

Santiago, cinco de agosto de dos mil veintiuno.

Vistos:

En estos autos Rol CS N° 82-2021, caratulados "Luchsinger Mackay con Fisco de Chile", sobre juicio ordinario de indemnización de perjuicios, seguidos ante el Segundo Juzgado Civil de Temuco, la parte demandante dedujo recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia de segunda instancia dictada por la Corte de Apelaciones de esa ciudad que confirmó la de primer grado que rechazó la demanda.

Se trajeron los autos en relación y después de la vista del recurso se observó que la sentencia recurrida adolece de vicios de casación en la forma, advertencia posterior a la vista que impidió invitar a los abogados que concurrieron a estrados a alegar acerca de los posibles vicios de casación que afectarían al fallo.

Considerando:

Primero: Que, en virtud de la facultad contemplada en el artículo 775 del Código de Procedimiento Civil, esta Corte estima del caso examinar si la sentencia en estudio se encuentra extendida legalmente.

Segundo: Que el legislador se ha preocupado de establecer las formalidades a que deben sujetarse las sentencias definitivas de primera o única instancia y las de segunda que modifiquen o revoquen en su parte dispositiva las de otros tribunales, las que, además de



satisfacer los requisitos exigibles a toda resolución judicial, conforme a lo prescrito en los artículos 61 y 169 del Código de Procedimiento Civil, deben cumplir con las enunciaciones contempladas en el artículo 170 del mismo cuerpo normativo, entre las que figuran -en lo que atañe al presente recurso- en su numeral 4, las consideraciones de hecho o de derecho que sirven de fundamento a la sentencia.

Tercero: Que esta Corte, conforme al Auto Acordado sobre la forma de las sentencias, reitera los requisitos que a su respecto contempla el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil.

Así es como, refiriéndose al enunciado exigido en el N° 4 de este precepto, concerniente a las consideraciones de hecho y de derecho en que se funda, el Auto Acordado dispone que las sentencias de que se trata contendrán pormenorizadamente las consideraciones de hecho que les sirven de fundamento, estableciendo con precisión aquéllas sobre que versa la cuestión que haya de fallarse, con distinción entre las que han sido aceptadas o reconocidas por las partes y las que han sido objeto de discusión.

Agrega que, si no hubiese discusión acerca de la procedencia legal de la prueba, deben esas sentencias determinar los hechos que se encuentran justificados con arreglo a la ley y los fundamentos que sirven para



estimarlos comprobados, haciéndose, en caso necesario, la apreciación correspondiente de la prueba de autos conforme a las reglas legales.

Prescribe enseguida que, establecidos los hechos, se enunciarán las consideraciones de derecho aplicables al caso y luego, las leyes o en su defecto, los principios de equidad con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo; agregando que, tanto respecto de las consideraciones de hecho como las de derecho, debe el tribunal observar al consignarlas, el orden lógico que el encadenamiento de las proposiciones requiera.

Cuarto: Que la importancia de cumplir con tal disposición ha sido acentuada por esta Corte Suprema en relación con la claridad, congruencia, armonía y lógica en los razonamientos que deben observar en sus fallos. La exigencia de motivar o fundamentar las sentencias no sólo dice relación con un asunto exclusivamente procesal referido a la posibilidad de recurrir, sino que también se enmarca en la necesidad de someter al examen que puede hacer cualquier ciudadano de lo manifestado por el juez y hace posible, asimismo, el convencimiento de las partes en el pleito, evitando la impresión de arbitrariedad al tomar éstas conocimiento del porqué de una decisión judicial.

Los jueces, para dar estricto cumplimiento a lo dispuesto por el legislador, deben ponderar toda la



prueba rendida en autos, tanto aquella en que se sustenta la decisión como la descartada o la que no logra producir la convicción del sentenciador en el establecimiento de los hechos, lo cual no se logra con la simple enunciación de tales elementos, sino que con una valoración racional y pormenorizada de los mismos.

Quinto: Que, en este marco normativo, cabe señalar que la demanda de autos se fundó en la responsabilidad del Estado por falta de servicio. Se precisó que la Administración no ha actuado, debiendo hacerlo, permitiendo de esa forma que la violencia vaya en aumento y que, en lo particular, se tradujo en que los padres de los demandantes, murieran calcinados al interior de su casa ubicada en el Fundo La Granja Lumahue, localidad de General López, comuna de Vilcún, a manos de un grupo de delincuentes que dice ser parte del denominado "conflicto mapuche", movimiento que por décadas azota a la Región de la Araucanía.

Termina solicitando que, atendida la forma y envergadura del daño que se denuncia, sean indemnizados por las sumas que el libelo indica.

Sexto: Que el Fisco, al contestar la demanda, solicitó su rechazo con costas. En primer lugar, expuso que los argumentos del actor son improcedentes desde que se pretende someter al conocimiento de los órganos jurisdiccionales "el conflicto mapuche", el cual



constituye un fenómeno social de ribetes profundos y complejos en el plano étnico, cultural, sociológico e histórico, sobre la base de una crítica genérica de carácter político respecto a las autoridades gubernamentales y políticas públicas que de acuerdo a los distintos gobiernos de turno se han aplicado por el Estado en la zona de la Araucanía.

Sin perjuicio de lo anterior, agrega que tampoco se configura la responsabilidad por falta de servicio que se imputa al Estado. En primer lugar, porque con anterioridad al día de la muerte de los padres de los demandantes -4 de enero de 2013-, el Fundo Yelcho no había sido objeto de amenazas ni de ningún tipo de atentado, y, obviamente, menos todavía de alguna agresión que siquiera remotamente se asemejara a aquella que se produjo ese día.

Añade, en segundo término, que el referido atentado incendiario tuvo lugar en un predio de menos de 50 hectáreas de superficie, que no colinda con comunidades indígenas y que no era objeto de demandas territoriales por parte de alguna de éstas y que apenas se supo sobre el atentado, Carabineros concurrió prontamente al lugar, comenzándose una investigación penal que llevó a una condena respecto de uno de los involucrados.

Por último, refiere que, en la Región de la Araucanía, se ha dispuesto una significativa cantidad de



efectivos de Carabineros para cumplir medidas de protección en fundos o recintos privados, lo cual equivale a una comisaría mayor que la de la Región Metropolitana.

Séptimo: Que, en este sentido, la sentencia de primera instancia indica que la prueba rendida por la parte demandante resulta insuficiente para acreditar los hechos detallados en la demanda, asegurando que la responsabilidad reclamada, en cuanto a la situación determinada planteada en el libelo, debe estar limitada a los capítulos de la existencia de un riesgo mayor preciso y determinado, o a un requerimiento de la eventual futura víctima, ante algún hecho ilícito en relación al deber general de garante que tienen las Fuerzas de Orden y Seguridad para todos los habitantes del territorio nacional, a fin de concretar una medida de resguardo y protección en forma particular.

Por este aspecto, los jueces de base asumen que para configurar la responsabilidad que se alega, era necesario que las víctimas hubiesen sufrido algún hecho anterior provocado por terceros que hiciera razonable presumir que podrían ser objeto de perjuicios mayores. En otras palabras, que hubieren sido víctimas de amenazas o de algún atentado en contra de su propiedad que la autoridad conociera y que razonablemente hiciera presumir que vendría un daño mayor.



Octavo: Que la sentencia de primera instancia limitó la pretensión contenida en la demanda solamente a los deberes de Carabineros de Chile y de la Policía de Investigaciones de Chile, en relación a toda la población del territorio de la República, entendidos aquellos como un deber general, el que no se acreditó en autos que haya sido incumplido en el atentado, cuyos resultados fueron las muertes de don Werner Luchsinger Lemp y de doña Vivian Mackay González, debido al incendio criminal de su casa habitación de la Granja Lumahue, situada en la comuna de Vilcún, Región de la Araucanía.

Sin embargo, nada reflexiona el fallo, sobre el sustento de la demanda misma, esto es, que la falta de servicio deriva de los hechos dañosos en el centro del conflicto, cuya dinámica es conocida por medio de diversos episodios de violencia -cada vez más frecuentes-, siendo los homicidios de las víctimas, la evidencia del grado de peligro concreto que ha alcanzado la situación y que, como alegan los demandantes, era previsible en el sector.

Noveno: Que, en consecuencia, el fallo en estudio se circunscribió a confirmar el criterio y los términos de la de primer grado que giró en torno a que, en relación a la acción de los demandantes, ella se debe limitar exclusivamente a la supuesta insuficiencia de las medidas y actuaciones policiales, en relación al



carácter general que ellas pueden tener en el territorio nacional, sin analizar esa actuación a la luz de la situación fáctica que, a esa época, existía en el sector debido a la fecha en que se cumplía un año más de la muerte del comunero Matías Catrileo Quezada, quien habría muerto en la propiedad de un primo-hermano de don Werner Luchsinger y, que es la forma, por lo demás, como la demanda fue planteada y contestada por la contraria, la que incluso alude en su defensa que el Estado se ha venido haciendo cargo del conflicto.

