

SAN MARTÍN NEIRA, Lilian C. (2023): *Responsabilidad civil por desastres naturales. Fenómenos naturales extremos ante la responsabilidad civil* (Valencia, Tirant lo Blanch) 260 pp.

La profesora Lilian San Martín, junto con desarrollar un proyecto de investigación Fondecyt, ha publicado esta monografía que lleva un prólogo del profesor español Miquel Martín Casals, quien se refiere a este libro como “extraordinario, no sólo por la poca atención que ha recibido el tratamiento de los daños causados por desastres naturales, sino por el enfoque fundamentalmente iusprivatista”.

El libro se divide en varios capítulos. El primero de ellos se titula *Desastres naturales como eventos adversos que exigen la gestión del riesgo*, donde se realiza un comentario a la ley N° 21.364, de 2021, que establece un Sistema de Prevención y Respuesta ante Desastres; las etapas de la gestión del riesgo: mitigación, preparación, respuesta, recuperación y reconstrucción; y la búsqueda de responsables. Como normalmente se trata de casos fortuitos y es aplicable la máxima *casus sentit dominus*, ello derivó en que por largo tiempo hubo una ausencia de demandas de responsabilidad civil, pero este panorama ha cambiado. Por el terremoto y tsunami del 27 de febrero de 2010, ha existido una abundante jurisprudencia tanto de responsabilidad contractual como extracontractual. Se trata también del mapa de riesgos definidos en el art. 38 de la ley N° 21.364.

Se estudia luego, en un segundo capítulo, la gestión de los riesgos de desastres naturales como un deber jurídico de conducta, aunque si bien la autora piensa que no siempre corresponde a la autoridad pública y que también hay organismos privados, en general quien está para gestionar el riesgo de desastres es el Estado y la culpa de la que responde es la culpa leve tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. La autora se introduce aquí en la culpa contra la legalidad o culpa infraccional y descarta que pueda irse más allá como lo sostiene Alessandri; aunque la autora no se pronuncia sobre si es necesario establecer responsabilidad más allá de la culpa contra la legalidad.

En un tercer capítulo, la autora habla de la polifuncionalidad de la responsabilidad civil donde destaca las funciones punitiva, resarcitoria o reparatoria, preventiva o disuasoria y expresiva o comunicativa, donde incluye las demandas por un peso o un franco y que tienen por objeto demostrar la ilicitud de la conducta del demandado. Por cierto, todo esto debilita los elementos tradicionales de la responsabilidad civil, como la culpa (por regímenes de responsabilidad objetiva) y la relación de causalidad (por la teoría de la pérdida de la oportunidad o chance). De allí que surja el principio *pro damnato* y que la responsabilidad civil desarrolle lo que la autora llama una función asistencial o de justicia distributiva (lo que en Estados Unidos llaman *deep pocket*). Se comenta el caso en que un adolescente varón se tomó con su polola unas fotos con evidente connotación sexual y las subió por pocos segundos a internet. Los padres de la adolescente demandaron a los del muchacho y obtuvieron indemnización, pese a que no fuera posible tachar de negligentes o descuidados a los padres del muchacho. Se añaden casos de responsabilidad civil por accidentes del trabajo y casos por desastres naturales, para los cuales la Corte Suprema utiliza la teoría de la pérdida de la chance y así establece el nexo de causalidad.

La profesora San Martín señala que esta opción por la función asistencial de la responsabilidad civil está desfigurando y transformando sus finalidades. Por ello, propone que,

en vez de establecer responsabilidades civiles contra el Estado, se establezcan mecanismos de compensación o de seguros obligatorios que se aparten del derecho privado.

En el siguiente capítulo, Lilian San Martín analiza los conceptos de caso fortuito y fuerza mayor de los desastres naturales. Habla del juicio de previsibilidad y sobre todo de la irresistibilidad, y la conexión entre ambas, haciendo ver que una cosa es el daño propio del desastre natural (evento) y otros son los daños concomitantes o subsiguientes (consecuencias). Termina el capítulo analizando los conceptos de “culpa eventual” y del principio precautorio. Sigue a Civello para quien la culpa eventual debe considerarse como una culpa cautelar o precautoria, y que dice más relación con la gestión del riesgo que con el desastre propiamente tal y, además, a Cristián Banfi que señala que el principio precautorio ha desfigurado los elementos de la responsabilidad civil extracontractual, entre ellos la culpa y la relación causal. No obstante, la autora señala que no estaremos aquí frente a un propio caso de responsabilidad civil estricta u objetiva y que más bien se trata de riesgos posibles, pero inciertos. La autora señala que la legislación chilena no contempla reglas para este tipo de desastres naturales.

