

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
2001

**CURSO DE DERECHO DE OBLIGACIONES
RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL**

ENRIQUE BARROS BOURIE

**TEXTO PRAPARADO CON LA PARTICIPACION
DE LOS AYUDANTES EDUARDO UGARTE D. Y
ALEJANDRO VÍCARI V.**

INTRODUCCIÓN

1. Noción de Responsabilidad Civil

Tradicionalmente se ha entendido que una persona es *responsable* cuando está sujeta a la obligación de reparar el daño sufrido por otra. En derecho civil, esta obligación se cumple mediante la indemnización de perjuicios.

El daño es de la esencia de la responsabilidad civil extracontractual, pues a diferencia de lo que ocurre en el ámbito penal, que contempla la existencia de figuras delictivas de mero peligro y sanciona conductas tentativas y frustradas, sin daño no hay responsabilidad civil.

De ahí entonces que el objeto de la acción de responsabilidad civil consista en la reparación en dinero de ciertos daños, de manera que sus consecuencias patrimoniales sean soportadas en definitiva por quien los causa.

En este sentido, la principal cuestión que debe resolver el estatuto jurídico de la responsabilidad civil consiste en determinar los criterios, fijar las condiciones o requisitos según los cuales las consecuencias patrimoniales del daño sufrido por una persona deben radicarse en el patrimonio de otra, por medio de la indemnización de perjuicios y, *a contrario sensu*, en qué casos dichas consecuencias deberán radicarse donde se producen.

Este texto tiene por objeto analizar la acción indemnizatoria que nace de un daño, sólo referencialmente se analizarán las acciones para prevenir y precaver el daño, que usualmente son acumulables a la acción indemnizatoria.

2. Preguntas que plantea la Responsabilidad Civil

Una manera sencilla de aproximarse a las cuestiones que plantea la responsabilidad civil consiste en escoger algunos ejemplos de accidentes cotidianos, y analizar las preguntas que éstos plantean a abogados y jueces:

Un avión se precipita a tierra causando la muerte de numerosos pasajeros.

Un niño juega con una roldana mientras camina sobre un puente que pasa por sobre una línea de ferrocarril. La roldana alcanza uno de los cables eléctricos de la línea y el niño se electrocuta.

Una caldera industrial colapsa y ocasiona la muerte al trabajador que la manipulaba.

Una botella gaseosa estalla provocando la pérdida de un ojo a quien se disponía a beberla.

Un automóvil atropella a un peatón que cruza la vía.

En relación con estos casos es posible preguntarse: ¿procede que la víctima sea indemnizada?; ¿qué daños se indemnizarán?; ¿cómo se valorará la pérdida de un ojo?; ¿por qué concepto tiene la cónyuge una pretensión indemnizatoria y, a cuanto asciende el daño por la muerte de su marido con ocasión del accidente de la caldera, considerando que éste era el sustento de su familia?

Por otra parte, respecto de los ejemplos (a) y (d) en los que existe un contrato de transporte y compraventa respectivamente: ¿están obligadas las víctimas a fundar su acción en el contrato o pueden escoger entre ésta y la acción de responsabilidad extracontractual?

En los casos (c) y (d): ¿tiene influencia la condición particular de la víctima -trabajador y consumidor, respectivamente- a efectos de establecer la responsabilidad del causante del daño?

En el caso (a), ¿responde la compañía aérea por los hechos del capitán del avión?, y en el ejemplo (e), ¿quién responde, en circunstancias que quien manejaba el automóvil era el hijo insolvente del propietario?

Suponiendo que no es posible atribuir el accidente al actuar culpable de un sujeto distinto de la víctima: ¿debe ésta soportar sus consecuencias con resignación o es más justo (o eficiente) establecer el deber del tercero de indemnizar, aunque no haya actuado culpablemente?, ¿la mera creación de un riesgo es fundamento suficiente para responder por los accidentes provocados por la actividad que lo crea?

Casos cotidianos de accidentes que causan daños a terceros plantean preguntas acerca del ordenamiento que debería resolverlos: ¿cuál es la regla de atribución de responsabilidad más justa? y, ¿cuál es

la regla socialmente más eficiente?

Expresado en términos generales, la cuestión que subyace a la mayoría de estas preguntas dice relación con el criterio que se utilizará como fundamento de la responsabilidad civil: la culpa del que causa el daño o la mera relación causal entre ese hecho de un tercero y el daño.

3. Plan

En los capítulos siguientes se intentará discurrir acerca de tres grupos de cuestiones, que permitirán aproximarse a nuestro sistema de responsabilidad civil:

- (a) cómo se relaciona la responsabilidad civil extracontractual con otras instituciones del derecho de las obligaciones (capítulo I);
- (b) cuáles son los criterios que el derecho ha utilizado tradicionalmente para atribuir responsabilidad por daños (capítulo II); y,
- (c) cuáles son los fines del ordenamiento de la responsabilidad civil (capítulo III). Esta Introducción concluirá con una breve reseña a la evolución histórica del derecho de la responsabilidad civil extracontractual (capítulo IV).

I. EL LUGAR DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL EN EL DERECHO DE LAS OBLIGACIONES

4. Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual

Ambos estatutos de responsabilidad comparten un objetivo común: dar lugar a una acción civil de indemnización de perjuicios, que persigue la reparación pecuniaria de los daños sufridos por el hecho de un tercero.

Por ello, parte de la doctrina comparada ha sostenido que la responsabilidad civil debe ser tratada bajo un estatuto único.

Sin embargo, entre ambos estatutos existen importantes diferencias que serán analizadas hacia el final de este curso. Por ahora baste señalar que contrariamente a lo que ocurre en materia extracontractual, la responsabilidad contractual tiene un carácter secundario.

En efecto, la obligación originaria en la responsabilidad contractual consiste en cumplir lo convenido, mientras que la obligación de indemnizar surge sólo una vez que el deudor ha incumplido la obligación contractual (primer grado), como uno de los remedios judiciales que la ley confiere al acreedor para hacer frente al incumplimiento.

En materia contractual, la acción de responsabilidad complementa, y en algunos casos sustituye a aquella que tiene por objeto el cumplimiento forzado en naturaleza de la obligación principal.

Luego, la responsabilidad contractual se traduce en una obligación de segundo grado (indemnizar los perjuicios ocasionados con el incumplimiento) cuyo fundamento es precisamente el incumplimiento de la obligación principal o de primer grado.

En materia extracontractual, en cambio, la responsabilidad no supone la existencia de tal vínculo obligatorio previo, y su antecedente se encuentra en aquellos deberes de cuidado generales y recíprocos que las personas deben observar en sus encuentros espontáneos.

Así, el vínculo obligatorio tiene en el ámbito extracontractual un carácter originario, cuyo antecedente es precisamente haber ocasionado un daño infringiendo alguno de esos deberes de conducta.

Por cierto que el riesgo general de ocasionar daños puede ser materia de un acuerdo previo entre los potenciales afectados mediante un contrato (una industria contaminante puede celebrar acuerdos con sus vecinos sobre los daños que provocará su funcionamiento), y en tal caso el contrato regirá materias que de no haber mediado acuerdo serían tratadas según las reglas de responsabilidad extracontractual.

En principio no existe impedimento para que el contrato sustituya a las reglas de responsabilidad civil extracontractual, respetando los límites que imponen las normas de orden público (así, por ejemplo, serán ilícitos en razón de su objeto los pactos que importen la condonación anticipada del dolo o la disposición de derechos irrenunciables, como la vida).

No obstante, en la práctica, la regulación contractual de los riesgos es completamente excepcional.

Los riesgos a los que diariamente nos vemos enfrentados son de tal manera difusos, que la negociación de contratos entre los potenciales causantes de daños y sus víctimas resulta inviable por su extrema onerosidad.

Así, las líneas aéreas están en la práctica impedidas de negociar contratos con todos aquellos que podrían verse afectados en tierra por un eventual accidente, y lo mismo ocurre con los fabricantes de bebidas gaseosas o de medicamentos con los consumidores finales.

De este modo, aunque en principio no hay impedimento legal para que el contrato sustituya a las reglas de responsabilidad extracontractual, con los límites ya anotados, ello sólo es posible en aquellos casos excepcionales en los que el riesgo y las potenciales víctimas son perfectamente identificables a priori y, además, se justifica el costo de entrar a negociar un acuerdo.

Por lo anterior, las reglas de responsabilidad extracontractual siguen teniendo el carácter de estatuto general de la responsabilidad civil, y se aplican a todas aquellas situaciones en que no existe una relación obligatoria previa entre la víctima y el autor del daño.

5. Responsabilidad Civil Extracontractual y Cuasicontractual

Mientras en materia extracontractual la acción que se concede a la víctima es esencialmente indemnizatoria y, según se ha dicho, tiene por objeto obtener la reparación íntegra del daño sufrido por ésta (artículo 2329 del Código Civil), en el ámbito cuasicontractual, en cambio, el derecho concede acciones meramente restitutorias, cuyo objeto es el resarcimiento de los costos directos en que el actor ha incurrido en beneficio de un tercero.

Un claro ejemplo del carácter restitutorio de las acciones emanadas de los cuasicontratos está representado por el artículo 2290 del Código Civil, aplicable a la agencia oficiosa. En virtud de esta norma, aquel que sin mediar mandato se ha hecho cargo de la administración de negocios ajenos (denominado gerente), sólo tiene derecho a que se le restituya lo invertido en expensas útiles o necesarias, pero no puede exigir que se le remunere por sus actos.

