PACTO DE SAN JOSE DE COSTA RICA" en su artículo primero número uno señala *"Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social."*, y el artículo cuarto número primero dispone: *"Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente."*

Y en el ámbito penitenciario La Convención en su artículo quinto, número 6 mandata a los Estados partes a que; *"Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados."*

A mayor abundamiento y para objeto de ilustrar y entender el desarrollo del derecho internacional en este ámbito resulta beneficioso considerar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la cual Chile participó en su periodo ordinario de sesiones 131 celebradas del 3 al 14 de marzo de 2008 organizó directrices sobre "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas", tomando especial sentido el Principio XXIII de las medidas para combatir la violencia y las situaciones de emergencia y dispone lo siguiente: *"De acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos, se adoptarán medidas apropiadas y eficaces para prevenir todo tipo de violencia entre las personas privadas de libertad, y entre éstas y el personal de los establecimientos."*

Para tales fines, se podrán adoptar, entre otras, las siguientes medidas: a. Separar adecuadamente las diferentes categorías de personas, conforme a los criterios establecidos en el presente documento; b. Asegurar la capacitación y formación continua y apropiada del personal; c. Incrementar el personal destinado



a la seguridad y vigilancia interior, y establecer patrones de vigilancia continua al interior de los establecimientos; **d.** Evitar de manera efectiva el ingreso de armas, drogas, alcohol y de otras sustancias u objetos prohibidos por la ley, a través de registros e inspecciones periódicas, y la utilización de medios tecnológicos u otros métodos apropiados, incluyendo la requisa al propio personal; **e.** Establecer mecanismos de alerta temprana para prevenir las crisis o emergencias; **f.** Promover la mediación y la resolución pacífica de conflictos internos; **g.** Evitar y combatir todo tipo de abusos de autoridad y actos de corrupción; y **h.** Erradicar la impunidad, investigando y sancionando todo tipo de hechos de violencia y de corrupción, conforme a la ley.”

DÉCIMO SEXTO: Que, en el presente caso se busca establecer la responsabilidad del Estado de Chile por el supuesto actuar negligente que se le imputa a un servicio público, como es Gendarmería de Chile, encontrándose el basamento legal de tal pretensión en el artículo 38 inciso segundo de la Constitución Política de la República y en los artículos 4 y 42 de la Ley 18.575 Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, precepto este último que establece que *“Los órganos de la administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio.”*

Que, en cuanto a la falta de servicio misma, cabe ahora esclarecer si, en la especie, cupo o no responsabilidad al Fisco de Chile en la muerte del interno don Víctor Rojas Astorga, la cual se desencadena como consecuencia de las graves lesiones que sufrió producto de la riña con otro interno con un elemento corto punzante al interior del establecimiento penitenciario en el que se encontraba privado de libertad.

Que, para un adecuado examen del asunto, útil es consignar que los demandantes cuestionan el proceder de Gendarmería de Chile tras haber advertido la existencia del interno herido, don Víctor Rojas Astorga, y la falta de intervención de Gendarmería de Chile ante tales hechos, en cumplimiento del deber de custodia y atención temporal de los reclusos que les atañe, por la falta de



vigilancia en el lugar mismo de los hechos en el módulo N°45 del Centro Penitenciario de Alto Hospicio, la falta de eficacia del mecanismo de cámaras en el mismo lugar y la falta de medidas para evitar el fallecimiento de don Víctor Rojas Astorga.

Que, respecto al deber de custodia de los internos y en especial a la falta de vigilancia, esta es producto por la deficiencia de personal de gendarmes en el patio del módulo N°45, donde ocurren los hechos, y se puede colegir lo anterior por la copia de informe 680/2016 de Gendarmería de Chile, conforme al artículo 342 N°3 del Código de Procedimiento Civil, el cual señala que el Centro Penitenciario de Alto Hospicio con fecha 25 de septiembre de 2015 ocurre el fallecimiento de don Víctor Rojas Astorga, y que tiene como base la “Falta de presencia de personal en patios de módulos”, tomando mayor relevancia el hecho que las condiciones inseguras que permiten que ocurra son que la “agresión provocada en punto muerto donde CCTB. No tiene visión”; a la vez, se extrae que “si existe la posibilidad de que un evento de estas características vuelva a ocurrir” y que “Falta mayor control y presencia por parte de personal de servicio en los patios talleres de los módulos.”

