

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LESIONES OCULARES

La Asociación Libertades Públicas solicitó mi opinión en relación con acciones de responsabilidad civil ejercidas contra el Estado por actuaciones de Carabineros de Chile. Las acciones buscan que personas que sufrieron lesiones oculares durante manifestaciones en el año 2019 obtengan reparación. Actualmente los juicios se tramitan en distintos tribunales civiles del país.¹

Acepté preparar este informe luego de estudiar detenidamente los antecedentes y de formarme la opinión que a continuación expongo. El informe se divide en cinco capítulos. En el *primero* se exponen los antecedentes del caso. En el *segundo* se explican generalidades sobre la responsabilidad del Estado por falta de servicio y de la aplicabilidad a este estatuto de la presunción de culpa del artículo 2329 del Código Civil. El *tercero* analiza distintas defensas que ha opuesto el Consejo de Defensa del Estado en relación con la falta de servicio y la culpa de la víctima. En el *cuarto* se consideran los principios que rigen la reparación de los daños en casos como estos. Finalmente, en el capítulo *quinto* se presentan las conclusiones.

I. PRINCIPALES ANTECEDENTES DE LA CONTROVERSIA

1. Numerosas personas que participaron en las manifestaciones sociales ocurridas a partir de octubre de 2019 sufrieron lesiones severas en sus ojos. Medios de prensa y organizaciones de derechos humanos dieron cuenta de estos hechos, cuya magnitud fue sin precedentes en Chile desde el restablecimiento de la democracia. Informes de organizaciones de derechos humanos apuntaron a un abuso de la fuerza física por parte de funcionarios de Carabineros cuando intentaban mantener el orden público.

2. Las lesiones sufridas por estos manifestantes fueron de distinta gravedad. Para algunos las heridas significaron un trauma ocular con pérdida importante de la visión, que puede ser permanente. En los casos más severos, las víctimas sufrieron el estallido o la pérdida completa del globo ocular, en uno o en los dos ojos. Dos personas quedaron completamente ciegas.

3. Las demandas a que se refiere este informe buscan la indemnización de este tipo de daños. Aunque se trata de varios juicios, en todos ellos los demandantes son personas que participaban en las manifestaciones ocurridas en el último trimestre de 2019, o que se encontraban en las inmediaciones de los hechos, y que sufrieron impactos violentos de proyectiles en sus ojos

¹ Para preparar este informe se han tenido a la vista los escritos de discusión en las siguientes causas: (i) 15º Juzgado Civil de Santiago, *Mujica con Fisco*, rol C-11302-2020; (ii) 1º Juzgado Civil de Rancagua, *Flores con Fisco*, rol C-1768-2021.

provenientes de armamentos de Carabineros.² El supuesto de hecho de las demandas es que una actuación imprudente de Carabineros provocó estos daños, en su intento por controlar las protestas. Con este fundamento, alegan la responsabilidad patrimonial del Estado por falta de servicio.

a) *Argumentos de los demandantes*

4. El principal reproche que dirigen los demandantes a Carabineros se refiere a un uso desproporcionado e impropio de la fuerza. Durante las manifestaciones Carabineros utilizó distintos equipos y armamento cuya función es dispersar las aglomeraciones. La intervención policial estuvo regularmente asistida por carros lanzaguas, gases lacrimógenos y armas de fuego no letales. En especial, se usaron carabinas lanza gases y escopetas antidisturbios. Según alegan los demandantes, el uso imprudente de estas armas provocó las heridas oculares.

5. Los demandantes sostienen que en el uso de estas armas Carabineros incumplió estándares internacionales. En general, estos estándares mandan que el empleo de la fuerza sea excepcional y en casos en que sea estrictamente necesaria. Además, la fuerza se debe usar proporcionalmente, considerando las características de la amenaza que se intenta controlar. Pero en los casos en juicio, Carabineros habría actuado contra manifestantes que no revestían amenaza alguna para la fuerza pública y que no estaban involucrados en hechos de violencia.

6. Carabineros también habría incumplido las normas de derecho interno que gobiernan su funcionamiento. Los reglamentos que rigen la intervención policial establecen un uso gradual y diferenciado de la fuerza y regulan el correcto empleo de las armas antidisturbios.

7. Los demandantes argumentan varias infracciones a estas reglas: la policía habría utilizado la escopeta antidisturbios de forma indiscriminada, sin distinguir entre hechos pacíficos y violentos; no habría disparado al tercio inferior del cuerpo, como establecen los protocolos; no habría respetado una distancia mínima entre el tirador y la víctima; habría usado material no autorizado como munición; habría usado las armas de fuego sin dar advertencias previas; y no habría prestado socorro a los lesionados.

8. Estas y otras infracciones e imprudencias de la institución, de las que se da cuenta detallada en las demandas, darían lugar a la responsabilidad del Estado por la falta de servicio de Carabineros. Los demandantes argumentan, además, que en este caso sería aplicable una presunción de culpa por el hecho propio, conforme al artículo 2329 del Código Civil. En

² El CDE no controvierte que los disparos que lesionaron a las víctimas provienen de Carabineros. Así se desprende de los escritos de discusión en los juicios tenidos a la vista. De hecho sus defensas, en vez de discutir la causalidad, se centran en afirmar que Carabineros cumplió con la normativa aplicable al realizar los disparos (contestación *Mujica con Fisco*, p. 23; contestación *Flores con Fisco*, pp. 3 y 8). En el mismo sentido, sus excepciones de falta de causalidad se refieren a la exposición imprudente de la víctima al daño (contestación *Mujica con Fisco*, Cap. VIII; contestación *Flores con Fisco*, pp. 27), o a la generación de riesgos por parte de terceros (contestación *Mujica con Fisco*, Cap. VII; contestación *Flores con Fisco*, p. 28); pero no sostienen que los disparos hayan sido perpetrados por personas ajenas a las fuerzas policiales.

consecuencia, si se probaran los daños provocados por Carabineros, correspondería a la defensa fiscal acreditar que los disparos se hicieron cumpliendo con la diligencia debida.

9. Las demandas buscan que se repare todo daño atribuible a falta de servicio de Carabineros. Las demandas difieren en los conceptos y montos específicos que se reclaman para cada víctima. Pero, en general, se piden partidas por el daño patrimonial y moral sufrido y la falta de servicio demandada es la misma: la infracción de las reglas y protocolos que regulan el uso de la fuerza de Carabineros. En ciertos casos se reclama daño emergente por los costos médicos incurridos tras las lesiones. El lucro cesante es una estimación de los ingresos que las víctimas dejarán de ganar por haber perdido la visión, al menos parcialmente, y por enfrentar mayores dificultades en el mercado laboral. Finalmente, el daño moral incluye montos por el *pretium doloris* y por la pérdida de oportunidades de vida.

b) *Argumentos del Consejo de Defensa del Estado*

10. El Consejo de Defensa del Estado (“CDE”) ha solicitado el rechazo de las demandas. Su posición se estructura en varias excepciones. Ante todo, argumenta la ausencia de falta de servicio por parte de Carabineros. El daño que sufrieron los demandantes se habría producido en medio de graves desórdenes públicos provocados por manifestantes violentos. En este contexto, Carabineros habría actuado conforme a su deber institucional de restablecer el orden.

11. El CDE sostiene que Carabineros habría actuado según sus facultades, empleando medios proporcionados a los ataques de que eran objeto los funcionarios policiales. En particular, el uso de las escopetas antidisturbios estaría permitido por el ordenamiento y habría sido validado por tribunales superiores. Su uso, sin embargo, no estaría exento de riesgos de causar daños, incluso cuando son empleadas conforme a derecho.

12. La defensa fiscal también argumenta la inaplicabilidad de la presunción de culpa del artículo 2329 del Código Civil, porque Carabineros está legalmente facultado para utilizar armas de fuego. Además, la presunción sólo podría operar si la víctima no ha intervenido en el accidente, cosa que no ocurriría en este caso, porque las personas que participaron de las manifestaciones habrían tenido un rol decisivo en los daños que pudieron haber sufrido.

13. También se impugna la relación de causalidad entre el ilícito y el daño, sea por la intervención causal de las propias víctimas, o por hechos de terceros. Sobre lo primero, argumentan que las víctimas se habrían expuesto imprudentemente al daño al permanecer en el lugar donde se desarrollaban hechos violentos. Sobre lo segundo, afirman que habría sido la acción delictual de un grupo de individuos la causa próxima e inmediata de los daños. Sin esos actos violentos, la intervención policial habría sido innecesaria, y no se habrían provocado las lesiones.

14. Finalmente, el CDE controvierte la procedencia y monto de los perjuicios demandados. Entre otros argumentos, afirma que la evaluación de las distintas categorías de daños es desproporcionada. En subsidio, sostiene que la exposición imprudente de las víctimas al daño permitiría reducir el monto de la indemnización conforme al artículo 2330 del Código Civil. El

CDE fundamenta este argumento en la permanencia de las víctimas en el lugar del accidente en circunstancias que la situación se habría vuelto evidentemente riesgosa.