En el capítulo quinto, la autora trata de la causalidad psicológica por ausencia de información del riesgo del desastre. En este sentido señala que existen varias teorías que relativizan el vínculo causal, como las presunciones o los estándares de prueba (lo que la jurisprudencia chilena no suele flexibilizar), así como la responsabilidad proporcional, dentro de la cual se incluyen la responsabilidad por mercado compartido, la pérdida de la oportunidad y el aumento del riesgo. La teoría de origen francés de la pérdida de la oportunidad ha servido para dar indemnización a víctimas del terremoto y tsunami del 27-F, ya que no se dieron las informaciones oportunas y ello hizo que muchas víctimas sucumbieran en este desastre natural. No obstante, la autora señala que mientras no se haga una reforma legal, debe seguir aplicándose el criterio de la pérdida de la oportunidad o del aumento del riesgo. No obstante, señala que la víctima debe haber conocido el mensaje erróneo del intendente que señalaba que no habría tsunami, pero la Corte Suprema casa la sentencia de instancia y da por probado el hecho del conocimiento por medio de una presunción. La omisión de la advertencia de riesgo producto del desastre natural impide que haya responsabilidad extracontractual, pero aun así los tribunales indemnizan íntegramente el daño moral por pérdida de la chance, lo que es criticado por la autora.

En el penúltimo capítulo se trata de los desastres naturales como riesgo de daño contingente, y finalmente se estudia el principio de reparación integral del daño, y el *quantum* indemnizatorio o resarcitorio, pero la autora se muestra partidaria de que se acredite el vínculo causal entre el evento y el daño, y que no exista culpa de la víctima o infracción del deber de evitar el daño.

Se trata de indemnizar el estrés postraumático como indicio de daño moral, ya que los parientes de la víctima que ha fallecido están afectados en su salud mental. En todo caso, afirma la autora, el daño moral debe ser probado, aunque su prueba pueda hacerse a través de presunciones. Termina la profesora San Martín discutiendo sobre la posibilidad de que el evento natural (desastre) pueda ser considerado concurrente con la actividad o conducta humana, y analiza dos supuestos: el primero es que exista culpa del demandado y además un desastre natural ilustrado por varios casos de la jurisprudencia de la Corte

Suprema, en que se hace responder a la conducta humana culposa del demandado, normalmente el Estado. Otro supuesto es aquel en que el suceso natural es de por sí una causa del daño, pero es posible que sea de menor intensidad si se da la negligencia de un ser humano.

En primer lugar, me parece que se trata de un libro, como se dice en el prólogo, extraordinario, por abordar un tema que no es frecuente como es la responsabilidad civil por desastres naturales. Por cierto, se advierten varias erratas en el texto, lo que se debe a la falta de correctores profesionales de la editorial Tirant lo Blanch, y puesto que se deja la corrección a los mismos autores, que no siempre pueden detectar estas fallas. Tampoco nos gusta la expresión “así las cosas” que la autora ocupa de manera reiterada.

Además, nos parece criticable que la jurisprudencia de la Corte Suprema asuma que la responsabilidad civil en caso de desastres naturales tenga una función asistencial o de seguridad social propio de la justicia distributiva, porque ello contribuye a desdibujar los elementos propios de la responsabilidad civil, cuya función es solo la resarcitoria o reparatoria, y que se basa o en la culpa o en ciertos factores de responsabilidad objetiva. Pero que el principio *pro damnato* se mezcle aquí para evitar que se deje sin indemnización a las víctimas de los desastres, nos parece que es claramente una distorsión de la responsabilidad civil extracontractual ya que no se aprecia ni culpa ni relación causal. Por ello es que son criticables los fallos que asumen la pérdida de la chance o del aumento del riesgo creado para eludir la prueba de la relación de causalidad.