Que, Gendarmería de Chile no se encuentra obligado a contar con funcionarios suficientes para vigilar de modo personalizado a cada interno, y no es posible a los guardias internos por su número, seguridad y extensión del área bajo su cuidado, estar presencialmente en el patio del módulo N°45, sin embargo, a lo menos se debió contar con un sistema de vigilancia remoto eficiente que le permitiera cumplir a cabalidad su deber de custodia y atención de los internos.

Así, el uso de cámaras como elemento de vigilancia y prevención debe ser un medio eficaz para cumplir con la tarea de custodia y resguardo de los internos por lo que deben funcionar en condiciones óptimas, es decir, cámaras con buena visualización y gendarmes atentos a lo expuesto en los monitores en tiempo real.

Que, en este caso, el sistema de monitoreo por circuito cerrado de televisión, fue deficiente para supervisar el ambiente, ya que como se expuso



anteriormente, es la propia Gendarmería de Chile quien reconoce que existen puntos muertos de vigilancia (conforme al documento denominado “plan preventivo de fugas y agresiones de internos con resultado de muerte del Complejo Penitenciario de Alto Hospicio, acompañados a los autos), e incluso el demandado señala en su contestación, que según los dichos del interno don Ángel Bustamante Escudero, “para pelear en la esquina donde no lo observara la cámara de vigilancia”, de lo que se concluye que el sistema de vigilancia no tenía buena cobertura en el módulo donde se desarrollaron los hechos a causa de que no existía la correcta y debida vigilancia, brindando un servicio deficiente que impide dar efectivo cumplimiento a la obligación de resguardo y seguridad, ya que en lugar de cumplir sus deberes, se decidió excluir esa zona de vigilancia, con lo que se introdujo una indebida limitación al cumplimiento de la obligación de seguridad en el que previsiblemente podría ocurrir sucesos como el de autos.

A la vez, se debe considerar que del relato de los internos don Ángel Bustamante Escudero, don Sergio Retamales Borroye y don Claudio Ramírez Gallardo, quienes son los únicos que indican la hora de los acaecimientos de los hechos, ya que los funcionarios de Gendarmería de Chile que declaran en el sumario no sitúan la hora de ocurrencia de los hechos, todo lo que consta en la copia sumario administrativo ordenado por resolución N°1373 de fecha 13 de octubre de 2015 del Director Regional de Tarapacá, documento ponderado conforme al artículo 342 N°3 del Código de Procedimiento, se puede colegir que los hechos se habrían comenzado a gestar entre 09:30 y 10:00 horas del día 25 de septiembre de 2015 en el patio de modulo N°45 del Complejo Penitenciario de Alto Hospicio, y luego a las 10:55 horas ingresa el interno don Víctor Rojas Astorga al Hospital Penal de Alto Hospicio con tres heridas penetrantes, falleciendo a las 11:30 horas del mismo día, de lo cual se colige que transcurrieron –al menos– una hora y media en el desarrollo de los hechos que culminan con la muerte del hijo de los actores, lo cual permite concluir que existió un retardo en ejercicio de los deberes de Gendarmería de Chile.



De otro lado, se debe sumar que los internos han logrado ingresar y/o crear armas que son capaces de producir la muerte, hecho que atenta contra el deber de cuidado que debe guardar Gendarmería de Chile en sus dependencias.

