

CONSORCIO DE LAS JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

- Prof. GABRIEL HERNÁNDEZ PAULSEN – Universidad de Chile  
Prof. CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO – Pontificia Universidad Católica de Chile  
Prof. RAMÓN DOMÍNGUEZ ÁGUILA – Universidad de Concepción  
Prof. ÁLVARO VIDAL OLIVARES – Pontificia Universidad Católica de Valparaíso  
Prof. JUAN ANDRÉS VARAS BRAUN – Universidad Austral  
Prof. GIAN FRANCO ROSSO ELORRIAGA – Universidad de los Andes  
Prof. CARLOS PIZARRO WILSON – Universidad Diego Portales  
Prof. FABIÁN ELORRIAGA DE BONIS – Universidad Adolfo Ibáñez  
Prof. ALFREDO FERRANTE – Universidad Alberto Hurtado  
Prof. ALEXIS MONDACA MIRANDA – Universidad Católica del Norte  
Prof. RUPERTO PINOCHET OLAVE – Universidad de Talca

# ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL XV

XVII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ

FABIÁN ELORRIAGA DE BONIS  
(EDITOR)



THOMSON REUTERS

LA EDICIÓN DE ESTA OBRA ESTUVO A CARGO DE LOS PROFESORES

EDUARDO COURT MURASSO  
FABIÁN ELORRIAGA DE BONIS  
SUSANA ESPADA MALLORQUÍN  
ARTURO IBÁÑEZ LEÓN  
ESTEBAN PEREIRA FREDES  
ALBERTO PINO EMHART  
ADRIÁN SCHOPF OLEA  
VERONIKA WEGNER ASTUDILLO

COMISIÓN ORGANIZADORA  
XVII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

SR. RAMIRO MENDOZA ZÚÑIGA  
Decano

SR. FABIÁN ELORRIAGA DE BONIS  
Prof. Derecho Civil

SR. EDUARDO COURT MURASSO  
Prof. Derecho Civil

SRA. VERONIKA WEGNER ASTUDILLO  
Prof. Derecho Civil

SRA. SUSANA ESPADA MALLORQUÍN  
Prof. Derecho Civil

SR. ADRIÁN SCHOPF OLEA  
Prof. Derecho Civil

SR. ALBERTO PINO EMHART  
Prof. Derecho Civil

SR. ARTURO IBÁÑEZ LEÓN  
Prof. Derecho Civil

SRTA. FRANCISCA FERNÁNDEZ VILLARROEL  
Directora Ejecutiva

## EQUIPO COLABORADOR

Constanza Uribe Galaz  
Oriana Tordecilla Troncoso  
Diego Hurtado Rojas  
Andrea Olivares Gallardo  
María López Leonelli  
Rayén Villar Carvajal  
Antonia Messen Busto  
Matías Soffia Mendoza  
Patricio Espinosa Martínez  
Francisca Contardo Pi  
Ricardo Núñez Cádiz  
Luis Stollsteimer Godoy  
Bernardita Kirsten Wegman  
Fernanda Cerda Michea

## JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL 1989-2020

I Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Termas de Jahuel, 1989, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Actas: Barros Bourie, Enrique (coord.), Familia y personas (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991); Barros Bourie, Enrique (coord.), Contratos (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991).

II Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valparaíso, 1997, organizadas por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Actas en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso 19 (1998).

III Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valdivia, 2005, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral de Chile. Actas: Varas Braun, Juan Andrés y Turner Saelzer, Susan (coords.), Estudios de Derecho Civil [I] (Santiago, LexisNexis, 2005).

IV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2006, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Actas: Corral Talciani, Hernán y Rodríguez Pinto, María Sara (coords.), Estudios de Derecho Civil II (Santiago, LexisNexis, 2007).

V Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valparaíso, 2007, organizadas por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Actas: Guzmán Brito, Alejandro (ed. científico), Estudios de Derecho Civil III (Santiago, LegalPublishing, 2008).

VI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2008, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Actas: Pizarro Wilson, Carlos (coord.), Estudios de Derecho Civil IV (Santiago, LegalPublishing, 2009).

VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Concepción, 2009, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción. Actas: Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción (coord.), Estudios de Derecho Civil V (Santiago, AbeledoPerrot-LegalPublishing, 2010).

VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2010, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Actas: Figueroa Yáñez, Gonzalo; Barros Bourie, Enrique y Tapia Rodríguez, Mauricio (coords.), Estudios de Derecho Civil VI (Santiago, AbeledoPerrot-LegalPublishing, 2011).

IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Viña del Mar, 2011, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. Actas: Elorriaga De Bonis, Fabián, Estudios de Derecho Civil VII (Santiago, AbeledoPerrot/Thomson Reuters, 2012).

X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Cruz, 2012, organizadas por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Actas: Domínguez Hidalgo, Carmen; González Castillo, Joel; Barrientos Zamorano, Marcelo; Goldenberg Serrano, Juan Luis (coords.), Estudios de Derecho Civil VIII (Santiago, LegalPublishing-Thomson Reuters, 2013).

XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valdivia, 2013, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral de Chile. Actas: Varas Braun, Juan Andrés y Turner Saelzer, Susan (coords.), Estudios de Derecho Civil IX (Santiago, Thomson Reuters, 2014).

XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valparaíso, 2014, organizadas por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Actas: Vidal Olivares, Álvaro; Severin Fuster, Gonzalo y Mejías Alonzo, Claudia (eds.), Estudios de Derecho Civil X (Santiago, Thomson Reuters, 2015).

XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Concepción, 2015, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción. Actas: Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción (ed.), Barría Paredes, Manuel (coord.), Estudios de Derecho Civil XI (Santiago, Thomson Reuters, 2016).

XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Maitencillo, 2016, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Actas: Corral Talciani, Hernán y Manterola Domínguez, Pablo (eds.), Estudios de Derecho Civil XII (Santiago, Thomson Reuters, 2017).

XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Pucón, 2017, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Actas: Bahamon-

des Oyarzún, Claudia; Etcheberry Court, Leonor y Pizarro Wilson, Carlos (coords.), *Estudios de Derecho Civil XIII* (Santiago, Thomson Reuters, 2018).

XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Coquimbo, 2018, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Actas: Gómez de la Torre Vargas, Maricruz; Hernández Paulsen, Gabriel; Lathrop Gómez, Fabiola y Tapia Rodríguez, Mauricio (eds.), *Estudios de Derecho Civil XIV* (Santiago, Thomson Reuters, 2019).

XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Viña del Mar, 2019, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. Actas. Fabián Elorriaga De Bonis (coordinador), *Estudios de Derecho Civil XV* (Santiago, Thomson Reuters, 2020).

# ÍNDICE

	Página
PRESENTACIÓN .....	XIII
CONFERENCIA INAUGURAL	
SAVIGNY REVISITADO..... <i>Antonio Bascuñán Rodríguez</i>	3
PRIMERA PARTE TEORÍA GENERAL Y PERSONAS	
ALGUNOS PROBLEMAS ACTUALES SOBRE EL DEBER DE INFORMAR Y EL CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE CON DISCAPACIDAD..... <i>Yerko Cubillos Román</i>	31
LAS FICCIONES EN EL DERECHO MODERNO .....	51
<i>Alejandro Guzmán Brito</i>	
LA NATURALEZA JURÍDICA DEL APORTE FUNDACIONAL..... <i>Eduardo Irribarra Sobarzo y Francisca Leitao Álvarez-Salamanca</i>	55
AUTONOMÍA, DIGNIDAD Y DECISIONES POR TERCEROS EN EL ÁMBITO MÉDICO .....	63
<i>María Agnes Salah Abusleme</i>	

## SEGUNDA PARTE

## FAMILIAS

CÓMO REGULAR LA MATERNIDAD SUBROGADA POR RAZONES ALTRUISTAS .....	83
<i>Laura Alborno Pollmann</i>	
¿DISPONE VERDADERAMENTE EL ACUERDO DE UNIÓN CIVIL DE UN RÉGIMEN DE BIENES? LA PROBLEMÁTICA INTEGRACIÓN DE LAS REGLAS DE LA COMUNIDAD.....	99
<i>Pablo Cornejo Aguilera</i>	
LA SEXUALIZACIÓN DEL MENOR A TRAVÉS DE LA PUBLICIDAD Y LA REACCIÓN DEL DERECHO DE CONSUMO .....	119
<i>Erika Isler Soto</i>	
RELACIONES DE CUIDADO Y REPRESENTACIÓN LEGAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.....	133
<i>Fabiola Lathrop Gómez</i>	
RELACIONES ENTRE EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE Y EL INTERÉS DE LA MADRE Y EL INTERÉS DEL PADRE EN LOS SUPUESTOS DE AUTORIZACIONES JUDICIALES PARA SALIDAS PROLONGADAS O DEFINITIVAS AL EXTRANJERO, EN LOS CASOS EN QUE LA MADRE ES TITULAR DEL CUIDADO PERSONAL...	143
<i>Alexis Mondaca Miranda</i>	
ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO AL ADULTERIO Y LOS ALIMENTOS LEGALES.....	161
<i>Mario Opazo González</i>	
EL ENTORNO FAMILIAR DEL HIJO Y LA RELACIÓN CON SUS PARIENTES CERCANOS, SEGÚN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DE LA CORTE SUPREMA.....	175
<i>Susan Turner Saelzer</i>	
ACERCA DE LA (IN)VALIDEZ DE LA INDETERMINACIÓN TEMPORAL DE LOS ACUERDOS SOBRE AUTORIZACIONES (EXPRESAS) PARA LA SALIDA DEL PAÍS DE MENORES DE EDAD.....	187
<i>Veronika Wegner Astudillo</i>	