En otros términos, no tiene derecho a que se le indemnice por el lucro cesante (costo de oportunidad) que significa haber dedicado tiempo a la protección de los intereses de otro.

Idéntico principio rige en el cuasicontrato de pago de lo no debido y, en general, en la acción innominada de enriquecimiento sin causa.

II. MODELOS DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y RIESGOS

6. Nociones

Un principio jurídico que se infiere del ordenamiento civil de la responsabilidad extracontractual es que cada cual corre con los riesgos que impone la vida en común. En otros términos, a falta de una razón jurídica para atribuírsela a un tercero, *“el principio general es que la pérdida de un accidente debe quedar donde caiga”*, esto es, que cada cual corre con sus propios riesgos, salvo que haya una razón para atribuirle responsabilidad a un tercero.

Por consiguiente, la pregunta esencial que plantea la responsabilidad civil dice relación con las razones que el derecho habrá de considerar para que el costo de los daños sea atribuido a un sujeto distinto de la

víctima.

Los modelos de atribución de costos de los accidentes que tradicionalmente han coexistido en esta materia son tres; dos de ellos de responsabilidad civil extracontractual propiamente tal, mientras que el tercero constituye una forma de garantizar que el riesgo de determinada actividad sea asumido por un tercero distinto de la víctima potencial, cualquiera sea su causa. Estos modelos son los siguientes:

Responsabilidad por culpa o negligencia, que hace responsable al tercero que causa el daño a condición de que el tercero haya actuado con culpa o dolo;

Responsabilidad estricta u objetiva, que establece la obligación de reparar todo daño que se produzca en el ejercicio de cierta actividad, cualquiera sea la diligencia empleada (de manera similar a lo que en derecho contractual se conoce como obligación de garantía); y,

El seguro privado obligatorio, que garantiza la reparación de la víctima estableciendo el deber legal respecto de quien realiza la actividad susceptible de causar daño o de quien corre el riesgo de accidente, de contratar un seguro de responsabilidad. Este sistema se rige por las normas de los contratos, pues la obligación de indemnizar a la víctima del accidente que pesa sobre la compañía de seguros emana del contrato de seguro. Si quien está obligado a asegurar desarrolla la actividad sin cumplir con ese deber, se aplican las normas generales de responsabilidad contractual o extracontractual, según el accidente se produzca en el ámbito contractual (como en el caso del contrato de trabajo) o de relaciones espontáneas no sujetas a contrato (accidente causado por un vehículo motorizado, por ejemplo).

Por eso, descartado el seguro, porque no responde a principios de responsabilidad civil, sino de una obligación contractual, los modelos de responsabilidad civil extracontractual propiamente tales se reducen, en esencia, al de responsabilidad por culpa o negligencia y al de responsabilidad estricta u objetiva. Con todo, en este capítulo introductorio, se hará breve referencia a los tres modelos.

7. Responsabilidad por Culpa o Negligencia

La responsabilidad por culpa o negligencia es el modelo de atribución de responsabilidad más generalizado en el derecho moderno. En el derecho nacional constituye la regla general, de modo que resulta aplicable a todos los casos que no están regidos por una regla especial diversa.

Según el orden de la responsabilidad por culpa, la razón para atribuir responsabilidad a un tercero radica en que el daño ha sido causado por su acción culpable, esto es, ha sido el resultado de una acción ejecutada con infracción a un deber de cuidado. Este deber puede ser establecido por el legislador, mediante la dictación de reglas de conducta orientadas a evitar accidentes (como ocurre en la Ley del Tránsito o en la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente), o bien ser el resultado de una regla no legislada, definida por los jueces recurriendo a la costumbre o a criterios de responsabilidad.

Atendida la enorme plasticidad y variedad de la conducta humana, así como la cantidad de riesgos que impone la vida en sociedad, la mayor parte de estos deberes de cuidado no pueden ser definidos con exhaustividad por la ley, quedando entregada su determinación a los jueces. En esto existe una radical diferencia entre la responsabilidad civil y la penal, en la que el requisito de tipicidad excluye la posibilidad que el ilícito sea definido en alguna instancia judicial, sin la existencia de una ley anterior que describa y sancione la conducta.

A la responsabilidad por culpa o negligencia se refiere como regla general los artículos 2284, 2314 y 2329 del Código Civil, y a ella estará dedicada la mayor parte de este curso, por ser el estatuto general y supletorio de responsabilidad extracontractual, y porque en ella se establecen las mayores exigencias. El análisis de este modelo permitirá comprender el de responsabilidad estricta u objetiva, que si bien prescinde del requisito de la culpa, en lo demás está sujeto a reglas semejantes a la responsabilidad por culpa.

Los elementos de este régimen general de responsabilidad civil son:

- (a) la acción u omisión.
- (b) la culpa (negligencia) o dolo.
- (c) el daño.
- (d) la relación de causalidad entre la acción u omisión dolosa o culpable y el daño.

A pesar de coincidir en los tres últimos elementos, para Alessandri, el primero de ellos corresponde a la capacidad delictual o cuasidelictual. Sin embargo, aunque existen buenas razones para considerar la capacidad como un elemento autónomo, se ha optado por tratarla como uno de los componentes del concepto de acción, en su aspecto subjetivo.

Alguna doctrina incluye además entre los elementos de la responsabilidad por culpa el de antijuridicidad de la acción, aunque en el derecho nacional dicho elemento queda suficientemente comprendido en el requisito de culpa.

8. Responsabilidad Estricta u Objetiva

A diferencia del modelo general de responsabilidad por culpa o negligencia, la responsabilidad estricta u objetiva tiene como antecedente el riesgo creado y no la negligencia, de modo que es indiferente el juicio de valor respecto de la conducta del autor del daño.

En este tipo de responsabilidad, la obligación de indemnizar es impuesta sin necesidad de calificar la acción, bastando que el daño se produzca en el ejercicio de una actividad considerada riesgosa. En términos generales, se exige que el hecho se verifique dentro del ámbito de la actividad sujeta al régimen de responsabilidad estricta y que exista una relación de causalidad entre el hecho y el daño, prescindiendo del juicio de negligencia propio del régimen de responsabilidad por culpa.

En este sentido, la responsabilidad estricta presenta una cierta analogía con las denominadas obligaciones de garantía del derecho contractual (como la obligación de saneamiento del vendedor en la compraventa; artículos 1837 y ss. del Código Civil), pues en virtud de éste régimen se establece un verdadero deber general de garantía, que asegura a las potenciales víctimas que todo daño ocasionado en el ámbito de determinada actividad deberá ser reparado por quien la ejerce.

Según se anticipó, la responsabilidad estricta es un régimen especial y como tal de derecho estricto, que opera sólo respecto de ciertos ámbitos de conducta o de tipos de riesgos previamente definidos por el legislador. En consecuencia, su fuente es la ley.

En el derecho nacional están sujetas a este régimen, por ejemplo, la responsabilidad del propietario del vehículo motorizado por accidentes de tránsito (a condición de que quién lo conducía haya incurrido en negligencia), la del causante de derrames de hidrocarburos y otras sustancias nocivas en el mar, la del explotador de instalaciones nucleares, la del empresario de aeronaves, y la del que utiliza plaguicidas.

A las normas establecidas por estatutos legales especiales se agregan dos contenidas en el propio Código Civil, provenientes del derecho romano y de formulación más bien arcaica, artículos 2327 y 2328 I, primera parte. Ambos son casos de responsabilidad estricta, pues no aceptan la prueba de diligencia como excusa del autor del daño.

Fuera de estos casos, en el derecho comparado, la responsabilidad estricta suele aplicarse a los daños ocasionados por productos defectuosos, a los daños causados al medio ambiente y, en algunos países (como Francia), a la responsabilidad por accidentes del tránsito. En el derecho nacional, todas esas materias se rigen por el sistema general de responsabilidad por negligencia.

La mayor o menor extensión que se otorgue a la responsabilidad estricta dentro del ordenamiento de la responsabilidad civil dependerá de las decisiones que en tal sentido adopte el legislador, porque cualquiera sea su alcance, corresponderá siempre a un régimen especial aplicable únicamente a aquellos ámbitos previamente definidos por la ley, toda vez que resulta imposible un sistema en que la responsabilidad estricta tenga carácter de régimen general.

Como se señaló, la responsabilidad civil supone responder la pregunta acerca de cuales son los daños que estamos dispuestos a tolerar como el costo de la vida en sociedad y cuales son aquellos que exigiremos nos sean indemnizados. En otros términos, la atribución de responsabilidad civil supone necesariamente una calificación previa del daño.

La vida en sociedad reconoce múltiples acciones que causan perjuicios, y que sin embargo estamos dispuestos razonablemente a soportar, como por ejemplo, el éxito empresarial de algunos (respetando las reglas del mercado) suele ser sinónimo de fracaso de otros; una noticia desfavorable puede dañar el prestigio de una personalidad pública, etc.

Un ordenamiento que adopte la responsabilidad estricta como regla general transformaría por completo la forma como nos relacionamos en sociedad.

De ahí que a pesar de haber definido la ley ámbitos de responsabilidad estricta (con diversa extensión en los distintos sistemas jurídicos), se tiende a preservar la responsabilidad por culpa como régimen general, en cuanto permite contar con un criterio general para discriminar entre aquellos daños que deberán ser indemnizados y aquellos que deberá soportar la víctima.