Que, a la luz de lo expuesto no cabe sino concluir que en los hechos ocurridos con fecha 25 de septiembre de 2015 Gendarmería de Chile evidenció falta de cuidado en el cumplimiento de sus deberes funcionarios, primero porque se lograron crear armas capaces de producir la muerte por internos; segundo porque los que operaban el circuito cerrado de televisión no estuvieron atentos a los monitores del área del módulo N°45 en un horario en que era de sentido común esperar afluencia de internos en ese lugar y la posibilidad de que se presentaran conflictos entre ellos, lo que justificaba especial atención y vigilancia; y tercero, porque conociendo las posibilidades de prevención que permitía un buen sistema de tele vigilancia, en un espacio de diaria convivencia entre internos como es el patio del módulo N°45 debió contarse con una cobertura y visualización apropiada que permitiera a los funcionarios alertar de la riña a la guardia del módulo para intervenir y detenerla antes de que internos resultaran heridos, como sí ocurrió el 25 de septiembre del año 2015 en la riña en que tuvo consecuencia la muerte de don Víctor Rojas Astorga.

Que, si bien las lesiones que ocasionaron la muerte del interno Víctor Rojas Astorga le fueron inferidas por otro recluso, la falta de personal en el lugar que ocurrieron los hechos, como su tardía respuesta a los hechos, y también la falta de un sistema de vigilancia óptimo que le permitiera garantizar la seguridad de los internos al interior del penal es de responsabilidad de Gendarmería, puesto que de haber sido eficiente el sistema de vigilancia del módulo N° 45, es plausible concluir que los custodios hubieran podido intervenir antes de que resultaran heridos los internos.

En este orden de ideas, aparece de manera palmaria que en el fallecimiento de don Víctor Rojas Astorga se actuó con omisión del deber cuidado o de custodia que le cabe a Gendarmería de Chile en su calidad de custodio de los internos



puestos a su disposición en el establecimiento penitenciario de Alto Hospicio, lo que necesariamente implica un funcionamiento deficiente del servicio por la infracción a los estándares establecidos en el ordenamiento jurídico, dándose así por acreditada la concurrencia de este primer elemento en estudio.

DÉCIMO SÉPTIMO Que, respecto a la excepción perentoria de inexistencia de los hechos ilícitos relatados en el libelo como fundamento de la acción, según lo asentado en el considerando anterior, preciso resulta rechazar la excepción perentoria de no haber incurrido el Estado de Chile en la pretendida responsabilidad, la inexistencia de falta de servicio.

DÉCIMO OCTAVO: Que, respecto de la excepción de falta de legitimación pasiva, por existir únicamente una falta personal de los agentes, la que no es constitutiva de falta de servicio; la demandada alega que en los hechos descritos en la demanda no ha participado ningún órgano del Estado, que pudiera haber comprometido su responsabilidad, y que la conducta desplegada por los funcionarios de Gendarmería de Chile sería una falta personalísima, separada del servicio, vale decir, una conducta exclusivamente atribuible al funcionario y sin relación alguna con la organización pública y por ello imprevisible e inevitable para la Administración.

Que, como se dijo en considerandos anteriores, la Ley reconoce que la falta personal del funcionario público puede acarrear también una falta de servicio y la responsabilidad consiguiente del Estado por los daños ocasionados.

En ese sentido, la doctrina señala que *“en la falta de servicio está siempre implícito que alguien de carne y hueso actuó con negligencia en sus deberes funcionarios. Sólo si no se ha cumplido con esos deberes, al nivel jerárquico que sea, el Fisco o la municipalidad pueden resultar responsables; de lo contrario no se podría imputar una falta de servicio. De este modo, si se reconduce el daño a sus orígenes, siempre se encontrará una conducta que debió ser otra. De hecho, la mejor manera de probar que ha habido falta de servicio es mostrando cómo se debió actuar por los funcionarios de la Administración o de la municipalidad en las*



precisas circunstancias” (Barros, Enrique. “Tratado de responsabilidad extracontractual”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007. Página 498).