## TERCERA PARTE

## BIENES

LAS “ACCIONES DE DOMINIO” DEL ARTÍCULO 900 DEL CÓDIGO CIVIL.....	209
<i>Jaime Alcalde Silva</i>	
LA RENUNCIA AL DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE BIENES INMUEBLES EN EL ORDENAMIENTO CHILENO .....	237
<i>Claudia Bahamondes Oyarzún</i>	
NATURALEZA Y EXTENSIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN DEBIDA POR LA CONSTITUCIÓN DE SERVIDUMBRES LEGALES .....	255
<i>Carlos Céspedes Muñoz</i>	
HIPOTECA SOBRE BIEN PROPIO DEL ACREEDOR. EL PAGO CON SUBROGACIÓN DEL ART. 1610 N° 2 DEL CÓDIGO CIVIL Y EL PRINCIPIO <i>NEMINI RES SUA PIGNORI ESSE POTEST</i> .....	269
<i>Hernán Corral Talciani</i>	
¿NO PASARÁN? PROCEDENCIA DE LA DENUNCIA DE OBRA NUEVA PARA PROTEGER UNA SERVIDUMBRE DE TRÁNSITO .....	285
<i>Arturo Ibáñez León</i>	
EL DECRETO LEY N° 2.695 Y LA SITUACIÓN DEL COMUNERO.....	305
<i>Gonzalo Montory Barriga</i>	
LA ANOTACIÓN DEL TÍTULO EN EL REPERTORIO DEL CONSERVADOR DE BIENES RAÍCES: DESDE EL ORDEN CRONOLÓGICO A LA PREEMINENCIA O EFICACIA DE LA ANOTACIÓN .....	315
<i>Yasna Otárola Espinoza</i>	
¿POR QUÉ REPENSAR LA TEORÍA DE LA POSESIÓN INSCRITA? EL CASO DE LAS INSCRIPCIONES PARALELAS.....	327
<i>Esteban Pereira Fredes</i>	
USUFRUCTO SOBRE COSA AJENA PARA FINES DE GARANTÍA .....	347
<i>Gian Franco Rosso Elorriaga</i>	

CUARTA PARTE  
SUCESIONES

DOS CUESTIONES SOBRE LA NULIDAD DEL TESTAMENTO.....	375
<i>Manuel Barria Paredes</i>	
EL CUIDADO DE LAS PERSONAS DE EDAD AVANZADA: DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS Y SUCESIÓN INTESTADA .....	387
<i>Susana Espada Mallorquín</i>	
LIBERTAD DE TESTAR Y LA SIMULACIÓN EN LAS LEGÍTIMAS .....	399
<i>Maricruz Gómez de la Torre Vargas</i>	
ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 26 DE LA LEY N° 16.271, EN RELACIÓN CON LA ADQUISICIÓN Y DISPOSICIÓN DE DINERO, EN CIERTOS CASOS ESPECÍFICOS, POR SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE .....	417
<i>Cristián Larratn Pérez</i>	

QUINTA PARTE  
OBLIGACIONES

EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO EN LAS PRESTACIONES MUTUAS .....	429
<i>Rodrigo Barria Díaz</i>	
LAS OBLIGACIONES CONCURRENTES. HACIA UN AMPLIO RECONOCIMIENTO EN EL DERECHO CHILENO .....	449
<i>Daniel Bravo Silva</i>	
DESATANDO NUDOS: PERFECCIONAMIENTO Y OPONIBILIDAD DE LA CESIÓN DE CRÉDITOS .....	467
<i>Carlos Correa Robles</i>	
REQUISITOS DE INCLUSIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO. ESPECIAL REFERENCIA A LOS PRODUCTOS Y SERVICIOS FINANCIEROS .....	485
<i>Gabriel Hernández Paulsen</i>	
LA PROPAGACIÓN DE LOS EFECTOS DE LA SOLIDARIDAD EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL.....	503
<i>Pamela Mendoza Alonzo</i>	

DEBERÍAS HABER PREGUNTADO PRIMERO: LAS LICENCIAS HIPO-  
TÉTICAS EN EL DERECHO CHILENO ..... 515  
*Alberto Pino Embart*

LA INCORPORACIÓN EN EL DERECHO CIVIL CHILENO DE LA  
TEORÍA DE LAS OBLIGACIONES CONCURRENTES: ALGUNAS  
DISTINCIONES NECESARIAS ..... 531  
*Ruperto Pinochet Olave*

PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA Y LIBERTAD CONTRACTUAL, UNA  
PAREJA DISPAREJA ..... 545  
*Carlos Pizarro Wilson*

SEXTA PARTE  
CONTRATOS

LA COLABORACIÓN DE LAS PARTES EN LOS CONTRATOS DE LARGA  
DURACIÓN ..... 561  
*María Graciela Brantt Zumarán*

UTILIDAD DE LAS RECONVENCIONES ESTABLECIDAS EN EL AR-  
TÍCULO 1977 DEL CÓDIGO CIVIL PARA LA TERMINACIÓN DEL  
ARRENDAMIENTO DE BIENES INMUEBLES URBANOS Y RÚSTICOS  
POR NO PAGO DE RENTAS ..... 579  
*Juan Ignacio Contardo González*

LA ENTREGA DE MERCADERÍAS EN LOS PUERTOS: ¿UN CONTRATO  
DE DEPÓSITO NECESARIO ENTRE SU VENDEDOR Y EL OPERADOR  
PORTUARIO? ..... 593  
*Fabián Elorriaga De Bonis*

EL DOLO RECÍPROCO EN EL DERECHO CHILENO ..... 605  
*Manuel Grasso*

EL CONTROL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN CONTRATOS  
ENTRE PROFESIONALES EN EL DERECHO CHILENO ..... 623  
*Rodrigo Momberg Uribe*

	Página
CONFIGURANDO LA FUERZA MORAL POR CIRCUNSTANCIAS EXTERNAS: UN DEBATE ABIERTO EN TORNO AL CONCEPTO DE ESTADO DE NECESIDAD EN EL DERECHO CHILENO .....	635
<i>Pamela Prado López</i>	
EL PRECIO Y LAS MODALIDADES DE LA CONTRATACIÓN EN LA CONSTRUCCIÓN.....	653
<i>María Sara Rodríguez Pinto</i>	
UNA APROXIMACIÓN HISTÓRICO DOGMÁTICA AL ARTÍCULO 1563, INCISO PRIMERO. LA NATURALEZA DEL CONTRATO COMO ELEMENTO DE INTERPRETACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO.....	665
<i>Francisco Rubio Varas</i>	
LAS CLÁUSULAS DE INDEMNIDAD EN EL DERECHO DE CONTRATOS .....	685
<i>Adrián Schopf Olea</i>	
CLÁUSULAS DE TERMINACIÓN <i>AD NUTUM</i> , SERVICIOS DE LARGA DURACIÓN Y BUENA FE OBJETIVA.....	709
<i>Gonzalo Severin Fuster</i>	
EL RIESGO DE LA COSECHA FUTURA Y DE LA PRODUCCIÓN EN EL CONTRATO AGRÍCOLA. DESDE LA EXISTENCIA DEL PRODUCTO AGRÍCOLA A LA FALTA DE ENTREGA POR PARTE DEL PRODUCTOR.....	731
<i>Álvaro Vidal Olivares</i>	

#### SÉPTIMA PARTE

#### PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

FUNDAMENTOS DE DERECHO PRIVADO DE LAS NORMAS SUSTANTIVAS DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES .....	753
<i>Enrique Barros Bourie</i>	
LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO EN LAS ACCIONES COLECTIVAS MASIVAS: ¿UNA PROMESA INCUMPLIDA?.....	783
<i>Íñigo de la Maza Gazmuri</i>	