9. Protección de la Víctima mediante Seguro Social o Seguro Privado Obligatorio

Como se anticipó, el seguro no es un sistema de atribución de responsabilidad civil. Más bien es una forma de garantizar que el riesgo de determinada actividad será asumido por un tercero (el asegurador), cualquiera sea su causa. En vez de una fuente de responsabilidad, el seguro opera como un crédito contractual que cede en beneficio de la víctima (artículo 512 del Código de Comercio).

Fuera del ámbito del derecho privado, el seguro puede adoptar la forma de un seguro social, caracterizado por la existencia de un fondo público creado para hacer frente a determinados riesgos que el Estado cubre por razones de justicia distributiva (riesgos tales como la enfermedad, invalidez, cesantía, vejez, etc.; y aún dentro del ámbito contractual, el riesgo asociado a los depósitos bancarios, por ejemplo). En este sentido, la responsabilidad civil está en directa relación con la extensión del Estado de bienestar, pudiendo tender a ser residual respecto del sistema de seguridad social.

El seguro también puede adoptar la forma de un contrato forzoso regido por el derecho privado, y en tal caso operará en virtud de normas legales imperativas que exijan su contratación como requisito para el desarrollo de determinada actividad.

En tales casos el seguro tiende a ser una especie de garantía forzosa impuesta por la ley, que obliga a quien desarrolla la actividad a asegurar el riesgo que dicha actividad genera respecto de terceros.

En virtud de este sistema, el costo de los accidentes es finalmente distribuido entre todos los candidatos a víctima, mediante un aumento del costo (y por consiguiente del precio) del bien o servicio en la medida necesaria para cubrir el precio del seguro, que en derecho se conoce como prima (artículo 513 del Código de Comercio). Más adelante se vuelve sobre este tema, al tratar de la justicia distributiva como uno de los fines de la responsabilidad.

La principal cuestión que plantea el sistema de seguro obligatorio en materia de responsabilidad civil, se refiere a la regla que habrá de dirimir la concurrencia de la acción emanada del seguro, por una parte, y la acción de indemnización de perjuicios, por la otra.

Dependiendo de cual sea la solución que se adopte, el sistema de seguro obligatorio podrá resultar excluyente o bien compatible con el de responsabilidad civil.

En el derecho nacional, ambas acciones son compatibles, es decir, el ejercicio de la acción emanada del seguro no excluye la posibilidad de ejercer la acción general de indemnización de perjuicios, con el límite del enriquecimiento sin causa. Dicho en otros términos, si bien la víctima puede ejercer ambas acciones, las indemnizaciones no son acumulables, en consecuencia, sólo podrá demandar a título de responsabilidad civil la indemnización de daños no cubiertos por el seguro. Como contrapartida, el asegurador que paga se subroga personalmente a la víctima en las acciones que ésta tenga en contra el autor del daño, para obtener el reembolso de lo pagado (artículo 553 del Código de Comercio).

Sin perjuicio de su presencia en otras actividades (como el caso del seguro obligatorio para pasajeros de locomoción colectiva), las áreas más importantes de seguro obligatorio en el derecho nacional son: el seguro automotriz obligatorio (Ley N° 18.490, sobre seguro obligatorio de accidentes personales causados por la circulación de vehículos motorizados) y el seguro por accidentes del trabajo (Ley N° 16.744, de seguro social contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales).

El primero está destinado a cubrir daños corporales a terceros, en accidentes de tránsito en los que intervenga un vehículo motorizado, y opera con prescindencia del juicio de culpabilidad del conductor. En la práctica, este seguro automotriz obligatorio alcanza a cubrir sólo una pequeña parte de los daños ocasionados

en tales accidentes, pues el legislador ha preferido exigir un seguro de mínima cobertura para no gravar el uso del automóvil con la imposición del pago de una prima mayor.

De la misma forma opera el seguro por accidentes del trabajo, que prescinde de la culpabilidad del empleador, de modo tal que el trabajador víctima de accidente tiene derecho a cobrar la indemnización aún antes de que se determine la responsabilidad del empleador y, eventualmente, la propia. En efecto, en presencia de culpa del empleador, el asegurador es obligado a pagar al trabajador la indemnización que corresponda conforme al seguro, pero se subroga legalmente por el monto de la indemnización en las acciones y derechos que a éste último puedan corresponder según las reglas generales de la responsabilidad civil. El trabajador dispone, además de la acción civil contra el empleador (artículo 69 de la Ley N° 16.744), para que éste le indemnice el remanente de los daños no cubiertos por el seguro.

El carácter protector y distributivo de la norma se muestra en que si el accidente se ha debido a culpa del trabajador, éste no pierde el derecho a cobrar el seguro, y sólo recibe una multa tratándose de culpa inexcusable, según calificación efectuada por un comité especial establecido en la propia ley (ídem, artículo 70).

El seguro obligatorio hace que la responsabilidad civil adquiera el carácter de sistema supletorio o residual.

En presencia de este tipo de seguro la acción de responsabilidad civil está destinada a perseguir la indemnización de los daños materiales que no han sido reparados por el seguro y, por regla general, es la única que además permite exigir la reparación del daño moral, usualmente excluido del seguro social o contractual objetivo.

III. FINES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

10. Nociones

La pregunta por los fines pretende indagar sobre las razones para establecer un determinado régimen de responsabilidad civil, y en particular, para preferir uno u otro modelo de atribución.

Los fines deben ser valorados, ante todo, por el propio legislador al establecer las regulaciones generales y especiales que rigen la responsabilidad civil. Sin embargo, su consideración resulta de importancia para abogados y jueces al momento de interpretar e integrar las innumerables vaguedades y vacíos del sistema legal, compuesto por un pequeño número de normas que más que señalar las condiciones concretas de que depende su aplicación, se limitan a establecer ciertos principios generales de responsabilidad.

No obstante, el conjunto de fines y principios que orientan una institución compleja no conforman necesariamente un sistema coherente y cerrado, que permita encontrar deductivamente todas las respuestas a cada una de las dudas interpretativas que esa institución plantea. Los fines y principios son directivas que permiten sopesar las diversas normas que pueden ser planteadas para resolver un conflicto. Por ello, la aplicación concreta del régimen de responsabilidad civil por culpa, que se sostiene más bien en un principio de responsabilidad que expresan pocas normas del Código Civil (artículos 2284, 2314, 2320 y 2329) supone por lo general un juicio prudencial del juez.

Desde el punto de vista sustantivo, los fines de la responsabilidad civil pueden ser agrupados en dos órdenes:

- (a) desde la perspectiva del análisis económico, el fin de las reglas de responsabilidad civil es prevenir los accidentes en un grado óptimo socialmente; y,
- (b) desde la perspectiva de la relación entre el agresor y la víctima, en cambio, las reglas de responsabilidad tienen por finalidad dar una solución justa. En los párrafos siguientes se tratan estos dos fines.

(A) La Prevención

11. Generalidades

Concebido desde un punto de vista instrumental, el derecho puede ser visto como un conjunto de incentivos (y desincentivos) que permiten orientar el comportamiento hacia fines socialmente deseables.

Tratándose de la responsabilidad civil, el fin será la óptima prevención de accidentes, esto es, el establecimiento de una regla tan rigurosa como sea necesario para evitar accidentes que causan un daño mayor al beneficio que reporta la actividad que los genera.

En este sentido, las reglas de responsabilidad civil actúan como reglas de prevención general, pues están dirigidas a la generalidad de los actores, atribuyendo ex ante los riesgos y los costos de las actividades.

Una vez establecidas, las reglas de responsabilidad civil actúan además como un mecanismo descentralizado de control, toda vez que es la propia víctima quien debe velar por su derecho a ser indemnizado. Así, la tarea del Estado se limita a establecer las reglas de responsabilidad y a proporcionar los medios procesales necesarios.

Este sistema de prevención general estará con frecuencia complementado con normas de prevención especial, de carácter administrativo, tales como la exigencia de elaboración y aprobación de un estudio de impacto ambiental como condición previa a desarrollar ciertas actividades industriales riesgosas, límites de velocidad en carretera, o exigencias de certificación sanitaria para la venta de medicamentos.

La manifestación más extrema de la prevención especial está constituida por la prohibición legal de ciertas actividades, y opera en aquellos ámbitos donde la sociedad no está dispuesta, bajo ningún respecto, a tolerar los riesgos que dichas actividades suponen. Como se comprende, la eficacia de la prohibición usualmente depende más de la efectividad de las sanciones penales y administrativas, que de las obligaciones indemnizatorias que imponga el sistema de responsabilidad civil.

12. Óptimos de Prevención y Modelos de Atribución de Responsabilidad Civil

Desde una perspectiva económica, el establecimiento de un régimen de responsabilidad civil supone determinar los niveles óptimos de prevención, es decir, aquéllos en que el beneficio social que reporta una actividad resulta mayor que el costo de evitar los accidentes que impone el sistema de responsabilidad.

En otros términos, exige responder la pregunta acerca de cuáles son los niveles de riesgo que estamos dispuestos a tolerar, y cuales las herramientas legales (tipos de responsabilidad) más eficientes para alcanzar dichos niveles.

Así por ejemplo, si en materia de tránsito el número de accidentes que estamos dispuestos a soportar es cercano a cero, entonces el óptimo de prevención exige prohibir el uso de los automóviles o restringir la velocidad máxima permitida a 20 Km. /hora, por ejemplo. Todo indica, sin embargo, que ese nivel de prevención resultará intolerable para la sociedad actual.