II. PRESUNCIÓN DE FALTA DE SERVICIO POR LAS ACTUACIONES DE CARABINEROS

a) *Responsabilidad del Estado por falta de servicio*

15. El estatuto más general de responsabilidad de la Administración se encuentra definido genéricamente, sin mayores precisiones, como falta de servicio.³ Este concepto se ha construido sobre la base del modelo francés de responsabilidad del Estado, donde la falta de servicio cumple una función análoga a la noción civil de culpa. En este sentido, la falta de servicio no supone un juicio de reproche personal respecto del agente del daño, sino una valoración objetiva de la conducta de la Administración. Al igual que en el caso de la culpa civil, el juicio de falta de servicio reside en una comparación del servicio efectivamente prestado con el que se debió prestar a la luz de un estándar legal o de razonable cumplimiento de la función pública.⁴

16. El Estado responde por su falta de servicio, y la responsabilidad recae directamente sobre el Fisco, la municipalidad, u otro órgano con patrimonio propio. Se trata de una responsabilidad vicaria, que no distingue entre la persona jurídica y sus dependientes. Por eso, no es necesario reconducir el hecho objetivo a alguien en particular, sin perjuicio de que la responsabilidad personal del funcionario pueda ser hecha valer en forma posterior por la Administración (Ley de Bases, artículo 42 II).⁵

17. La función policial es un servicio público destinado a garantizar y mantener el orden y la seguridad al interior del territorio. Para el cumplimiento de esta finalidad, Carabineros está autorizado legalmente a emplear medios disuasivos y a hacer uso de la fuerza, bajo las circunstancias y en los términos establecidos en su regulación. En consecuencia, la determinación de la regla de conducta que Carabineros debió haber observado supone atender, en primer lugar, a las normas legales o reglamentarias que regulan el uso de armas de fuego en el control del orden público. Luego, este estándar podrá ser complementado con el estándar de diligencia exigido por las circunstancias del caso, los usos normativos, y criterios generales de conducta.⁶

³ La falta de servicio como régimen de responsabilidad patrimonial aplicable a la Administración del Estado se encuentra recogido, primeramente, en el artículo 42 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (en adelante, Ley de Bases). Otros textos legales también reproducen este estatuto, como es el caso de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades (artículo 52) y la ley 19.996 que establece un Régimen General de Garantías en Salud (artículo 38). Si bien las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública se encuentran excluidas del título II de la Ley de Bases, la jurisprudencia ha entendido de manera consistente que el Estado responde de la falta de servicio de Carabineros de Chile, con independencia del fundamento normativo que se invoque a falta de una regulación más específica.

⁴ Barros, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago: Editorial Jurídica (2020), §§ 334 y 339.

⁵ *Ibid.*, p. 338 ss.

⁶ Así también lo ha entendido la jurisprudencia. A modo de ejemplo, en un fallo reciente donde se demandó al Estado por la falta de servicio de Carabineros, la Corte Suprema entendió que Carabineros había prestado un servicio deficiente al haber actuado “en desapego a la normativa y protocolos que rigen su actuar en circunstancias como las descritas, frente al peligro que representaba la tenencia de un arma de fuego por parte de una persona que amenazaba con quitarse la

18. La facultad de Carabineros para emplear la fuerza y las armas de fuego en el cumplimiento de sus deberes deriva de la Constitución Política que entrega a las Fuerzas de Orden y Seguridad el monopolio de la fuerza en el ámbito interno (artículo 101 inciso 2º). Por su parte, la Ley Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile confiere a Carabineros atribuciones legales de policía y autoriza el uso de la fuerza a solicitud de las autoridades judiciales y administrativas.⁷

19. Con fundamento en estas normas, y sobre la base de las recomendaciones efectuadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (“CIDH”) al Estado de Chile,⁸ el Presidente de la República dictó el DS N°1364 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública que “Establece disposiciones relativas al uso de la fuerza en las intervenciones policiales para el mantenimiento de orden público” (“Reglamento”). El Reglamento establece reglas para el empleo de la fuerza, ordena la actualización periódica de los protocolos de mantención del orden público, y establece que Carabineros debe informar al Ministerio del Interior las estadísticas relativas al uso de la fuerza y episodios violentos. En particular, establece que Carabineros evitará el uso de armas letales, debiendo preferir la adopción de medios menos dañinos. En caso de que sea necesario emplear armas de fuego, debe existir una advertencia previa por parte del funcionario policial correspondiente (artículo 1). Luego, el Reglamento se remite a las *normas internas que regulan la intervención policial para el mantenimiento del orden público*.

20. Normas internas de carácter infra reglamentario desarrollan de manera más detallada las condiciones de empleo de armas de fuego por la fuerza pública. En especial es relevante la Circular N°1832, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que actualiza instrucciones sobre el uso de la fuerza (“Circular”); y los “Protocolos de actuación de Carabineros de Chile en

vida, no adoptaron las medidas de seguridad para evitar la materialización de dicho riesgo (...)" (CS, 13.7.2021, rol N° 94245-2020).

⁷ Ley Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile, artículo 4; Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional artículo. 2.

⁸ La CIDH se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre esta materia, advirtiendo que el uso de la fuerza por parte de agentes públicos debe regirse por los principios de necesidad y proporcionalidad. El primero supone que los agentes estatales deben “*recurrir a las medidas de seguridad ofensivas y defensivas estrictamente necesarias para el cumplimiento de las órdenes legítimas impartidas por la autoridad competente ante hechos violentos o delictivos que pongan en riesgo el derecho a la vida o la integridad personal de cualquier habitante*”. Es decir, el Estado debe asegurar que el uso de la fuerza en el control de una manifestación sea empleado como medida de *última ratio*, agotando previamente todos los medios menos lesivos para controlar la situación. Por su parte, el principio de proporcionalidad exige que “*[...]os agentes legitimados para hacer uso de la fuerza deben aplicar un criterio de uso diferenciado y progresivo de la fuerza, determinando el grado de cooperación, resistencia o agresión de parte del sujeto al cual se pretende intervenir y con ello, emplear tácticas de negociación, control o uso de la fuerza, según corresponda*” Es decir, el uso de fuerza debe guardar una relación racional de proporcionalidad con la clase de amenaza que se intenta controlar (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 2015 OEA/Ser.L/V/II., Doc. 48/15, 31 diciembre 2015, Capítulo IV.A).

En este sentido, Reglamento fue adoptado en el marco de las recomendaciones que la CIDH efectuó al Estado de Chile tras ser considerado como responsable de violación a los derechos humanos el caso *Edmundo Alex Lemún Saavedra Vs. Chile*. Entre los considerandos que motivan su dictación, se da cuenta de que “*con motivo de lo informado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en informes de fondo N° 31/17 y N° 67/18, relativos al Caso 12.880, Edmundo Alex Lemún Saavedra Vs. Chile; el Estado de Chile, con fecha 9 de marzo de 2018, suscribió un Acuerdo de Cumplimiento de Recomendaciones Caso N°12.880, en donde se obligó adoptar las siguientes garantías de no repetición consistentes en: aprobar un decreto presidencial que contenga lineamientos generales sobre el uso de la fuerza policial, revisar y actualizar los protocolos existentes relativos al empleo del uso de la fuerza para la mantención del orden público, así como establecer el mecanismo para que Carabineros de Chile reporte anualmente al Ministerio del Interior y Seguridad Pública, estadísticas relativas al uso de la fuerza y episodios violentos*”.

intervenciones para la mantención del orden público” (“Protocolos”), especialmente el que regula el “Empleo de la escopeta antidisturbios” (“Protocolo 2.8”).

21. La Circular recoge los principios de necesidad y proporcionalidad en el uso de la fuerza pública.⁹ La aplicación concreta de estos principios exige un equilibrio entre el grado de resistencia o de agresión que sufre la policía y la intensidad de fuerza que se encuentra autorizada a ejercer para lograr que la persona se someta al control policial. Con este fin, la Circular distingue cinco niveles de colaboración o resistencia de una persona que está siendo controlada, y las medidas que la Fuerza Pública puede ejercer en cada uno de estos niveles. A mayor grado de resistencia, mayor grado de fuerza por parte de la policía. El uso de armas de fuego sólo está permitido en los dos niveles más graves de resistencia o agresión por parte de las personas: casos de *agresión activa*, si el controlado intenta agredir al Carabinero para resistir el control o evadirlo y casos de *agresión activa potencialmente letal*, si se realiza un ataque con armas o tácticas lesivas graves o potencialmente letales (Circular, sección IV).

22. Pero no basta que Carabineros se encuentre en alguna de estas hipótesis, porque el empleo de la escopeta antidisturbios debe sujetarse a los Protocolos, de modo que su uso sea lo menos lesivo posible, y no genere consecuencias graves sobre la vida y salud de las personas. Entre otras reglas, los Protocolos exigen que intervengan funcionarios calificados y que, antes de su utilización, se verifique que la munición del cartucho corresponda para el uso antidisturbios, debiendo tratarse de proyectiles menos letales, tales como perdigones de goma u otros. Al momento de su empleo, Carabineros debe considerar las circunstancias del caso, como la presencia de personas ajenas al hecho. También se debe evaluar la distancia a la cual se dispara, y evitar apuntar por sobre la parte baja del abdomen o en una superficie en que pueda impactar por rebote. Si hay lesiones, las víctimas deben ser asistidas por Carabineros, dejando constancia del hecho y de sus circunstancias. Además, todo funcionario que emplee una escopeta antidisturbios debe contar con una videocámara corporal, y entregar sus registros al finalizar el servicio (Protocolo 2.8).

23. Los antecedentes del caso muestran que Carabineros en reiteradas ocasiones empleó la escopeta antidisturbios apartándose de este estándar. Así lo sugieren informes elaborados por organismos de derechos humanos, que advierten el uso indiscriminado de armas de fuego por parte de Carabineros contra manifestantes pacíficos, que no se encontraban en las hipótesis de *agresión activa* o *agresión potencialmente letal* descritas en la Circular.¹⁰

⁹ Según la Circular, el principio de necesidad supone que “*la fuerza solo debe aplicarse cuando sea estrictamente necesario y en la medida requerida para el desempeño de las funciones policiales, de modo tal que personal de Carabineros en el cumplimiento de sus tareas profesionales deben aplicar, en la medida de lo posible, medios no violentos antes de recurrir al uso de la fuerza*”. Por otra parte, el principio de proporcionalidad exige que “*los miembros de Carabineros de Chile podrán hacer uso de la fuerza de forma gradual y proporcional en aquellos casos que seobre en legítima defensa, esto es, para proteger la integridad de terceras personas o la suya*” (Circular, sección III).

¹⁰ *Vid.* Informe sobre la Misión a Chile de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de diciembre de 2019; Informe Anual sobre la situación de los Derechos Humanos en Chile en el contexto de la crisis social, 17 de octubre al 30 de noviembre de 2019, del Instituto Nacional de Derechos Humanos; e Informe de Amnistía Internacional, titulado “Chile: Política Deliberada para Dañar Manifestantes Apunta a Responsabilidad de Mando”, de 21 de noviembre de 2019.

