Santiago, catorce de abril de dos mil veinte.

Vistos:

En los autos Rol C-2331-2017, caratulada “MARILAO/FISCO DE CHILE” del Primer Juzgado Civil de Temuco, por decisión de primera instancia, de veintiocho de mayo de dos mil dieciocho, previo rechazo de las excepciones de improcedencia por preterición legal y prescripción opuestas por la demandada, se negó lugar a la demanda, sin costas.

Impugnada esa decisión por la demandante, la Corte de Apelaciones de Temuco, por sentencia de dos de octubre de dos mil diecinueve, la confirmó.

Contra ese pronunciamiento, la demandante entabló un recurso de casación en el fondo, que se ordenó traer en relación con fecha diecinueve de noviembre de dos mil diecinueve.

Considerando:

Primero: Que el abogado don Sebastián Saavedra Cea, en representación de los demandantes Alejandro, Tegualda, Fresia, Pedro y Alejandro Robinson, todos Marilao Pichun, fundó la interposición del presente recurso en la vulneración de las leyes reguladoras de la prueba, citando también los artículos 19, 20, 21, 22, 23 y 24 del Código Civil, en relación con los artículos 1698, 1712, 2314 y 2329 del mismo cuerpo normativo, como asimismo en la transgresión del estatuto de responsabilidad del Estado, citando los artículos 1°, 4°, 5°, 6°, 7° y 38 inciso 2° de la Constitución Política de la República; los artículos 1.1, 2, 63.1, 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 27 de la Convención de Viena y las normas de *ius cogens*.

Denuncia la falsa aplicación del artículo 1698 del Código Civil, relativo a la imposición de la carga de la prueba, al exigirle que acredite hechos públicos y notorios, como es el sufrimiento de los familiares de las víctimas de crímenes de lesa humanidad. En ese sentido, expresa que basta demostrar la lesión de un bien personal para que el daño moral sea inferido, presupuesto que se presenta en este caso, pues se trata de dolores y traumas humanos que no ameritan distinción

XOKGPFKNDO

alguna, al emanar de crímenes que repudian a la conciencia universal y, por ello, no puede negarse que se produjo el daño reclamado, aduciendo que no se ha probado. Afirma que esta Excma. Corte ha dicho que la comprobación de la transgresión o agravio del derecho subjetivo envuelve la prueba de la efectividad del daño moral, que no es una alteración externa y fácilmente perceptible y que, en el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que no requiere de prueba, pues las víctimas de violaciones a los derechos humanos sufren ese daño de forma evidente, el que se extiende a los miembros más íntimos de la familia, citando los casos en que así se ha pronunciado.

Reclama que la sentencia reconoce la existencia de una presunción de daño respecto de la parte más cercana de la familia, pero hace una distinción arbitraria al aplicarla sólo a hijos y cónyuges, y no a los hermanos, contraviniendo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, pues no es jurídicamente cierto sostener que una persona no ha sufrido daño moral por la comisión de un crimen contra la humanidad, por sostener que no se ha rendido prueba suficiente.

Asegura que estos errores de derecho influyeron sustancialmente en lo dispositivo del fallo, pues permitieron que se estimara insuficiente la prueba y, con ello, se rechazara la acción, pese a la naturaleza del crimen que fundó la pretensión y el parentesco establecido.

Finaliza pidiendo que se invalide el fallo y se dicte otro de reemplazo que acoja la demanda en todas sus partes.

Segundo: Que, para una adecuada resolución del asunto planteado por el recurso de nulidad formal, importa advertir que se fijaron como hechos substanciales, pertinentes y controvertidos en esta causa:

I.- Existencia de responsabilidad extracontractual de la demandada Fisco de Chile.

II.- Imputabilidad del daño al actuar de la demandada.

XOKGPFKNDO

III.- Efectividad de haberse producido el daño. En su caso, naturaleza, especie y monto de los mismos.

IV.- Nexo causal entre la conducta de la demandada y el resultado lesivo.