PUBLICIDAD LEGIBLE, COMPRENSIBLE Y SIN LETRA CHICA. JUSTIFICACIÓN A TRAVÉS DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN Y LA INTEGRACIÓN PUBLICITARIA.....	799
--	-----

*Felipe Ignacio Fernández Ortega*

EL CRÉDITO DE CONSUMO OFRECIDO AL CONSUMIDOR VULNERABLE: EL DEBER DE ADECUACIÓN COMO PARTE DE UN MODELO DE CORRESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR .....	817
---	-----

*Juan Luis Goldenberg Serrano*

LA TUTELA DE LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA: UN INTENTO DE SISTEMATIZACIÓN DESDE EL DERECHO CIVIL CHILENO .....	839
---	-----

*Patricia Verónica López Díaz*

OCTAVA PARTE

RESPONSABILIDAD CIVIL

LÍMITES DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. CONTORNOS A LA LUZ DE SUS REQUISITOS .....	869
---	-----

*Cristian Aedo Barrena*

EN TORNO A LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DEL CONSUMO: DISTINCIÓN ENTRE PROBLEMAS COMUNES Y ESPECIALES .....	885
---	-----

*Carmen Domínguez Hidalgo*

LOS DAÑOS FUTUROS EN EL DERECHO CHILENO: DE LAS CONDENAS PECUNIARIAS A LAS PRESTACIONES ASISTENCIALES .....	901
---	-----

*Hugo Cárdenas Villarreal*

ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS CRITERIOS DE VALORACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CHILE.....	913
--	-----

*Eduardo Court Murasso*

PROVECHO DEL DOLO AJENO Y DOLO DE TERCERO: DOS VISIONES DIFERENTES DE LA INDEMNIZACIÓN .....	929
--	-----

*Alfredo Ferrante*

	Página
ACTIVIDADES PELIGROSAS Y TECNOLOGÍA: DELIMITANDO CATEGORÍAS Y REPENSANDO REACCIONES DESDE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL .....	957
<i>María Paz Gatica Rodríguez</i>	
RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN, UN RÉGIMEN ESPECIAL .....	975
<i>Marco Antonio Rosas Zambrano</i>	
ALGUNOS PROBLEMAS DE CAUSALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL 27F.....	995
<i>Lilian San Martín Neira</i>	
DAÑO MORAL COLECTIVO .....	1015
<i>Mauricio Tapia Rodríguez</i>	
RESPONSABILIDAD CIVIL POR FRAUDE BANCARIO.....	1041
<i>Feliciano Tomarelli Rubio</i>	
CÓMO ACCEDER A ESTE LIBRO DIGITAL A TRAVÉS DE THOMSON REUTERS PROVIEW .....	1071

# ALGUNOS PROBLEMAS DE CAUSALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL 27F\*

LILIAN SAN MARTÍN NEIRA\*\*

## I. INTRODUCCIÓN

Chile es un país altamente expuesto a desastres socionaturales de diversa índole.<sup>1</sup> Así lo declara expresamente el Decreto N° 1.512 del Ministerio del Interior, que aprueba la política nacional para la gestión de riesgos de desastres (en adelante Decreto N° 1.512), según el cual “Chile es un país expuesto de manera permanente a amenazas de origen natural como antrópicas, entre las que destacan los terremotos, tsunamis, erupciones volcánicas, inundaciones, incendios forestales, entre otras”.<sup>2</sup> Entre esta gama de desas-

---

\* Este trabajo forma parte del proyecto de investigación Fondecyt 1170686, titulado “Responsabilidad civil derivada de desastres naturales”. Una primera versión de este texto fue presentada en el I Congreso Iberoamericano de Responsabilidad Civil, realizado en la Universidad Carlos III de Madrid y será publicado en las actas que recogen las exposiciones de este congreso.

\*\* Profesora Asociada de la Universidad Alberto Hurtado. Dirección postal: Almirante Barroso N° 10, Santiago. Correo electrónico: lsanmar@uahurtado.cl.

<sup>1</sup> “El riesgo natural es la posibilidad de que un territorio y la sociedad que lo habita pueda verse afectado por un fenómeno natural extraordinario. La catástrofe es el efecto perturbador que provoca sobre un territorio un episodio natural extraordinario y que a menudo supone la pérdida de vidas humanas. Si las consecuencias de dicho episodio natural alcanzan una magnitud tal que ese territorio necesita ayuda externa en alto grado se habla de desastre, concepto que alude al deterioro que sufre la economía de la región y al drama social provocado por la pérdida de numerosas vidas”. (Cfr. OLCINA (2006), p. 71). La literatura más reciente, sin embargo, habla de desastres “socionaturales” “desplazando la atención desde las amenazas naturales hacia la vulnerabilidad social o susceptibilidad de la población a sufrir daños en función de su exposición, localización geográfica sobre sitios amenazantes o pertenencia a grupos sensibles”. Cfr. ROMERO *et al.* (2014), p. 24.

<sup>2</sup> Cfr. Considerando 1º, D.S. N° 1.512 del Ministerio del Interior, publicado el 18 de febrero de 2017. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1100397>, consultado 3 de enero de 2020.

tres destacan principalmente los terremotos y maremotos (o tsunamis), que han asolado al territorio nacional desde tiempos inmemoriales. En efecto, este tipo de fenómenos naturales y sus consecuentes daños constituyen una constante en la historia chilena pre y post colombina. De esto dan cuenta la mitología y leyendas de los pueblos ancestrales,<sup>3</sup> así como los libros que narran la historia de Chile desde su formación como nación.<sup>4</sup> Esta circunstancia generó una suerte de “acostumbramiento” en la población. En sentido figurado, es posible afirmar que este acostumbramiento forma parte del ADN nacional, al punto que, según la literatura especializada, los desastres naturales, especialmente los terremotos, han contribuido a forjar el carácter chileno,<sup>5</sup> transformándolo en un pueblo resiliente y solidario, pero también desapegado de sus afectos.<sup>6</sup>

Todo lo anterior implicaba que los terremotos y tsunamis era asumidos por los afectados como “infortunio” o “fatalidad” y, por consiguiente, en general no daban origen a demandas de responsabilidad civil. Jurídicamente, este razonamiento está ciertamente avalado por el hecho de que el artículo 45 del Código Civil, luego de haber definido al caso fortuito o fuerza mayor, menciona expresamente al terremoto como un típico caso fortuito.

Sin embargo, el panorama descrito es completamente diferente cuando se trata del terremoto y posterior tsunami de 27 de febrero de 2010 (en adelante 27F), pues, a raíz de una serie de desinteligencias entre las autoridades del país, se instaló en la población la convicción de que las muertes y los daños sufridos con ocasión de estos eventos no responden a la ocurrencia de un caso fortuito, que haga aplicable la máxima *casus sentit dominus*, sino que existen responsables civiles (e incluso penales) por tales daños, lo que

---

<sup>3</sup> Como son el caso de los seres mitológicos Cai Cai y Treng Treng, serpientes que gobiernan las fuerzas de la naturaleza provocando con su enojo terremotos, erupciones volcánicas, maremotos e inundaciones, así como la leyenda la Princesa Licarayen, que narra como el pueblo mapuche calmó la furia de un dios alojado dentro de un volcán con el sacrificio de una doncella.

<sup>4</sup> Sobre el particular pueden verse: PALACIOS (2016), pp. 41 ss.; ONETTO (2017), pp. 37 ss. Por su parte, en su conocido Compendio de la historia geográfica y natural del reino de Chile, el abate Molina describe las principales erupciones volcánicas y terremotos que afectaron a Chile durante la colonia hasta la publicación de su libro en la segunda mitad del s. XVIII, destacando también como el pueblo chileno se había preparado para enfrentar este tipo de fenómenos, especialmente los terremotos. *Vid* MOLINA (1788), pp. 29 ss.

<sup>5</sup> *Vid* MELLAFE (2004), pp. 279 ss.

<sup>6</sup> MELLAFE (2004), p. 287.

dio lugar a una serie de demandas de responsabilidad civil contractual y extracontractual.