24. Entre sus defensas, el CDE sostiene que la violencia y la elevada cifra de asistentes a las manifestaciones habría dificultado la diferenciación y reconocimiento de los infractores de ley. Sin embargo, los principios de necesidad y proporcionalidad exigen que la fuerza sea aplicada de manera excepcional, y como *ultima ratio*, por lo que, en caso de duda, debe prevalecer el uso de medios menos lesivos. De hecho, según se nos ha informado, ninguna de las víctimas fue detenida el día en que sufrieron lesiones, y ni siquiera existen investigaciones penales en su contra por hechos relacionados a los disturbios ocurridos en las manifestaciones sociales ocurridas a partir de octubre de 2019. Esta circunstancia constituye un fuerte indicio de que Carabineros no se encontraba autorizado a hacer uso de armas de fuego pues, de lo contrario, lo razonable hubiese sido proceder a la denuncia o detención de quien puso en riesgo la integridad física de Carabineros o terceros.

25. Carabineros debía considerar la distancia y el lugar del cuerpo hacia donde apuntaba (*supra*, 22). Aunque el Protocolo 2.8 no señala una distancia específica, el Departamento de Criminalística de Carabineros de Chile elaboró un informe, sobre la base de ensayos con escopetas antidisturbios, recomendando expresamente guardar una distancia superior de 30 metros, apuntando siempre hacia el tercio medio inferior del cuerpo. De lo contrario, se advierte, existe el riesgo de generar lesiones oculares, que podrían implicar la pérdida del ojo.¹¹

26. Los numerosos traumas oculares ocurridos en Chile con ocasión de las manifestaciones de octubre y noviembre de 2019 resultan desproporcionados en comparación con protestas anteriores, manifestaciones en otros países del mundo, incluso en zonas de conflicto.¹² Estos resultados constituyen un fuerte indicio de que Carabineros descuidó los Protocolos que regulan el empleo de armas de fuego, y en especial de la escopeta antidisturbios. Tratándose de reglas que han sido definidas sobre la base de criterios técnicos, precisamente dirigidos a resguardar la vida y salud de las personas, todo indica que su observancia debió conducir a un resultado distinto. Incluso en un mal escenario lo razonable habría sido esperar algunos accidentes puntuales, pero no los cientos de casos de trauma ocular que en la práctica se constataron.

27. Por otra parte, existe evidencia de que Carabineros utilizó material no autorizado para el uso de la escopeta antidisturbios, infringiendo con ello la Orden General N°2635, que dispone que los perdigones estarán conformados por “12 postas de goma endurecida, de material de caucho (...)”. Diversos informes periciales detectaron la presencia de otros materiales pesados, como plomo y compuestos minerales, lo que con toda probabilidad incidió en las consecuencias

¹¹ “Por lo anteriormente expuesto, se recomienda el uso de la escopeta antidisturbios en Carabineros de Chile, a una distancia superior a los 30 mts. y apuntando siempre hacia el tercio medio inferior del cuerpo, ya que corresponde a zonas menos vulnerables o expuestas, al estar protegidas por las vestimentas y el calzado, con la finalidad de evitar la generación de lesiones graves durante su uso y solo se cumpla la función de dispersar a las personas” (Informe sobre “Disparos con escopeta antidisturbios, con empleo de cartuchería con perdigón de goma y sus efectos en la superficie del cuerpo humano”, del Departamento de Criminalística de Carabineros de Chile, de noviembre de 2012).

¹² Vid. Rodríguez, Á., Peña, S., Cavieres, I. et al. Ocular trauma by kinetic impact projectiles during civil unrest in Chile. Eye 35, 1666–1672 (2021). Disponible en <https://doi.org/10.1038/s41433-02>.

del impacto.¹³ En la práctica, Carabineros era el único que se encontraba en posición de advertir que los componentes de la munición no se correspondían con el material autorizado. En consecuencia, la falta es doble: Carabineros utilizó una munición distinta a la requerida, y además no verificó que las armas se ajustaran a las respectivas normas y protocolos.

28. Carabineros no sólo infringió deberes de cuidado establecidos por la autoridad, sino que además se desvió del estándar de comportamiento exigible atendidas las circunstancias del caso y su posición institucional. Por una parte, la amenaza de un daño muy intenso lleva a exigir que se adopten mayores precauciones para evitarlo.¹⁴ Por otra, la policía es justamente quien detenta el monopolio de la fuerza estatal, por lo que se encuentra en una posición privilegiada para minimizar el riesgo de su actuar. De hecho, los Protocolos exigen que si se producen lesiones Carabineros asista en forma inmediata a las víctimas, pues su propio comportamiento generó un riesgo frente a terceros (*supra*, 22). En efecto, Carabineros tampoco cumplió con esta exigencia, a pesar de que la ley y su especial relación con las víctimas así lo exigían.

29. Desde los primeros días de las manifestaciones la prensa y el Colegio Médico informaron sobre la existencia de lesiones oculares graves entre los manifestantes.¹⁵ Sin embargo, Carabineros y las autoridades no adoptaron oportunamente medidas destinadas a evitar o disminuir este riesgo. Carabineros continuó utilizando la escopeta antidisturbios durante todo el mes de octubre y parte de la primera quincena del mes de noviembre. Sólo el 10 de noviembre de 2019 se emitió un primer comunicado en que se dispuso que su uso se acotaría a situaciones de real peligro para Carabineros o para los ciudadanos, o a casos de amenaza inminente de ataque a la propiedad privada o pública¹⁶. Días después, el Director General de Carabineros ordenó suspender su uso, restringiéndola a casos de legítima defensa, en que existiese peligro inminente de muerte¹⁷. Estas medidas dan cuenta de que en la práctica el daño era evitable a un costo razonable, porque existían medios menos lesivos que permitían dispersar a los manifestantes.

¹³ En este sentido, se realizaron estudios de análisis en distintas regiones del país, todos los cuales concluyeron que la composición de los perdigones utilizados por Carabineros no se corresponde con la requerida por la Orden General N°2635. *Vid.* “Estudio de perdigón”, elaborado por don Patricio Jorquera E. y don Rodrigo Palma H., del Departamento de Ingeniería Mecánica de la Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas; Estudio “Identificación de componentes de perdigones por microscopía electrónico de Barrido-EDX”, elaborado por la Universidad Austral de Chile, de fecha 19 de noviembre de 2019; y Estudio “Análisis fisicoquímico de proyectiles utilizados durante las manifestaciones en Valparaíso y su correlación imagenológica con los cuerpos extraños pesquisados entre el 19 de octubre y el 15 de noviembre de 2019 en el Hospital Carlos Van Buren”, elaborado por la Universidad de Valparaíso, de fecha 24 de noviembre de 2019.

¹⁴ Barros, *op. cit.*, p. 113 s.

¹⁵ A pocos días de iniciadas las manifestaciones, el 20 de octubre de 2019, el Departamento de Derechos Humanos del Colegio Médico publicó un comunicado en el que refería al menos cinco casos de lesiones oculares graves (Catastro de denuncias por agresiones recibidas por el Depto. De DDHH del Colegio Médico de Chile, 20.10.2020). Al día siguiente, el 21 de octubre de 2019 el medio digital “CIPER” publicó una nota en la que se referían los primeros casos de traumas oculares recibidos en el Hospital Salvador, denunciando al menos ocho casos de víctimas con lesiones graves (<https://www.ciperchile.cl/2019/10/21/heridos-por-balas-y-perdigones-horas-negras-en-los-servicios-de-urgencia> [consultado el 11.8.2021]).

¹⁶ <https://www.latercera.com/nacional/noticia/mario-rozas-general-director-carabineros-anuncia-desde-hoy-las-escopetas-anti-disturbios-tendran-uso-acotado/895245/> [consultado el 11.08.2021].

¹⁷ <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2019/11/19/967772/Carabineros-suspende-uso-escopeta-antidisturbios.html> [consultado el 11.08.2021].

Adicionalmente, todo indica que la escopeta antidisturbios fue utilizada en hipótesis distintas a las de *agresión activa* o *agresión potencialmente letal* descritas en la Circular, pues de lo contrario no se explica por qué la autoridad decidió *acotar su uso* a situaciones de real peligro para Carabineros o para los ciudadanos, o a casos de amenaza inminente de ataque a la propiedad privada o pública.

30. Los antecedentes muestran que Carabineros infringió las normas legales y reglamentarias sobre el uso de la escopeta antidisturbios, y su conducta se apartó del estándar razonable de cumplimiento de la función pública. Como se verá en el siguiente capítulo, las circunstancias y gravedad del daño generado constituyen indicios de culpa, que alteran la carga de la prueba. Por eso, es cargo del CDE aportar antecedentes que permitan concluir inequívocamente que Carabineros observó en cada caso particular las reglas establecidas en las normas y Protocolos. De lo contrario, la conducta de Carabineros debe ser calificada como de falta de servicio.

b) *Falta de servicio presumida*

31. La lógica de las presunciones de falta de servicio es la misma que opera en la presunción de culpa por el hecho propio en el derecho privado. La responsabilidad del Estado puede ser construida a partir de las presunciones de falta de servicio, cuando según la experiencia ordinaria pueda asumirse que el accidente se debe con alta probabilidad a un servicio de mala calidad del órgano público demandado. Así lo he considerado en mi *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*

*“En tales casos, como ocurre con las presunciones de culpa por el hecho propio en materia civil, a partir del resultado se construye inductivamente la infracción del estándar de conducta que la Administración debió observar”.*¹⁸

Bajo estas condiciones se produce una inversión de la carga de la prueba en favor de la víctima.¹⁹

¹⁸ Barros, *op. cit.*, p. 559.