Nos parece que el análisis del caso fortuito y la fuerza mayor es un tanto débil, ya que confunde la culpa con la relación de causalidad, esta última analizada como un ligamen fáctico usando la *condictio sine qua non*, pero además con un análisis más normativo que es el que ha ido predominando en los sistemas jurídicos. Pero identificar culpa con relación causal es distorsionador de los requisitos de la responsabilidad, más aún si se trata de responsabilidad objetiva o estricta, para la cual la autora señala que existe una “relación funcional” entre culpa y causalidad. Además, afirma que en el caso fortuito el imprevisto del evento debe ser considerado inevitable o irresistible, ya que atendida la conducta del demandado no ha podido ser evitado, por lo que es necesario modelar el rango de la conducta con los deberes de cuidado del demandado. Para esto deben distinguirse los daños concomitantes y los que son consecuencias posteriores del evento natural, donde puede considerarse la llamada culpa eventual que lo que hace es disminuir el riesgo de daño, y el llamado principio precautorio, que la autora no considera procedente en estos casos ya que se trata de una probabilidad más que de una imposibilidad y que no consiste en un supuesto de responsabilidad estricta u objetiva.

Quizás el análisis más interesante sea el de la comunicación del riesgo y la causalidad psicológica, donde no es posible establecer si la víctima recibió o no la comunicación errónea del riesgo, por ejemplo que no habría tsunami o maremoto por aviso radial del intendente. Para ello en la jurisprudencia se construyen diversos paliativos como las presunciones y la causalidad proporcional, donde cabe la pérdida de la oportunidad de sobrevivir y el incremento del riesgo. Todas estas teorías son aprovechadas por la Corte Suprema para otorgar indemnizaciones por muerte de parientes a víctimas por repercusión. Se trata de lo que la autora califica de causalidad psicológica ya que el mensaje erróneo o equívoco del riesgo de catástrofe genera una sensación de tranquilidad en las víctimas que les impide

adoptar medidas de seguridad, pero para ello la víctima debe haber recibido el mensaje, mientras que la Corte Suprema revoca una sentencia en que se da indemnización a los parientes de una víctima fallecida al presumirse que habría ésta escuchado el mensaje del intendente, lo que es criticado por la autora ya que no se condice con el sistema de prueba tasada y las presunciones necesitan un hecho base desde el cual deducirse.

Otro caso de responsabilidad es por omisión de la comunicación del riesgo, como sucedió en el tsunami que afectó a la isla Juan Fernández y en que la Corte Suprema consideró que era el demandado el que debía cargar con la prueba, lo que la autora critica, y no parece ser una solución razonable, pero se muestra partidaria de la responsabilidad por pérdida de la chance de evitar el daño, en la medida en que la víctima haya podido evitarlo; lo que estimamos discutible.

Otra cuestión que nos parece poco rigurosa es la aplicación del principio de reparación integral del daño, ya que, si el daño debe ser determinado con parámetros jurídicos, no puede hablarse de su reparación integral, máxime si como la misma autora lo indica sólo se indemnizan los daños que pueden ser imputados causalmente al demandado, ya sea por causalidad material o jurídica y no aquellos que igualmente se habrían producido, aunque el demandado adoptara otra conducta.

El principal daño aquí es el de las víctimas indirectas y que consiste en el daño moral o extrapatrimonial, entre ellos el daño por trastorno del estrés postraumático u otras repercusiones en la salud mental de las víctimas. Concordamos sí en que el daño moral debe ser probado, al menos con presunciones. Pero no nos parece que haya responsabilidad por un desastre natural, que en sí es caso fortuito o fuerza mayor, aunque sí de conductas humanas culposas de los demandados en la gestión y advertencia de los riesgos. Tampoco pensamos que aquí deba relajarse la prueba de la causalidad jurídica del daño sufrido por las víctimas.

Estamos ante un estudio muy sugerente que plantea numerosos conflictos y un análisis exhaustivo de la jurisprudencia sobre desastres naturales, en especial del terremoto y tsunami del 27 de febrero de 2010. Lo más relevante es que parece estarse desdibujando la responsabilidad civil extracontractual al añadirse la función asistencial y sobre todo por la aplicación de la teoría francesa de la pérdida de la chance.

HERNÁN CORRAL TALCIANI
Universidad de los Andes