Desde una perspectiva de su utilidad, las reglas de responsabilidad civil operan como un instrumento para alcanzar un nivel óptimo de cuidado y, en tal sentido, su aplicación puede ser vista como una técnica de prevención.

Algunos especialistas en el análisis económico del derecho se declaran partidarios del sistema de responsabilidad por culpa como régimen general. Destacan que la negligencia supone la inobservancia del cuidado debido, esto es, aquel cuidado que razonablemente podemos esperar de quien desarrolla una actividad. A su vez, el debido cuidado no puede ser definido sino como una función del nivel óptimo de prevención. Así, una regla que atribuye la responsabilidad por hechos culposos sería socialmente la regla más eficiente, porque la noción de culpa reconduce al nivel óptimo de cuidado. La culpa pasa a ser considerada, en este enfoque, como la variable decisiva para definir el grado de prevención socialmente deseable.

De ello se sigue que quien actúa observando el cuidado debido, cumpliría con el nivel de prevención que conduce al equilibrio óptimo entre el costo de evitar los accidentes (medidas de prevención) y los riesgos que la actividad supone.

Desde esta perspectiva, la aplicación de reglas de responsabilidad estricta sólo se justifica en casos en

que el beneficio que reporta la actividad es notoriamente inferior al riesgo que ella misma genera.

Un buen ejemplo de esta tesis puede encontrarse en las reglas de los artículos 2326 y 2327 del Código Civil. Aunque ambas normas, provenientes del derecho romano, fueron formuladas en una época anterior al actual análisis económico del derecho, el principio en que éste se sustenta ya aparece implícito, puede suponerse que la tenencia de un animal fiero reporta a su dueño un beneficio definitivamente inferior al riesgo que provoca respecto de los demás y, por consiguiente, el óptimo de prevención exige el establecimiento de una regla de responsabilidad por el sólo hecho que el animal provoque daño a la persona o propiedad de otro (a diferencia de lo que ocurre con un animal doméstico).

Por otra parte, quienes son partidarios de un sistema generalizado de responsabilidad estricta, argumentan que este sistema obliga a quienes desarrollan la actividad riesgosa a internalizar el costo de los accidentes. En otros términos, en un régimen de responsabilidad estricta, el costo de indemnizar a las víctimas de accidentes provocados por la actividad será considerado como uno más de los componentes del precio del bien o servicio respectivo, distribuyéndose entre todos sus usuarios o consumidores. Este argumento, sin embargo, atiende más a la distribución de los costos provocados por los accidentes (todos pagan en el precio su parte en el costo de indemnizar a las víctimas), que a la eficacia preventiva de la regla. Por eso, se volverá sobre este punto al tratar la responsabilidad sobre la base de criterios de justicia.

Un segundo argumento en favor del sistema de responsabilidad estricta, desde la perspectiva de la prevención, señala que la mejor regla para prevenir accidentes es la que aplica los incentivos en aquél que genera el riesgo, de manera que sea éste quien determine el grado óptimo de cuidado.

Por regla general, quien desarrolla la actividad está en mejores condiciones para evitar el daño, y este sistema de responsabilidad estricta lleva a adoptar los resguardos más eficientes para evitar los accidentes, es decir, lleva a adoptar aquellos resguardos que tengan un costo comparativamente menor que las indemnizaciones que deberá pagar a las víctimas de los accidentes.

Por último, el sistema de responsabilidad estricta considera como factor relevante el nivel óptimo de actividad. En efecto, bajo el principio de negligencia lo determinante es el nivel abstracto y general de cuidado exigible, pero no considera las diferencias de riesgo que hay a diversos niveles de actividad (produciendo o conduciendo mucho o poco). Bajo una regla de responsabilidad estricta, a medida que baja la utilidad marginal que resulta de aumentar el nivel de actividad, habrá un punto en que la actividad ya no será rentable para quien la realiza. En ese punto coincidirá el nivel de actividad de quien genera el riesgo con el beneficio social óptimo.

En definitiva, la responsabilidad estricta opera como un fuerte desincentivo a desarrollar actividades cuya utilidad marginal es menor al costo de evitar o reparar los accidentes que provoca.

Los desarrollos analíticos de la doctrina económica de la responsabilidad distan de conducir al mismo resultado. Tanto la responsabilidad por culpa como la responsabilidad estricta han sido defendidas desde un punto de vista de su eficacia preventiva con poderosos argumentos. En cambio, otros autores se inclinan por afirmar que en principio es indiferente uno u otro régimen de responsabilidad. El problema que subyace al análisis económico es, en definitiva, que más allá de su enorme valor analítico para discernir respecto de las reglas óptimas en función de su utilidad (eficacia), rara vez se sostiene en evidencia empírica. Así, la discusión continúa aún en un terreno especulativo varias décadas después de ser planteada.

(B) La Justicia

13. Nociones

La justicia plantea la pregunta acerca de cuando es correcto atribuir responsabilidad a una persona por los daños que ocasiona a un tercero. El enfoque es normativo (cuál es la norma correcta de la atribución de la responsabilidad) y no técnico-instrumental (cuál es la norma más eficiente bajo el supuesto de que el derecho cumple una función del bienestar).

Tampoco el análisis de la responsabilidad desde la perspectiva de la justicia conduce a respuestas unívocas sobre la regla que debe tenerse por correcta. Podemos preguntarnos por la regla justa mirando la responsabilidad desde la perspectiva del autor del daño y se tenderá a considerar justa la regla que da lugar a la

responsabilidad como retribución de una acción impropia, imponiendo la carga de indemnizar el daño sólo si se ha actuado con culpa o dolo (justicia retributiva).

Por el contrario, desde la perspectiva de la víctima, la cuestión será determinar cuando es justo que sea ella quien debe soportar los efectos del accidente. Este es el enfoque típico de la justicia correctiva, pues la regla justa tendría por objeto restaurar, en favor de la víctima, el estado de cosas alterado por la acción de un tercero.

En una tercera perspectiva, no es determinante la dimensión privada de la relación autor-víctima, sino la existente entre la sociedad en su conjunto y las víctimas de accidentes, de modo que la pregunta pase a ser cómo se distribuye el costo de accidentes, en circunstancias que un riesgo afecta indiferenciadamente a muchas personas, pero sólo se materializa como daño en algunas. Esta es la perspectiva de la justicia distributiva.

14. La Justicia Retributiva como Fin de la Responsabilidad Civil

La doctrina de la negligencia como condición de la responsabilidad civil tiene su fundamento en un principio de justicia retributiva, porque esta responsabilidad supone la infracción del deber de respeto que tenemos hacia los demás. El derecho no nos exige particular heroísmo en nuestras relaciones recíprocas, sino comportarnos como debemos hacerlo, atendidas las circunstancias. Así como ejercemos nuestra libertad y nos beneficiamos de la vida en común, tenemos el deber de actuar correctamente, respetando los intereses de los demás. Desde esta perspectiva, la pregunta clave que subyace a la responsabilidad civil indaga por la regla o norma de conducta que debemos observar en nuestro trato con los demás.

En la determinación de esa regla actuarán la ley y las normas que reconocemos como exigencias de cuidado, que se nos imponen en cada uno de los roles que asumimos en nuestra vida en común (como conductor de un automóvil, como productor de un bien de consumo masivo, como propietarios de animales domésticos, o incluso como transeúntes).

Estas reglas de comportamiento expresan expectativas recíprocas acerca de la forma como debemos comportarnos frente a los demás.

Algunas de estas reglas están formuladas por la ley (como ocurre con las normas básicas del tránsito vehicular o con las reglas administrativas de seguridad industrial). Otras responden a costumbres o usos normativos que la comunidad observa como obligatorios.

Pero también hay ocasiones en que no existe apoyo en una regla legal o social preexistente, y en tales casos es necesario construir hipotéticamente la regla que habría seguido una persona razonablemente juiciosa en tales circunstancias. Cualquiera sea el camino por el cual el juez llegue a la regla de conducta que debió ser observada, la responsabilidad es concebida como una retribución a la víctima de un acto negligente o doloso.

15. La Justicia Correctiva como Fin de la Responsabilidad Civil

El concepto de justicia correctiva tiene sus orígenes en la *Ética a Nicómaco* de Aristóteles.

Esta especie de justicia puede ser entendida en términos que no resulte esencial el juicio de valor respecto de la acción de quien causa el daño (el reproche), sino la consideración de que se haya causado un daño que la víctima no debe soportar.

La justicia correctiva desplaza el punto de vista determinante hacia la víctima. Si ésta es afectada por una pérdida injusta debida a la acción de un tercero, éste debe responder. En otros términos, la igualdad que se ha roto en virtud del daño debe ser restablecida, a menos que exista una justificación.

La idea de justicia correctiva tiende, en consecuencia, a establecer una responsabilidad prima facie del autor del daño, pues atribuye en principio el deber de repararlo a quien genera el riesgo. El problema será, entonces, determinar cuáles son las razones que el derecho admite para justificar al autor del daño. En principio la justicia correctiva apunta hacia el establecimiento de un sistema de responsabilidad estricta, en que basta la relación causal entre el hecho y el daño para que se genere responsabilidad.

Con todo, también el régimen de responsabilidad por culpa presumida, adopta el criterio de la justicia

correctiva. En efecto, las presunciones de culpa establecen en principio la responsabilidad del autor del daño, a menos que éste pruebe que pese a haber actuado con el cuidado debido no ha podido evitar el accidente. La creciente expansión en el derecho nacional del régimen de presunciones de responsabilidad por vía jurisprudencial muestra que es posible, sobre la base de consideraciones latentes de justicia correctiva, acercarse al límite mismo de la responsabilidad estricta a partir de un sistema general de responsabilidad por negligencia.