Décimo: Que, en consecuencia, queda en evidencia que la sentencia en estudio carece de consideraciones para rechazar las alegaciones formuladas por los demandantes, las que no están dirigidas al orden político, sino a la responsabilidad extracontractual de la Administración, dada las circunstancias específicas del caso, contenidas en leyes de índole pública e incorporadas a la hipótesis de que la prestación del servicio público origina una responsabilidad extracontractual directa, manifestada en el daño concreto a bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico y, desde luego, al probatorio que correspondiere considerar.

Undécimo: Que, de este modo, la sentencia de primera instancia y la recurrida, al no analizar ni contener las consideraciones necesarias para rechazar las alegaciones



formuladas por los actores en la demanda, no han cumplido con lo dispuesto en el N° 4 del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil y en el Auto Acordado de 30 de septiembre de 1920, sobre la forma de las sentencias, determinadamente, las consideraciones de hecho o de derecho que sirven de fundamento a la sentencia, afectándole a esta última, por consiguiente, el vicio de casación en la forma contemplado en el N° 5 del artículo 768 del Código de Enjuiciamiento Civil, esto es, en haber sido pronunciada con omisión de cualquiera de los requisitos enumerados en el artículo 170, precisamente, en relación con la primera disposición formal antes mencionada.

Duodécimo: Que, como consecuencia, procede invalidar de oficio la sentencia impugnada, dictándose por esta Corte el fallo que corresponda de acuerdo con la ley.

Por estos fundamentos y de conformidad además con lo dispuesto en los artículos 764, 765 y 775 del Código de Procedimiento Civil, **se invalida de oficio** la sentencia nueve de noviembre de dos mil veinte y se la reemplaza por la que se dicta a continuación y en forma separada, sin previa vista.

Téngase por no interpuesto el recurso de casación en el fondo deducido por la parte demandante.

Redacción del Ministro Suplente Jorge Zepeda Arancibia.



Regístrese

Rol N° 82-2021.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sra. Ángela Vivanco M., Sra. Adelita Ravanales A., Sr. Jorge Zepeda A. (s) y por los Abogados Integrantes Sra. Leonor Etcheberry C. y Sr. Gonzalo Ruz L. No firman, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, los Ministros Sra. Ravanales por estar con permiso y el Sr. Zepeda por haber concluido su periodo de suplencia.

ANGELA FRANCISCA VIVANCO
MARTINEZ
MINISTRA
Fecha: 05/08/2021 13:18:31

ROSA MARIA LEONOR ETCHEBERRY
COURT
ABOGADO INTEGRANTE
Fecha: 05/08/2021 13:27:37

GONZALO ENRIQUE RUZ LARTIGA
ABOGADO INTEGRANTE
Fecha: 05/08/2021 13:26:37



En Santiago, a cinco de agosto de dos mil veintiuno, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.



SENTENCIA DE REEMPLAZO

Santiago, cinco de agosto de dos mil veintiuno.

Vistos:

Se reproduce la parte expositiva y los considerandos Primero a Noveno de la sentencia de primera instancia y se elimina lo demás.

Y se tiene en su lugar y, además, presente:

Primero: Que los señores Jorge Andrés, Jaime Alejandro y Mark Javier y la señora Karin Else todos Luchsinger Mackay, en su calidad de hijos del Matrimonio Luchsinger Mackay, dedujeron demanda de indemnización de perjuicios por falta de servicio en contra del Fisco de Chile.

Fundan su acción en que, durante la noche del 03 de enero de 2013, un grupo indeterminado de personas, entre las que se encontraba don Celestino Cerafín Córdova Tránsito, se concertaron e irrumpieron, alrededor de las 01.15 horas de la madrugada del día 04 de ese mes y año, en la casa habitación en que moraba el matrimonio compuesto por don Werner Luchsinger Lemp y doña Vivian Mackay González de 75 y 69 años de edad, padre y madre de los demandantes, respectivamente, ubicada en el denominado Fundo La Granja Lumahue, localidad de General López, comuna de Vilcún.

Señalan que, al momento del atentado, ambas víctimas se encontraban durmiendo en su interior y que Celestino



Cerafín Córdova Tránsito y el grupo de individuos efectuaron disparos con armas de fuego, iniciando un ataque en contra de las víctimas, el que fue repelido por don Werner Luchsinger Lemp en legítima defensa, quien disparó y logró herir a la altura del tórax al agresor Córdova Tránsito.

Durante el atentado, dicho agresor y los sujetos que lo acompañaban, rociaron la vivienda con elementos acelerantes para el fuego y lo iniciaron mediante cuerpos portadores de llama, logrando incendiar totalmente la morada, dejando al matrimonio Luchsinger Mackay atrapado en el interior, provocándoles a ambos cónyuges la muerte por carbonización en incendio de tipo homicida.

Además, se expresa que, durante el ataque a las víctimas, la señora Vivian Mackay González, con el fin de detener la agresión, pidió auxilio mediante llamadas telefónicas a sus hijos Jorge Andrés y Mark Javier y lo intentó también con Cynthia Mackay González, la cual no pudo contestar, como también a Carabineros de Chile.

Posteriormente, una vez cometidos los hechos, concurrieron al lugar funcionarios de Carabineros de Chile y lograron la detención de don Celestino Cerafín Córdova Tránsito, el que actualmente cumple condena por tales hechos. Se precisa que el delito se produjo con motivo de la toma material de predios por parte de



terceros, en razón de las demandas territoriales mapuche en la IX Región de la Araucanía, las que se dan en un contexto de violencia.

Exponen, en lo relativo al arbitrio, que la falta de servicio se traduce en que el Estado no ha adoptado las acciones y medidas pertinentes para resolver el grave problema de violencia que afecta la zona y que, en este caso, culminó con la muerte de sus padres.

Segundo: Que la defensa del Fisco de Chile, en lo pertinente, opuso "las excepciones" de no configurarse la responsabilidad civil que se alega, porque el Estado responde por la denominada "responsabilidad por falta de servicio", establecida por el artículo 42 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, la que, al exigir como preciso factor de imputación la "falta de servicio", no tiene el carácter de responsabilidad "objetiva" a la que alude la parte demandante, argumento que se limita a plantear el daño sufrido por los actores, pero sin precisar los elementos que componen la responsabilidad.

Asimismo, advierte que, en todo caso, tampoco, se configura dicho factor de imputación, puesto que la circunstancia que los demandantes no hayan obtenido lo que esperaban del actuar de la autoridad administrativa competente en los hechos, no importa concluir que las instituciones públicas no hayan ejercido sus funciones y



atribuciones como le es exigido, conforme a las circunstancias, medios, recursos y jurisdicción que les correspondía. Aseverando, además, que en cuanto a los hechos, los organismos policiales han efectuado y efectúan acciones y patrullajes periódicos con el propósito de prevenir la comisión de delitos, a pesar de lo cual es materialmente imposible conseguir evitarlos todos.

A la vez, el Fisco de Chile opone como excepción la inexistencia de una relación causal entre el actuar de la Administración y los daños reclamados en la demanda. Precizando que, en general, la parte demandante tiene la carga de demostrar sus proposiciones probando todos los hechos constitutivos de su pretensión.

Tercero: Que la demandante, en orden a establecer la responsabilidad del demandado Fisco de Chile, rindió la prueba documental referida en el considerando Quinto de la sentencia de primera instancia y la testimonial transcrita íntegramente en el considerado Sexto de la misma.

A su vez, la demandada Fisco de Chile con el fin de acreditar sus asertos produjo la documental relacionada en el considerando Séptimo y la testimonial descrita en el motivo Octavo de la sentencia de primera instancia, respectivamente.



Cuarto: Que, para acreditar los hechos en que se basa la acción civil de autos, la más significativa de las pruebas producidas dentro del proceso es la documental consistente en la sentencia penal condenatoria del Tribunal Oral en lo Penal de Temuco, RIT 220/2013, RUC 130014341-8, de fecha 28 de febrero de 2014, que castiga al encausado Celestino Cerafín Córdova Tránsito, a la pena privativa de libertad de dieciocho años de presidio mayor en su grado máximo y accesorias legales, como autor del delito de incendio con resultado de muerte de Werner Luchsinger Lemp y de Vivian Mackay González.

Dicha sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Temuco la acompañó al proceso tanto la parte demandante como la parte del demandado civil Fisco de Chile.

Aún más, el tribunal de primera instancia ordenó agregar dicha sentencia.

Tal actividad probatoria, en relación a la sentencia penal condenatoria en comento, reafirma la confianza de todos los sujetos procesales en ella.

Lo anterior, significa una especial consideración a las garantías del contradictorio penal, que dio las bases para acreditar los hechos contenidos en dicha sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Temuco, pues trata de los hechos sustanciales que fueron motivo del debate en el juicio penal anterior y que vuelven a repetirse en este nuevo proceso civil.



Quinto: Que, sin embargo, atendido el régimen probatorio legal, que obliga al juez a fundar su decisión en una concepción cognoscitiva de la prueba, debiendo seguir el camino de persuasión que indica la ley, se efectuará la apreciación legal de la citada sentencia penal condenatoria como medio de convicción.