Sin embargo, no toda “falta personal” lleva aparejada la “falta de servicio”, sino únicamente la que se genere en el ejercicio del servicio público, con ocasión de éste o que no esté desprovista de todo vínculo con el servicio (Vedel, Georges. “Derecho Administrativo, Aguilar, Madrid, 1981, páginas 296 y 297). Este planteamiento es recogido por la doctrina nacional que reconoce la existencia de una “falta de servicio” a partir de una “falta personal” de un funcionario público, en aquellos casos en que éste causa daño a un particular en el ejercicio de sus funciones, ya sea animado por intereses privados, excesos en el comportamiento o actos de particular gravedad; o fuera de sus funciones, pero con ocasión de éstas; o fuera del servicio, pero con medios proporcionados por el propio órgano público (Pierry, Pedro. “Repetición del Estado contra el funcionario”, en “Derecho Administrativo. Obra reunida”, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2017, página 533).

Que, de esta forma, y lo asentado en el considerando décimo sexto se desvanecen las alegaciones del demandado en cuanto a la existencia de una falta personalísima, por cuanto los funcionarios de Gendarmería de Chile el día 25 de septiembre de 2015 se encontraban en el ejercicio de sus funciones al momento de acaecer los hechos relatados en la demanda, y con medios proporcionados por el propio órgano público; por lo que forzoso resulta rechazar la excepción perentoria de falta personal separable del servicio, planteada por la parte demandada.

DÉCIMO NOVENO: Que, en lo referente a la excepción perentoria de falta de legitimación pasiva por existir únicamente un acto personal impropio de los agentes, lo cual no constituye responsabilidad por hecho ajeno para el Estado de Chile, que atendido a lo latamente razonado precedentemente, este sentenciador forzosamente debe rechazarla.



VIGÉSIMO: Que, respecto del segundo de los elementos de la responsabilidad extracontractual por falta de servicio, esto es, la existencia de daño a la víctima.

Que, el solo hecho que los actores sean los padres, víctimas indirectas, derivada de la muerte de don Víctor Rojas Astorga, su hijo, parentesco y fallecimiento que se acredita con los certificados de nacimiento y de defunción en su caso, acompañados a la causa, lo que hace plena prueba conforme el artículo 342 N°2 del Código de Procedimiento Civil en relación al artículo 1700 del Código Civil, se colige claramente el consecuente dolor y sufrimiento que debieron padecer los actores (padres) por la pérdida de su hijo en las circunstancias que lo rodearon, lo implica para los actores el padecimiento de un daño irreparable, consistente en la vulneración de garantías fundamentales consagradas en la Constitución Política de la República, en especial el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona (artículo 19 N°1).

Que, de lo razonado precedentemente, no cabe duda que el fallecimiento de don Víctor Rojas Astorga implica a criterio de este juez, tener por acreditado la existencia de un daño sufrido por los actores.

Que es menester hacer presente que la situación anormal (que un padre no sufra por la pérdida de un hijo), debía ser acreditada por el demandado, lo que no hizo a lo largo del pleito.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, respecto del tercero de los elementos de la responsabilidad extracontractual por falta de servicio, esto es, la existencia de un vínculo de causalidad entre la actuación negligente del órgano de la Administración y el daño a los actores.

Que, en atención a lo afincado en los considerandos precedentes, se extrae claramente que los daños sufridos por los actores son consecuencia de la falta de servicio en que incurrió la demandada, en el sentido que si los funcionarios de Gendarmería de Chile hubieran actuado con los estándares establecidos en el ordenamiento jurídico, no se hubiera producido los daños que quedaron



acreditados en el considerando precedente, por lo que se tiene por establecido el nexo causal requerido para la procedencia de la responsabilidad reclamada.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, como se viene diciendo, ha quedado acreditado en los motivos que anteceden la concurrencia en el caso de los presupuestos que hacen procedente la responsabilidad extracontractual por falta de servicio, correspondiendo entonces adentrarnos en el estudio de los perjuicios demandados.