Sin embargo, persiste una diferencia lógica esencial entre el régimen de presunciones de culpa y la responsabilidad estricta u objetiva, pues en el sistema basado en la culpa el autor del daño podrá excusarse siempre probando que actuó con el cuidado debido, mientras que en la responsabilidad estricta dicha justificación está excluida.

En consecuencia, el régimen de responsabilidad más fuerte basado en la noción de justicia correctiva es la responsabilidad estricta, que sólo admite como excusas que el daño objetivamente no fue causado por el demandado o que, habiéndolo causado, no es antijurídico, porque se trata de aquellos daños que la víctima debe soportar (como ocurre con las pérdidas provocadas por la competencia comercial o con los daños provocados al agresor en legítima defensa). Salvo que opere una causal de justificación, que prive al daño de su carácter de injusto, el autor será hecho responsable, sin que le sea admitido alegar que hizo lo que razonablemente podía exigírsele para evitarlo.

La idea de justicia correctiva tiene su fundamento en la relación que surge entre la víctima y el autor del daño, y se muestra en los diversos tipos de argumentos que la sustentan.

Por una parte, se asume que psicológicamente la víctima de un accidente tiene una menor propensión al riesgo que quien desarrolla la actividad que genera ese riesgo.

Intuitivamente se puede suponer que quien emprende una actividad está naturalmente más dispuesto a tolerar riesgos conexos a ella, que quien permanece en su rol pasivo de víctima potencial. Por lo mismo, el autor de daño está usualmente en mejores condiciones que la víctima para asegurarse del riesgo, pues conoce, controla y asume las consecuencias de su acción.

Desde otro punto de vista, se estima justo hacer que una persona responda por los resultados dañosos de las acciones que han sido emprendidas en su propio beneficio según el principio de que quien aprovecha las ventajas de una actividad debe soportar sus costos.

En otras palabras, los efectos de una acción deben recaer en quien ha decidido emprenderla, y de ahí que la justicia correctiva tienda a establecer una especie de responsabilidad por el riesgo creado.

16. La Justicia Distributiva como Fin de la Responsabilidad Civil

El concepto de justicia distributiva tiene su origen también en Aristóteles, en uno de los pasajes más oscuros de su *Ética a Nicómaco*. Según Aristóteles, la justicia distributiva tiene que ver con la proporción que existe entre el todo y cada una de sus partes.

La justicia distributiva, en efecto, no tiene el carácter interpersonal que caracteriza a la justicia retributiva y correctiva, pues mientras éstas atienden a la relación justa entre la víctima y autor del daño, la justicia distributiva atiende a la desproporción entre la víctima afectada por el accidente y aquellos que están en una situación análoga de riesgo y no soportan daño alguno.

La justicia distributiva atiende a la aleatoriedad con que se distribuye la carga de llegar a ser víctima de un accidente, y pone acento en la forma más equitativa de hacer dicha distribución entre todos los candidatos a ser víctima de determinada actividad, o de la sociedad completa, según sea el caso. En tal sentido, esta especie de justicia invoca la solidaridad para con las víctimas de accidentes, corrigiendo la aleatoriedad con que estos se distribuyen.

En consecuencia, desde la perspectiva de la justicia distributiva, se pretende evitar la desproporción entre los costos asumidos por las víctimas de accidentes (los intoxicados con un alimento defectuoso, por ejemplo) y el conjunto inmensamente mayor de víctimas potenciales (que comúnmente, somos todos los demás).

La sustitución de un régimen de responsabilidad civil por un sistema de seguros aparece, a primera vista, como el camino más prometedor para lograr ese efecto distributivo. Con todo, también la perspectiva de

la justicia correctiva tiende a generar efectos distributivos. Así ocurre, por ejemplo, en la responsabilidad estricta establecida en la mayoría de los ordenamientos (pero no en Chile) para los daños causados por productos defectuosos, donde basta que el daño sea injusto (entendiendo injusto el daño provocado por un vicio del producto), para que el fabricante resulte responsable, sin que pueda excusarse alegando haber actuado con diligencia.

El fabricante debe asumir el costo de los eventuales accidentes que su actividad genere, y al traspasar ese costo de las indemnizaciones o de las primas de seguro al precio de los productos, todos los consumidores (potenciales víctimas) pagan por la cobertura del riesgo que pende sobre todos ellos por igual, pero que se materializa aleatoriamente sobre unos pocos.

El efecto distributivo de la regla de responsabilidad estricta (y, en un sentido más débil, de las presunciones de culpabilidad) resulta evidente.

Así, más allá de su justificación en el principio de justicia correctiva, que atiende exclusivamente a la regla que debe regir la relación entre víctima y autor del daño, la responsabilidad estricta y las presunciones de culpabilidad pueden ser vistas como instrumentos de políticas públicas, que propenden a la distribución de los costos. Así, se hace posible restablecer la proporción de daño entre el todo (la comunidad) y la parte (la víctima) en el sentido atribuido por Aristóteles a la justicia distributiva.

Los modelos más directamente dirigidos a la distribución, son el seguro social y el seguro privado obligatorio. Estos conducen derechamente a la socialización del riesgo, sea por vía pública, como ocurre cada vez que las víctimas son indemnizadas por el Estado con recursos recolectados por medio de impuestos, o por vía privada, mediante el establecimiento de la obligación de contratar un seguro para desarrollar determinada actividad, como es el caso de la circulación de automóviles. En el extremo, el sistema de seguros puede ser de tal modo comprensivo de los riesgos, que en la práctica llegue a excluir el sistema de responsabilidad civil. Es lo que ocurre en Alemania, donde las reglas de responsabilidad por accidentes del tránsito sirven, a lo sumo, para determinar cual fondo asegurador debe soportar el costo del accidente, o en Nueva Zelandia, que a partir de 1975 instauró un sistema estatal de seguro para los accidentes de tránsito, que se hace cargo de los daños con absoluta prescindencia de la idea de responsabilidad.

Los inconvenientes de un sistema de esta naturaleza, son los inherentes al alejamiento de los principios normativos del derecho privado que caracterizan al estado de bienestar.

Ante todo, se debilitan los lazos de recíproca responsabilidad que unen a una comunidad de personas, bajo el principio de que cada uno carga con las consecuencias de sus propios actos (característicos de la justicia retributiva y correctiva). Es la suave domesticación paternalista que desplaza a la responsabilidad personal, a que se refieren algunos sociólogos. Además, un sistema de seguros generalizados y compulsivos puede contribuir a que se debilite el sentido de lo correcto, pues la funcionalización del riesgo nos aleja del discernimiento de lo justo.

Por último, el sistema de distribución del riesgo ha sido criticado desde el punto de vista de la eficiencia: por una parte, porque la dispersión del riesgo hace que los incentivos para evitarlo disminuyan; por otra parte, porque los costos asociados a un sistema generalizado de distribución (costos que supone la contratación y operación del seguro) hacen que en definitiva el fondo a repartir entre las víctimas sea menor que en otros sistemas.

17. Idea de Justicia y Sistemas de Responsabilidad

En definitiva, se puede comprobar que los argumentos de justicia operan en direcciones diferentes. Cada sistema jurídico evoluciona en uno u otro sentido, por vía legal o jurisprudencial, movido por las ideas normativas de la justicia retributiva, correctiva y distributiva que, en la práctica, resultan concurrentes entre sí.

Lo cierto es que en casi todos los sistemas jurídicos actuales conviven sistemas de responsabilidad por culpa como regla general, con ámbitos de responsabilidad estricta, que frecuentemente están asociados a sistemas de seguro obligatorio.

Con todo, conviene advertir nuevamente que los sistemas de responsabilidad por culpa y estricta admiten variaciones que los acercan. En los sistemas de responsabilidad por culpa, la tendencia a la

objetivación de la culpa, por una parte, y la expansión del régimen de presunciones de culpabilidad, por otra, tienden, en la práctica, a ampliar la responsabilidad casi hasta las fronteras de la responsabilidad estricta.

A su vez, la responsabilidad estricta también admite variaciones que tendencialmente la acercan a la responsabilidad por culpa. En efecto, no toda responsabilidad estricta está construida sobre la base de la pura causalidad entre la acción y el daño. Así, en la responsabilidad del Estado, por ejemplo, se requiere que el órgano respectivo haya incurrido en falta de servicio (artículo 44 de la Ley N° 18.575 LOC sobre Bases Generales de la Administración del Estado; y artículo 83 de la Ley N° 18.695 LOC de Municipalidades).

Como se verá, la falta de servicio importa un juicio objetivo acerca del funcionamiento del servicio respectivo, que es cercano al juicio de culpabilidad. Por otra parte, el régimen de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, ampliamente generalizada en el derecho comparado, supone que el producto tenga una falla y se muestra que la tiene si no presta la seguridad que legítimamente podría esperarse.

Así, es necesario distinguir entre el producto defectuoso y aquél que no lo es, cuestión que también presenta una cierta analogía con el juicio de culpabilidad en la responsabilidad por negligencia. En la práctica, la diferencia entre los regímenes de culpa presumida y de responsabilidad estricta suele ser sólo de matriz: en un régimen de culpa (aunque sea presumida) el juicio de antijuridicidad reside en la conducta de quien provoca el daño; en la responsabilidad estricta por falta de servicio o por defecto del producto, radica en el resultado.