Sexto: Que tal examen resulta necesario si se razona que, a la sentencia penal condenatoria en estudio no le es atinente la presunción que señala el artículo 427 del Código de Procedimiento Civil, que dispone: "Sin perjuicio de las demás circunstancias que en concepto del tribunal o por disposición de la ley, deben estimarse como base de una presunción judicial, se reputarán verdaderos los hechos certificados en el proceso por un ministro de fe, a virtud de orden de tribunal competente, salvo prueba en contrario.

Igual presunción existirá en favor de los hechos declarados verdaderos en otro juicio entre las mismas partes".

En efecto, como se puede observar, al atenerse estrictamente al texto del inciso final de esa disposición, la sentencia penal condenatoria presentada por las partes en este proceso civil, no puede beneficiarse directamente de la presunción mencionada en dicho inciso de la disposición antes citada, es decir, la presunción legal de reputarse en este juicio como tales



los hechos declarados verdaderos en otro entre las mismas partes.

Tampoco le corresponde aplicar al fallo presentado en parte de prueba lo que concierne a la cosa juzgada, desde que, el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, adoptó en materia civil el sistema de la triple identidad, el que exige que, entre el fallo anterior y la pretensión del nuevo proceso, haya coincidencia entre las partes, la cosa pedida y la causa de pedir. Por lo que, en la sentencia en estudio en relación a la cosa juzgada, respecto de la identidad de personas, o límites subjetivos, no tiene la coincidencia que debe existir entre el imputado del proceso penal y el demandado civil, pues no son la misma persona.

Séptimo: Que, a la vez, en sede civil la indemnización de perjuicios impetrada está fundada en la obligación de resarcimiento del daño moral sufrido por los demandantes, provocado por la responsabilidad del Fisco de Chile por falta de servicio, lo que no permite hacer operar la institución de la cosa juzgada, la cual resulta pertinente por regla general si existe una compatibilidad entre la pena penal y el reproche civil en contra del personalmente responsable, sin que tampoco puedan resultar aplicables en relación con el fallo incorporado en autos con la anuencia de todos los sujetos procesales, los efectos de las sentencias



criminales condenatorias en el juicio civil, según las consecuencias jurídicas establecidas en el artículo 178 del Código de Procedimiento Civil.

Octavo: Que, en consecuencia, la eficacia probatoria de la sentencia condenatoria penal incorporada a este proceso civil, en cuanto versa sobre las proposiciones y hechos que son objeto de prueba en este litigio, es decir, la apreciación de su pertinencia o impertinencia, no se encuadra en la presunción de verdad en favor de los hechos declarados verdaderos en otro juicio entre las mismas partes, ni en la triple identidad exigida por la cosa juzgada o en lo relativo a los efectos de las sentencias penales condenatorias en el juicio civil, sino en que siempre debe existir en los hechos una coherencia sistémica entre lo resuelto en lo penal y lo civil, pues, si en el juicio penal se decide y falla que determinados hechos ocurrieron, no puede jurisdiccionalmente sostenerse luego, al decidir el asunto controvertido, que esos mismos hechos nunca existieron, salvo que se hayan aparejado otros medios de prueba que acrediten lo contrario. Tal conclusión tiene entonces cabida en la determinación de la eficacia concreta de esta prueba, en que si bien su génesis se ubica en el derecho penal, se guía por razones y caracteres procesales, en cuanto instrumento de convicción del sentenciador en su función



inherente a la demostración de las proposiciones formuladas por las partes.

Es por lo anterior, que la sentencia penal condenatoria debe ser considerada, en aquella ordenación lógica de los medios de prueba, como aquel elemento que posee ciertos antecedentes o circunstancias conocidas, para inferir de ella, por labor del juez, los hechos desconocidos en el juicio.

Así, en el orden jurídico, el artículo 1712 del Código Civil clasifica las presunciones en legales y judiciales, estas últimas de acuerdo al inciso segundo, son las que deduce el juez y para ser admitidas en juicio deberán ser graves, precisas y concordantes. Disposición legal a la que se refiere el artículo 426, inciso primero, del Código de Procedimiento Civil, precisando éste que: "una sola presunción puede constituir plena prueba cuando, a juicio del tribunal, tenga caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar convencimiento".

Noveno: Que, por consiguiente, por vía de presunción que reúne los caracteres indicados en las disposiciones legales antes referidas, caen dentro del imperio de los hechos probados en este procedimiento los contenidos en la sentencia penal condenatoria antes singularizada, acompañada regularmente por ambas partes como antecedente



probatorio en él y por el sentenciador para completar el probatorio del juicio.

Décimo: Qué, además, la parte demandante produjo la prueba documental y la de testigos, relacionadas circunstanciadamente en los considerandos Quinto y Sexto de la sentencia de primera instancia.

En efecto, en cuanto a la prueba documental, en sentido amplio, la actora dio ingreso a una transcripción de audio de llamadas al Centro de Control de Carabineros (CENCO), que verifica aspectos policiales que se conocieron durante el ataque sufrido por las víctimas.

Además, la demandante adjunta la instrumental que da cuenta del contenido de la Sesión de la Comisión Especial Investigadora de los Actos de Gobierno, de fecha 18 de agosto de 2016, determinadamente, acerca de la situación de inseguridad ciudadana que se vivía a la época de los hechos en la Región IX de la Araucanía.

Por último, en cuanto a la documental, la demandante acompaña antecedentes de prensa tendientes a demostrar que el delito de incendio, con resultado de muerte de las víctimas Werner Luchsinger Lemp y Vivian Mackay González, comprueba el grado de inseguridad o intranquilidad pública existente en la época en la Región IX de la Araucanía. Sin embargo, estos documentos carecen de valor probatorio, pues, se comprende, se trata de documentos privados que no pueden ser reconocidos por la



parte en contra de quien se oponen, lo que obliga restarles mérito en ese sentido.

Además, la parte demandante rindió la prueba testimonial de los señores Carlos Germán Tenorio Fuentes, Juan de Dios Fuentes Vega, René Alejandro Caminondo Vidal, y Aníbal Horacio Latorre Balbontín.

Determinadamente, acerca de la existencia de falta de servicio por parte del demandado Fisco de Chile en los hechos descritos en la demanda, en el examen particular de las deposiciones se considerará, de acuerdo con el numeral 1° del artículo 384 del Código de Procedimiento Civil, que se trata de testigos imparciales y verídicos, cuyo mérito probatorio será apreciado en conformidad al artículo 426 del mismo Código.

a) En efecto, tal mérito probatorio emana al afirmar el testigo Tenorio que, conoce en detalle los hechos por ser abogado de la familia Luchsinger Mackay, y en lo que guarda relación con el crimen que terminó con la vida de los padres de los demandantes en la madrugada del 04 de enero de 2013, se debe considerar que desde el día 03 de enero de 2008 se conmemora en esa fecha la muerte de Matías Catrileo Quezada, hecho acaecido en el fundo Santa Margarita, entonces de propiedad de don Jorge Luchsinger Villeger, primo hermano de don Werner Luchsinger Lemp.

Luego, asegura, desde ese entonces grupos radicalizados vinculados a la causa mapuche han



culpado de esa muerte a los miembros de la familia Luchsinger. Precisa el testigo que dos días antes del crimen que terminó con la vida del matrimonio Luchsinger Mackay, esto es, en la madrugada del 02 de enero del año 2013, desconocidos irrumpieron en las dependencias del hotel "Don Eduardo", ubicado en calle Andrés Bello de la comuna de Temuco, lugar donde rayaron consignas alusivas a la causa mapuche y dejaron panfletos en los cuales referían como responsable de la muerte de Matías Catrileo a la familia Luchsinger. Agrega que este hecho fue informado durante el día 03 de enero a personal policial, tanto de Carabineros como de la PDI, a don Jorge Luchsinger Villinger, a don Eduardo Luchsinger Schifferli y a don Rodolfo Luchsinger Schiferli, todos víctimas de diversos atentados cometidos dentro del marco que se conoce como conflicto indígena.

Manifiesta el deponente que, de inmediato, se verificó una denuncia, dándose inicio a una investigación policial por el delito de amenazas en contra de la familia Luchsinger. Paralelamente, redactó una querrela criminal por los mismos hechos y por igual delito en representación de las personas antes indicadas para ser presentada ante el Juzgado de Garantía de Temuco, cuestión que se verificó a primera hora de la mañana del 04 de enero de 2013. Lamentablemente, a esa hora ya se



había producido el crimen que terminó con la vida del matrimonio Luchsinger Mackay.

En consecuencia, expresa el testigo, le consta que los organismos policiales estaban en conocimiento de las amenazas vertidas en contra de la familia Luchsinger en general, entre quienes se encontraba el matrimonio Luchsinger Mackay.

Hace presente el testigo que dichas amenazas resultaban en su opinión absolutamente verosímiles o creíbles, por cuanto la familia Luchsinger ha sido objeto de ataques de similar naturaleza desde el año 1999 en adelante, leyéndose desde ese entonces en distintas partes y medios de la región una amenaza que reza: "Luchsinger primero tus casas, después toda sangre".