En este mismo ámbito, cabe precisar que la sentencia de segunda instancia, hizo suyos los presupuestos fácticos que la de primer grado asentó en su basamento décimo, que son los siguientes: *"(…) que el día 18 de mayo de 1985 don Moisés Marilao Pichún fue detenido y trasladado a la Segunda Comisaría de Temuco, siendo ingresado a calabozos en calidad de detenido por ebriedad. Que alrededor de las 04:40 del día siguiente, luego de un forcejeo entre la víctima y un carabinero de dicha unidad policial, éste fue reducido, procediendo el Sargento 1° Miguel Vejar Rojas a desenfundar su arma y disparar contra su cuerpo, quien minutos después fallecería por tal acción. Tales hechos acreditados, fueron calificados como delito de homicidio y delito de lesa humanidad (…)"*.

Finalmente, el fundamento undécimo determinó que nace la responsabilidad del Estado, por el actuar doloso de uno de sus agentes, por tratarse el perpetrador del delito de un Carabinero de Chile, avocándose al análisis de la existencia de perjuicios sufridos por los demandantes.

Tercero: Que esta Corte, conociendo de una nulidad de fondo, puede apreciar la forma en que han sido fijados los hechos, al precisar la correcta aplicación de las normas legales pertinentes a la prueba, pero para ese exclusivo objeto: examinar la legalidad en la determinación de los hechos y, por lo mismo, su validez. Su competencia se refiere a constatar la existencia o no de una transgresión de algunas de las directrices o pautas fundamentales, impuestas por la ley, que se encargan de determinar los diferentes medios probatorios, el procedimiento y la oportunidad en que deben ofrecerse, aceptarse y rendirse las probanzas, la fuerza o valor de cada medio y la manera como el tribunal debe ponderarlos, importando verdaderas obligaciones y limitaciones dirigidas a ajustar las potestades de los sentenciadores en dicho ámbito y, de esta forma, conducir a una correcta decisión en el juzgamiento.

XOKGPFKNDO

Así, la conculcación de las leyes reguladoras de la prueba en el sistema probatorio civil, susceptible de ser revisada por esta vía, se puede producir: a) al aceptar un medio probatorio que la ley prohíbe absolutamente o respecto de la materia de que se trata; b) al rechazar un medio que la ley acepta; c) al alterar el *onus probandi* o peso de la prueba, en quien queda radicada la carga de aportar los elementos que acreditan los hechos que conforman la *litis*; d) al reconocer a un medio de prueba un valor distinto que el asignado expresamente por el legislador o hacerlo sin que se cumplan los supuestos objetivamente determinados por el legislador; e) al desconocer el valor que el legislador asigna perentoriamente a un elemento de prueba, cuando éste cumple efectivamente los supuestos legales y; f) al alterar el orden de precedencia en que deben ser llamados los medios probatorios y que la ley les asignare, en su caso. No así el ejercicio de ponderación propiamente tal, que queda en manos de los juzgadores del fondo.

Cuarto: Que el artículo 1698 del Código Civil -invocado en el arbitrio-, señala que incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta, regla nacional que no es sino una redacción concentrada del artículo 1315 del Código Civil Francés, que refiere, que: *"Aquel que reclama la ejecución de una obligación debe probarla. Recíprocamente, aquel que se pretende liberar, debe justificar el pago o el hecho que produjo la extinción de su obligación".*

En el caso de estos antecedentes, en conformidad con los presupuestos fácticos reseñados en el fallo que se revisa y reproducidos en el fundamento segundo de esta resolución, a la luz del punto III.- de la resolución que recibió la causa a prueba, resulta palmario que la parte actora satisfizo su carga probatoria en cuanto se estableció como un hecho de la causa la existencia de la conducta ilícita de los funcionarios o agentes del Estado autores del homicidio de Moisés Marilao.

Quinto: Que un antecedente necesario a considerar en el caso en análisis, es el contexto histórico en que se verificó el ilícito acreditado, durante un período de extrema anormalidad institucional en el que los agentes que representaban al

XOKGPFKNDO

gobierno de la época abusaron de aquella potestad y representación, produciendo agravios de tanta gravedad como el que aquí se estudia, por lo que el Estado de Chile no puede eludir su responsabilidad legal de reparar dicha deuda de *jure*. A lo anterior obliga el Derecho Internacional, traducido en Convenios y Tratados que, por disposición constitucional, le son vinculantes, como ocurre, por ejemplo, entre otros, con la propia Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que se encuentra vigente en nuestro país desde el 27 de enero de 1980, la que establece en su artículo 27 que el Estado no puede invocar su propio derecho interno para eludir sus obligaciones internacionales, pues de hacerlo comete un hecho ilícito que compromete la responsabilidad internacional del Estado (Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición 2000, Humberto Nogueira Alcalá, Las Constituciones Latinoamericanas, página 231).