Con todo, en uno y otro sistema algún tipo de excusa es aceptable.

IV. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

18. Planteamiento

La evolución histórica del derecho de responsabilidad civil puede ser analizada desde varias perspectivas:

- (a) según la forma de enfrentar los conflictos, puede ser analizada partiendo de la simple venganza hasta alcanzar las formas institucionalizadas de compensación;
- (b) según la formulación de las hipótesis de responsabilidad, desde el casuismo de hipótesis específicas de accidentes o actos dolosos, hasta la formulación de reglas y principios generales; y,
- (c) en cuanto al fundamento de la atribución de la responsabilidad, partiendo desde el mero daño hasta llegar al daño atribuible a culpa, y en el derecho moderno, a los correctivos al régimen de responsabilidad por culpa y a la responsabilidad estricta.

19. Desde Venganza Directa hacia Mecanismos Institucionales de Sanción Punitiva

En las primeras culturas el régimen dominante de responsabilidad parece ser la responsabilidad estricta. Así, la venganza privada tiene lugar por el solo hecho de cometerse un daño, sin necesidad de indagar si éste podía ser imputado a culpa del autor. En ellas, a falta de instituciones políticas y judiciales, la retribución era tarea (y deber) del clan al que pertenecía la víctima.

Los primeros atisbos de derecho, aún antes de que existiera propiamente un órgano jurisdiccional establecido, consisten en procedimientos para neutralizar la venganza privada (instancias de apaciguamiento).

Así, se tiene noticia que en el pueblo Nuer, la labor de mediación era asumida por el “*sacerdote de la piel de leopardo*”, quien estaba dotado de autoridad e inmunidad, pero carecía de imperio para obligar a las partes a renunciar a la violencia. Sin embargo, gracias a la autoridad reconocida espontáneamente el sacerdote de la piel de leopardo prestaba amparo al autor del daño, a la espera de que el tiempo calmara las pasiones y que la violencia fuese sustituida por una reparación en cabezas de ganado.

Una práctica semejante relata la novelista Isak Dinesen en sus Memorias de África. Allí, el caso de un niño mata accidentalmente a otro al manipular un arma de fuego, provoca una tensión entre clanes tribales,

que es atemperada por un largo proceso de negociación, con intervención de autoridades mediadoras, que también culmina con una reparación en cabezas de ganado.

El mismo principio es seguido por los primeros códigos conocidos de la Antigüedad. Así ocurre por ejemplo en el Código de Hammurabi (s. XVII A.C.), en el que se establece nítidamente la ley del talión, sin perjuicio de contemplar también la compensación en dinero por daños no personales.

Similar fue la situación en Roma. La Ley de las XII Tablas (s. V A.C.), primera formulación escrita del derecho romano, también establecía la ley del talión, y el derecho romano posterior parece no haberse desprendido de la función punitiva de la responsabilidad civil, pues las sanciones en dinero por valores de dos o cuatro veces el valor de la cosa destruida tienen un carácter esencialmente punitivo y no reparador. Así, aunque el talión se institucionaliza (primero, por la intervención del mediador y luego por la intervención del juez) hasta épocas tardías subsisten en el derecho romano restos del derecho a la venganza.

Originalmente, la sanción en dinero tenía el carácter de pena privada, más que de reparación del daño. Por esa razón, el derecho de la responsabilidad contemplaba efectos sólo concebibles desde la perspectiva de la función punitiva, tales como la extinción de la obligación indemnizatoria por la muerte del causante del daño (obligación intransmisible), y la acumulación de indemnizaciones (penas) en caso de ser dos o más los responsables.

Este carácter penal de la indemnización subsistió incluso hasta el derecho romano tardío y posteriormente tomado desde allí por el derecho europeo de la alta edad media.

Fue el derecho francés el que finalmente desarrolló el concepto de la responsabilidad como obligación de indemnizar los perjuicios efectivamente causados, que luego se generalizó en las doctrinas modernas del derecho natural y en las codificaciones. Con todo, la idea de pena civil sigue latente en el derecho contemporáneo, tal como puede apreciarse en la evaluación jurisprudencial del daño moral.

20. Desde el Casuismo hacia los Principios Generales

La evolución de la responsabilidad civil en Roma no concluyó en la formulación de un principio general de negligencia. En efecto, la Lex Aquilia dictada durante el siglo III A.C., sólo consideró ilícitos específicos (la muerte o lesiones a un esclavo o el daño de una cosa).

Fue únicamente en las compilaciones bizantinas que se construyó la figura de las obligaciones que nacen quasi ex delicto. Sin embargo este concepto de cuasidelito se refiere a tipos de ilícitos sin dolo y a determinadas figuras de imprudencia, unos y otras muy específicas. En consecuencia, ni aún en el derecho romano bizantino se conoció una fórmula general de responsabilidad por culpa, como es usual en los códigos modernos.

La evolución hacia una fórmula general estuvo marcada por la inclinación del pensamiento moderno hacia la abstracción y la generalidad. Sin embargo, la tendencia a reducir la responsabilidad a su función reparatoria y extenderla a todas las hipótesis posibles de culpa, tiene sus orígenes en el derecho canónico, con su típica inclinación a expandir el fundamento moral del derecho privado.

Estos principios se tradujeron en una regla general de responsabilidad en los códigos modernos, que tiene su expresión más célebre en el artículo 1382 del Código Civil francés: *“Todo hecho cualquiera del hombre, que causa daño a otro, obliga a quien por cuya culpa ocurrió, a repararlo”*.

Así, Andrés Bello señala como fuente del artículo 2314 del Código Civil la ley 6, título XV, Partida VII de las Siete Partidas (s. XIII), un texto romano-canónico representativo del espíritu romanista de la tardía Edad Media. Este texto, sin embargo, dista por su carácter casuista de establecer un principio general. La regla generalísima del referido artículo 2314 sigue más bien la tradición jurídica moderna, especialmente la del Código Civil francés, como ocurre en general en materia de obligaciones.

La evolución no fue del todo distinta en el common law. Si bien hasta ahora conserva cierto casuismo arcaico, siguiendo la vieja tradición romana de los ilícitos específicos (que se denominan torts, y que en general están regidos por un principio de responsabilidad estricta), ya en el siglo XIX, sin embargo, la jurisprudencia estableció una regla de responsabilidad por negligencia, que pasó a ser el derecho común de la responsabilidad a falta de un estatuto legal específico.

De este modo, en forma análoga a lo ocurrido en la tradición continental, en el common law se responde por culpa, entendiéndose por tal la infracción de un deber de cuidado que el autor del daño tenía respecto de la víctima. Por un camino jurisprudencial, y probablemente bajo influencia del derecho continental, se ha llegado a un ordenamiento de la responsabilidad que reposa sustancialmente en la idea genérica de negligencia, sin perjuicio de los estatutos especiales provenientes de la tradición o introducidos por la legislación.

21. Estatutos Especiales de Responsabilidad

Los principios establecidos a partir del derecho canónico y la escuela moderna del derecho natural se mantienen hasta nuestros días como criterios básicos para atribuir responsabilidad en la mayoría de los ordenamientos jurídicos.

Sin embargo, a fines del siglo XIX la idea puramente restitutiva de la responsabilidad hizo crisis respecto de actividades o situaciones en que resultaba manifiestamente injusto hacer cargar a la víctima con el daño.

Los primeros casos se refirieron a accidentes del trabajo y luego al transporte de pasajeros.

En ambos, el sistema de responsabilidad por culpa exigía acreditar negligencia del empresario para que dar lugar al resarcimiento. Por vía legislativa (como tempranamente ocurrió en el estado social alemán del siglo XIX) o, a falta de ello, por vía jurisprudencial (como ocurrió en Francia en 1896) se desarrolló en materia de accidentes laborales un sistema de responsabilidad estricta, sumado usualmente a formas de seguro obligatorio.

En Chile, como se ha dicho, la Ley N° 16.744 sobre seguro social contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales combina un sistema de seguro obligatorio, asociado a un régimen de responsabilidad estricta por el solo hecho de sufrir el trabajador un accidente, con un régimen de responsabilidad por negligencia del empresario.

En la actualidad, la discusión acerca de la primacía de un régimen de responsabilidad por culpa o de responsabilidad estricta sigue plenamente vigente, tanto desde la perspectiva de la justicia, como desde el enfoque aportado por el análisis económico del derecho, que indaga sobre el sistema de responsabilidad más eficiente en la perspectiva del bienestar general.

El derecho comparado muestra una tendencia a la conservación del principio de responsabilidad por negligencia como régimen general, reservando estatutos especiales de responsabilidad estricta para actividades específicas.

Por eso, los estatutos de responsabilidad estricta son excepcionales y se basan en ciertos criterios recurrentes: que exista la percepción de que el riesgo no puede ser controlado aunque se emplee el mayor cuidado, porque siempre hay una probabilidad de accidente (como ocurre con la energía atómica o con la actividad aeronáutica); que la amplitud del universo de personas sujetas al riesgo justifique prevenirlo y distribuirlo, radicándolo en quienes lo generan y controlan (como ocurre con los productos defectuosos); o simplemente que resulte injusto, atendida la relación entre autor y víctima del daño, que esta última soporte el riesgo (como ocurre, por ejemplo, en el derecho laboral).

A estos criterios para establecer legislativamente reglas de responsabilidad estricta, se agregan áreas total o parcialmente cubiertas por mecanismos de distribución de riesgos a través de seguros públicos o privados (en el derecho nacional es el caso del seguro por accidentes del trabajo, el seguro automotriz obligatorio).

