

Santiago, seis de marzo de dos mil trece.

Vistos:

En estos autos rol N° 850-2011, seguidos en juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios ante el Primer Juzgado Civil de Concepción, comparecieron los abogados señores Guillermo Claverie Bravo y Ramón Ossa Infante, en representación de quienes se individualizan en la demanda, **y deducen demanda en contra del Fisco de Chile por la responsabilidad que le cabe éste en los hechos acaecidos el 18 de mayo de 2005 en el sector cordillerano de "Los Barros", ubicado en el Volcán Antuco, VIII Región, los cuales importaron poner en riesgo sus vidas, razón por la cual piden se indemnice a cada uno de los comparecientes.**

Afirman los demandantes que en sus calidades de conscriptos del Ejército de Chile, en tanto cumplían su servicio militar obligatorio, fueron llevados al sector del Volcán Antuco, ubicado en la VIII Región, a fin de participar en ejercicios militares que abarcarían el período de 5 al 19 de mayo de 2005. Señalan que el día 18 de mayo recibieron la instrucción de realizar una marcha de repliegue, marcha que se llevó a cabo sin condiciones de seguridad, sin el equipamiento adecuado y sin adoptarse las medidas mínimas que permitiesen salvaguardar la vida de los conscriptos, lo que se tradujo en la muerte de alguno de los soldados que realizaban dicha campaña, sobreviviendo los demandantes.

Expresan que producto de dicha situación han quedado con secuelas físicas y psicológicas que les han impedido tener un desarrollo normal a su corta edad.

Refieren que los hechos en que se basa la demanda fueron investigados por la Justicia Militar resultando condenados oficiales del Ejército de Chile por su responsabilidad en los mismos, a quienes se les imputó responsabilidad en los delitos de incumplimiento militar y cuasidelitos de homicidio.

Plantea que es indiscutida la responsabilidad que le cabe al Fisco de Chile en razón de que dichos actos fueron realizados por sus agentes, responsabilidad que fue reconocida por la propia Presidenta de la República, quien se comprometió públicamente a brindar ayuda a las víctimas y sus familiares.

En mérito de lo referido es que solicitan, para cada uno de ellos, la suma de \$ 144.000.000, suma que involucra los conceptos de daño corporal, daño emergente, lucro cesante y daño moral.

Al contestar la demanda el Fisco de Chile niega y controvierte el sentido, alcance y exactitud de todos los hechos que se informan y/o detallan en la demanda. Sin perjuicio de ello alegar la exoneración de responsabilidad consistente en la existencia de caso fortuito, pues señala que el daño fue causado única y exclusivamente por la

aparición repentina e imprevista de un fenómeno climatológico denominado "tormenta de viento blanco".

Agrega que es un hecho cierto que al tiempo de comenzar la marcha, no obstante que existía mal tiempo, éste no impedía la realización de dicho ejercicio, que no tenía las características de alta montaña ni requería de una gran experiencia. Precisa que transcurrido 15 kilómetros de marcha y encontrándose a medio trayecto, se produjo en forma repentina e inusitada el fenómeno de viento blanco, provocando la desorientación y dispersión de soldados.

Precisa, además, que el Ejército de Chile ha ejecutado las acciones necesarias para reparar los daños que eventualmente pudieran haber sufrido los demandantes y sus familias, entre las que se encuentra la atención de los mismos en diversos centros asistenciales, el pago de los gastos de traslados de sus familiares, la realización de terapias psicológicas a los afectados, cursos de escolarización y capacitación técnica.

En base a lo anterior sostiene que no existe daño que reparar, y si éste existiese debe ser probado por los demandantes, ello pues el daño, material o moral, no se presume.

Por sentencia de treinta y uno de diciembre de dos mil nueve, escrita a fojas 382, complementada a fojas 461, dictada por la Juez Titular del tribunal aludido en el

párrafo primero, se acoge la demanda sólo en cuanto condena al Fisco de Chile al pago de una suma de diez millones de pesos para cada uno de los demandantes por concepto de daño moral.