Cabe señalar que, desde el punto de vista económico y de la distribución de riesgos, la proliferación de demandas de responsabilidad asociadas a desastres naturales tiene en Chile un cariz especial, pues, como es sabido, el país no cuenta con un sistema de seguro o reaseguro estatal contra este tipo de fenómenos, con lo cual las pérdidas materiales y humanas deben ser soportadas directamente por los afectados. De esta manera, la responsabilidad civil ha pasado a ser la forma en que la población obtiene la indemnización de sus daños.<sup>7</sup> A mi juicio, esto explica que la responsabilidad civil esté cumpliendo en estos casos una función de redistribución de las pérdidas que se asemeja mucho a un sistema de seguridad social, alejándose del sistema de responsabilidad civil, pues la verificación de todos los requisitos que según la doctrina —y la propia jurisprudencia chilena— deben cumplirse en estos casos, se ha visto ostensiblemente rebajada.<sup>8</sup> Esto último es especialmente válido para el nexo de causalidad, el cual aparece más bien desdibujado en varias de las sentencias condenatorias por este tipo de fenómenos. Lo que es particularmente evidente cuando el demandado es el Fisco de Chile.

Justamente por esta razón, en esta sede me quiero referir a las demandas de responsabilidad extracontractual dirigidas en contra del Estado a raíz del 27F. En particular, a algunos problemas jurídicos relativos al nexo de causalidad entre la actuación del Estado y los daños sufridos por los demandantes, que estimo pueden resultar ilustrativos de tres cuestiones importantes: (i) la función social que cumple la responsabilidad civil en algunos casos; (ii) la ausencia de la aplicación de teorías de imputación objetiva o, si se quiere, de causalidad jurídica para dar por establecida la responsabilidad por parte de los tribunales chilenos; y (iii) la incorporación de teorías de responsabilidad proporcional para superar problemas de prueba del nexo de causalidad material. Para lograr este objetivo aludiré específicamente a tres casos jurisprudenciales.

---

<sup>7</sup> Para un análisis de los desastres naturales como fuentes de responsabilidad civil, *vid* SAN MARTÍN (2019).

<sup>8</sup> Esto se predica no solo de los casos de responsabilidad civil por desastres, sino también de otras áreas de la responsabilidad civil. Sobre el particular me he referido latamente en la ponencia de clausura de las II Jornadas Nacionales de Profesoras de Derecho Privado, cuyas actas serán publicadas por la editorial DER durante el 2020.

## II. TRES CASOS A MODO DE EJEMPLO

### 1. *Las demandas contra el Estado fundadas en el 27F*

Las demandas dirigidas en contra del Fisco de Chile a raíz del 27F son numerosas y fundadas en diversas razones. Así, algunas de ellas se fundan en el hecho de que las autoridades emitieron mensajes de tranquilidad a la población, instando a las personas a permanecer en sus hogares donde finalmente fueron alcanzadas por una ola de tsunami. Otras se fundan en que las autoridades no emitieron la alerta de tsunami oportunamente, lo que impidió que quienes no advirtieron el terremoto pudieran ponerse a salvo. Un tercer grupo de casos se funda en que las autoridades no educaron a la población para que supiera reaccionar frente a la emergencia, ni dispusieron un plan de contingencia idóneo para ello. Finalmente, un último grupo de casos, se funda en que las autoridades, con su conducta negligente, posibilitaron que terceros causaran daños a la población, aprovechándose del contexto del terremoto.<sup>9</sup>

En todos esos casos se presentan problemas relacionados con el establecimiento del nexo causal, tanto fáctico como jurídico. Efectivamente, si algo es cierto, es que la ocurrencia del terremoto y posterior tsunami obedece a factores totalmente independientes de la voluntad humana y, por ende, la posibilidad de atribuir responsabilidad implica asumir que, a pesar de estos eventos, si la autoridad hubiese mantenido el estándar de conducta exigible (antes y durante la emergencia) los daños no se hubieran producido (causalidad natural). Asimismo, es necesario que se trate de daños normativamente imputables a la autoridad, en el entendido que su ocurrencia implica un riesgo que estaba llamada a arbitrar (causalidad jurídica). Sin embargo, lo cierto es que el análisis jurisprudencial revela que estas condiciones básicas para la atribución de responsabilidad son cuando menos cuestionables en algunos casos en que finalmente se ha condenado al Estado. Esto es particularmente evidente en los tres casos que a continuación paso a reseñar.

---

<sup>9</sup> Para una revisión en extenso de esta jurisprudencia *vid* RÍOS (2017); ALARCÓN y MUÑOZ (2018); FARFALLO (2019); TAPIA (2020), pp. 139 ss.

## 2. *El anuncio radial del intendente*

El terremoto y tsunami de 2010 se hizo famoso a nivel mundial, no solo por la intensidad del evento, sino principalmente por la confusión que reinó en las autoridades locales. En tal sentido, guiadas por una información errónea, las autoridades descartaron la alerta de tsunami, en circunstancias que en algunos lugares este ya se había producido o bien estaba a punto de producirse. En tal contexto, el intendente de la Región del Bío Bío realizó un comunicado radial anunciando a la población la ausencia de riesgo de maremoto e instándola a permanecer o regresar a sus hogares, pues gran parte tomó autónomamente la decisión de desplazarse hacia la parte alta de las ciudades. Luego de este anuncio, muchas personas fueron alcanzadas por la ola del tsunami, falleciendo trágicamente, lo que dio lugar a numerosas demandas de responsabilidad, bajo el argumento que la razón por la que estas personas no se pusieron a salvo fue el anuncio del intendente, que los indujo a la calma.<sup>10</sup> Se trata, por tanto, de un caso de “causalidad psicológica”. No se reprocha al Estado el haber materialmente causado el daño, sino haber inducido a la víctima directa a tomar una decisión perjudicial para sí misma.<sup>11</sup> Naturalmente, para que haya lugar a la causalidad psicológica son necesarias dos condiciones: (i) que el inductor tenga la fortaleza moral para efectivamente condicionar la conducta del inducido, de manera que sin su influencia la decisión de este último hubiera sido distinta e inocua; y (ii) que el mensaje del inductor efectivamente llegue al inducido. Tratándose del caso en comento, la primera condición puede tenerse por cumplida, pues (cuando menos a la época de los hechos) el intendente gozaba de la confianza de la población, de manera que resulta natural su capacidad de inducir a la adopción de una conducta calmada y serena frente a la emergencia. Por lo demás, la historia penquista cuenta con varios episodios semejantes al 27F, ampliamente conocidos por los habitantes de la región, con lo cual

---

<sup>10</sup> V. gr. *vid Mella Guzmán con Fisco de Chile* (2018); *Silva Hidalgo con Fisco de Chile* (2018); *Gatica Valdebenito con Fisco de Chile* (2019); *Luna Miranda con Fisco de Chile* (2018); *Sepúlveda Aliste con Fisco de Chile* (2017).

<sup>11</sup> En palabras de Honoré, “lo que queremos decir cuando hablamos de “inducir”, “persuadir”, etc., es hacer referencia a las razones que a esta persona le parecieron adecuadas en esta ocasión y, por lo tanto, sobre la base de las cuales actuó”. *Cfr.* HONORÉ (2013), p. 1095. En este caso, las razones que llevaron a los fallecidos a permanecer en su domicilio en lugar de desplazarse a las zonas altas de la ciudad.

es dable suponer que, de no haber recibido el mensaje tranquilizador de la autoridad, los individuos habrían tomado autónomamente la decisión de ponerse a salvo.<sup>12</sup>

La segunda condición, en cambio, supone que las víctimas directas efectivamente escucharon o tuvieron noticias del mensaje del intendente, aspecto que debe estar debidamente acreditado en el juicio, pues de lo contrario no hay razón para atribuir a la autoridad la decisión del occiso de permanecer en su hogar en lugar de refugiarse en las zonas altas de la ciudad. Como se verá, es justamente aquí donde radican los mayores inconvenientes de los casos fundados en el anuncio radial del intendente.

Las primeras demandas fundadas en tal anuncio fueron rechazadas por los tribunales,<sup>13</sup> pero esto cambió en 2013, cuando comenzaron sistemáticamente a acogerse por la Corte Suprema, a través de la casación de las sentencias de las cortes de apelaciones. La razón por la cual las cortes rechazaban las demandas es fundamentalmente el hecho de que los demandantes no lograban acreditar que las víctimas efectivamente habían escuchado el anuncio del intendente y, en consecuencia, que esa era la razón por la cual habían sido alcanzados por la onda de tsunami. En tal sentido puede leerse la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de fecha 18 de enero de 2013, que textualmente afirma:

Que, ahora bien, tampoco rola en autos una probanza seria e idónea tendiente a acreditar que efectivamente los actores (cualquiera de ellos) o el señor Ovando Garcés hayan efectivamente escuchado la transmisión radiofónica que, según lo expuesto en la demanda, los motivó a permanecer en las afueras de su hogar luego de ocurrido el terremoto, porque ninguno de los testimonios que obran en las actas de fojas 238 a 247 se refieren a esta específica cuestión, tal como acontece, según lo más arriba explicado, con la circunstancia que hubieren estado en la calle Manuel Bayón cuando arribó la ola del maremoto. Podrá hoy en día ser un hecho de pública notoriedad que el Intendente de la época efectivamente efectuó tal comunicación por la radioemisora mencionada, mas esto no puede confundirse con el hecho concreto que personas determinadas –en este caso cualquiera de

---

<sup>12</sup> A mi modo de ver, esto explica también que la demanda se funde en el aviso y llamado a la calma del intendente y no en el hecho de que la autoridad no emitió la alerta de tsunami. Esta alerta no es necesaria para que los habitantes de la zona se pongan resguardo y si no lo hacen incurrir en una exposición imprudente al daño. De hecho, esta era precisamente una de las defensas del Estado.