¹⁹ *Vid.* CS, 20.12.2018, rol N°1.509-2018, en que, a partir del colapso de un puente de madera, la Corte construye la falta de servicio e invierte la carga de la prueba razonando que “*como es evidente, los puentes deben estar proyectados y construidos de modo tal que no puedan colapsar, razón por la que se deben realizar mantenimientos periódicos que verifiquen su buen estado. Es en virtud de tal premisa que es el demandado quien debe probar que, el puente fue bien proyectado, construido y que se realizaron las correspondientes inspecciones*”; Corte de Concepción, 15.9.1999, confirmada por CS [cas. fondo], 10.8.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 5^a, p. 132, donde se afirma que, aunque en una concepción subjetiva de la responsabilidad del Estado, el peso de la prueba de la falta de servicio es de la víctima, esta regla admite ciertas alteraciones como “*[e]n el caso de daños a usuarios por deficiencia en la mantención de una obra pública. En este caso, el usuario debe limitarse a señalar que ha existido una falta de mantenimiento normal, debiendo la administración haber realizado este mantenimiento (...)*”, y “[c]uando la policía provoca perjuicios por el empleo de elementos peligrosos”; CS, 3.5.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 5^a, p. 87, donde la falta de servicio se funda en la circunstancia “*de haber quedado la casa de la demandante, a consecuencia de la pavimentación de la calle, en la situación de anegarse por el derrame de aguas lluvias*”, de lo que “*se infiere que la Municipalidad demandada no cauteló que en tales obras se observaran los estándares mínimos requeridos para prevenir el daño provocado, desde que pertenece a la función pública que ella desarrolle evitar que un defecto de pavimentación tan evidente lleve a provocar perjuicios de tanta gravedad a alguno de los vecinos?*”. En el mismo sentido, en un fallo pronunciado en contra de la Municipalidad de Concepción, en que una persona tropezó con las baldosas de la acera de una calle que sobresalían varios centímetros, se resolvió que “*resulta indefectible que el hecho de haber mantenido la citada arteria en mal estado y sin resguardo alguno, es una circunstancia que por su naturaleza insita es susceptible de atribuirse a lo menos a culpa del agente, porque con un razonamiento medio no puede sino concluirse que el mismo estaba en situación de provocar caídas de los peatones y, por ende, denota sin duda culpabilidad del autor, o, lo que es lo mismo, se trata de un hecho de aquellos que provienen ordinariamente de negligencia*” (Corte de Concepción, 25.1.2002, confirmada por CS [cas. fondo], 7.5.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 5^a, p. 104).

32. La regla del artículo 2329 del Código Civil permite presumir la culpa cuando el daño proviene de un hecho que, por su naturaleza o por las circunstancias en que se realizó, es susceptible de ser atribuido a culpa o dolo del agente.²⁰ Esta presunción es especialmente relevante en el caso, porque la conducta de Carabineros se enmarca justamente bajo una de las hipótesis enumeradas en esta disposición: *el que disparara imprudentemente un arma de fuego*.

33. El CDE argumenta que la norma hace referencia al *disparo imprudente* de un arma de fuego, por lo que sería carga de los demandantes acreditar que tal *imprudencia* tuvo lugar en el caso. Sin embargo, este razonamiento desafía la lógica sobre la que se construye cualquier presunción. La consecuencia natural de las presunciones consiste en invertir la carga de la prueba. Lo que se presume es justamente la imprudencia. La regla sólo cobra sentido porque en atención a las circunstancias del accidente, permite alterar el peso de la prueba de la negligencia o falta de servicio. De esta forma, las razones esgrimidas por el demandado no resultan atendibles, porque implican que la disposición quede desprovista de sentido y utilidad.

34. Además, a juicio del CDE la presunción no resulta aplicable al caso, porque Carabineros está facultado por el ordenamiento jurídico a utilizar armas de fuego. De lo contrario, sostiene, cada vez que Carabineros utilizara sus armas institucionales operaría la presunción.

35. Este argumento desatiende el fundamento de la presunción por el hecho propio, y las circunstancias en que opera. En el sistema de responsabilidad, presunciones de esta naturaleza son aplicables cuando a la víctima resulta desmedidamente difícil probar el acto o la omisión que *en específico* ha causado su daño; pero, al mismo tiempo, la experiencia muestra que ella ha sufrido daños que suelen ocurrir debido a la negligencia del demandado.²¹ Bajo estas condiciones, el juez debe atribuir responsabilidad al demandado sin necesidad de prueba específica de su negligencia.

36. La atribución de la carga de la prueba al demandado, quien para eximirse de responsabilidad tiene que demostrar en específico que la causa del daño es otra que su negligencia, se justifica por razones de justicia y de eficiencia procesal. Como he expresado en la obra antes referida,

“resulta justo hacer cargar al demandado el riesgo probatorio si los indicios permiten inferir que lo más probable es que el daño se deba a su negligencia, aunque técnicamente resulten insuficientes para construir una presunción judicial según los artículos 1712 III del Código Civil y 426 II del Código de Procedimiento Civil. El resultado usual es que la carga de la prueba se atribuye a quien tiene un mayor control de los antecedentes probatorios”.²²

²⁰ Alessandri, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho chileno*, Santiago: Imprenta Universitaria (1943), p. 292. La presunción general de culpabilidad por el hecho propio ha sido construida en el derecho chileno a partir de la norma del artículo 2329. La regla se compone de dos partes: la primera expresa que todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser indemnizado por esta (2329 I), y la segunda enumera, de manera ilustrativa, conductas típicas en que esa regla recibe especial aplicación (2329 II). Sobre la base de esta regla, es posible distinguir casos de actividades particularmente peligrosas y aquellas en que la experiencia y el control sobre los hechos por el causante del daño *prima facie* que el daño ha sido causado por negligencia (Barros, *op. cit.* pp. 158 ss.)

²¹ Porat, Ariel y Stein, Alex, *Tort liability under uncertainty*, Oxford: Oxford University Press (2001), pp. 84 ss.

²² Barros, *op. cit.*, p. 158.

37. A contrario de la tesis del CDE, la presunción resulta aplicable contra quienes ejercen actividades particularmente riesgosas en virtud de una facultad legal, como es el empleo de armas de fuego por parte de Carabineros. Precisamente tales actividades están sujetas a deberes calificados de diligencia que persiguen evitar lesiones corporales graves; por eso, que estos daños se produzcan es por sí indicativo de la negligencia del agente. Así, la presunción suele aplicarse respecto de transportistas²³ y constructores profesionales,²⁴ entre otros, por los daños causados con ocasión de la actividad que ejercen con la debida autorización y calificación profesional.

38. El razonamiento del CDE implica restringir considerablemente al ámbito de aplicación de la norma, porque tratándose de actividades peligrosas, lo natural es que quien las desempeñe se encuentre autorizado e incluso calificado para ello. De esta forma, si bien Carabineros se encuentra legalmente facultado a emplear este tipo de armas, de ello no se sigue que no se les pueda presumir culpa.²⁵ Contrario a lo que afirma el CDE, aplicar la presunción de culpa no se traduce en que Carabineros deba justificar el uso de armas de fuego en toda oportunidad, sino sólo cuando de ello se siguen resultados graves, como lesiones o muerte. Se trata de un estándar básico para el empleo de la fuerza pública en un estado de derecho.

39. Además, desde una perspectiva procesal, en estos casos el Estado se encuentra en una mejor posición probatoria. Carabineros cuenta con la importante ventaja de poder acreditar las circunstancias del accidente, pues no sólo se encontraba en control de los hechos, sino además cuenta con los medios probatorios, como videocámaras corporales, para probar su propia diligencia.

40. De este modo, los fundamentos de la presunción de culpa por el hecho propio son aplicables con toda propiedad a la falta de servicio para atribuir responsabilidad al Estado por la conducta de Carabineros. La lógica que en el derecho privado ha llevado a establecer presunciones es la misma que opera para imputar responsabilidad por falta de servicio. De hecho, las hipótesis del artículo 2329 del Código Civil son típicamente aplicables a la función pública.²⁶

²³ Los primeros precedentes de aplicación de la presunción en Chile fueron accidentes ferroviarios (CA de Santiago, 12.10.1909, RDJ T. IX, sec 2^a, 25; CS, 14.12.1923, RDJ T. XXII sec. 1^a, 725). Desde temprano, la jurisprudencia extendió dicha presunción a casos de responsabilidad del estado falta de servicio (*vid. nota 27*).

²⁴ En Chile, por ejemplo, CS 13.1.1937, RDJ T. XXIV sec. 1^a, 201.

²⁵ De hecho, la Excmo. Corte Suprema ha ido más lejos en la aplicación de presunciones de falta de servicio, atribuyendo responsabilidad al Estado bajo un estatuto de *riesgo creado* si algún órgano de la Administración genera una situación de riesgo o peligro significativo. En estos casos la Corte ha fallado que el Estado debe responder por todo daño que constituya una materialización de ese riesgo (Barros, *op. cit.*, 512 y jurisprudencia citada).

²⁶ Barros, *op. cit.*, 559 s. *Vid.* Corte de Concepción, 25.1.2002, confirmada por CS [cas. fondo], 7.5.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 5^a, p. 104; Corte de Valparaíso, 3.12.1948, confirmada por CS [cas. fondo], 4.8.1952, RDJ, t. XLIX, sec. 1^a, p. 281; CS, 7.5.2001 RDJ, t. XCVIII, sec. 1^a, p. 88.

III. IRRELEVANCIA DE LA INTERVENCIÓN DE LAS VÍCTIMAS Y TERCEROS EN LA RESPONSABILIDAD DE CARABINEROS

41. En las secciones siguientes se argumenta que la responsabilidad de Carabineros difícilmente se ve alterada por la conducta de las víctimas de las lesiones oculares, o por el hecho de terceros que participaron en las manifestaciones.

Sólo en determinadas circunstancias la conducta de la víctima tiene efectos jurídicamente relevantes para el juicio de responsabilidad, pero todo indica que los casos en informe no pertenecen a esas hipótesis. El actuar de Carabineros no se encuentra amparado por una causal de justificación que excluya su culpa (sección a). Tampoco se puede sostener que las víctimas hayan actuado imprudentemente al participar de las manifestaciones o que hayan asumido un riesgo irrazonable (sección b). Finalmente, los actos de terceros tampoco tienen el efecto de excluir la responsabilidad de Carabineros (sección c). Por eso, debieren desecharse las defensas del CDE que dan por interrumpido el curso causal o persiguen reducir el monto de la indemnización.

a) El actuar de Carabineros no está amparado por una causal de justificación

42. En los juicios tenidos a la vista para este informe, el CDE no ha esgrimido una excepción por legítima defensa. Sin embargo, sí ha realizado afirmaciones que pueden ser interpretadas en tal sentido.²⁷ Además, jurisprudencia referida por la defensa fiscal ha reconocido analogías entre el actuar de Carabineros ante ataques de manifestantes violentos con supuestos de legítima defensa.²⁸ Por eso es relevante el argumento de legítima defensa en los juicios en informe.