Apelado que fue el fallo, la Corte de Apelaciones de Concepción, en sentencia de doce de mayo de dos mil once, escrita a fojas 461, confirmó la sentencia en todas sus partes.

En contra de esta última decisión, el Fisco de Chile dedujo recurso de casación en el fondo.

Se ordenó traer los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que en el recurso de nulidad sustancial denuncia la infracción a las normas contenidas en los artículos 47, 1437, 1698 inciso 1°, 1712, 2314, 2320 y 2329 del Código Civil en relación al artículo 19 inciso 1° del mismo cuerpo legal. Señala que los sentenciadores del grado luego de haber dado por establecida la existencia de la falta de servicio se ocupan de verificar la existencia del daño patrimonial y moral alegado por los demandantes expresando en el fundamento vigésimo primero, que los actores ninguna probanza allegaron para acreditarlo, pero entienden que el daño moral puede presumirse conforme al artículo 1712 del Código Civil, de acuerdo a lo expresado en el considerando 18° de la misma sentencia.

Agrega que el perjuicio moral sólo surge cuando se ha lesionado un derecho de naturaleza no patrimonial, o sea, no avaluable en dinero, y que, en general, dice relación con los atributos de la personalidad; por lo mismo la tristeza, el dolor o la pena son la consecuencia de la lesión de ese derecho de naturaleza no patrimonial, pero en ningún caso su causa.

Conforme a lo anterior plantea que es evidente que no ha existido perjuicio moral alguno que haya afectado un derecho de naturaleza no patrimonial, y si alguno existió, éste no fue acreditado fehacientemente y en forma individual -y no colectivo- por cada uno de los demandantes, lo que se traduce en que en un hecho absolutamente inusual, la sentencia lo fija en una misma cantidad para todos los demandantes, sin efectuar distinción alguna, lo que no se condice con el hecho de ser personalísimo, error que se genera desde la perspectiva de no haberse rendido prueba alguna respecto del daño.

Agrega el recurrente que en nuestro ordenamiento jurídico el daño, sea material o moral, no se presume y por ende debe ser probado en toda su extensión, cuestión que es consecuencia de la inexistencia de una norma que lo excluya de la prueba, criterio que ha sido recogido por la doctrina y jurisprudencia nacional.

Reitera el recurso que la existencia de un daño de carácter moral debe ser probado por quien lo alega contando

para ello con los medios de prueba que establece la ley y al no resolverlo así el fallo impugnado infringe el artículo 1698 del Código Civil, norma que establece el mandato de probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o éstas. Así, al ignorar los sentenciadores la norma referida y permitiendo con ello el establecimiento de un hecho sin prueba, han cometido error de derecho, pues ante la inexistencia de antecedentes probatorios la única respuesta posible del tribunal era el rechazo de la demanda.

En un segundo acápite el recurrente plantea que el fallo recurrido incurre en un segundo error de derecho al no dar aplicación al artículo 47 del Código Civil, norma que dispone que un hecho se presume cuando se deduce de circunstancias o antecedentes conocidos. En consecuencia, es condición necesaria e ineludible que, los hechos conocidos que permiten determinar la existencia de ese otro hecho que se desconoce estén acreditados y reúnan ciertas y determinadas condiciones y cualidades, por lo cual el fallo al deducir un hecho desconocido de otro de igual naturaleza incurre en el error que se viene denunciando.

Refiere el recurrente que al dar por establecida la existencia de un daño moral sobre la base de presunciones infringe el artículo 1712 del Código Civil, pues tratándose de presunciones legales éstas deben ser graves, precisas y

concordantes; sin embargo, en el fundamento 21 se da por establecido el daño sin fundamento alguno.

Finalmente señala el recurso que de conformidad con el artículo 426 del Código de Procedimiento Civil una presunción puede constituir plena prueba, pero en el caso de autos tampoco se explicita cual sería y como se construiría el resultado dañoso.