<sup>13</sup> *Vid Soto Morales con Fisco de Chile* (2013); *Valenzuela Flores con Fisco de Chile* (2013).

los actores o su padre y abuelo— hayan oído tal comunicado en la oportunidad específica en que se radiodifundió.<sup>14</sup>

Por su parte, el principal fundamento de la Corte Suprema para acoger el recurso de casación interpuesto es el hecho del pliego de posiciones confeccionado por el demandado para interrogar a los demandantes señala “10.- Diga cómo es efectivo que las palabras del intendente fueron posteriores a las primeras salidas de mar”, de donde la Corte extrae la siguiente conclusión: “Al entender de esta Corte ese planteamiento se hace razonablemente plausible a condición de asumirse que los Ovando oyeron la intervención de la máxima autoridad regional”.<sup>15</sup>

Es decir, la Corte termina por sostener que el hecho de que el occiso y su familia escucharon el anuncio del intendente no es un hecho controvertido de la causa, pues está asumido, y por ende aceptado, por el demandado. De esta manera, la Corte recurre al principio de adquisición procesal, en virtud del cual, una vez incorporadas al proceso, las piezas del expediente se independizan de quienes las aportan y pueden ser usadas a favor o en contra del aportante.<sup>16</sup> En este caso, al reconocer, según la Corte, que los Ovando sí escucharon el mensaje del intendente, el demandado habría aportado al expediente una prueba irrefutable de este hecho y, por tanto, sobre esa base debe resolverse el caso. Formalmente, el razonamiento parece impecable, pero lo cierto es que puede ser objeto de algunos cuestionamientos. En primer lugar, el hecho de que las palabras del intendente se emitieran por un medio público de comunicación, permite establecer su hora sin necesidad de que los Ovando hayan efectivamente escuchado “en vivo y en directo” el mensaje y la pregunta apunta únicamente a la hora de emisión del mismo, no a la forma en que ellos se enteraron de este, que pudo haber sido incluso después del tsunami. En segundo lugar, el hecho de que quien debió haber escuchado el mensaje era el occiso, quien, por razones obvias, no es a quien iba dirigido el pliego de posiciones, sino a sus deudos, quienes, como ya dije, pudieron perfectamente haber llegado a conocimiento de la hora del mensaje sin haberlo escuchado en vivo y en directo. En tercer lugar, lo más relevante, en estricto rigor, lo que la Corte realiza en el caso, es presumir que el occiso escuchó el

---

<sup>14</sup> *Valenzuela Flores con Fisco de Chile* (2013).

<sup>15</sup> *Valenzuela Flores con Fisco De Chile* (2013).

<sup>16</sup> Un análisis positivo del proceder de la Corte en este caso y del razonamiento empleado puede verse en RÍOS y GONZÁLEZ (2019), pp. 657 ss.

mensaje,<sup>17</sup> basándose para ello en una afirmación realizada por el demandado, pero sin respetar la estructura de las presunciones judiciales.

En efecto, al señalar que “al entender de esta Corte ese planteamiento se hace razonablemente plausible a condición de asumirse que los Ovando oyeron la intervención de la máxima autoridad regional” (destacado no está en el original), aunque aluda el principio de adquisición, lo que el tribunal hace es presumir que los Ovando escucharon el mensaje, pues el demandado no ha dado pruebas directas de ello, sino que se trata de una “asunción” del propio tribunal fundada en una afirmación realizada por el demandado.<sup>18</sup> Ahora bien, como es sabido, conforme a la definición de presunción contenida en el artículo 47 del Código Civil, la construcción de una presunción exige de un antecedente o circunstancia conocida que debe estar probado en el proceso, debe tratarse de un hecho preciso, no de una simple máxima de la experiencia.<sup>19</sup> La Corte, en cambio, alude a un concepto jurídico indeterminado, el de razonabilidad, para sostener que el demandado reconoce que los demandantes (y en consecuencia el occiso) sí escucharon el mensaje del intendente, construyendo así el nexo de causalidad material entre la actuación de la autoridad y la muerte de la víctima directa.

---

<sup>17</sup> Esta idea se confirma al leer el voto de minoría con que cuenta este fallo, el cual afirma: “Que también se reprocha por el recurso el que la sentencia haya renunciado a construir una presunción en cuanto a tener por demostrados los hechos sobre los que se sustenta la demanda. Sin embargo, los jueces de la instancia son soberanos para inferir de los antecedentes del proceso las presunciones que conducen a formar su convencimiento, de manera que no puede fundarse un recurso de casación en la circunstancia de no haberlas deducido, no pudiendo esta Corte revisar el ejercicio de esa facultad”. *Valenzuela Flores con Fisco de Chile* (2013), voto en contra de los ministros señores Carreño y Pierry.

<sup>18</sup> Cabe señalar que en los considerandos 26° y 27° de la sentencia la Corte alude a otros elementos de prueba que habrían “arrojado luz” sobre la existencia del nexo causal: testimonios y un informe de la policía de investigaciones. Sin embargo, ninguno de ellos constituye una prueba directa de que el occiso escuchó el mensaje. Sobre esta base, la Corte concluye que “sea por la vía del principio procesal de adquisición, a partir de la redacción de las posiciones que el Fisco opuso a la demandante a fojas 286, sea por la del mérito de la testimonial y/o documental, sea por la presuncional construida sobre la base de hechos sobradamente conocidos, la luz estaba hecha de cara a la verosimilitud y veracidad de los dos aspectos que los jueces juzgaron en tinieblas, desvaneciendo con ello el nexo causal que gatilló el rechazo de lo pretendido” (considerando 28°). Sin embargo, del resumen contenido en la misma sentencia se desprende que los testigos se refirieron a la forma en que ellos mismos escucharon el mensaje y el informe policial está construido sobre la base de testimonios recogidos con posterioridad al evento. En consecuencia, lo único verdaderamente relevante es el principio de adquisición y la presunción construida por el tribunal. *Vid Valenzuela Flores con Fisco de Chile* (2013).

<sup>19</sup> *Vid GAMA* (2019), pp. 128 ss.

Aunque la Corte no lo pone en esos términos, este caso da cuenta de la importancia que tiene un asunto poco abordado en la doctrina y jurisprudencia civil, esto es, el estándar de convicción que deben alcanzar los tribunales para acoger una demanda, lo que a su vez se relaciona con la distribución del riesgo de error en la atribución de responsabilidad. Claramente, la Corte de Concepción entiende que el estándar es alto y el riesgo de error corre de cargo de la víctima, mientras que la Corte Suprema rebaja el estándar y pone el riesgo de cargo del demandado.<sup>20</sup> En estricto rigor que el estándar de convicción civil sea bajo, no representa un problema y de hecho en muchas jurisdicciones es bajo en relación al estándar penal.<sup>21</sup> El problema está en que la Corte no se hace cargo directamente del asunto, sino que acude a una argumentación que no se condice con las piezas del expediente y que resulta contradictorio con los estándares de convicción que la misma Corte suele aplicar en otros casos.

### 3. *El incendio en Chillán*

El segundo caso es el siguiente: a raíz del terremoto, se derrumbó el muro perimetral de la cárcel de Chillán, lo que ocasionó la fuga masiva de los presos. En la huida, para evitar la persecución, algunos presos prendieron fuego a las casas vecinas a la cárcel, que terminaron totalmente quemadas. Los dueños de las casas demandaron al Estado aduciendo que este, al tener en mal estado el muro perimetral de la cárcel, había permitido la fuga de los

---

<sup>20</sup> Esta idea se aprecia con nitidez en el considerando 14º donde, a propósito de que los tribunales de instancia no consideraron el certificado de defunción para establecer la ubicación del occiso al momento del tsunami, señala: “(...) Además de no dejar explicado el fundamento de semejante enunciado, es el parecer de esta Corte que no se aviene con el sentido común extremar la carga probatoria en circunstancias tan caóticas como las que –conocimiento adquirido– sucedieron a las catástrofes, como si entonces estuvieran dadas las condiciones para documentación burocrática propia de tiempos normales”. *Valenzuela Flores con Fisco de Chile* (2013). Lo cierto es que el certificado de defunción señala que la causa de la muerte fue asfixia por inmersión, ocurrida días después del tsunami en el Hospital, con lo cual de ahí nada puede desprenderse respecto de las razones que llevaron al occiso a permanecer en un lugar de riesgo, ni tampoco a dónde se encontraba cuando lo alcanzó la ola.