En efecto, afirma el testigo, las amenazas se fueron materializando en el transcurso de los años, fue así como el año 2002 se produjo el incendio intencional del centro denominado casas viejas, ex casa familiar de los ancestros de la familia Luchsinger.

Posteriormente, el 09 de junio del año 2005, se produjo el incendio a la casa habitación de don Jorge Luchsinger Villiger, circunstancias en la cual un grupo de encapuchados, alrededor de las 22 horas, irrumpió en dicho inmueble, golpeó e hirió al matrimonio Luchsinger Koenekamp, sacándolos al exterior de la vivienda gritando consignas mapuches tales como "fuera de las tierras



ancestrales", conminándolos a observar el incendio de su casa y de sus vehículos, bajo amenaza que si no se iban pagarían con su sangre.

Posteriormente, el 16 de agosto del año 2008, aproximadamente a las 23.45 horas, un grupo de encapuchados irrumpió en la casa habitación del matrimonio compuesto por don Eduardo Luchsinger y doña Olga León, ubicado en el fundo Santa Rosa, sector Natre de la comuna de Vilcún. Los sujetos nuevamente irrumpieron en el interior de la vivienda, sacaron con violencia al matrimonio desde el interior bajo amenazas y golpes, conminándoles igualmente a presenciar el incendio de su casa habitación, sus vehículos, la sala de ordeña, la lechería, la casa de máquinas, galpones, insumos agrícolas, es decir todo lo edificado y el motor de esa propiedad agrícola ganadera. A lo ya expuesto, enfatiza el testigo, se suma otro centenar de hechos de violencia de distinta índole que afectaron a distintos miembros de la familia Luchsinger, con anterioridad a los horrorosos sucesos ocurridos el año 2013 en la Granja - Lumahue.

b) Por su parte el testigo Fuentes afirma que le correspondía asumir algunas labores dirigenciales en la Asociación de Víctimas de la Región de la Araucanía y en un movimiento ciudadano que se llama Paz en la Araucanía. Su labor entre otras cosas era ayudar, orientar



a agricultores víctimas en la consecución de la medida de protección y en la asesoría que en las distintas causas que se generaban con estos vínculos y en razón de ello conocía a toda la familia Luchsinger, a alguno de los cuales les ayudó a conseguir en la Fiscalía medidas de protección o modificaciones a esas medidas de protección. A raíz de ello, concurrieron muchas veces a los predios y a fines del año 2012 e inicio del año 2013, se pudo percatar que en distintos puntos del camino del sector de General López existían rayados y carteles amenazando abiertamente a la familia Luchsinger, por ello solicitaron el 27 de diciembre del año 2012 una reunión con el general Dfmalinovic, General de Carabineros, no recuerda porqué él tenía a su cargo la zona y le solicitó expresamente que se pudieran establecer medidas de seguridad tendientes a proteger los primeros días de enero, especialmente para aquellas familias que no tenían medida de protección, en particular la familia Luchsinger Mackay, ya que se trataba de personas mayores que se encontraban en el lugar, la Granja Lumahue. Igual solicitud hicieron al entonces intendente don Andrés Molina. Ambas autoridades les dijeron que acogían su solicitud y que harían las averiguaciones pertinentes, hicieron presente además que los carteles y rayados que hacían alusión a la familia Luchsinger referían a la conmemoración de la muerte de un



comunero en el que fuera el fundo Santa Margarita, por ello insistieron que era de capital importancia que se protegiera en forma especial a los miembros de esta familia.

Precisa el testigo, que durante los días 01 y 02 de enero del año 2013 se pudo percatar que, no obstante haberse realizado innumerables atentados en la zona de Vilcún, no se habían dispuesto medidas de protección o extraordinarias al matrimonio compuesto por el señor Luchsinger y la señora Mackay.

Luego de ello, asevera, ocurrió el atentado que es público y notorio y al llegar al lugar de los hechos muy temprano en la madrugada se pudo percatar que incluso el hijo del matrimonio don Jorge Andrés, que vivía a unos kilómetros de la casa pudo llegar primero que cualquiera de las patrullas policiales del sector, ya que ellas se encontraban muy distantes.

Expresa el testigo que, en particular don Werner, a quien conoció unos meses antes, le había hecho referencia de las múltiples amenazas que como familia recibían y de la sensación de impunidad que de ello tenía, ya que no obstante las distintas denuncias de todos los agricultores del sector, se seguían sucediendo atentados todos los días de distinta magnitud. Por todo lo anterior, se pudo percatar que el Estado de Chile no ha cumplido ni cumplió en su época su obligación



de mantener el orden público y resguardar la seguridad de sus ciudadanos, en especial la seguridad de la familia Luchsinger Mackay.

c) Asimismo, al sostener el testigo Caminondo que la falta de servicio se produce principalmente por el hecho de no haber tenido protección policial el predio de la Granja Lumahue de la familia Luchsinger Mackay, dado que sí la tenían los predios aledaños de las familias Echavarri y Taladriz.

Precisa el testigo que era la fecha conmemorativa del fallecimiento de un comunero mapuche, por lo que todo hacía suponer que podía existir algún atentado. Afirma que en la fecha se cumplía un año del atentado que había sufrido la familia de don Tomás Echavarri, vecino de la Granja Lumahue. Además que, en relación al apellido de la familia Luchsinger, ya habían sufrido atentados los familiares de don Werner Luchsinger.

Asevera el deponente, que se habían encontrado ocasionalmente letreros en contra de la familia Luchsinger. Estos se encontraron en Temuco y en los caminos rurales cercanos a Vilcún. Todo esto hacía suponer que en cualquier momento podían las víctimas sufrir algún atentado.

El servicio que, afirma el testigo, debía otorgar el Estado era la protección policial permanente para alguien que viviera en la zona de conflicto, considerando que los



Luchsinger Mackay se trataba de un matrimonio de tercera edad y, además, con el apellido Luchsinger que, de alguna manera, en la zona, ya varios familiares habían sufrido atentados y hostigamientos.

d) Por último, al ratificar el testigo Latorre que, tiene plena certeza que, en el caso del fallecimiento de los padres de la familia Luchsinger éstos no tuvieron protección policial cuando ocurrieron los hechos, a pesar de que, para toda la comunidad, esta es una zona donde existe un conflicto de mucha violencia.

Expresa el testigo que la falta de servicio del Estado originó que don Werner Luchsinger y Vivian Mackay fueran asesinados, en el ataque en que fueron quemados vivos.

Explica el testigo que lo anterior le consta porque conoce a Jorge Andrés y estuvo ahí el día en que ocurrieron los hechos en la Granja Lumahue, que llegó al lugar como a las 08:30 horas y vio a Jorge Andrés en estado de shock. Quien no entendía bien lo que había ocurrido. Precizando que la casa estaba completamente quemada y en ese momento Jorge Andrés le manifestó que aún no sabía dónde estaban sus padres.

Señala el deponente que ese año 2013 era público que la zona donde está la Granja Lumahue era conflictiva, y todo el sector de General López también lo era.



Agrega que conoce a otras personas que durante mucho tiempo han vivido en el sector como es el caso de Ewald Luchsinger, Emilio Taladriz y el propio Jorge Andrés, el que durante este tiempo ha sufrido amenazas y atentados posteriores.

Hace presente que un par de días antes, alrededor del 02 de enero de 2013, en el frontis del hotel Don Eduardo, ubicado en calle Bello de la ciudad de Temuco, apareció un rayado con amenazas de quemar a la familia Luchsinger, lo cual fue publicado posteriormente en el Diario Austral de Temuco, además, ese hecho se lo comentó personalmente al dueño del hotel.

Undécimo: Que, por consiguiente el examen de los antecedentes analizados permiten el establecimiento o demostración de los siguientes hechos:

a) En la comuna de Vilcún, la madrugada del día 04 de enero de 2013, siendo aproximadamente las 01:00 horas, Celestino Cerafín Córdova Tránsito, junto a un número indeterminado de personas, ingresó al fundo denominado "La Granja Lumahue", de la localidad de General López, en cuyo interior se emplazaba la casa habitación del matrimonio compuesto por don Werner Luchsinger Lemp y doña Vivian Mackay González, de 75 y 69 años, respectivamente, quienes se encontraban en el interior de la morada. Enseguida el grupo delictivo atacó la residencia mediante disparos de armas de fuego,



agresión que la víctima don Werner Luchsinger Lemp, intentó repeler haciendo uso de su arma de fuego, una pistola marca Browning calibre 7.65 mm., logrando herir a la altura del tórax a Celestino Cerafín Córdova Transito. Durante la agresión el grupo de individuos, mediante una actividad planificada y coordinada, iniciaron el fuego en la morada utilizando cuerpos portadores de llamas que portaban consigo, logrando incendiarla totalmente, provocando con ello la muerte del matrimonio de Werner Luchsinger Lemp y Vivian Mackay González. Según las autopsias médico legales, se les provocó la muerte por medio de carbonización en incendio de tipo homicida.