Afirma que las infracciones denunciadas influyen sustancialmente en lo dispositivo del fallo en tanto de no haberse incurrido en ellas, la demanda debió haber sido rechazada.

Segundo: Que para el análisis de los dos aspectos que comprende el recurso de casación, corresponde a continuación referirse a los hechos establecidos en este proceso:

1. El 18 de mayo de 2005 los demandantes, conscriptos sin instrucción efectiva de montaña, salieron en marcha al amanecer, recorriendo varios kilómetros (fundamento décimo quinto de la sentencia de primera instancia).

2. Quienes se encontraban al mando de los conscriptos y tomaban las decisiones eran expertos en instrucción de montaña y en el desarrollo de marchas de ese tipo (fundamento décimo quinto de la sentencia de primera instancia).

3. Durante la marcha se produce el fenómeno climático denominado viento blanco (fundamento décimo octavo de la sentencia de primera instancia).

4. Por disposición del mando militar a cargo de la instrucción, se inicia la llamada marcha de repliegue hacia el refugio montañoso La Cortina, en circunstancias climatológicamente adversas y bajo condiciones de instrucción inadecuadas (fundamento décimo octavo de la sentencia de primera instancia).

5. La marcha de repliegue puso en riesgo la vida de quienes marcharon en tales circunstancias (fundamento décimo octavo de la sentencia de primera instancia).

6. La marcha de repliegue no debió haberse llevado a efecto en las condiciones que se produjo.

7. El mando a cargo de la instrucción vulneró normativa militar.

Tercero: Que conforme a tales supuestos de hecho los jueces de la instancia estimaron que se encuentra justificada la falta de servicio en que incurrió el Ejército de Chile y en consecuencia procedía analizar la ocurrencia del daño alegado, punto respecto del cual señalaron que "ninguna probanza han rendido al efecto, es evidente en este punto resaltar que todo daño corporal que haya eventualmente experimentado una persona, cuanto el daño emergente y el lucro cesante, entendidos éstos como la disminución efectiva del patrimonio por pérdidas de bienes

económicos y el frustrado acrecimiento del patrimonio de una persona por no obtener ella los valores económicos que, con motivos fundados habría podido lograr a no mediar el hecho dañoso, respectivamente; deben ser acreditados, sin que sea posible que el tribunal pueda hacer uso de la prueba de presunciones, de manera, que tales rubros deben ser desestimados sin mayores dilaciones”.

Agrega la sentencia “Al contrario de lo recién esgrimido, **el daño moral que generalmente se define como aquel que consiste en aflicciones, tribulaciones, mortificaciones, pesares, sufrimientos, penas, dolores psíquicos o físicos, que experimenta una persona, quebrantos que se prueban por una herida, por una enfermedad, por la pérdida de la persona amada, por una injuria, por una lesión al derecho, al honor, la libertad, a la intimidad, etc., puede presumirse** de la forma que lo establecen los artículos 1712 del Código Civil y 426 del Código de Procedimiento Civil, lo que esta juez no puede dejar de efectuar en el caso de marras; por lo que de acuerdo al mérito de los **antecedentes, en particular lo estampado en el motivo décimo octavo, es fuerza concluir, por existir hechos graves, precisos y concordantes,** que quienes marcharon en el repliegue del contingente ese 18 de mayo de 2005 en los faldeos del Volcán Antuco en circunstancias adversas por órdenes de sus superiores jerárquicos, experimentaron daño moral, **no sólo la juventud**

de los conscriptos juega para llegar a esa conclusión, que acompaña su inexperiencia, sino igualmente su falta de experiencia en asuntos de montaña; ello es lo normal y corriente que produciría en un hombre medio las circunstancias a que se vieron sometidos los demandantes. Por consiguiente, se dará por justificado que éstos sufrieron daño moral".