<sup>21</sup> En efecto, en las jurisdicciones del *Common Law* el riesgo de error tiende a distribuirse entre las partes de acuerdo con un “balance de las probabilidades”, de modo que el estándar se corresponde con el 50% más uno de probabilidades (*more likely than not* o *more probable than not*) de que la conducta del demandado haya ocasionado el daño. En los ordenamientos jurídicos de tradición continental, en tanto, estos estándares oscilan desde uno cercano a la certeza –como ocurre en Alemania, Francia y España– al estándar de “más probable que no” (*più probabile che non*) que apela al 50% más uno de probabilidades, vigente en el ordenamiento jurídico italiano.

presos, que si no se hubiese producido, no se habrían quemado sus casas. En primera instancia, la demanda fue rechazada por no haberse acreditado que la caída del muro perimetral se debió a su mal estado de conservación y no exclusivamente al hecho del terremoto, y porque, en opinión del juez de la causa, el comportamiento de gendarmería frente a la emergencia no puede ser calificado de falta de servicio.<sup>22</sup> La Corte de Apelaciones revocó la sentencia, para lo cual valoró de manera diferente la prueba aportada por las partes y, en cuanto a la falta de servicio, sostuvo que:

(...) En efecto, de lo expuesto en los fundamentos precedentes, cabe tener presente, que Gendarmería de Chile y sus funcionarios tenían la obligación legal de adoptar todas las acciones necesarias para asegurar que las personas que están bajo su custodia, se mantengan dentro del perímetro, es decir, incluso frente a un acontecimiento como el terremoto ocurrido el 27 de febrero de 2010 debían existir y activar ciertos protocolos que impidieran que los internos salieran a realizar destrozos en sus alrededores.<sup>23</sup>

Por su parte, confirmando la sentencia de apelación, la Corte Suprema aseveró:

Que, como adecuadamente concluyeron los jueces de la instancia, existen elementos de juicio suficientes para establecer que Gendarmería de Chile, en el caso de autos, desplegó un servicio deficiente y no ajustado a la normativa vigente, por cuanto es un hecho no controvertido que la fuga de los reos se produjo el día del sismo, debido a que el muro perimetral por calle 5 de abril colapsó en su totalidad hacia el del recinto penitenciario y que este muro tenía una fractura de 60 metros por ese lado de la calle, sin que la demandada hubiese realizado las reparaciones o mantenciones que eran pertinentes para evitar ese colapso. // Que también resulta relevante acudir a lo informado por el Dictamen del Fiscal del sumario administrativo acompañado a los autos, que concluye que son los propios reos quienes una vez obligados a reingresar a la cárcel luego de su huida, quienes provocan intencionalmente los incendios que afectan las casas colindantes. // Que lo anterior, permite descartar la alegación del Fisco de Chile en torno a la ausencia de vínculo de causalidad entre la falta de servicio alegada y el daño reclamado por los actores. En efecto, Gendarmería de Chile y sus funcionarios, pese a lo ocurrido, tenía la obligación de adoptar las acciones necesarias para asegurar a las personas que están bajo su custodia, manteniéndolas dentro del recinto penitenciario, incluso tratándose del sismo

---

<sup>22</sup> *Quijada Fonseca con Fisco de Chile* (2015). Primer Juzgado Civil de Chillán, 6 de mayo de 2015, rol N° 389-2014.

<sup>23</sup> *Quijada Fonseca con Fisco de Chile* (2016).

del 27 de febrero de 2010, sin que existiera en el lugar un muro perimetral que pudiera resistir el movimiento telúrico, siendo previsible que el antiguo muro podría colapsar, poniendo en riesgo el debido aseguramiento de las personas que se encontraban bajo su custodia y con ello, la seguridad de las viviendas que colindaban el recinto penitenciario. En consecuencia, tales circunstancias son causas directas y necesarias del daño producido, por lo que no sólo se verifica una constatación física de causalidad, sino que además hay una constatación jurídica de que dicho daño le es imputable al demandado.<sup>24</sup>

Como se aprecia, en este caso, el problema jurídico a resolver es si puede imputarse al Estado de Chile la actuación de los presos que “intencionalmente” (así lo reconoce la sentencia) quemaron las casas aledañas a la cárcel.

Una primera forma de abordar este asunto sería a través de aplicación de las reglas de la responsabilidad por hecho ajeno, para lo cual habría que asumir que los presos, por estar bajo la vigilancia del Estado, corresponden a una categoría de sujetos que, en palabras del artículo 2320, están “bajo el cuidado” estatal y, por ende, el Fisco debe responder por sus acciones. En la medida en que el artículo 2320 no contiene un listado taxativo, sino una regla general con ejemplificaciones, esta construcción no es descabellada, sin embargo, lo cierto es que, salvo en el voto de minoría de la Corte Suprema, que descarta la responsabilidad del Estado fundando precisamente en que este no responde por los hechos de los presos, esta idea no fue mencionada.<sup>25</sup> De esta manera, la cuestión se centra en si, conforme a la normativa general que regula la actuación de gendarmería, el resultado dañino puede ser imputado al Estado.

Ahora bien, no cabe duda de que suprimido mentalmente el derrumbe de los muros perimetrales de la cárcel, el incendio no se hubiera producido y está comprobado como un hecho de la causa que el muro tenía graves deficiencias en su estructura. El nexo de causalidad material o necesaria está por tanto establecido. Empero, como afirma Barros, “de la sola circunstancia de que un hecho negligente aparezca como condición necesaria de un cierto daño, no se sigue que su autor deba ser siempre tenido por responsable. (...) Para eso, aunque el principio de causa necesaria establece una condición para que haya responsabilidad, sus efectos tienen que ser complementados mediante un juicio normativo (esto es, valorativo) para que se puedan *atribuir*

---

<sup>24</sup> Cfr. *Quijada Fonseca con Fisco de Chile* (2017).

<sup>25</sup> *Quijada Fonseca con Fisco de Chile* (2017), voto en contra del abogado integrante señor Quintanilla.

*objetivamente* los daños de ese hecho culpable”.<sup>26</sup> En consecuencia, no basta con que el muro estuviera en mal estado (condición necesaria), sino que es imprescindible que el incendio provocado por los presos sea normativamente atribuible al Estado. Es entonces necesario analizar los hechos a la luz de la causalidad jurídica, para lo cual ha sido elaborada una serie de doctrinas o criterios, conocidos como “teorías de la causalidad”, que permiten descartar el nexo causal *prima facie* establecido a través del test de la *conditio sine qua non* entre la conducta del demandado y el perjuicio de la víctima.<sup>27</sup> Es en esta segunda fase de la causalidad que el razonamiento judicial del caso resulta, a lo menos, criticable y parece más bien forzoso concluir que el Estado no era jurídicamente responsable de esos incendios. Al efecto es posible aducir tres reglas que llevan al mismo resultado:

a) El fin o ámbito de protección de la norma, según el cual falta el nexo causal si el riesgo que se concreta no es aquel para el cual la norma había sido dictada. En consecuencia, la pregunta jurídica correcta en este caso sería ¿la norma que obliga a mantener en buen estado los cierres perimetrales de las cárceles está dada para evitar que los presos incendien las casas vecinas?<sup>28</sup> La respuesta pareciera ser negativa, pues dicha normativa claramente persigue impedir la fuga de los presos, no evitar que estos causen incendios. Es cierto que la Sentencia de la Corte de Apelaciones en cierta medida aborda esta cuestión, cuando señala que gendarmería tenía la obligación de “activar ciertos protocolos que impidieran que los internos salieran a realizar destrozos en sus alrededores”. Sin embargo, se trata de una afirmación realizada al pasar, sin alusión a ninguna normativa en particular que le sirva de sustento. La Corte tampoco reflexiona sobre la entidad de los “destrozos” que gendarmería estaría llamada a evitar, en particular, no reflexiona si dicha normativa alcanza a incendios ocasionados intencionalmente por los presos.

---

<sup>26</sup> Cfr. BARROS (2006), p. 383.

<sup>27</sup> Sobre la idea de que los factores de imputación objetiva son en verdad criterios que permiten excluir la relación de causalidad y no afirmarla, como generalmente se enseña, *vid* SAN MARTÍN (2018), pp. 50 ss.