b) En el curso de los acontecimientos la víctima Vivian Mackay González efectuó diversos llamados telefónicos de auxilio a sus hijos Jorge Andrés y Mark Javier, e incluyó uno de auxilio a Carabineros de Chile, al fono 133.

c) Solo posteriormente a tales sucesos, concurre Carabineros al lugar de los hechos, es decir, una vez que el fuego formado por llamas incontenibles que ya no permitían dominarlas, había destruido totalmente el inmueble y provocado la muerte de sus moradores.

d) Celestino Serafín Córdova Tránsito, al quedar herido y abandonado por los demás concertados, pudo ser detenido por funcionarios de Carabineros después de ocurridos los hechos.



e) Los hechos se produjeron a partir de la noche del día 03 de enero de 2013, fecha en la cual, en el año 2008, ocurrió la muerte del comunero mapuche Matías Catrileo Quezada, en el Fundo Santa Margarita, entonces de propiedad de Jorge Luchsinger Villiger, primo hermano de la víctima Werner Luchsinger Lemp. Desde entonces, grupos radicalizados vinculados a la causa mapuche, han culpado de esa muerte a los miembros de la familia Luchsinger. Así, dos días antes del crimen que terminó con la vida del matrimonio Luchsinger Mackay, en la madrugada del 02 de enero, desconocidos irrumpieron en las dependencias del hotel "Don Eduardo", ubicado en calle Andrés Bello, de la comuna de Temuco, rayando consignas alusivas a la causa mapuche y dejando panfletos en los cuales referían como responsables de la muerte de Matías Catrileo Quezada a la familia Luchsinger. Hecho que fue informado durante el día 03 de enero de 2013, tanto a Carabineros de Chile como a la Policía de Investigaciones de Chile y a integrantes de la familia Luchsinger, que habían sido víctimas de diversos atentados cometidos dentro del marco del conflicto mapuche.

f) Se estableció, respecto al ámbito territorial de la actuación criminal, que ella operó de forma local, dentro de una actividad delictiva llevada a cabo de manera organizada por grupos de personas, en una



forma estructurada y planificada, dirigida a cometer uno o más delitos calificados como graves por la legislación punitiva, de forma permanente y reiterada, con fines políticos y sociales, provocando como resultado un perjuicio importante y, en este caso, destruyendo bienes y cobrando la vida de ambas víctimas.

g) Los organismos policiales y la Autoridad Administrativa competente, estaban en conocimiento de las amenazas vertidas en contra de las familias Luchsinger en general, entre las que se encontraba la familia Luchsinger Mackay, dentro del marco descrito en el apartado anterior.

h) Las víctimas don Werner Luchsinger Lemp y doña Vivian Mackay González eran poseedoras y dueñas pacíficas del predio e inmueble incendiado, ubicado en el sector de General López, comuna de Vilcún, denominado Granja Lumahue, y se vieron constantemente amenazados verosímelmente por los grupos radicales antes señalados, estando expuestos a riesgos y peligros de atentados por causa totalmente ajenas a su voluntad y conducta.

Duodécimo: Que, por consiguiente, conforme a tales hechos acreditados y establecidos en autos, no procede aceptar la testimonial del demandado Fisco de Chile, transcrita en el considerando Octavo de la sentencia de primera instancia, en la que deponen los



funcionarios de la Policía de Investigaciones de Chile, Rodrigo Andrés Moscoso Polgatiz, David Alejandro Meliñir Carrasco, Juan Francisco Cofré Cartes, y René Emiliano Valenzuela Contreras, respectivamente. Además de los funcionarios de Carabineros de Chile, Ernesto Antonio Ibacache Martínez, Alberto Quezada Soto, y Alfredo Esteban Cartes Pérez, respectivamente.

Décimo tercero: Que, en efecto, el oficial de la Policía de Investigaciones Rodrigo Andrés Moscoso Polgatiz asegura en lo atinente que no tenía información previa de inteligencia de que el predio de las víctimas pudiera ser objeto de un hecho como el que sucedió, porque de haber contado con ella el mando institucional habría ordenado tomar las medidas correspondientes, para prevenir los hechos que ocurrieron esa noche. Además, que la Granja Lumahue no era una propiedad que se encontrara con algún tipo de reivindicación mapuche. Declaración que solo demuestra desconocimiento de las conductas que el oficial de la policía debía desarrollar y deberes que surgían en el ámbito de su competencia institucional.

Por su parte el oficial de la Policía de Investigaciones David Alejandro Meliñir Carrasco responde, en lo que cabe resaltar para estos efectos que, conforme a los antecedentes que hasta ese entonces mantenía la policía y a lo aportado personalmente por el matrimonio Luchsinger Mackay, ellos no estaban en ninguna



situación de riesgo, y refiere que en ese entonces habían ocurrido algunos hechos aislados en la zona donde se ubica La Granja Lumahue la que no era considerada una zona de riesgo. Dichos del funcionario policial que, al igual que en el caso del funcionario Moscoso, solo demuestran que no conocía la adopción de medidas especiales para evitar el peligro creado por la situación de violencia existente en el lugar, y que él y la institución policial tenía el deber de conocer para emprender la injerencia que correspondiera realizar y no mantener las de rutina policial, con el fin de impedir comprometer la seguridad de las víctimas que se encontraban en evidente peligro de sus bienes y vidas.

Por cuanto, además, el oficial de la Policía de Investigaciones Juan Francisco Cofré Cartes afirma en lo pertinente que, en diciembre de 2012, antes de navidad, en compañía del oficial Meliñir Carrasco patrullaron el sector de Padre Las Casas y Vilcún, visitaron varios fundos y tomaron contacto con Werner Luchsinger en su predio La Granja Lumahue, diciéndole a éste que andaban averiguando si tenían problemas con la violencia rural y él les respondió que no tenía ningún tipo de problemas, el que además en dicha conversación les manifestó que no quería resguardo ni presencia policial en su predio, no obstante igual le dejaron sus números telefónicos de contacto en caso que tuvieran algún problema de carácter



delictivo o tuvieran antecedentes o información de algún otro hecho. Respondiendo además el testigo Cofré Cartes a la contra interrogación, que a su juicio no era secreto que el lugar donde se encontraba la Granja Lumahue y los predios colindantes era conflictivo y que en esa fecha - 03 y 04 de enero de 2013 - se conmemoraba la muerte de Matías Catrileo, ocurrido en el Fundo Santa Margarita. Declaraciones del testigo Cofré Cartes que solo demuestran el desconocimiento de su parte del deber anterior que procede de la posición institucional de garante ante el peligro para bienes jurídicos indisponibles para las personas, tales como la vida y la integridad personal, al pertenecer a una institución pública fundamental para la sociedad, cuyo fin es prestar ayuda y proteger a las personas de los peligros que las amenacen, sin importar la supuesta disponibilidad del riesgo, atendido el peligro que era inminente según sus propios dichos.

En tanto el oficial de la Policía de Investigaciones René Emiliano Valenzuela Contreras, manifiesta en lo atinente que, la noche del 03 de enero de 2013, junto a otros colegas les correspondió realizar patrullajes preventivos en los sectores rurales de Padre Las Casas y Vilcún entre otros. Esto debido a que en esa fecha se conmemoraba la muerte de Matías Catrileo. Precizando que, luego de la comisión del crimen, posterior al trabajo en



el sitio del suceso, le correspondió tomar declaración a don Jorge Luchsinger Mackay, en la que éste le relató de cómo se había enterado del hecho y en un punto le manifestó que su padre le había dicho que no quería resguardo policial. Por lo que el testigo Valenzuela Contreras, al dar relevancia a este último aspecto, al igual de lo que se expuso en el acápite anterior en cuanto al oficial Cofré Cartes, se desprende que, atendida la acción de resguardo que como garante se encontraba obligado - dejando de relieve a que la ejecución del crimen pudo deberse a que la víctima Werner Luchsinger Lemp rechazó la protección policial - la conducta del funcionario en particular y la institucional en general - que también dan relieve a supuestos dichos de Werner Luchsinger Lemp en ese sentido - , se apartaron de los deberes de seguridad, para la debida protección de bienes jurídicos indisponibles e irrenunciables de la que eran garantes.

En cuanto el Teniente Coronel de Carabineros de Chile Ernesto Antonio Ibacache Martínez, manifiesta que, en ese predio no tenían ninguna información, ni denuncias realizadas por dicho matrimonio, de que hubiese amenazas o le hayan causado algún daño anteriormente. Que no había información de riesgo respecto de ese predio en específico y del matrimonio Luchsinger Mackay. Eso sí, en el sector había protección con punto fijo en



predios relativamente cercanos, como Fundo Traipo, Palermo Chico y Palermo Grande. Enseguida al ser contra interrogado el testigo, si en el sector de la Granja Lumahue en la semana de ocurrencia de los hechos se habían establecido puntos fijos especiales de Carabineros. El testigo responde: No. Enseguida, contra interrogado el testigo para que dijera si tenían alguna orden de su mando de dar alguna clase de protección especial a Werner Luchsinger y Vivian Mackay, el testigo respondió: No.