De esta forma, el derecho de las víctimas a percibir la compensación correspondiente implica la reparación de todo daño que se les hubiere ocasionado, lo que se hace posible con la recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en nuestra legislación interna, conforme a lo dispuesto en el artículo 5º de la Constitución Política de la República que señala que *"el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana"*.

Sexto: Que de lo que se ha venido señalando, se desprende que el Estado está sujeto a la regla de la responsabilidad, la que no es extraña a nuestra legislación pues el artículo 3 del Reglamento de La Haya de 1907 señala que "La parte beligerante que viole las disposiciones de dicho Reglamento será condenada, si hubiere lugar, a pagar una indemnización. Será responsable de todos los actos cometidos por las personas que formen su ejército". Complementa lo anterior el artículo 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuanto señala que "Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violadas podrán interponer un recurso efectivo", recurso que supone el derecho a buscar y conseguir plena reparación, incluida

XOKGPFKNDO

restitución, indemnización, satisfacción, rehabilitación y garantías de no repetición. En este contexto encontramos el principio 15 de los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, adoptados por la Comisión de Derechos Humanos en su Resolución 2005/35 de 19 de abril de 2005, el cual señala que *"Conforme a su derecho interno y a sus obligaciones jurídicas internacionales, los Estados concederán reparación a las víctimas por las acciones u omisiones que puedan atribuirse al Estado y constituyan violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario"*.

En síntesis, la obligación de reparación es una carga que pesa sobre el Estado que ha violado derechos humanos, obligación que es parte del estatuto jurídico de Chile, conforme se viene señalando.

Séptimo: Que, en este contexto valga recordar que la Constitución Política de la República de Chile dispone en su artículo 6° que, "Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. / La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley". En sentido convergente, el Decreto con Fuerza de Ley N° 1/19.653., de la Secretaría General de la Presidencia, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, dispone en su artículo 3° que la Administración del Estado está al servicio de la persona humana, que su finalidad es promover el bien común, y que uno de los principios a que debe sujetar su acción es el de responsabilidad; y, consecuentemente con ello, en su artículo 4° dispone que "el Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere

XOKGPFKNDO

ocasionado”. Cabe observar que este mismo principio se encuentra incorporado en la ley común, según se confirma con lo que dispone el artículo 2320 del Código Civil.

Siguiendo con esa línea, la reparación generada por el delito, además de aparecer formulada generalmente de modo expreso, está instituida implícitamente en la institución jurídica de la responsabilidad, de modo que es precisamente en los ilícitos que emanan -entre otros- de este tipo de escenarios, de extrema convulsión social, donde el Estado debe, con justa propiedad y energía, conformar la pertinente acción reparatoria, inherente a la paz social, cual es uno de sus fines primordiales, en tanto sustento democrático de unión en la diversidad.

Así, de acuerdo con las normas de derecho sobre responsabilidad del Estado ya citadas, no cabe sino concluir que el daño moral causado debe ser indemnizado por el Estado de Chile, demandado de autos.

Octavo: Que, en cuanto a que lo demandado a título de indemnización por daño moral debe ser legalmente acreditado, se tiene presente que en lo atingente a la prueba del daño moral la jurisprudencia reiterada de esta Corte afirma que éste es la lesión efectuada culpable o dolosamente, que acarrea molestias en la seguridad personal del afectado, en el goce de sus bienes o en un agravio a sus afecciones legítimas, de un derecho subjetivo de carácter inmaterial e inherente a la persona e imputable a otra. Daño que sin duda no es de naturaleza propiamente económica y no implica, en consecuencia, un deterioro o menoscabo real en el patrimonio de la misma, susceptible de prueba y determinación directa; sino que posee una naturaleza eminentemente subjetiva.