43. En la responsabilidad civil las causales de justificación son factores que excluyen la culpa del agente del daño.²⁹ Esto se diferencia de la función que cumplen en el derecho penal, donde no excluyen la culpa, sino la antijuridicidad del hecho típico. En particular, actúa en legítima defensa quien ocasiona un daño obrando en defensa de su persona o derechos, en tanto se cumplan todas las condiciones de su procedencia.³⁰

44. La carga de probar la legítima defensa corresponde a quien la alega (artículo 1698, Código Civil).³¹ Por eso, si el CDE invoca esta causal de justificación tiene la carga de acreditar los antecedentes concretos que la fundan. Por cierto, esta carga no se satisface con alegaciones genéricas, que apunten a que Carabineros era objeto de agresiones por parte de un grupo

²⁷ Por ejemplo, el CDE ha afirmado que la actuación de Carabineros estuvo motivada por la *necesidad de una contingencia violenta* (contestación *Flores con Fisco*, p. 7).

²⁸ CA de Santiago, 20.11.2019, rol N°2241-2019.

²⁹ El lugar diferente que ocupan las causales de justificación en el derecho civil y penal responde esencialmente al concepto de culpa utilizado en cada ámbito (Barros, *op. cit.*, p. 138 s.).

³⁰ Para que haya legítima defensa (i) la agresión debe ser actual; (ii) no debe haber mediado provocación suficiente por parte del agente; (iii) la defensa debe ser necesaria y proporcionada al ataque; (iv) se debe dirigir contra el agresor; y (v) el daño se debe haber provocado a consecuencia del acto de defensa (*ibid.*, p. 146).

³¹ *Ibid.*, p. 140; Corral, Hernán, *Lecciones de responsabilidad extracontractual*, Santiago: Editorial Jurídica (2011), p. 137. La Corte Suprema también da por sentado este criterio en la responsabilidad civil (CS, 3.10.2013, rol N°2043-2013, c. 5).

indeterminado de manifestantes. Así, son insuficientes afirmaciones de que la actuación de Carabineros estuvo motivada por *la necesidad de una contingencia violenta*.³² Sólo si el CDE acreditara que los demandantes agredieron o representaban una amenaza seria para funcionarios policiales o terceros se podría considerar esta excepción, cuya procedencia, en todo caso, queda sujeta a las observaciones de los párrafos siguientes.

45. Como se ha referido, el CDE cita *in extenso* una sentencia de la Corte de Santiago en que se refiere a la legítima defensa. En concreto, afirma que los supuestos de hecho en que se permite el uso de escopetas antidisturbios son similares a aquellos en que la ley faculta obrar en legítima defensa.³³ Aunque esta observación es acertada, conviene hacer algunas precisiones. En especial, el paralelo trazado por la Corte no excluye la culpa de Carabineros si los funcionarios policiales actuaron con violencia excesiva, aun cuando hayan respondido a agresiones ilegítimas.

46. A diferencia del ciudadano común que obra en legítima defensa, los funcionarios policiales desempeñan la función pública de mantener la seguridad pública. Su intervención está prevista para resolver situaciones en que la seguridad es amenazada seriamente. La habilitación legal para que puedan usar medios de fuerza queda siempre subordinada a esa finalidad de servicio. Para ello cuentan con entrenamiento especial, que los prepara para responder a eventuales desórdenes y violencia, y disponen de equipos y armamento especializado. Consecuente con su función pública, su profesionalismo y potencial lesivo, la respuesta de Carabineros queda sujeta a estándares más estrictos de necesidad y proporcionalidad que la legítima defensa del derecho común, y a criterios precisos que regulan la manera correcta de usar la fuerza y su armamento.

47. En definitiva, que el uso de la fuerza por parte de Carabineros sea reacción a desórdenes o a una agresión ilegítima no exime a los agentes policiales de atenerse a estándares. La regulación aplicable aborda expresamente tales escenarios, porque son contingencias que con toda probabilidad enfrentarán los funcionarios policiales al ejercer sus funciones, y que deben resolver prudentemente. Por eso, en el juicio de licitud de la conducta de Carabineros es importante analizar si los actos ejecutados ante eventuales ataques se ajustaron o no a derecho. Ello supone referir las normas que específicamente regulan el uso de la fuerza policial. La sentencia de la Corte de Santiago referida por la defensa del Estado es concordante con estas conclusiones.³⁴

b) *No hay una intervención de las víctimas que excluya o aminore la responsabilidad de Carabineros*

48. La víctima siempre tiene una participación causal en el daño que sufre. Se trata de una observación por completo elemental: el consumidor consume un producto que lo intoxica; el

³² Contestación Flores con Fisco, p. 8.

³³ CA de Santiago, 20.11.2019, rol N°2241-2019, c. 12.

³⁴ La sentencia expresa: “*Que, como puede apreciarse, además de entregarse constitucionalmente el uso de la fuerza legítima a las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública para el resguardo, mantención y restablecimiento del orden público, la normativa que rige a Carabineros de Chile, principal llamado a esta que constituye no solo una misión, sino que también un deber, contiene disposiciones precisas que permiten, regulan, acotan y precisan las condiciones de utilización de [las armas antidisturbios]*”. La Corte califica como ilegal la contravención a esas normas, aunque precisa que eso no significa que los reglamentos que tratan el uso de la fuerza también sean ilegales (CA de Santiago, 20.11.2019, rol N°2241-2019, c. 13).

peatón atraviesa la calle al ser atropellado. Causalmente su intervención es condición necesaria del daño, porque si es suprimida hipotéticamente, el accidente no ocurre.³⁵

49. Pero como cuando intervienen otras causas externas, el hecho de la víctima no altera *per se* la responsabilidad del agente, aunque sea causalmente determinante.³⁶ La pregunta relevante es por los criterios que justifican atribuir normativamente parte de la responsabilidad a la víctima. Lo normal es que esto signifique que se pueda dirigir un juicio de reproche a su conducta y, en estas circunstancias, la culpa de la víctima puede concurrir con la culpa del agente. Según una regla asentada en nuestra tradición jurídica, si la víctima también actuó con imprudencia, la apreciación del daño queda sujeta a una reducción (artículo 2330, Código Civil).³⁷

50. En los casos en informe no parecen darse las condiciones de una *culpa* de la víctima. Desde luego, la participación en manifestaciones no puede ser calificada como imprudencia, porque responde al ejercicio legítimo del derecho de libertad de expresión. Quienes no participaban de las manifestaciones, y fueron lesionados por estar fortuitamente en el lugar, tampoco incurrieron en imprudencia. Por ello, salvo que el CDE acreditará la participación de las víctimas en ilícitos concretos durante las protestas, como saqueos o destrucción de la propiedad privada, no corresponde reducir el monto de los daños por este concepto.³⁸

51. Incluso de acreditarse culpa de alguna de las víctimas, es cuestionable que ella tenga la virtud de *excluir* la culpa de Carabineros o, como afirma el CDE, de interrumpir el vínculo causal.³⁹ Si hubiese concurrido la culpa del demandado y de la víctima en la producción del daño, sólo cabe sopesar las respectivas participaciones, aplicando en la proporción que corresponda la regla del artículo 2330 para aminorar los daños.⁴⁰

52. Más allá de los casos en que hay imprudencia de la víctima, también hay hipótesis en que esta despliega una conducta no culpable, que no incide en el juicio de responsabilidad, como si

³⁵ San Martín, Lilian, *La culpa de la víctima en la responsabilidad civil*, Santiago: Der Ediciones (2018), pp. 40 ss.

³⁶ Barros, *op. cit.*, p. 450; Bahamondes, Claudia y Pizarro, Carlos, “La exposición de la víctima al daño: desde la culpabilidad a la causalidad”, en: *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 39 (2012), pp. 39-52; p. 41.

³⁷ En esto Bello siguió a los códigos germánicos y se alejó del francés, que omitió la regla. Pero la inspiración inmediata para el artículo la encontró Bello en el Código Civil peruano, no en el prusiano, como ha asumido a veces la doctrina. Un análisis histórico en: San Martín, *op. cit.*, capítulo I; Barrientos, Javier, *El Código Civil. Su jurisprudencia e historia*, T. II, Santiago: Thompson Reuters (2016), pp. 1094 s.

³⁸ Ilícitos distintos a la agresión directa a Carabineros, pues entonces correspondería considerar una causal de justificación por legítima defensa, conforme a las consideraciones hechas en la sección III. a.

³⁹ En mi libro de responsabilidad he sostenido que “*a efectos de la comparación entre el hecho del demandado y de la víctima hay dos criterios elegibles: la intensidad relativa de las culpas o imprudencias, y la relevancia relativa de las causas*”. Hay argumentos en favor de ambas perspectivas. Por eso considero que lo correcto es que ambos factores -la intensidad de la culpa y la relevancia causal-, sean objeto de una valoración prudencial (Barros, *op. cit.*, pp. 458 s.).

⁴⁰ La jurisprudencia a veces parece sostener el criterio contrario. Se ha fallado, por ejemplo, que procede eximir de responsabilidad al demandado si “*la causa suficiente, principal o determinante del perjuicio proviene del hecho negligente o de la omisión del perjudicado*” (CS, 16.10.1954, RDJ, t. LI, sec. 1^a, 488). Con todo, como ha mostrado Lilian San Martín a partir de una exégesis profunda de la jurisprudencia, la culpa de la víctima no configura una causal autónoma de exoneración de responsabilidad, sino constituye más bien “*una herramienta argumentativa para ilustrar la improcedencia de atribuir la responsabilidad al demandado y, en los casos hasta ahora vistos, aparece como un argumento ‘a mayor abundamiento’, frente a la falta de culpa del agente*” (San Martín, *op. cit.*, p. 39).

asume voluntariamente un riesgo. El CDE afirma que las víctimas asumieron un riesgo *irrazonable* al permanecer en las protestas, cuando era evidente que habían devenido peligrosas.⁴¹

53. Las circunstancias de hecho en que se funda esa defensa son materia de prueba en los juicios. Sin embargo, para que la asunción de riesgo incida en el juicio de responsabilidad se requiere un acto de voluntad que va más allá de la mera participación en una actividad que envuelve algún peligro. Asumir un riesgo es hacerse cargo de un peligro específico conexo a una actividad.⁴² Sin ese consentimiento, sólo la culpa de la víctima puede aminorar la responsabilidad del actor. La Excma. Corte Suprema ha sido clara en considerar que “[s]i no ha existido exposición imprudente de la víctima al daño, no puede aplicarse reducción alguna de la responsabilidad civil del demandado, correspondiéndole a éste indemnizar todo el daño causado”⁴³.