Por lo que, de acuerdo con lo anteriormente expuesto por el testigo Ibacache Martínez, es posible concluir que, respecto de las víctimas Werner Luchsinger Lemp y Vivian Mackay, no se dispusieron conductas activas, policial y administrativamente adecuadas para darles la protección indispensable, permitiendo el curso dañoso y de ese modo la consumación del hecho al no dar la protección especial que se requería, atendidas las circunstancias conocidas de riesgo existentes para los fallecidos, lo que consistió en una infracción a la posición de garante que dejó indefensas a las víctimas que se hizo realidad con las graves consecuencias o resultados antes relacionados.

Asimismo el Sargento 1° de Carabineros de Chile Alberto Quezada Soto, en lo atinente responde que el día de los hechos estaba de servicio cumpliendo una medida de



protección de vigilancia como punto fijo en el Fundo Palermo Grande, el que se encuentra alrededor de un kilómetro del predio La Granja Lumahue, además, que en el sector contaba con protección permanente de Carabineros de Chile los fundos Palermo Chico y La Granja, que eran los más cercanos a la Granja Lumahue del matrimonio Luchsinger Mackay. Respondiendo, además, que piensa que el lugar en que se encuentra emplazada la Granja Lumahue a la época de la muerte del matrimonio Luchsinger Mackay, era considerado por Carabineros como un sector de riesgo de ocurrencia de atentados.

Por último, el Cabo 1° de Carabineros de Chile Alfredo Esteban Cartes Pérez, refiere que en esa época, enero de 2013, estaba cumpliendo precisamente una medida de protección en el Fundo El Traipo que se encuentra ubicado alrededor de un kilómetro y medio a dos kilómetros del Fundo La Granja Lumahue. Había alrededor de 6 a 8 predios en total que tenían vigilancia en el sector de General López. Además, que habían patrullas de Carabineros que recorrían los caminos de ese sector efectuando rondas preventivas. Que el día del hecho vieron las columnas de humo del incendio en el predio La Granja Lumahue, por lo que salieron del Fundo Traipo y fueron a prestar colaboración al lugar del incendio, debido a que se encontraban relativamente próximos. Cuando llegaron la casa estaba completamente en llamas,



enseguida llegó el GOPE y antes que ellos había llegado don Jorge Luchsinger Mackay, hijo del matrimonio fallecido. Asimismo, el testigo responde que cree que sí, a la contra interrogación de si el lugar donde se encuentra emplazada la Granja Lumahue era, al año 2013, un sector de riesgo de ocurrencia de atentados relacionados con el conflicto indígena.

De este modo, de las declaraciones de estos dos testigos, aunque aseguren que "no hubo falta de servicio", se desprende lo contrario. Es decir, que teniendo la autoridad el deber de seguridad para con las víctimas esta no desplegó, conforme al deber de diligencia, la actividad necesaria para evitar el peligro conocido, creado por el "modus operandi" de grupos de sujetos, cuya organización para cometer conductas violentas ya conocidas, contaba con estructura, cohesión, estabilidad, y planificación, lo que se verificó en el resultado.

Décimo cuarto: Que, por las razones anteriores, se rechaza la documental del demandado Fisco de Chile, consistente en la declaración extrajudicial ante los funcionarios de la Policía de Investigaciones de Chile del demandante Jorge Andrés Luchsinger Mackay, de fecha 10 de enero de 2013, y el parte policial de la Tenencia de Vilcún de Carabineros de Chile, de fecha 4 de enero de 2013, por ser el producto de la actividad desformalizada



de la instrucción de la investigación en el procedimiento ordinario por crimen o simple delito, cuya consecuencia es la ausencia rigurosa de valor probatorio de tales actuaciones de la investigación, con excepción de la prueba irreproducible o anticipada, y constituyen, tales límites, los requisitos indispensables para la exclusiva valorización en el juicio oral penal como etapa central del procedimiento. Limitaciones que, por coherencia sistémica se trasladan armónicamente al proceso civil. Sin perjuicio lo anterior de haber sido considerado el peso probatorio de la sentencia definitiva, recaída en el correspondiente juicio oral penal, de acuerdo a lo ya razonado en relación con esta sentencia penal.

Asimismo, se rechaza la documental acompañada por la parte demandada Fisco de Chile, referida a entrevistas de prensa o reportajes, supuestamente efectuados a los demandantes Karin Luchsinger Mackay y Jorge Luchsinger Mackay, y al tercero Andrés Molina, por tratarse de documentos privados que no se pueden tener por reconocidos por la parte demandante en contra de la cual se presenta, atendidos los términos del artículo 1702 del Código Civil, que indica que "el instrumento privado, reconocido por la parte a quien se opone, o que se ha mandado tener por reconocido en los casos y con los requisitos prevenidos por la ley, tiene el valor de escritura pública de los que aparecen o se reputan



haberlo suscrito, y de las personas a quienes se han transferido las obligaciones y derechos de éstos". Por lo que, por consiguiente, tales artículos de prensa, no consisten en aquella clase de documentos que, respecto de las partes y de sus sucesores, hacen plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado, a su fecha, naturalmente si la tuvieren, y en cuanto a la verdad de las declaraciones que en ellos se contengan, de conformidad a lo que dispone el inciso primero del artículo 1700 del Código Civil.

Décimo quinto: Que, ahora bien, asentados los hechos de la causa, es necesario reiterar que la responsabilidad del Estado Administrador, a partir una interpretación armónica de lo dispuesto en los artículos 2°, 4°, 5°, 6°, 7° y 38 de la Constitución Política de la República en relación a los artículos 4° y 42 del D.F.L N° 1 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (en adelante Ley N° 18.575 actualizada), ha evolucionado hasta llegar a un estado pacífico, en cuanto a sostener que dicho instituto se funda exclusivamente en las referidas normas y tiene como factor de imputación la "falta de servicio", que se presenta como una deficiencia o mal funcionamiento del servicio en relación a la conducta normal que se espera de él, estimándose que



ello concurre cuando el servicio no funciona debiendo hacerlo, lo hace en forma irregular y/o lo hace tardíamente, operando así como un factor de imputación que genera la consecuente responsabilidad indemnizatoria.

Es importante precisar que la norma del inciso segundo del artículo 21 de la Ley N° 18.575 actualizada no excluye la aplicación del concepto de falta de servicio y el consecuente régimen de responsabilidad de Derecho Público a las Fuerzas Armadas, toda vez que tal norma no afecta la disposición del artículo 4°, piedra angular de la responsabilidad de los órganos del Estado, por lo que a su respecto debe atenderse a la concepción de la Administración que expresa el inciso segundo del artículo 1° del mencionado cuerpo de leyes, de forma tal que, sin duda alguna, este régimen de responsabilidad se aplica a las Fuerzas Armadas, como a las de Orden y Seguridad Pública.

Décimo Sexto: Que, asimismo, se debe enfatizar que las normas excluidas en consideración a lo establecido en el mencionado inciso segundo del artículo 21, se refieren exclusivamente a la organización, funcionamiento y carrera funcionaria (atendido los títulos de los párrafos y las materias de que tratan), sin afectar el régimen de responsabilidad de aquellas instituciones, interpretación que se impone, no sólo por una cuestión de semántica normativa sino porque, como se dijo, no hay afectación del



artículo 4° de la referida ley, que dispone: “El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado”.

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

Ahora bien, esta realidad distinta, como se dijo, determinó la regulación especial contenida en la Ley N° 18.575, la que no hace más que materializar el principio de responsabilidad de los órganos del Estado consagrada en los artículos 6, 7 y 38 de la Carta Fundamental (CS Roles N° 97.186-2020 y N° 39.686-2020).

Décimo séptimo: Que, conforme a lo expuesto, la noción de falta de servicio, como el factor de imputación que genera responsabilidad, excluye toda posibilidad de reconducción al Código Civil, cuestión que impide adicionar exigencias relacionadas con el dolo o culpa del funcionario que actuó como al establecimiento de negligencia, imprudencia, impericia e inobservancia de reglamentos por parte de la administración o el funcionario.

Abona esta tesis, la historia legislativa del artículo 4 de la Ley N° 18.575, así es como en el Informe



de la Cuarta Comisión Legislativa (página 164) se indica textualmente que: "Cabe hacer presente que no se utilizó la expresión 'responsables civilmente', a fin de evitar confusiones con la responsabilidad civil consagrada en el Código Civil"

"En consecuencia, se consagra en este artículo un criterio nuevo de responsabilidad, que no es el tradicional de la responsabilidad subjetiva basada en el dolo o la culpa de un denominado funcionario, sino que atiende a un elemento objetivo que es la falta de servicio público", como también lo indica expresamente el Informe de la Cuarta Comisión Legislativa (página 175).

De esta forma, "acreditando el afectado que un servicio público no ha funcionado, debiendo hacerlo, o que ha funcionado de modo tardío o deficiente, y probar que a raíz de lo anterior se le ha causada un daño, está en situación de exigir indemnización de parte del Estado", lo deja consignado el legislador en sus argumentaciones y fundamentos al aprobar la norma respectiva (página 176 del Informe de la Cuarta Comisión Legislativa).