Cuarto: Que la propuesta formulada por el recurrente se centra en la imposibilidad jurídica de presumir la existencia del daño moral, atendido lo dispuesto en el inciso primero del artículo 1698 del Código Civil, norma que dispone "Incumbe probar las obligaciones o su extensión al que alega aquéllas o ésta".

Quinto: Que al analizar lo sostenido por el Consejo de Defensa del Estado ha de tenerse en consideración que a partir de la ocurrencia **de los hechos acreditados, y que fueran referidos en el fundamento segundo de la presente sentencia, lo normal es que se genere daño a la persona, siendo en consecuencia una anormalidad el que ello no se ocurra. Así, quien pretenda asilarse en la anormalidad debe probar la misma, por lo cual si el demandado planteaba la inexistencia del mismo debía probarlo.**

Sexto: Que la presunción a la que arriban los jueces de la instancia se construye, por un lado, con los hechos debidamente acreditados y que fueran referidos en el considerando segundo de la presente sentencia, y por otro,

del propio relato contenido en la contestación de la demanda, en tanto en ella se reconoce la realización de una serie de medidas adoptadas por el Ejército de Chile, tanto al momento del accidente como con posterioridad a él, **tendientes todas a mitigar las consecuencias de los hechos que habían afectado a los demandantes.**

De modo que la única forma de entender el otorgamiento de las prestaciones de salud, económicas y de capacitación con que fueron beneficiados los demandantes, y que fueran descritas circunstanciadamente por el propio Fisco de Chile al momento de contestar la demanda, es que lo acaecido a los demandantes les causó un daño que va más allá de lo estrictamente patrimonial.

Séptimo: Que en lo que respecta a la infracción al artículo 47 del Código Civil ha de señalarse, además de lo razonado precedentemente, que el hecho cierto, como se dejó establecido en el fundamento segundo, es que las vidas de los demandantes fueron puestas en peligro a consecuencia de órdenes que constituían infracción a deberes militares, hecho desde el cual claramente se puede presumir la afección a derechos no patrimoniales, con lo cual no se configura el segundo acápite del recurso de nulidad sustancial deducido.

Octavo: Que la misma lógica expuesta en el fundamento precedente ha de aplicarse al tercer y cuarto capítulo de casación, toda vez que los artículos 1712 del Código Civil

y 426 del Código de Procedimiento Civil solo se limitan a exigir, para la construcción de una presunción, que no es otra cosa que una conclusión, la existencia de hechos debidamente acreditados, cuestión que como se señaló concurre en el caso de autos.

Noveno: Que las circunstancias expuestas permiten afirmar que no resulta cierto el reproche que se formula a la sentencia impugnada en el recurso de casación, como quiera que ésta no ha vulnerado los artículos 47, 1437 y 1698 del Código Civil y 426 del Código de Procedimiento Civil en la medida que quien alega una anormalidad debe probar la ocurrencia de la misma. Habiéndose establecido hechos constitutivos de falta de servicio y condicionantes en la producción del daño, según se ha demostrado, correctamente se ha imputado responsabilidad civil al Fisco de Chile.

Décimo: Que al haber alcanzado los jueces de la instancia en su fallo una decisión en el sentido recién indicado, aplicando correctamente los preceptos legales atinentes a la materia, no han incurrido en los errores de derecho que se les atribuyen en el recurso, por lo que éste será desestimado.

Y de conformidad además con lo dispuesto en los artículos 764, 767 y 805 del Código de Procedimiento Civil, **se rechaza** el recurso de casación en el fondo deducido en

lo principal de fojas 471 en contra de la sentencia de cuatro de agosto de dos mil once, escrita a fojas 470.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro señor Pfeiffer.

Rol N° 9074-2011.-

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sr. Héctor Carreño S., Sra. María Eugenia Sandoval G., el Ministro Suplente Sr. Alfredo Pfeiffer R., y el Abogado Integrante Sr. Alfredo Prieto B. No firma, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Abogado Integrante señor Prieto por estar ausente. Santiago, 06 de marzo de 2013.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a seis de marzo de dos mil trece, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.