Los seguros obligatorios responden a una lógica distributiva que resulta ajena a la responsabilidad civil propiamente tal, y que en el extremo pueden llegar a sustituirla.

Lo usual, como se expuso, es que el seguro cubra ciertos daños básicos y que la víctima puede recurrir al sistema de responsabilidad por culpa para resarcirse del remanente.

En la evolución de la responsabilidad civil convergen diversas circunstancias. Así se explica que un economista que analiza el derecho desde el punto de vista de la regla óptima para promover el bienestar (regla que, en principio, es igual en cualquier sociedad de desarrollo similar) compruebe con perplejidad que los peatones en Francia están protegidos por un régimen de responsabilidad estricta y en Estados Unidos, en

cambio, sólo tengan acción si quien provocó el accidente actuó con negligencia.

Las tradiciones son diferentes, y es posible seguir la historia que ha seguido el régimen de responsabilidad para descubrir las razones (a veces casuales) que han llevado a preferir respecto de un tipo de accidentes un cierto régimen de responsabilidad.

Por cierto que en la evolución de las instituciones son determinantes las concepciones de la justicia y los fines que la sociedad considera más valiosos en un determinado momento. Así, desde la temprana modernidad, el empuje económico y el individualismo de la época resultaron consistentes con un régimen de responsabilidad por culpa, que sólo da lugar a la acción de la víctima cuando algo se puede reprochar al autor del daño. En el derecho contemporáneo, esa tradición se ha encontrado con postulados de justicia correctiva e incluso distributiva, que antes resultaban ajenos al derecho civil, pero que resultan consistentes con la tendencia del capitalismo democrático hacia la igualdad.

En definitiva, la tendencia contemporánea ha sido a expandir la protección de las víctimas dentro del sistema de responsabilidad por culpa, sin perjuicio de que el legislador establezca, respecto de ciertos riesgos, un régimen de responsabilidad estricta. Tampoco esta línea de desarrollo es universal.

En Francia, por ejemplo, a partir de la jurisprudencia sobre accidentes laborales, se descubrió que el código contenía una disposición que establecía la responsabilidad estricta genérica por hecho de las cosas (artículo 1384 del Código Civil francés). Así, se explica que los accidentes del tránsito hayan sido calificados luego bajo ese régimen.

En Chile, la evolución ha sido diferente, pues a partir de las presunciones de culpabilidad la doctrina y la jurisprudencia han creado un sistema de protección de las víctimas que no se aparta lógicamente de los principios de responsabilidad por culpa, pero cuyos efectos prácticos se acercan a la responsabilidad estricta.

PRIMERA PARTE

RESPONSABILIDAD POR EL HECHO PROPIO

22. Planteamiento

Como se ha señalado, la pregunta esencial que plantea la responsabilidad civil dice relación con las razones que el derecho considera para atribuir el efecto patrimonial de los daños a un tercero, distinto del sujeto que los sufre. A falta de estas razones jurídicas, y como ha sostenido Holmes, se debe acudir al principio general según el cual los daños son soportados por quien los sufre, debiendo permanecer la pérdida causada por un accidente allí donde ésta se produce. En este sentido, sólo habrá responsabilidad en la medida que se cumplan las condiciones que el propio derecho establece.

Esta es una pregunta común a todos los sistemas de responsabilidad civil, pues resulta inimaginable concebir un ordenamiento jurídico en el que se imponga responsabilidad por todos y cada uno de los daños que nos ocasionamos recíprocamente con ocasión del tráfico espontáneo en que participamos.

El sistema de responsabilidad civil por culpa o negligencia impone las condiciones más exigentes para dar por establecida la responsabilidad, pues demanda la existencia de un hecho jurídicamente reprochable, una acción u omisión que pueda calificarse como dolosa o culpable. Para que el daño sea atribuido a un tercero, se requiere, de acuerdo con este sistema de responsabilidad, que éste haya sido el resultado de una acción ejecutada con infracción a un deber de cuidado.

Este es el régimen común de responsabilidad en el derecho nacional, aplicable a todos aquellos casos que no están regidos por una regla especial diversa.

ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR CULPA O NEGLIGENCIA

23. Enumeración

Según la doctrina, los elementos que integran la responsabilidad civil por culpa o negligencia son: el hecho doloso o culpable, el daño y el vínculo causal entre los dos primeros. La jurisprudencia nacional también comparte esta enumeración.

Parte de la doctrina comparada contemporánea y también alguna doctrina nacional, agrega la capacidad delictual o cuasidelictual como un cuarto elemento de la responsabilidad civil. Aunque existen buenas razones para considerarla como un elemento autónomo, porque atiende al aspecto subjetivo de la responsabilidad, también es posible tratarla, como se ha optado en este curso, como la parte subjetiva del concepto de acción culpable.

En los capítulos siguientes se estudiarán los requisitos o elementos de este régimen de responsabilidad civil, que en términos lógicos pueden ser vistos como los supuestos de hecho para que pueda tener éxito la acción indemnizatoria.

Para los efectos de este curso, los requisitos han sido ordenados de la siguiente forma: I) El hecho voluntario. II) La culpa o ilicitud. III) El daño. IV) La causalidad.

Posteriormente, y en contraste con el régimen general de responsabilidad por negligencia, se estudiará el sistema de responsabilidad estricta u objetiva que sólo recibe aplicación en virtud de texto legal expreso, y que, a diferencia del anterior, prescinde del requisito de la negligencia o culpa.

I. EL HECHO VOLUNTARIO: ACCIÓN U OMISIÓN

24. Elemento Material y Subjetivo de la Acción

La responsabilidad tiene por antecedente el hecho voluntario. No hay propiamente responsabilidad si no existe un daño reconducible a la conducta libre de un sujeto, que puede consistir en un hecho positivo (una acción), o en uno negativo (una omisión). Este principio de la responsabilidad civil se encuentra recogido en nuestro derecho, y en particular, en las normas de los artículos 1437, 2284, 2314 y 2329 del Código Civil.

Así, desde el punto de vista del autor del daño, la responsabilidad tiene su condición más elemental en que éste sea atribuible causalmente a su conducta, exigencia común a la responsabilidad por negligencia y a la responsabilidad estricta.

Sin embargo, en algunos casos la ley puede imponer obligaciones que tengan por antecedente un hecho no voluntario. Así ocurre con las obligaciones tributarias, o con la obligación de proporcionar alimentos a ciertas personas, que a menudo tienen como referentes hechos puramente naturales, como el nacimiento o la muerte. En ninguno de estos casos se puede hablar de responsabilidad, como señala el propio artículo 1437 del Código Civil, se trata de obligaciones cuya fuente es la ley. Sólo una vez que estas obligaciones están incumplidas, se da lugar a una acción de responsabilidad.

Dentro de este hecho voluntario, es posible distinguir dos elementos, uno de carácter externo, consistente en la conducta del sujeto, que corresponde a su dimensión material, y otro de carácter interno, que se refiere a la voluntariedad y expresa su dimensión subjetiva.

En su dimensión material, el hecho voluntario se muestra en un comportamiento positivo, a través de la acción, o negativo, mediante la omisión. Por regla general, los daños relevantes para el derecho son los producidos a consecuencia de una acción, pues el comportamiento negativo, la pura omisión, está sujeto a requisitos particularmente exigentes para dar lugar a responsabilidad: se requiere la existencia de un deber

especial de actuar en beneficio de otro. Por eso, el juicio de culpabilidad de una omisión, entendido como ilicitud o infracción de un deber de cuidado, plantea cuestiones diversas a las de la acción.

En su dimensión subjetiva, el hecho debe ser voluntario. La conducta sólo es voluntaria en la medida en que puede ser imputada a una persona como acción u omisión libre, lo cual supone necesariamente que el autor tenga discernimiento. Así, en esta dimensión subjetiva, la responsabilidad supone que la acción que causa el daño sea imputable a quien se le atribuye, esto es, que sea una acción voluntaria de quien es jurídicamente capaz.

25. La Capacidad como Condición de Imputabilidad

La capacidad constituye una condición de imputabilidad de la responsabilidad civil, que, en tal sentido, muestra su carácter retributivo. En efecto, la imputabilidad supone que el autor sea capaz, y ello exige algún grado mínimo de aptitud de deliberación para discernir lo que es correcto.

Al igual que los demás elementos de la responsabilidad, la capacidad es un concepto jurídico, pues el derecho define quienes carecen de aptitud suficiente de deliberación para ser considerados responsables. En materia civil, la regla general es la capacidad, según la norma del artículo 1446 del Código Civil.

El estudio de las reglas de capacidad permite apreciar con claridad las diferencias existentes entre la responsabilidad civil y la penal, por un parte y, aquellas existentes entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, por otra.

La capacidad civil extracontractual resulta ser más amplia que la penal y que la civil contractual, pues los requisitos de capacidad que el Código Civil establece en materia de responsabilidad extracontractual son extraordinariamente débiles. Al respecto, el artículo 2319 I del citado código señala que *“no son capaces de delito o cuasidelito los menores de 7 años ni los dementes”*, con lo que fija un umbral bastante más bajo que el existente en la responsabilidad penal y contractual.

En materia penal, están absolutamente exentos de responsabilidad los menores de 16 años (artículo 10 N°1 del Código Penal). Están también exentos de responsabilidad penal, todos aquellos que siendo mayores de 16 años no hayan alcanzado aún los 18 años, a menos que un juez de menores determine que han actuado con discernimiento (artículo 10 N° 3 del Código Penal).