Todo lo expuesto, permite colegir que el sistema de responsabilidad consagrado en los artículos 4° y 42 de la Ley 18.575 constituye, en definitiva, un corolario y un elemento intrínseco de un Estado de Derecho.



Décimo octavo: Que, asimismo, es necesario agregar que conforme lo señala el artículo 101, inciso 2°, de la Constitución Política de la República:

"Las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública están integradas sólo por Carabineros e Investigaciones. Constituyen la fuerza pública y existen para dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior, en la forma que lo determinen sus respectivas leyes orgánicas...",

En tanto, el artículo 1° de la Ley N° 18.961 prescribe: *"Carabineros de Chile es una Institución policial técnica y de carácter militar, que integra la fuerza pública y existe para dar eficacia al derecho; su finalidad es garantizar y mantener el orden público y la seguridad pública interior en todo el territorio de la República y cumplir las demás funciones que le encomiendan la Constitución y la ley"*.

Décimo noveno: Que, en el caso en estudio, la responsabilidad del Estado, fundada en la falta de servicio, se traduce en que, no obstante, ser conocidos por las autoridades de la zona, las amenazas que había recibido la familia Luchsinger Mackay; teniendo en cuenta, además, que el día de los hechos, se trataba de la fecha en que murió el comunero Matías Catrileo Quezada, en el Fundo Santa Margarita, entonces de propiedad de Jorge Luchsinger Villiger, primo hermano de



la víctima Werner Luchsinger Lemp. Permite colegir, sin lugar a dudas, el ambiente de tensión que reinaba en el sector y que llevó, incluso, a que existiera, como lo reconoce el demandado, a un reforzamiento de la seguridad en los alrededores.

Por consiguiente, en esas particulares circunstancias, le era exigible a las Fuerzas de Orden y Seguridad, para ese día, respecto de los Lushinger Mackay, la obligación de considerar el inmueble de éstos como un punto al cual se debía resguardar.

Vigésimo: Que, en consecuencia, ya sea que se aprecie mediante la abstención de realizar la acción que correspondía hacer o desde la acción en el curso causal dañoso, fue decisivo en el resultado, el que las Fuerzas de Seguridad y de Orden no cumplieran con su deber de garantes, tanto respecto a su posición de control de la fuente de peligro que le era conocida y también previsible, como frente a los bienes jurídicos que se encontraban en la obligación de defender. Por cuanto, tratándose de la responsabilidad por falta de servicio, se debe responder por tener dentro de su ámbito de competencia deberes de seguridad o de protección frente a determinados bienes jurídicos, siendo incidental precisar si se cometió mediante omisión del deber de seguridad para la debida protección de los bienes jurídicos indisponibles e irrenunciables de que eran garantes, o



atendida la insuficiente acción de resguardo que como garantes se encontraban obligadas a hacer.

Las consideraciones anteriores hacen irrelevante la propuesta de la parte demandada Fisco de Chile, en lo que dice relación con intentar dar relieve a que la ejecución del crimen pudo deberse a que la víctima Werner Luchsinger habría rechazado la protección policial.

Vigésimo primero: Que, asentada la existencia de la falta de servicio, la actora para acreditar la indemnización por concepto de daño moral solicitado en su demanda, acompañó la documental consistente en la evaluación clínica de los actores, efectuada por la psicóloga Carolyne Rossana Pinto Toro, quien al declarar como testigo reconoce como suyos dichos informes profesionales y su firma puesta en ellos, quien además afirma que evaluó a los demandantes Jorge Andrés, Karen Else, Jaime Alejandro y Mark Javier, y pudo constatar que presentaban daños psicológicos que es posible asociar temporalmente a los hechos denunciados, que la circunstancia y naturaleza del daño puede asociarse con alta probabilidad a la muerte de sus padres, y el monto de tales daños son a partir de la evaluación psicológica incalculables. También la demandante rindió la testimonial de Carlos Germán Tenorio Fuentes, Juan De Dios Fuentes Vega, René Alejandro Caminondo Vidal, Aníbal Horacio Latorre Balbontín, quienes afirman que el trágico



acontecimiento del día 04 de enero de 2013, no solo privó a los hijos, nietos y familiares del matrimonio compuesto por Werner Luchsinger Lemp y Vivian Mac Kay González de no contar con sus seres queridos, sino, además, han debido soportar vivir con el recuerdo de un hecho que marcará para siempre sus vidas, considerando las horrorosas y crueles circunstancias en las cuales fueron brutalmente asesinados. Indican los testigos que, tal desgraciada situación les ha causado a los hijos de las víctimas, un dolor y sufrimiento palpable que ellos han apreciado a diario, de ver éstos perder a los padres carbonizados en vida, sin haber podido auxiliarlos personalmente en tan terribles circunstancias.

Tales antecedentes probatorios suministrados por la parte demandante cumplen los requisitos del inciso segundo del artículo 1712 del Código Civil, esto es, reúnen los requisitos de gravedad, precisión y concordancia suficiente, propios de las presunciones que se deducen judicialmente. Norma a la que se refiere el artículo 426 del Código de Procedimiento Civil, al señalar que las presunciones como medios probatorios se regirán por las disposiciones del artículo 1712 del Código Civil, por lo que, ponderados en su conjunto, permiten tener por establecido el daño moral sufrido por los hijos de las víctimas, menoscabo que es consecuencia de la falta de servicio de las Fuerzas de Orden y



Seguridad del Estado, con ocasión del ataque del 03 de enero de 2013, antes analizado.

Debiéndose deducir de todas esas comprobaciones el gran dolor y sufrimiento de los hijos, al ver como el amor de sus padres, manifestado entre los cónyuges tanto espiritualmente y en el auxilio de vida, se derrumbaba mediante un ataque que era previsible y conocido de quienes tenían los deberes de seguridad y protección. Sin poder salvar la vida de sus progenitores - no obstante que el hijo que estaba cercano al acontecimiento lo intentó con vehemencia - y todos los valores que ellos les daban y representaban en su obra de promoción del amor, seguridad, entrega, afectividad y estabilidad familiar, los cuales se encontraban en este matrimonio.

Vigésimo segundo: Que, en lo que respecta al daño moral demandado, su acepción más restringida se relaciona con el pesar, dolor o aflicción que experimenta la víctima y que se conoce como *pretium doloris*. Sin embargo, esta visión ha dado paso, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, a considerar una concepción más amplia de tal concepto, a fin de reparar todas las especies de perjuicios morales y no sólo el *pretium doloris*, puesto que en cada una de ellas hay atentados a intereses extrapatrimoniales diversos. Así, la profesora Carmen Domínguez Hidalgo ha manifestado sobre el punto: "*Estamos con aquellos que conciben el daño moral del modo*



más amplio posible, incluyendo allí todo daño a la persona en sí misma - física o psíquica -, como todo atentado contra sus intereses extrapatrimoniales. Comprende pues el daño moral todo menoscabo del cuerpo humano, considerado como un valor en sí y con independencia de sus alcances patrimoniales". Y agrega: "En suma, el daño moral estará constituido por el menoscabo de un bien no patrimonial que irroga una lesión a un interés moral por una que se encontraba obligada a respetarlo" ("El Daño Moral", tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2002, páginas 83 y 84).

Vigésimo tercero: Que, en relación al quantum, esta Corte, a lo menos desde el año 2012 a la fecha, ha venido sosteniendo que la estimación de la cuantía del daño moral corresponde hacerla adecuando la situación del caso concreto a los elementos de juicio que entrega el "Baremo jurisprudencial estadístico sobre indemnización de daño moral por muerte" (que puede ser consultado en la página web: <http://baremo.poderjudicial.cl/BAREMOWEB>), con

especial atención a las decisiones adoptadas en torno a los casos en que se ha demandado el resarcimiento de perjuicios derivados de eventos de semejantes características al que se analiza, elementos que en conjunto conducen a regular la indemnización que el demandado deberá pagar a cada uno de los actores para



reparar los daños causados (Corte Suprema, Rol N° 4658-2017 y 134-2019).

Vigésimo cuarto: Que el baremo constituye una herramienta útil diseñada sobre la base de parámetros estadísticos objetivos y criterios jurisprudenciales para casos similares, con el propósito de evitar la arbitrariedad y uniformar la jurisprudencia en relación con este tópico, pero cuya aplicación no resulta obligatoria para los jueces del fondo en tanto no se verifique una modificación legal en tal sentido y que en todo caso sólo permite una referencia, porque, tal como sucede en el caso de autos, dicho parámetro sólo otorga ciertas pautas debido a que no encuentra un tipo semejante.