3. En cuanto a los daños demandados y el monto de las indemnizaciones.

VIGÉSIMO TERCERO: Que, en cuanto al daño moral, interesa dejar establecido que no es pacífico en la doctrina la elaboración del concepto de daño moral y teniendo presente que la jurisprudencia no ha sido del todo precisa, conviene a éste respecto utilizar el concepto amplio dado por Carmen Domínguez Hidalgo, en su libro, el daño moral cuando expresa que está constituido por el menoscabo de un bien no patrimonial, que irroga una lesión a un interés moral, por uno que se encontraba obligado a respetarlo (Editorial jurídica de Chile Tomo I, noviembre de 2000, página 84).

Que el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República, asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y síquica, lo que significa que está elevado a la categoría constitucional el derecho de la persona a mantener su integridad psíquica y, por lo tanto, para el ordenamiento jurídico representa un interés que debe ser protegido de manera que cualquiera acción desplegada por persona o agente alguno que provoque o atente contra la integridad, constituya un perjuicio y por ende, un daño que el derecho deba restablecer sea efectiva o alternativamente.

VIGÉSIMO CUARTO: Que, en cuanto a la reparación del daño moral provocado por la muerte del otro, cabe asentar que ese daño puede alcanzar a muchas personas que sienten dolor por la pérdida de un ser querido. En principio, todas aquellas personas que por la muerte de la víctima directa sufren un perjuicio



moral, están habilitadas para solicitar su reparación, tratándose de un concepto que se refiere a la lesión o menoscabo que el hecho dañoso pueda ocasionar en un derecho o interés del que es titular la persona afectada y que se encuentra en la esfera extra patrimonial del individuo. Cabe tener presente que, no obstante tener este carácter, quien lo reclama no queda liberado de acreditarlo.

Que, en este sentido, la calidad de padres de los actores respecto de la víctima fallecida, queda acreditada con el certificado de nacimiento del occiso acompañado al proceso, que permite de suyo presumir la existencia de aquel dolor o aflicción derivado de la pérdida de su hijo.

Que, así las cosas, no cabe duda que la aflicción sufrida por los actores a consecuencia de la inesperada muerte de su hijo, producen una alteración personal, del entorno familiar y social, y las secuelas psicológicas son de lógica ocurrencia en este tipo de casos, que no pueden desconocerse en un procedimiento, aunque se aprecie la prueba en forma legal, pues el mínimo razonamiento, criterio o principio lógico, demuestra la necesaria e indefectible aflicción psíquica.

En síntesis, de acuerdo a los antecedentes allegados al proceso, es posible presumir la existencia de un daño moral, consecuencia del sufrimiento y angustia que necesariamente experimentaron los demandantes a consecuencia de la muerte de su hijo, a raíz del fallecimiento provocado por la falta de servicio de la demandada, el que conforme al mérito del proceso y teniendo presente el lazo que unía al occiso con los actores, las condiciones en que falleció, su edad, naturaleza o gravedad del suceso o acto que constituye la causa del daño, la clase de derecho o interés extrapatrimonial agredido, las consecuencias psíquicas, sociales y morales que se derivan del daño causado, su duración o persistencia, entre otros; este sentenciador evaluará el daño moral en la suma de **\$25.000.000 (veinticinco millones de pesos)** para cada uno de los demandantes.

VIGÉSIMO QUINTO: Que, en lo referente a la indemnización solicitada por la pérdida de la oportunidad como daño moral, oportuno resulta señalar que para



que ella pudiese ser acogida era menester acreditar efectivamente la existencia de los daños cuyo pago se demanda, carga procesal que los actores no han dado cumplimiento, razón por la cual de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1698 del Código Civil, se debe rechazar lo solicitado en la demanda en ese sentido, por no ser posible presumir la existencia y monto de los perjuicios demandados.

Que es menester señalar que el documento privado consistente en un contrato de trabajo, el cual emana de uno de los demandantes, en este caso la madre, carece de valor probatorio en el juicio, respecto de este rubro solicitado.