54. Aunque se acepte que las víctimas voluntariamente permanecieron en el lugar de las protestas, incluso tras percatarse de que se habían vuelto violentas, ¿puede afirmarse que asumieron el riesgo de sufrir lesiones oculares inferidas por Carabineros? Por cierto, que esto sería absurdo, porque hay una expectativa legítima de que los funcionarios policiales se conformen al estándar del cuidado debido. Claramente este estándar incluye abstenerse de hacer un uso excesivo de la fuerza en contra de manifestantes.

55. Las reglas que rigen el comportamiento policial tienen el propósito de reducir al mínimo esos riesgos de lesiones: (i) la policía debe usar la fuerza como *ultima ratio*, sólo contra quienes representan amenazas, y en forma graduada, según la intensidad del peligro; (ii) debe advertir antes de usar armas de fuego; (iii) para disparar escopetas antidisturbios, debe respetar una distancia mínima y *apuntar siempre a la porción inferior del cuerpo*; y (iv) el disparo de carabinas lanza gases en ningún caso debe ser contra el cuerpo (*supra*, 20 ss).

56. Las reglas descritas buscan específicamente evitar lesiones, sobre todo a manifestantes pacíficos. Las lesiones oculares de los demandantes sólo se explican por la vulneración de estas normas (*supra*, 31 ss). Ellas no fueron provocadas por terceros asistentes a las manifestaciones, es decir, no fueron materialización de un riesgo fuera del control de Carabineros. Por eso, afirmar que los demandantes asumieron un riesgo *irrazonable* al permanecer en las marchas es absurdo: conlleva afirmar que era esperable una actuación irregular de Carabineros.⁴⁴

57. Finalmente, incluso si se entendiera que los demandantes asumieron un riesgo al permanecer en las manifestaciones, no se sigue el efecto perseguido por el CDE, de descartar la responsabilidad de Carabineros. La asunción de riesgos no exime a Carabineros de sus deberes

⁴¹ Contestación Flores con Fisco, p. 27.

⁴² Barros, *op. cit.*, p. 463.

⁴³ CS, 6.8.2012, rol N°4558-2011.

⁴⁴ Hay jurisprudencia consistente con esta opinión: “En este orden de ideas, no puede aceptarse que la decisión de participar voluntariamente en una acción de demanda social como la acreditada, aunque conlleve algunos riesgos inherentes a la actividad de protesta, implique, de por sí, un propósito delictivo, temerario o vandálico, ni suponga por ello la voluntad de exponerse imprudentemente a los daños asociados al uso de violencia innecesaria por parte de fuerzas policiales, como si esto —el exceso de la fuerza institucional— fuera un resultado más que probable y, además, aparentemente justificado de esta clase de manifestaciones. Por el contrario, es lo sensato y apegado al orden jurídico presumir que, todavía en el marco de esta clase de actividades o especialmente durante ellas, los entes policiales y sus funcionarios darán cumplimiento cabal a las normas y límites que regulan el ejercicio de la fuerza pública” (2º JCS, 15.7.2014, rol N°33197-2011).

de cuidado, establecidos precisamente para situaciones como las que dieron lugar a los daños. Tampoco se podría tener por interrumpido el vínculo causal entre el ilícito y el daño provocado. A lo sumo se podría dar lugar a un ejercicio de ponderación de los daños conforme al artículo 2330 del Código Civil. Pero en estos casos la culpa de Carabineros resulta tan preponderante, que tampoco creo procedente reducir el monto de los daños de conformidad con esa regla.

c) *La intervención de terceros tampoco interrumpe la relación causal*

58. En subsidio de sus otras alegaciones, el CDE argumenta la interrupción de la relación de causalidad entre los daños y la actuación de Carabineros debido a la intervención de terceros. Sostiene que las acciones de fuerza desplegadas por la institución habrían sido motivadas por las conductas delictivas de antisociales, que atacaron de forma potencialmente letal a Carabineros. Como el accionar de la policía tendría origen en estos hechos de violencia, todas sus consecuencias tendrían que ser atribuidas a dichos terceros, no a Carabineros.⁴⁵

59. Esta línea argumentativa es defectuosa por razones en que es prudente insistir. La función de Carabineros es el mantenimiento de la seguridad, lo que supone hacerse cargo de las manifestaciones, aunque devenguen violentas. Los estándares internacionales aplicables, los reglamentos y protocolos sobre el uso de la fuerza adquieren especial relevancia a estos respectos. Los desórdenes o la agresión ilegítima de un grupo de personas no son excusa para que Carabineros haga un uso excesivo de la fuerza, como es infringir la regla de que no se puede disparar al tercio superior del cuerpo, o la de respetar distancias mínimas al disparar sus armas.

60. El asunto se puede plantear como uno de imputación normativa de los daños. Los hechos de terceros pueden ser una condición del accidente desde la perspectiva de la causalidad natural, porque sin desórdenes públicos la policía no hubiera intervenido. Pero esa circunstancia es del todo irrelevante para el juicio de la responsabilidad civil. Contrario a lo que afirma la defensa fiscal, la actuación de la policía, que resultó en las lesiones oculares de los demandantes, no es un *curso normal de reacción* ante los ilícitos antisociales que se habrían estado cometiendo, pues los disparos de Carabineros se hicieron en infracción de las normas sobre el uso de la fuerza (*supra*, 30). En este sentido, se podría invertir el argumento del CDE, y afirmar que es en realidad la actuación de Carabineros la que interrumpe el curso causal, impidiendo realizar una imputación de responsabilidad civil a quienes iniciaron las acciones violentas.

61. Rige aquí una *prohibición de regreso* que impide acoger la excusa de Carabineros.⁴⁶ Aunque se acepte que grupos de antisociales generaron desórdenes o cometieron delitos, y que estos

⁴⁵ Contestación *Flores con Fisco*, p. 28.

⁴⁶ La prohibición de regreso es un concepto proveniente del derecho penal, pero de uso frecuente en la responsabilidad civil. Se puede entender como una aplicación del criterio de adecuación de la causa para determinar en cuáles casos la intervención del tercero debe entenderse como un desvío del curso normal de los acontecimientos (Barros, *op. cit.*, pp. 434 s). La Corte Suprema lo utilizó para negar la exoneración de responsabilidad de Carabineros al disparar y dar muerte a Matías Catrileo: “cuando la causa del daño es el hecho de un agente del demandado, autor del perjuicio, no puede éste pretender exonerarse parcialmente de su responsabilidad, aun cuando la víctima hubiere desplegado previamente una actividad o conducta infraccional (...). Resulta aplicable en la especie la teoría de la imputabilidad objetiva, en particular, el criterio de la prohibición de regreso, que ha sido un intento afortunado de reducir los excesos de la teoría de la equivalencia de las condiciones” (CS, 15.12.2015, rol N°3294-2015).

motivaron la intervención de Carabineros, el ilícito posterior de los funcionarios de la policía es lo determinante en la ocurrencia de las lesiones de los demandantes, de modo que los ilícitos previos de terceros carecen de cualquier relevancia para la responsabilidad civil.

62. En conclusión, estimo que deben rechazarse las excepciones interpuestas por el CDE analizadas en este capítulo. La responsabilidad de Carabineros tiene su fundamento en su falta de servicio, y no se ve alterada por la conducta de las víctimas de las lesiones oculares ni por el hecho de terceros que participaron en las manifestaciones.

IV. INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS CORPORALES

63. Establecida la falta de servicio de Carabineros, el Estado debe indemnizar a las víctimas los daños que se hayan seguido de la imprudencia policial. Los fundamentos de justicia correctiva que informan el derecho de la responsabilidad indican que la víctima de un ilícito tiene derecho a una *reparación integral del daño*, que la deje en la situación en que estaría si este no se hubiese producido.⁴⁷ Aunque en casos de lesiones corporales esa situación previa pueda ser imposible de alcanzar, al tratarse de daños irrecuperables, la víctima tiene el derecho de exigir que el autor del daño asuma todos los perjuicios que se siguieron de su imprudencia.

64. En los casos informados, las víctimas demandantes sufrieron daños graves en sus ojos, que son insanables o afectan su visión de manera permanente. Estas lesiones constituyen casos graves de *daño corporal*. Lo peculiar del daño corporal no es su naturaleza, pues no se trata de una categoría separada del daño patrimonial y moral, sino los efectos patrimoniales y morales que se siguen de las lesiones.⁴⁸ En los casos que se analizan, las lesiones infligidas por Carabineros causaron disfunción de un órgano sensorial y cicatrices faciales. Esas lesiones implican *daño emergente*, como gastos de curación y cuidado, y *lucro cesante* por disminución de las rentas esperadas del trabajo. Además de esos daños patrimoniales, la víctima sufre *daño moral* en su bienestar psicológico y en el desarrollo de la personalidad, y sufre una evidente pérdida de oportunidades de la vida.

65. Las víctimas en estos casos alegan distintos daños según sea la situación individual de cada una. Algunas demandan daño emergente, lucro cesante y daño moral, mientras que otras se limitan a las últimas dos categorías. Los montos demandados dependen de la gravedad de las lesiones y del grado de incapacidad laboral que ellas han significado. Dada esta multiplicidad de circunstancias, enseguida me referiré, más que a la situación particular de cada víctima, a los criterios de razonabilidad para evaluar la procedencia y determinación de los daños. Se analizarán primero los daños patrimoniales demandados (sección a) y luego el daño moral (sección b).