Y de conformidad además con lo que prescriben los artículos 2°, 4°, 6°, 7°, inciso segundo del artículo 38°, e inciso segundo del artículo 101° de la Constitución Política de la República, artículos 1°, 4°, 21° y 42° del D.F.L: 1, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; artículos 1698 y 1712 del Código Civil; 170, 186, 341, 342, 384, y 426 del Código de Procedimiento Civil, **se revoca** la sentencia apelada de trece de septiembre de dos mil dieciocho dictada en cuanto rechazó la demanda de indemnización de perjuicios por falta de



servicio y, en su lugar, se declara que la **acoge** sólo en cuanto se condena al Fisco de Chile a pagar a favor de cada uno de los actores la suma de \$250.000.000 por concepto de daño moral, la que deberá reajustarse conforme a la variación que experimente el Índice de Precios al Consumidor, entre la fecha en que la presente sentencia quede firme y ejecutoriada y el mes anterior al pago efectivo, e intereses desde que esta sentencia quede firme.

Cada parte pagará sus costas.

Se previene que el Ministro (s) señor Zepeda y el abogado integrante Sr. Ruz, en el caso sublite de acuerdo a la sustentado por esta Corte en los autos rol 371-2008, caratulados "Seguel con Fisco de Chile" y en los autos rol 7919-2008, caratulados "Morales con Gamboa Edith del Carmen con Fisco de Chile", coligen que la noción de falta de servicio es aplicable a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, a partir de lo que dispone el artículo 2314 del Código Civil, por lo que no comparten los fundamentos Décimo quinto, Décimo sexto y Décimo séptimo de esta sentencia, en la parte que se sostiene que la noción de falta de servicio excluye toda posibilidad de reconducción al Código Civil.

Para ello quienes previenen tienen presente que la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en su artículo 44 - hoy



42 - dispuso 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 personal". Es decir, la norma legal no contiene los conceptos de falta de servicio y falta personal, proponiendo dejar entregada a la jurisprudencia cuando se configurará la falta de servicio.

Sin duda la no construcción legal del concepto de falta de servicio, como es sabido, originó el problema de que se excluyó, de la aplicación del Título Segundo de la ley - sobre normas especiales -, donde había quedado ubicado el artículo 44, a la Contraloría General de la República, al Banco Central, a las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad, a las Municipalidades, al Consejo Nacional de Televisión y a las empresas públicas creadas por ley. Todo ello, en el inciso segundo de su artículo 18, actual 21. Así, por consiguiente, fue la jurisprudencia la que se ocupó de crear el concepto de responsabilidad civil por falta de servicio en la ardua elaboración que se debía hacer, con el objeto de conseguir un criterio de aplicación general respecto de tal responsabilidad por parte de la Administración, creando por esa vía un sistema general de derecho en la materia el que contempla supletoriamente las normas del Código Civil.



Conforme se ha expuesto, ante la no creación legal del concepto y la exclusión anotada, en los autos rol 371-2008, caratulados "Seguel Cares Pablo Andrés con Fisco de Chile", esta Corte, razonó: "cabe dilucidar qué sistema resulta aplicable a las instituciones excluidas y, en el caso particular, a Carabineros de Chile. Para ello ha de recurrirse al derecho común, teniendo presente precisamente que el desarrollo del Derecho Administrativo, allí donde ha ocurrido, lo ha sido a partir de la distinta interpretación de las normas de derecho común para el Estado y para las relaciones entre particulares, permitiendo de esta forma la conciliación de la actuación estatal, dotada de imperio público, como guardiana del interés colectivo, con la protección de los derechos de los ciudadanos, de tal suerte que cabe aceptar la aplicación en nuestro país a partir del artículo 2314 del Código Civil de la noción de falta de servicio. En efecto el Estado, como a los otros entes públicos administrativos, pueden serle aplicadas de manera diversa las normas del Título XXXV del Código Civil, sin que esto implique desde luego una errada interpretación de las mismas. Es así que las personas jurídicas son capaces de culpa, aunque carezcan de voluntad propia. La culpa civil, como señalan los hermanos Mazeaud y André Tunc, no requiere la voluntad, ni siquiera el discernimiento, no es necesariamente una



culpa moral; es suficiente con comportarse de manera distinta a la que habría observado en parecidas circunstancias un individuo cuidadoso.

De acuerdo con este razonamiento y ampliándolo, puede no exigirse para la responsabilidad de la persona jurídica Estado la culpa o dolo de sus órganos o representantes; basta con que el comportamiento del servicio público fuera distinto la que debiera considerarse su comportamiento normal; o sea, basta con probar una falta de servicio. Por otra parte, la culpa de funcionarios anónimos puede presumirse, como ha hecho en ocasiones la jurisprudencia y en estos casos la culpa del órgano, que se presume de los hechos mismos, constituye la culpa del Estado" (considerando quinto).

A su vez, se razona por esta Corte en los autos rol 7919- 2008, caratulados "Morales Gamboa Edith del Carmen con Fisco de Chile" que: "a la noción de falta de servicio, aplicable a las Fuerzas Armadas y Carabineros a través del artículo 2314 del Código Civil, se le debe complementar la noción de falta personal, ya que la distinción capital en materia de responsabilidad extra contractual del Estado es precisamente entre la falta de servicio y falta personal, la que por lo demás recoge el artículo 42 de la Ley de Bases de la Administración del Estado y el artículo 141 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades. Dicha falta personal



compromete la responsabilidad del Estado cuando no se encuentra desprovista de vínculo con la función, lo que ocurre cuando ella se ha cometido en ejercicio de la función o con ocasión de la misma. Ahora bien la noción de falta personal aplicable a las Fuerzas Armadas y Carabineros se debe hacer a partir del artículo 2320 o 2322 del Código Civil, entendiéndose que la contemplan, para que de este modo, como se señaló en el fallo "Seguel con Fisco" ya citado, permita uniformar el sistema de responsabilidad extracontractual para todos los entes de la Administración del Estado" (considerando décimo tercero).

Que la jurisprudencia citada, concordante con la exclusión del régimen de responsabilidad por falta de servicio respecto de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad, prevista en el artículo 21 de la Ley 18.575 en relación al artículo 42 del referido texto legal, ha sido acertada al sustentar la responsabilidad en las normas del Código Civil, determinadamente, aquellas previstas en el Título XXXV del Libro IV del Código Civil, toda vez que estas normas, que tienen el carácter de supletorias en virtud de lo dispuesto en el artículo 4° del mismo Código, resultan plenamente aplicables en la especie, pues permiten salvar la laguna normativa relacionada con la responsabilidad de los órganos excluidos en el inciso



segundo del artículo 21 de la Ley 18.575, de la aplicación de la responsabilidad por falta de servicio.

En efecto, el carácter de derecho común que tiene el Código Civil, particularmente las reglas contenidas en su título preliminar, donde se inserta el artículo 4° y que ha permitido sustentar el carácter subsidiario o supletorio de sus disposiciones y, cuyo reconocimiento como "regla de carácter general a todo el ordenamiento jurídico" ha sido hecho por la propia judicatura constitucional, no sólo resulta incontestable en el campo del derecho privado, sino que debe serlo también en el campo del derecho público cuando se trata precisamente de institutos o categorías de derecho privado a que se hace mención en estos estatutos.

Este es el caso del instituto de la responsabilidad civil en tanto las leyes a que reenvían los artículos 6, inciso 3° y 7 de la Constitución Política de la República, en este caso, la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, no contienen una regulación plena y presentan vacíos o ausencias de regulación. No se trata, entonces, de desconocer que en la relación jurídica de la responsabilidad administrativa existen normas, principios e instituciones de naturaleza propia, sino de que al tratar esas normas institutos o categoría de derecho privado ha de aplicarse supletoriamente el Código Civil,



entendido como Derecho común, frente los vacíos que presente esa regulación y tanto más cuando se presenta la hipótesis de exclusión prevista en el artículo 21 de la Ley 18.575 en relación al artículo 42 del referido texto legal.

En ese orden de ideas las reglas contenidas en el artículo 2314 y siguientes del Código Civil, en tanto derecho común de la responsabilidad civil extracontractual, no resultan incompatibles, sino que complementarias, a la hora de definir un estatuto adecuado para la responsabilidad extracontractual del Estado y por ello resultan plenamente aplicables en la especie, pues permiten salvar la laguna normativa relacionada con la responsabilidad de los órganos excluidos en el inciso segundo del artículo 21 de la Ley 18.575, de la aplicación de la responsabilidad por falta de servicio.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Suplente señor Zepeda y la prevención sus autores.

Rol N° 82-2021.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sra. Ángela Vivanco M., Sra. Adelita Ravanales A., Sr. Jorge Zepeda A. (s) y por los Abogados Integrantes Sra. Leonor Etcheberry C. y Sr. Gonzalo Ruz L. No firman, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, los Ministros Sra. Ravanales por



estar con permiso y el Sr. Zepeda por haber concluido su periodo de suplencia.

ANGELA FRANCISCA VIVANCO
MARTINEZ
MINISTRA
Fecha: 05/08/2021 13:18:32

ROSA MARIA LEONOR ETCHEBERRY
COURT
ABOGADO INTEGRANTE
Fecha: 05/08/2021 13:27:38

GONZALO ENRIQUE RUZ LARTIGA
ABOGADO INTEGRANTE
Fecha: 05/08/2021 13:26:38



En Santiago, a cinco de agosto de dos mil veintiuno, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