VIGÉSIMO SEXTO: Que el monto indicado precedentemente deberá reajustarse de acuerdo a la variación del Índice de Precios al Consumidor, desde que la sentencia quede ejecutoriada y hasta el pago efectivo, suma que devengará los intereses corrientes previstos para las operaciones reajustables, los que se calcularán a contar que esta sentencia se encuentre ejecutoriada y para el caso de mora.

4. En cuanto a la alegación de exposición imprudente al daño.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, en cuanto a la alegación del demandado en cuanto a que la víctima se expuso imprudentemente al daño, esta se rechazará, en atención a que los demandantes actúan a nombre propio, demandando el resarcimiento del daño sufrido personalmente a consecuencia del dolor que les ocasiona la muerte de su hijo por la conducta negligente de la demandada; y, por ende, el precepto del artículo 2330 del Código Civil es inaplicable, ya que quienes experimentan el daño –los demandantes– de cuya indemnización se trata, no se expusieron a él imprudentemente.

VIGÉSIMO OCTAVO: Que, la restante prueba rendida en nada altera lo razonado por lo que no se hará un análisis pormenorizado de ella.

VIGÉSIMO NOVENO: Que, no se condenará en costas al demandado, por haber tenido motivo plausible para litigar.

Es por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 1, 6, 19 N°1 y 38 inciso 2°, todos de la Constitución Política de la República de Chile;



artículos 4 y 44 de la Ley N°18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; Decreto Ley N°2859, artículos 1437, 1698, 1700, 1712, 2284, 2314 del Código Civil; los artículos 144, 160, 170, 254, 341, 342, 426 y 427 del Código de Procedimiento Civil; **SE DECLARA:**

I. Que, **SE RECHAZAN** todas las excepciones perentorias, de no haber incurrido en Estado de Chile en la pretendida responsabilidad, de la inexistencia de falta de servicio; de la existencia de una falta personal separable del servicio; y la excepción de falta de legitimación pasiva, por existir únicamente un acto personal impropio de los agentes.

II. Que, **SE ACOGE** parcialmente la demanda de indemnización de perjuicios, interpuesta el 23 de enero de 2018 por don **CLAUDIO AGÜERO SEPÚLVEDA**, abogado, en representación de don **CARLOS ALBERTO ROJAS CLARO**, comerciante, y doña **JIMENA JOSEFINA ASTORGA SANTORO**, en contra del **FISCO DE CHILE**, persona jurídica de derecho público, representado por el **CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO**, a su vez representado legalmente por el Abogado Procurador Fiscal de Iquique, don **MARCELO FAINE CABEZÓN**, todos ya individualizados.

III. Que, se condena al **FISCO DE CHILE** a pagar la suma de **\$25.000.000 (veinticinco millones de pesos)** a doña **JIMENA JOSEFINA ASTORGA SANTORO** por concepto de daño moral, y a don **CARLOS ALBERTO ROJAS CLARO** la suma de **\$25.000.000 (veinticinco millones de pesos)**, por concepto de daño moral, según se explicó.

IV.- Que, **SE RECHAZA** la demanda por concepto de pérdida de la oportunidad, daño moral.

V. Que, el monto indicado precedentemente deberá reajustarse de acuerdo a la variación del índice de precios al consumidor, desde que la sentencia quede ejecutoriada y hasta el pago efectivo, suma que devengará los intereses corrientes previstos para las operaciones reajustables, los que se calcularán a contar que esta sentencia se encuentre ejecutoriada y para el caso de mora.



VI. Que **SE RECHAZA** la alegación de exposición imprudente al daño.

VII. Que, no se condena en costas al demandado, por haber tenido motivo plausible para litigar.

Regístrese, notifíquese y archívese en su oportunidad.

Rol N° 246-2018

Dictada por don **HÉCTOR ANDRÉS KOMPATZKI DELARZE**, Juez Titular de este Primer Juzgado de Letras de Iquique.

Iquique, diecisiete de octubre de dos mil diecinueve, notifiqué por estado diario la resolución que antecede, en cumplimiento a lo previsto por el artículo 162 del Código de Procedimiento Civil.