Así, atendida esta particularidad, no pueden aplicarse para precisar su existencia las mismas reglas que las utilizadas para la determinación de los daños materiales, que están constituidos por hechos tangibles y concretos, que indudablemente deben ser demostrados, tanto en lo que atañe a su especie como a su monto.

XOKGPFKNDO

Noveno: Que la comprobación de la transgresión o agravio del derecho subjetivo envuelve *per se* la prueba de la efectividad del daño moral, de manera que acreditada la existencia del delito de homicidio, de carácter de lesa humanidad, forzoso es concluir que se ha producido dicho perjuicio y que debe ser reparado, lo que no podría ser de otra forma en tanto que materialmente es difícil, por no decir imposible, medir con exactitud la intensidad con que la muerte de su hermano ha afectado a los demandantes, por la naturaleza del perjuicio producido, de todo lo cual se concluye que, este tipo de menoscabo, no requiere ser fundamentado ni probado en la forma alegada, considerando, como se ha dicho, el carácter espiritual que reviste.

En efecto, la naturaleza e intensidad del dolor no hace indispensable la prueba sobre el mismo, por tratarse de un hecho evidente en cuanto a que la muerte de una persona, en el contexto institucional de la época, a manos de agentes del Estado, en un recinto policial en que se hallaba detenido, produce sufrimiento a sus parientes y cercanos, lo que no requiere de evidencia, daño que debe ser indemnizado, tomando en cuenta todos los antecedentes reunidos y debiendo hacerse sobre el particular una apreciación equitativa y razonable por el tribunal.

Décimo: Que, en razón de lo anterior, cuando los sentenciadores del grado reprochan la falta de prueba del daño alegado, transgreden el artículo 1698 del Código Civil, pues imponen sobre los actores una carga probatoria improcedente. En efecto, parece desacertado y contradictorio que se estime demostrado el hecho dañoso y se le califique como un delito de lesa humanidad, para después declarar que el daño moral no ha sido probado por los actores -hermanos de la víctima directa-, a pesar de tener un vínculo de consanguineidad no discutido, más aún cuando el lazo familiar sí se considera suficiente en relación con los padres, hijos, cónyuges y convivientes.

Con dicho yerro, de paso, dejan de aplicar los preceptos sobre responsabilidad extracontractual del Estado por un hecho de sus agentes,

XOKGPFKNDO

especialmente los artículos 2329 del mismo cuerpo normativo, 1°, 5°, 6°, 7° y 38 inciso 2° de la Constitución Política de la República, además de los artículos 1.1, 2, 63.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 27 de la Convención de Viena.

De este modo, se configura el vicio de casación denunciado, lo que torna procedente la invalidación de la sentencia.

Por estas consideraciones y lo previsto en los artículos 764, 767, 785 y 805 del Código de Procedimiento Civil, **se acoge** el recurso de casación en el fondo formalizado por don Sebastián Saavedra Cea, en representación de los demandantes Alejandro, Tegualda, Fresia, Pedro y Alejandro Robinson, todos Marilao Pichun, en contra de la sentencia de dos de octubre de dos mil diecinueve, dictada por la Corte de Apelaciones de Temuco, la que, en consecuencia, es nula y se la reemplaza por la que se dicta a continuación, separadamente y sin nueva vista.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Dahm.

Rol N° 31.965-19.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Jorge Dahm O., el Ministro Suplente Juan Manuel Muñoz P., y el Abogado Integrante Sr. Antonio Barra R. No firma el Ministro suplente Sr. Muñoz P., no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por haber terminado su periodo de suplencia.

CARLOS GUILLERMO JORGE KUNSEMULLER LOEBENFELDER
MINISTRO
Fecha: 14/04/2020 10:39:08

HAROLDO OSVALDO BRITO CRUZ
MINISTRO
Fecha: 14/04/2020 10:39:08

XOKGPFKNDO

JORGE GONZALO DAHM OYARZUN
MINISTRO
Fecha: 14/04/2020 10:39:09

ANTONIO BARRA ROJAS
ABOGADO INTEGRANTE
Fecha: 14/04/2020 10:35:57

XOKGPFKNDO

En Santiago, a catorce de abril de dos mil veinte, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl o en la tramitación de la causa. En aquellos documentos en que se visualiza la hora, esta corresponde al horario establecido para Chile Continental.

XOKGPFKNDO