<sup>28</sup> Como afirma Honoré, para que haya lugar a la responsabilidad del demandado, el demandante “debe demostrar que un aspecto específico de los acontecimientos en cuestión (como el hecho de que el demandado conducía a exceso de velocidad) posiciona al demandado dentro de la categoría jurídica relevante, y sustenta la conclusión de que su conducta ilícita o creadora de riesgo causó el daño por el cual se demanda. El demandante debe probar que el elemento que configura la ilicitud de la conducta o que crea el riesgo indebido fue relevante para la producción del resultado dañoso que da lugar a la acción de responsabilidad”. Cfr. HONORÉ (2013), p. 1079.

b) La causalidad adecuada, según la cual falta el vínculo de causalidad jurídica cuando el resultado dañoso es imprevisible para una persona razonable puesta en las circunstancias del agente. La pregunta entonces es: ¿era previsible la actuación de los presos o se trata más bien de un resultado exótico, que ninguna persona razonable puesta en las circunstancias del demandado habría podido anticipar? Al respecto, la Corte señala que era previsible el colapso del muro y que se pusiera en riesgo la seguridad de las casas aledañas, pero en ningún caso afirma que el resultado concreto, esto es, incendio de las casas, hubiera sido previsible y, en efecto, parece que él no lo es. No resulta razonable suponer que los presos habrían tomado una medida tan drástica y despiadada con tal de evitar volver a la cárcel.

c) La prohibición de regreso, según la cual el resultado dañoso no es imputable a la negligencia del agente cuando se interpone la actividad dolosa o gravemente negligente de un tercero. En este sentido, la misma sentencia es clara en reconocer que la actitud de los presos fue “intencional”, es decir, dolosa. En consecuencia, cobraba plena aplicación la llamada prohibición de regreso y, por tanto, jurídicamente los causantes del daño son los presos y no gendarmería, como en la sentencia se declara.

En síntesis, este fallo hace caso omiso de las exigencias que la doctrina (e incluso la jurisprudencia) impone en relación con la causalidad jurídica, para condenar al Estado sobre la base de la causalidad material entre su actuar negligente y el incendio de las casas de los demandantes. De manera que solo se comprende cuando se considera que se trata de personas que trágicamente perdieron su hogar en manos de sujetos que no tienen ninguna posibilidad de indemnizarles, en circunstancias que el Estado, que además ha actuado con cierta negligencia, sí puede hacerlo.<sup>29</sup>

#### 4. *Isla Mocha*

El caso denominado como “Isla Mocha” se refiere a un matrimonio de recolectores de orilla, o algueros, que en la noche del 27F estaban pernociando en un lugar apartado de la Isla Mocha, sin acceso a radio o algún otro

---

<sup>29</sup> Sobre este razonamiento y su relación con la llamada jurisprudencia del *deep pocket*, vid SAN MARTÍN (2020), en prensa.

tipo de comunicación.<sup>30</sup> Una vez ocurrido el terremoto, aproximadamente a los 15 minutos, llegó a esa zona la primera honda de tsunami. Del matrimonio, la mujer logra escapar y salvarse, mientras que el marido no. Demandado el Estado por falta de servicio, alega que el terremoto era un caso fortuito –defensa permanente del Estado en todos estos casos– y que la zona en que ocurrieron los hechos era una “zona de sacrificio”, que debido a su proximidad con la costa y el aislamiento que la caracterizaba no había forma de avisar a esas personas que se pusieran a salvo o intentar labores de rescate. En efecto, atendidas las circunstancias, no podía decirse que el Estado hubiese podido hacer algo por rescatar oportunamente a esas personas, en consecuencia, la única forma de atribuir responsabilidad es establecer el incumplimiento de una obligación *a priori* del Estado y esta es justamente la forma en que razona el máximo tribunal. Al efecto señala que la falta de servicio del Estado radica principalmente en que no educó adecuadamente a esas personas para que supieran reaccionar en esas circunstancias y, con ello, les privó de la posibilidad de salvarse. Agregando que: “(...) de haber sido advertido, preparado, regulado, capacitado y enseñado, [el occiso] habría estado en condición de adoptar medidas más sofisticadas de preparación que le hubieran permitido tener la opción de salvar su vida”. Añadiendo, además, que si el Estado hubiera actuado correctamente habría “(...) otorgado a la víctima la posibilidad cierta de adoptar resguardos más elaborados que le hubieran otorgado una chance efectiva y cierta de evitar las consecuencias dañosas reseñadas en esta causa”.

El caso llama la atención, pues el tribunal alude a que el Estado privó a al occiso de la oportunidad de salvar su vida; sin embargo, la Corte elude la discusión acerca de si debidamente instruido el occiso habría estado en grado de salvarse y, más en general, elude la discusión acerca de la influencia que tuvo en su fallecimiento la conducta pasiva del Estado. De hecho, resta del todo importancia al hecho de que, en las mismas circunstancias, su cónyuge se salvó, circunstancia tenida en consideración por la Corte de Apelaciones para desechar la demanda fundada en la pérdida de chance.<sup>31</sup>

En suma, aunque no lo dice con esas palabras, la Corte condena al Estado por la pérdida de chance de salvarse que tuvo el marido de la demandante. Sin embargo, la sentencia no reflexiona acerca de si con esa educación la

---

<sup>30</sup> *Lefiqueo Pincheira con Fisco de Chile* (2017).

<sup>31</sup> *Vid Lefiqueo Pincheira con Fisco de Chile* (2016).

víctima efectivamente hubiera tenido la oportunidad supuestamente perdida y, por otro lado, tampoco reflexiona sobre el hecho de que, al parecer, ella sí tuvo la oportunidad de salvarse, pero no lo logró. Finalmente, la Corte tampoco se hace cargo de avaluar el daño conforme al entendimiento de pérdida de chance,<sup>32</sup> pues simplemente condena por el daño moral sufrido por la demandante.

Al igual que en los casos anteriormente aludidos, este fallo cuenta con un voto de minoría, según el cual:

Que, en relación a la pérdida de chance, tal y como lo sostuvieron los jueces de la instancia, debe ser confrontada a la posibilidad de los otros afectados del hecho, como la misma demandante, quien salvó su vida en las mismas circunstancias en que pereció su cónyuge, de forma tal que la relación causal entre la opción y los procesos educativos previos no está determinada por las pruebas rendidas en la causa como lo asentó la sentencia recurrida.<sup>33</sup>

Cabe señalar que, con posterioridad a este fallo, la Corte Suprema dictó numerosas sentencias aplicando la teoría de la pérdida de oportunidad y en todos ellos es posible realizar más o menos las mismas críticas que aquí se formulan.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> Aunque no siempre se reconozca de esa manera, lo cierto es que la pérdida de la chance es un caso de “responsabilidad proporcional”, de manera que no corresponde indemnizar al demandante por todo el daño material o moral sufrido, sino solo por una fracción más o menos grande del mismo. La forma en que esta fracción debe determinarse no es pacífica en la doctrina, aunque al parecer el mayor consenso se da en torno a la idea de que debe establecerse conforme a la ratio de probabilidades que tenía el demandante de haber obtenido el provecho o evitado el daño de no haber intervenido la conducta culpable del demandado.

<sup>33</sup> *Lefiqueo Pincheira con Fisco de Chile* (2017), voto en contra de la ministra señora Sandoval y del abogado integrante señor Quintanilla.

<sup>34</sup> El análisis de estos fallos puede verse en BARRÍA (2018), pp. 235-269. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revderudec/v87n245/0718-591X-revderudec-87-245-00.235.pdf>, consultado 3 de enero de 2019. El autor concuerda con la opinión aquí sostenida, dejando también traslucir su idea de que en estos casos la responsabilidad civil ha venido a transformarse en una suerte de asistencia social para las víctimas. En este sentido, expresamente afirma: “las dramáticas consecuencias materiales y personales del cataclismo del año 2010 (...). Ante el sufrimiento de los familiares devastados por la muerte de sus seres queridos y las pérdidas materiales experimentadas en circunstancias en las que tuvo incidencia el insuficiente amparo de los organismos públicos competentes, resulta entendible una mayor sensibilización de los juzgadores al momento de resolver las contiendas y la búsqueda de mejores soluciones para los demandantes, lo que en mi parecer ha quedado plasmado en las sentencias dictadas en los juicios en las diversas etapas que han caracterizado su evolución. Así queda de manifiesto, por ejemplo, cuando los tribunales comenzaron a acoger las pretensiones indemnizatorias haciendo uso, muchas veces en forma bastante discutible, de las presunciones judiciales para establecer la relación de causalidad entre la falta de servicio y el fallecimiento de las víctimas”. *Cfr. Ídem*, pp. 244-245.