⁴⁷ Diez-Picazo, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. T. II. Civitas (2008), p. 781 s; Diez Schwerter, José Luis. *El daño extracontractual*. Editorial Jurídica (2012), p. 159 s.; CORRAL, *op. cit.*, pp. 336 s.; Barros, *op. cit.*, pp. 224 s. y 267

⁴⁸ Barros, *op. cit.*, p. 335 ss.

a) *Daños patrimoniales*

66. Son patrimoniales los daños que producen pérdidas presentes o futuras avalables en dinero, como gastos, pérdidas de valor, menores ventajas económicas, *etc.* Su clasificación más generalizada atiende a la forma como se afecta el patrimonio del actor: si es una disminución patrimonial, se trata de un *daño emergente* (una pérdida de valor de un activo, aumentos de los gastos o pasivos); y si se impide un efecto patrimonial favorable (no se produjo un ingreso o no disminuyó un pasivo), es un *lucro cesante*.⁴⁹

67. Son daño emergente las disminuciones patrimoniales inmediatas que acarrean las lesiones corporales, como gastos de hospitalización, cirugías o medicamentos. Estas partidas enfrentan pocas dificultades conceptuales, porque son habituales en casos de lesiones corporales. La valoración del *daño emergente ya incurrido* debiere considerar los gastos efectivamente solventados por el demandante o de la estimación de los costos que hayan sido necesarios para el tratamiento de las lesiones oculares, más el interés que corresponda.

También se podría dar lugar al *daño emergente futuro* si se mostrara, con certidumbre razonable, que habrá que solventar gastos luego del juicio. Es el caso de cirugías reconstructivas que requieren varias etapas o de tratamientos médicos que se prolongan en el tiempo.⁵⁰ En cada caso, el daño emergente se calcula siempre en concreto, atendiendo a los gastos efectivamente incurridos o en que se deberá incurrir con seguridad razonable.

68. Los demandantes también piden la reparación del *lucro cesante*, que corresponde a la diferencia entre la expectativa razonable de ingresos futuros que cada víctima tenía al momento del accidente y los ingresos que podrá percibir en razón del daño corporal sufrido. Estos daños deben ser indemnizados, junto a otras categorías de daño, en razón del principio de la reparación integral. La indemnización comprende los ingresos netos que la víctima deja razonablemente de percibir y su determinación concreta atiende a las calidades de la víctima, incluyendo su edad, estado de salud y otras circunstancias particulares, como su capacitación profesional.

69. Los ingresos que la víctima ha dejado de percibir siempre envuelven un juicio hipotético, pues implica asumir que los ingresos serán menores en razón del daño corporal. El derecho enfrenta estos supuestos inciertos evaluando el lucro cesante según estimaciones de diferencia entre ingresos probables antes y después del daño. La certidumbre del lucro cesante se satisface mediante un juicio de razonable proyección del estado natural de las cosas.

70. El elemento hipotético del lucro cesante suele ser injustamente desconocido por algunos tribunales, que imponen exigencias probatorias alejadas de una estimación razonable sobre la

⁴⁹ La historia de la distinción se extiende hasta el derecho romano: se puede rastrear hasta una breve referencia en el Digesto, donde se entiende por daño “*lo que he perdido o dejado de lucrar*” (Digesto 46.8.13). El artículo 1556 del Código Civil chileno, que recoge estos conceptos, sigue al Código francés, que a su vez tomó una definición de Pothier: “*Se llama daños y perjuicios la pérdida que uno tiene, o la ganancia que uno deja de hacer*” (Barros, *op. cit.*, p. 269).

⁵⁰ Barros, *op. cit.*, pp. 273 s. En los casos de tratamientos de duración indefinida se presenta la dificultad de determinar el periodo de tiempo del tratamiento, el costo futuro de estos servicios, y la suma global que puede considerarse necesaria para cubrirlos. Aquí se puede recurrir a antecedentes estadísticos que permitan construir presunciones acerca del monto estimado de los daños.

base de los hechos objetivos que se presenten.⁵¹ Reconociendo la procedencia incuestionada de su reparación, la manera apropiada de enfrentar la determinación del lucro cesante es asumir que la calificación de la certidumbre no es un ejercicio matemático, sino de *razonabilidad*.⁵² Así, la carga de los demandantes consiste en acreditar que la víctima tenía una expectativa objetiva de generar ingresos periódicos a futuro mayores que los que podrá obtener a causa del daño corporal, prueba que solo puede ser calificada prudencialmente por los jueces de instancia.

71. En un caso reciente (*Hernández con Fisco*), similar a los que se informan, la Excmo. Corte Suprema hizo este ejercicio a propósito de víctimas de daños oculares. Se trataba también de lesiones provocadas por disparos imprudentes de Carabineros. Para determinar la indemnización la Corte consideró el grado de pérdida de la visión, la disminución en la capacidad de desempeñar una ocupación, y los años que restaban a la víctima de actividad laboral. Al efecto señaló que “*si bien, tal como se ha razonado, el actor no se encuentra impedido de ejercer toda actividad, ciertamente las lesiones sufridas merman su capacidad de trabajo y configuran, por tanto, un lucro cesante que debe ser indemnizado*”.⁵³ Este criterio es por completo pertinente en los juicios de los demandantes.

72. Para proyectar con completa certeza los ingresos que la víctima dejará de recibir se debiere probar los ingresos que recibía antes y los que recibirá después del accidente. Pero esa premisa es imposible, como muestra la decisión de la Excmo. Corte: incluso si no se cuenta con antecedentes exhaustivos, se puede determinar el lucro cesante mediante una evaluación *prudencial* de los daños.⁵⁴ La evaluación se puede estandarizar sobre la base de los demás antecedentes del proceso, como el nivel de capacitación o la especialidad profesional de la víctima, o bien, a falta de otros antecedentes, considerando el salario mínimo u otro parámetro semejante. En efecto, ante incapacidades laborales, el salario mínimo es un criterio supletorio adoptado por algunos tribunales al determinar el lucro cesante que se sigue del daño corporal.⁵⁵

b) Daño moral

73. Las lesiones corporales traen consigo secuelas extrapatrimoniales. Se trata de aflicciones y sufrimientos físicos y mentales que el accidente provoca en la víctima. La sensación inmediata

⁵¹ *Ibid.*, pp. 276 y 277.

⁵² En este sentido, se ha fallado: “*Atendida su naturaleza, resulta evidente que la determinación de este rubro, al vincularse con un hecho futuro, siempre genera incertezas, sin embargo, aquello no puede ser un obstáculo insalvable, pues su aceptación se vincula con la existencia de probanzas que conduzcan a concluir que es razonable aceptar que el hecho futuro habría tenido lugar*” (CS, 29.05.20, rol N°5572-2019, considerando 42º).

⁵³ CS, 7.8.2020, rol N°306-2020.

⁵⁴ *Ibid.*, c. 6: “*Que, sin embargo, no es posible arribar de manera concluyente al monto de \$300.000 mensuales que, estima el actor, habría dejado de percibir producto de las lesiones sufridas. Ello, toda vez que, si bien se incorporaron liquidaciones de remuneraciones correspondientes a meses trabajados de forma anterior y posterior a los hechos, aquellas emitidas después de las lesiones no registran meses trabajados completos, como tampoco contienen antecedentes suficientes que permitan arribar a dicha cantidad.*

Con todo, aun cuando no pueda accederse al monto total demandado por las falencias antes anotadas, lo cierto es que el actor perdió la capacidad de desempeñarse en la ocupación que ejercía hasta antes de la ocurrencia de los hechos, por cuanto se vio privado parcialmente de uno de los sentidos esenciales para el desarrollo de su actividad de operador de maquinarias, como es la vista. En otras palabras, si bien, tal como se ha razonado, el actor no se encuentra impedido de ejercer toda actividad, ciertamente las lesiones sufridas merman su capacidad de trabajo y configuran, por tanto, un lucro cesante de debe ser indemnizado y que, por las razones expuestas, esta Corte evaluará prudencialmente en la cantidad de \$20.000.000 (veinte millones de pesos)”.

⁵⁵ Referencias en Barros, *op. cit.*, p. 278.

de dolor, como la que padecieron los demandantes al recibir los disparos, los sufrimientos del tratamiento médico subsecuente, los diversos malestares son sufrimiento *físico*. La aflicción *psíquica* considera los sentimientos de angustia o depresión que genera el episodio, incluida la pérdida de autoestima por daños en las facciones o por la conciencia de la propia incapacidad. En los casos en informe varias víctimas quedaron con cicatrices en sus rostros, que pueden provocar una pérdida severa de autoestima. La indemnización por estos daños es propiamente un *preium doloris* (que a la vez es un nombre corriente para designarlos).

74. Una tendencia ha sido limitar el daño moral solo a este *preum doloris*.⁵⁶ Pero hay un acuerdo, cada vez más amplio, en que este concepto no alcanza a comprender todas las dimensiones psíquicas afectadas por una lesión corporal, como lo ha estimado la Excma. Corte Suprema.⁵⁷ Como se ha reflexionado en el derecho comparado, el accidente también puede significar para la víctima la privación de gozar de bienes u oportunidades que ofrece la vida.⁵⁸ En general, el *perjuicio de agrado* agrupa esas repercusiones que limitan la capacidad de la víctima de aprovechar aspectos importantes de la existencia, como planes de vida frustrados, o la privación de placeres cotidianos.

75. Es evidente que de las lesiones sufridas por los demandantes también se sigue un perjuicio de esta naturaleza. La pérdida de los sentidos es por sí mismo un daño, porque es parte imbricada en la experiencia humana. También lo son otras dificultades, como problemas de desplazamiento, de desarrollo de tareas cotidianas, de actividades de entretenimiento, o incluso frustrar planes de vida que están asociados a una capacidad normal de visión.⁵⁹

76. Por cierto, el daño de quien sufre una lesión corporal no es commensurable con una suma de dinero. Pero los conceptos referidos permiten al menos dimensionar pragmáticamente su extensión a efectos de hacer su evaluación, tomando en cuenta la circunstancia individual de cada víctima, y procurando una cierta objetivación en concreto. El procedimiento asume un principio elemental de justicia formal, como es que casos semejantes sean tratados análogamente.