## CONCLUSIONES

Los casos y problemas jurídicos antes expuestos llevan a plantear algunas reflexiones finales en torno a la forma en que ha sido establecida la responsabilidad del Fisco chileno por los daños sufridos por los particulares con ocasión del 27F.

En primer lugar, cabe señalar que en la responsabilidad civil ha pasado a cumplir una función social o asistencial, que se refleja en el hecho de que los tribunales, frente al lamentable hecho de que se trata de víctimas que han sufrido importantes daños a su integridad psíquica o bienes materiales, sin que existan mecanismos de seguro o asistencia social capaces de asistirles, declara la responsabilidad del Estado, en cierta medida forzando las reglas de la responsabilidad civil, particularmente en lo que dice relación con el nexo de causalidad entre la actividad estatal y el daño invocado por los demandantes.

De esa manera, en el caso llamado el anuncio radial del intendente, la Corte Suprema, rebaja el estándar de prueba civil, pero sin señalarlo expresamente, sino que recurriendo a argumentaciones que no necesariamente son coherentes con las piezas del expediente.

Por su parte, en el caso llamado incendio en la cárcel de Chillán, las Cortes, aunque mencionan expresamente el supuesto nexo de causalidad jurídica que habría entre la actuación de gendarmería y el daño provocado por los presos, lo cierto es que omite el análisis conforme a las teorías de la causalidad jurídica, que habrían llevado a descartar la responsabilidad estatal.

Finalmente, en el caso llamado Isla Mocha, dado que el Estado no estaba en posición de rescatar oportunamente a las víctimas, se recurre a teorías de responsabilidad proporcional, particularmente de pérdida de la chance, esto a pesar de que resulta altamente cuestionable que en los hechos haya existido una real oportunidad perdida y sin aludir a esta doctrina a efectos de establecer la cuantía indemnizatoria.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALARCÓN GONZÁLEZ, Victoria Andrea y MUÑOZ BRUNA, Francisca Isidora (2018). *Análisis jurisprudencial sobre la responsabilidad civil extracontractual del Estado por falta de servicio derivada del terremoto y posterior tsunami del 27F*. Memoria para optar al Grado de Licenciadas en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago: Facultad de Derecho Universidad de Chile, no publicada.

- BARRÍA DÍAZ, Rodrigo (2018). “La pérdida de una oportunidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre juicios indemnizatorios derivados del terremoto y tsunami de 27 de febrero de 2010”. *Revista de Derecho (Concepción)*, vol. 87, N° 245, 2018, pp. 235-269. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revderudec/v87n245/0718-591X-revderudec-87-245-00235.pdf>, consultado 3 de enero de 2020.
- BARROS BOURIE, Enrique (2006). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- FARFALLO GALLETTI, Antonella (2019). *Responsabilidad del Estado. Terremoto del 27 de febrero de 2010*. Santiago: Rubicón Editores.
- GAMA LEYVA, Raymundo (2019). *Las presunciones en el derecho*. México: Tirant lo Blanch.
- HONORÉ, Tony (2013). “Condiciones necesarias y suficientes en la responsabilidad extracontractual”, traducción de Arturo Ibáñez León y Alberto Pino Emhart. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, N° 3, pp. 1073-1097. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v40n3/art18.pdf>, consultado 10 de marzo de 2020.
- MELLAFFE, Rolando (2004). *Historia social de Chile y América*. Santiago: Editorial Universitaria.
- MOLINA, Juan Ignacio (1788). *Compendio de la historia geográfica, natural y civil del reyno de Chile*. Traducción de Domingo Joseph DE ARQUELLADA MENDOZA. Madrid: Antonio de Sancha.
- OLCINA CANTOS, J. (2006). “La ordenación del territorio en la mitigación de riesgos naturales en España: estudio de casos”, en F. J. AYALA CARCEDO *et al.* (editores). *Riesgos naturales y desarrollo sostenible. Impacto, predicción y mitigación*, Madrid: Instituto Geológico y Minero de España.
- ONETTO, Mauricio (2017). *Temblores de tierra en el jardín del Edén. Desastres memoria e identidad. Chile siglos XVI-XVIII*. Santiago: Centro de Investigaciones Barros Arana, DIBAM.
- PALACIOS ROA, Alfredo (2016). *Historia de los megaterremotos ocurridos en Chile entre 1647 y 1906*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- RÍOS ERAZO, Ignacio (2017). *Incerteza Causal en la Responsabilidad Civil. Jurisprudencia terremoto del 27 de febrero de 2010*. Tesis para optar al grado de Magíster en derecho con mención en Derecho Privado. Santiago: Facultad de Derecho, Universidad de Chile. No publicada.

- RÍOS ERAZO, Ignacio y GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles (2019). “Causalidad y testigos en la responsabilidad extracontractual”, en Esteban PEREIRA FREDES (editor). *Fundamentos filosóficos del derecho civil chileno*. Santiago: Rubicón.
- ROMERO, Hugo y VIDAL, Claudia (2014). “Exposición, sensibilidad y resiliencia ante los desastres de las ciudades de Concepción-Talcahuano, Chile Central”, en Catalina ARTEAGA A. y Hugo ROMERO A. (editores). *Vulnerabilidades y desastres siconaturales*, Santiago: Editorial Universitaria.
- SAN MARTÍN NEIRA, Lilian C. (2018). *La culpa de la víctima en la responsabilidad civil*. Santiago: Der Ediciones.
- \_\_\_\_\_ (2019). “Desastres naturales y responsabilidad civil. Identificación de los desafíos que presenta esta categoría de hechos dañinos”, *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. XXXII, N° 2, pp. 123-142. Disponible en <http://revistas.uach.cl/index.php/revider/article/view/5949>, consultado 3 de enero de 2020.
- \_\_\_\_\_ (2020). “¿Hacia una función social o asistencial de la responsabilidad civil?”, en María Elisa MORALES ORTIZ y Pamela MENDOZA ALONZO (directoras). *Estudio de derecho privado*. Santiago: Der Ediciones, en prensa.
- TAPIA R., Mauricio (2020). *Caso fortuito o fuerza mayor*, 2ª edición. Santiago: Thomson Reuters.

#### JURISPRUDENCIA CITADA<sup>35</sup>

- Gatica Valdebenito con Fisco de Chile* (2019): Corte Suprema, 18 de marzo de 2019 (recurso de casación en el fondo), rol N° 4185-2018.
- Lefiqueo Pincheira con Fisco de Chile* (2016): Corte de Apelaciones de Concepción, 5 de octubre de 2016 (recurso de apelación), rol N° 301-2016.
- Lefiqueo Pincheira con Fisco de Chile* (2017): Corte Suprema, 16 de noviembre de 2017 (recurso de casación en el fondo), rol N° 4658-2017.
- Luna Miranda con Fisco de Chile* (2018): Corte Suprema 26 de marzo de 2018 (recurso de casación en el fondo), rol N° 10165-2017.

---

<sup>35</sup> Toda la jurisprudencia puede ser consultada en la base de datos del Poder Judicial Chileno, ingresando el número de Rol en el siguiente sitio: <https://www.pjud.cl/consulta-de-causas2>.

*Mella Guzmán con Fisco de Chile* (2018): Corte Suprema, 3 de marzo de 2017 (recurso de casación forma y fondo), rol N° 42539-2017.

*Quijada Fonseca con Fisco de Chile* (2015): Primer Juzgado Civil de Chillán, 6 de mayo de 2015 (acción de indemnización de perjuicios), rol N° 389-2014.

*Quijada Fonseca con Fisco de Chile* (2016): Corte de Apelaciones de Chillán, 6 de septiembre de 2016 (recurso de apelación y casación en la forma), rol N° 255-2015.

*Quijada Fonseca con Fisco de Chile* (2017): Corte Suprema, 5 de septiembre de 2017 (recurso de casación forma y fondo), rol N° 76461-2016.

*Sepúlveda Aliste con Fisco de Chile* (2017): Corte Suprema, 12 de diciembre de 2017 (recurso de casación forma y fondo), rol N° 172-2017.

*Silva Hidalgo con Fisco de Chile*: (2018): Corte Suprema, 4 de diciembre de 2018 (recurso de casación en el fondo), rol N° 45305-2017.

*Soto Morales con Fisco de Chile* (2013): Corte Suprema, 25 de enero de 2013 (recurso de casación en el fondo), rol N° 1250-2012.

*Valenzuela Flores con Fisco de Chile* (2013): Corte de Apelaciones de Concepción, 18 de enero de 2013 (recurso de apelación), rol N° 1154-2012.

*Valenzuela Flores con Fisco de Chile* (2013): Corte Suprema, 18 de diciembre de 2013 (recurso de casación en el fondo), rol N° 1629-2013.