⁵⁶ Así también lo entendía Alessandri, que definía el daño moral como el “dolor, pesar o molestia que sufre una apersona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o afectos” (Alessandri, *op. cit.*, p. 220).

⁵⁷ “Que, respecto del daño moral, si bien no existe un concepto único, su acepción más restringida se relaciona con el pesar, dolor o aflicción que experimenta la víctima y que se conoce como *preum 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 *preum doloris*, toda vez que en cada una de ellas hay atentados a intereses extrapatrimoniales diversos” (CS, 7.8.2020, rol N°306-2020, c. 8). En doctrina, v. Domínguez, Carmen, “Algunas consideraciones en torno al daño como elemento de la responsabilidad civil”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* 19 (1998), pp. 237-247; p. 239; Diez, José Luis, *El daño extracontractual*, Santiago: Editorial Jurídica (2012), pp. 84 ss.

⁵⁸ La doctrina inglesa suele distinguir entre *pain and suffering* y *loss of amenities*, que en términos generales se corresponde a la diferencia entre el *preum doloris* y el perjuicio de agrado (Dias, R.W.N y Markesinis, B.S., *Tort law*, Nueva York: Oxford University Press (1989), p. 553 ss). El caso francés es similar, aunque mezclado con consideraciones del régimen de seguridad social (Viney, Geneviève y Jourdan, Patrice, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, Paris: L.G.D.J. (2006), pp. 46 ss).

⁵⁹ La pérdida de uno de los sentidos es ejemplo tradicional que da lugar al perjuicio de agrado. *Vid.*, Dias y Markesinis, *op. cit.*, p. 553, con referencia a *Cook v. J.L. Kier and Co.* [1970] 1 WLR 774, un caso inglés en que se compensa *loss of amenities* por la pérdida del gusto y el olfato que resultó de un daño cerebral. En el caso también se considera la pérdida producida por un deterioro de la vida sexual.

77. En todos los casos que se han tenido a la vista las víctimas sufrieron lesiones oculares graves, lo que hace prudente aplicar parámetros generales semejantes. Pero en la fijación concreta del *quantum* de la reparación, es razonable distinguir, como hacen los demandantes, si las víctimas perdieron el globo ocular completo, si no lo perdieron, pero de todas formas perdieron completamente la visión de uno de sus ojos, o si perdieron parte importante de la misma.⁶⁰ Otras consideraciones como la edad de la víctima o el nivel de frustración de sus planes de vida también son relevantes. En el fondo, el criterio de valoración de estos daños debe partir de una base objetiva, que admita correctivos marginales en atención a las particularidades de cada víctima.⁶¹

78. La diferenciación antes expuesta entre el *pretium doloris* y el perjuicio de agrado no puede pretender perfección analítica, porque sus efectos tienden a superponerse. Una cicatriz en el rostro puede provocar una pérdida en la auto consideración y una pérdida de oportunidades en la vida de relación, pero se trata de circunstancias tan unidas, que resultaría inoficioso evaluarlas por separado. Por eso, en la práctica jurisprudencial el daño moral es compensado como una *suma global*, que considera aspectos del dolor físico, mental y las oportunidades perdidas.⁶² La solución parece por completo razonable, y fue adoptada recientemente por la Excma. Corte en el caso *Hernández con Fisco* antes referido.⁶³

79. En circunstancias que el daño moral no puede ser objeto de una prueba directa, su prueba resulta de presunciones judiciales. La presunción se basa en la experiencia compartida acerca de las fuentes e intensidad del dolor y de la pérdida de oportunidades. Por eso, la jurisprudencia ha estimado que la sola prueba de las lesiones corporales puede resultar suficiente, porque es una circunstancia que a una persona ordinaria provocaría aflicción y que deteriora el goce de la vida.⁶⁴ Consistentemente, en estos casos es difícil rebatir que las heridas oculares de las víctimas demandantes les causaron un perjuicio moral significativo. Por eso, la compensación del daño solo puede ser estimada prudencialmente, pero atendiendo a los efectos sufridos por la víctima.

⁶⁰ De los 22 casos tenidos a la vista, 15 sufrieron pérdida total de la visión (68,1%). Incluso a 10 de las 22 víctimas ya se les ha practicado una evisceración (extracción del contenido del globo ocular). A su vez, 19 de los 22 casos (un 86,3%) reportan una pérdida de la visión que estiman que es superior al 80%.

⁶¹ Barros, *op. cit.*, p. 341. En este sentido se ha dicho que “*las lesiones o menoscabos a los sentimientos de una persona (...) deben ser producidos por actos o hechos que determinen en la generalidad de las personas tal detrimento; esto es, deben ser hechos o actos que por sí mismos puedan generar ese daño moral, y no que el menoscabo se derive de una especial sensibilidad de la víctima*” (CA de Santiago, 5.11.1991, RDJ, t. LXXXVIII, sec. 2^a, 136).

⁶² Barros, *op. cit.*, p. 341.

⁶³ CS, 7.8.2020, rol N°306-2020, c. 8-11.

⁶⁴ CS, 21.2.2018, rol N°7085-2017: “*si bien no hay dudas de que el daño moral, para efectos determinar su responsabilidad civil, debe ser probado por quien lo reclama, es pacífico tanto en la doctrina como jurisprudencia, que cuando se trata del derivado por las lesiones físicas sufridas por la víctima, se trata de una circunstancia evidentemente normal y esperable, susceptible de acreditarse mediante presunciones, al tratarse de un medio de prueba legal que es idóneo para ello, conforme lo disponen los artículos 1712 del Código Civil y 426 y siguientes del de Procedimiento Civil. De esta manera, resulta coherente con la lógica, e incluso configura una máxima de experiencia, entender que un daño corporal concreto, ocasiona un daño de naturaleza no patrimonial que debe ser reparado, pues debe tenerse presente, como un hecho de la naturaleza, dentro de los parámetros de la normalidad, que verificada la existencia de lesiones corporales, como sucede en la especie, ordinariamente producen dolor físico a quien las sufre, además de la afectación psicológica que conlleva, y un cúmulo de otras perniciosas consecuencias*”. También, CS, 4.4.2018, rol N°12176-2017; CS, 11.8.2015, rol N°735-2015. En doctrina, *vid.* Corral, *op. cit.*, p. 161.

V. CONCLUSIONES

Las consideraciones expuestas permiten formular las siguientes conclusiones:

- a) La función policial es un servicio público que busca garantizar y mantener el orden y la seguridad dentro del territorio. Para ello Carabineros puede hacer uso de la fuerza, pero ateniéndose a la regulación sectorial. Normas internacionales y reglamentos internos establecen las condiciones de empleo de la fuerza pública, procurando que se limite al mínimo necesario y que sea proporcionado al nivel de las amenazas que enfrenta la policía. Existen antecedentes que indican que Carabineros infringió estas normas legales y reglamentarias, lo que, acreditadas las demás condiciones, da lugar a la responsabilidad del Estado por falta de servicio (*supra*, 15 ss).
- b) La presunción de culpa prevista en el artículo 2329 del Código Civil es aplicable con toda propiedad a la responsabilidad por falta de servicio. Presunciones de esta naturaleza son pertinentes cuando a la víctima resulta desmedidamente difícil probar el acto o la omisión que *en específico* ha causado su daño, y cuando la experiencia muestra que ella ha sufrido daños que suelen ocurrir debido a la negligencia del demandado. En los casos en informe, las circunstancias y gravedad del daño generado a las víctimas constituyen indicios de culpa, que alteran la carga de la prueba. Para eximirse de responsabilidad, el Estado tendría que demostrar, en específico, que la causa del daño es otra que la negligencia de Carabineros (*supra*, 31 ss).
- c) Difícilmente la conducta de las víctimas de las lesiones puede excluir la responsabilidad de Carabineros. Solo si se acreditara que los demandantes agredieron o representaban una amenaza seria para los funcionarios policiales o terceros se podría considerar la legítima defensa. Con todo, incluso frente a ataques directos Carabineros debe sujetarse a una regulación estricta sobre el uso de la fuerza (*supra*, 42 ss). Fuera de esos casos, la participación en manifestaciones o la mera presencia en el lugar de los hechos no es una exposición imprudente a un riesgo por parte de las víctimas, que excluya la responsabilidad del Estado. También es improcedente disminuir el monto de los daños conforme al artículo 2330 del Código Civil, porque, aunque se estime que los demandantes asumieron un peligro irrazonable, la negligencia de Carabineros es causalmente preponderante (*supra*, 48 ss).
- d) Contrario a lo que afirma el CDE, la eventual actuación ilícita de terceros no interrumpe el curso causal. Aunque sea efectivo que la violencia de antisociales gatilló la intervención policial, no tiene sentido apuntar a ellos la responsabilidad civil por la negligencia de Carabineros. La actuación de la policía, que resultó en las lesiones oculares de los demandantes, no es un *curso normal de reacción* ante los desórdenes públicos, en tanto que los disparos de Carabineros se hicieron en infracción de las normas sobre el uso de la fuerza. Este ilícito de Carabineros es lo causalmente determinante en la ocurrencia de los daños que sufrieron los demandantes (*supra*, 58 ss).
- e) Establecida la falta de servicio de Carabineros, el Estado debe indemnizar a las víctimas los daños que se hayan seguido de la imprudencia policial. Las lesiones oculares de las víctimas son casos graves de daño corporal, que típicamente se asocian a perjuicios patrimoniales y morales. El daño patrimonial incluye el daño emergente, como gastos de hospitalización, cirugías

o medicamentos; y el lucro cesante, que debe fijarse como una expectativa razonable de ingresos futuros. El daño moral, por otra parte, es determinado comúnmente como una suma global que comprende el *preium doloris* y el perjuicio de agrado. En circunstancias que el daño moral no puede ser objeto de una prueba directa, su prueba resulta de presunciones judiciales (*supra*, 63 ss).

Este informe ha sido preparado en colaboración con Felipe Chahuán Zedan, profesor instructor de Derecho Civil en la Universidad de Chile y los abogados Nicolás Hernández de Lamotte y María José Navarro Gibson.

Enrique Barros
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Chile