Esta regla se invierte tratándose de la responsabilidad civil extracontractual, pues el artículo 2319 II del Código Civil presume que el menor de 16 años y mayor de 7 años, ha cometido el delito o cuasidelito con discernimiento. Como es obvio, la razón de este diferente estándar se encuentra en los fines y en la justificación de ambos tipos de responsabilidad.

Por otra parte, la capacidad civil extracontractual es también más amplia que la contractual, en atención a que ésta se adquiere plenamente a los 18 años, sin perjuicio que se pueda actuar autorizado por el representante legal a partir de los 14 años (artículo 1447 del Código Civil), y de la capacidad especial del menor que ejerce una industria o empleo (artículos 243 N°1 y 253 y ss. del Código Civil). Según Alessandri esta diferencia de requisitos y la mayor amplitud de la capacidad civil delictual que la contractual *“se debe a que el hombre adquiere la noción del bien y del mal mucho antes que la madurez y la experiencia necesarias para actuar en la vida de los negocios”*.

A diferencia del derecho penal, como se expondrá, el derecho civil tiende a examinar la responsabilidad con prescindencia de los elementos subjetivos, aún cuando conserva el requisito de capacidad como condición general de imputabilidad.

26. Incapacidad del Demente

En términos generales, demente es aquella persona privada de razón. En materia de responsabilidad extracontractual determinar esta privación de razón es una cuestión de hecho, que debe ser probada al ser opuesta como excepción perentoria en un juicio de responsabilidad. Sin embargo, es también una cuestión normativa, porque el concepto jurídico de demencia no es idéntico al de la medicina. Por esa misma razón, la noción jurídica de demencia no es necesariamente coincidente en materia de responsabilidad contractual y

extracontractual, ya que el umbral de deliberación exigido por el derecho puede diferir en una y en otra.

Ante todo, el decreto de interdicción no produce en materia de responsabilidad extracontractual efectos permanentes e irrevocables como ocurre en materia de contractual. En esta, tiene el efecto de excluir la capacidad negocial, sin que sea posible alegar lucidez circunstancial (artículos 456 y 465 del Código Civil). Por el contrario, en materia extracontractual tal decreto es sólo un antecedente, que podrá servir de base para una declaración judicial específica de demencia en el juicio de responsabilidad, pero que no produce efectos necesarios. En consecuencia, al menos teóricamente, el interdicto por demencia puede ser tenido por capaz para efectos de establecer su responsabilidad extracontractual.

Por estas razones es difícil precisar la extensión de la demencia en materia civil, y por ello en la doctrina existen dos alternativas para definir normativamente la noción de demencia: en un primer sentido, demente es quien carece de voluntad, quien está privado de la aptitud para decidir, y en otro, más estricto que el anterior, demente es quien no está en condición de discernir acerca de lo que es correcto.

En el derecho de la responsabilidad civil la demencia se ha entendido generalmente en forma restrictiva, esto es, sólo ha sido considerado incapaz quien no puede controlar su voluntad. Por lo mismo, es plenamente responsable el sujeto que teniendo voluntad, carece de discernimiento de lo que es correcto.

En el derecho francés, por otra parte, la creciente tendencia hacia la objetivación de la culpa provocó que una ley de 1968 estableciera el principio de plena capacidad civil delictual de los dementes. Con esto, desapareció en ese ordenamiento uno de los fundamentos retributivos más fuertes de la responsabilidad civil y se acentuó su función de justicia correctiva (que atiende a la víctima).

27. Incapacidad del Menor

Asimismo, son incapaces de responsabilidad extracontractual los menores de 7 años, y los mayores de 7 y menores de 16 que hayan actuado sin discernimiento.

Como en materia penal, la capacidad delictual civil está sujeta en ciertas edades a un juicio de discernimiento. Sin embargo, este juicio de discernimiento opera procesalmente en forma distinta en uno y otro caso.

Mientras en materia penal el juicio de discernimiento está a cargo del juez de menores, en materia civil se determina si hubo o no discernimiento dentro del mismo juicio de responsabilidad.

Aunque de escasa ocurrencia práctica, resulta interesante analizar brevemente el objeto del juicio de discernimiento en materia civil, pues también se advierte como la responsabilidad civil tiende a prescindir de elementos subjetivos, fijando umbrales mínimos de capacidad.

Existen dos alternativas para juzgar el discernimiento. La primera consiste en plantear el juicio como el juzgamiento de la aptitud del menor para discernir acerca de los efectos riesgosos o peligrosos de la acción, de modo que carece de discernimiento el menor que no está en situación de apreciar que una cierta acción es susceptible de dañar a una persona o a su propiedad. La segunda alternativa es referir el discernimiento a la capacidad del menor para discernir el patrón de debido cuidado, esto es, la posibilidad de distinguir aquello que es correcto de lo que no lo es.

En verdad no hay razones para que la exigencia sea diferente que en materia de demencia. Por ello, la opinión general en esta materia ha sido dar por supuesto el segundo elemento para concentrarse en el análisis del primero, esto es, en si el menor era capaz de discernir el riesgo que suponía su acción.

28. Responsabilidad por el Hecho de los Incapaces

La falta de capacidad excluye la responsabilidad y, en consecuencia, frente al hecho de un menor, la víctima del accidente queda en principio privada de reparación. Pero puede ocurrir que el acto del incapaz se deba a negligencia de quien lo tiene a su cargo. En este caso, habrá responsabilidad directa, personal y exclusiva de quien o quienes tienen el deber de cuidar al incapaz, porque el daño no es atribuible a éste, sino precisamente a quien lo tiene bajo su cuidado (artículo 2319 I del Código Civil).

Esta responsabilidad que grava al custodio del incapaz es distinta de la responsabilidad por el hecho ajeno, cuya regla general se encuentra en el artículo 2320 del Código Civil, y que está sujeta a un importante

régimen de presunciones de culpabilidad.

Son análogas en cuanto en ambos casos existe responsabilidad por los actos de otra persona. Sin embargo, en la responsabilidad por el hecho ajeno existen dos responsabilidades, la de quien actúa provocando el daño, que debe probarse, y la de aquel que tiene al autor del daño bajo su dependencia o cuidado, que se presume.

Pero ambos son perfectamente capaces. En cambio, si quien comete el daño es un incapaz sólo existe la responsabilidad del custodio. No existe por tanto, responsabilidad por el hecho ajeno, sino responsabilidad personal y directa, pues al incapaz no puede imputarse responsabilidad alguna.

29. Responsabilidad por el Hecho de las Personas Jurídicas

La capacidad de las personas jurídicas para contraer obligaciones civiles comprende no sólo el ámbito contractual, sino también el extracontractual.

A diferencia de lo que ocurre en materia de responsabilidad penal, que sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales, el artículo 39 II del Código de Procedimiento Penal señala: *“La responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales. Por las personas jurídicas responden las que hayan intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que afecte a la corporación en cuyo nombre hubieren obrado”*.

Pero incluso en materias infraccionales, que se encuentran en el límite de la responsabilidad penal, se reconoce un cierto atisbo de responsabilidad de las personas jurídicas, en cuanto la evolución del derecho, especialmente en materias económicas, ha extendido a éstas ciertas sanciones de analogía penal. Con todo, la regla sigue siendo la incapacidad de las personas jurídicas en materia penal, a diferencia de la creciente extensión de su responsabilidad en materia civil.

Por último, debe tenerse presente que las personas jurídicas, al igual que las personas naturales responden por sus hechos propios que son los imputables directamente a la persona jurídica y responden, además, por el hecho ajeno cometido por sus dependientes.

30. Libertad en la Acción

Para que la acción dañosa sea imputable a un sujeto se requiere, además de la capacidad, que exista voluntariedad, esto es, que la acción u omisión sean libres. El requisito de libertad alude al rasgo más elemental de la acción, pues basta que el sujeto haya tenido control sobre su conducta para que ésta pueda serle atribuida.

En esta voluntariedad elemental, que se expresa en el mero control de la acción, se agota el elemento subjetivo de la responsabilidad civil. No es siquiera necesario que el sujeto conozca los efectos de su conducta, basta que la controle.

Sobre el particular, resulta ilustrativo un caso resuelto por la jurisprudencia alemana, ocurrido en un club, donde una intensa discusión entre los socios amenazaba con pasar a la violencia. El Presidente, que hacia esfuerzos por apaciguar los ánimos, rozó casualmente la espalda de uno de los contendores quien, sintiéndose atacado, reaccionó defensivamente propinándole un codazo en el rostro. A consecuencias de ese golpe el Presidente perdió un ojo. En este caso los jueces resolvieron que la acción había sido voluntaria, en cuanto había estado gobernada por la voluntad en grado suficiente para serle atribuida al sujeto como propia.

Los actos que no están bajo el control de la voluntad son inimputables, del mismo modo que los actos de los incapaces. En consecuencia, no imponen responsabilidad los actos que son resultados de reflejos, los que tienen su causa en enfermedades como la epilepsia, o los cometidos bajo la sujeción de una fuerza externa suficiente para privar de voluntad, análoga a la fuerza necesaria para viciar el consentimiento en materia contractual, definida en el artículo 1456 del Código Civil.

En estos casos, no existe propiamente una acción u omisión, sino la actuación en razón de una fuerza irresistible, que priva de la voluntad que caracteriza la libertad de decisión. Por el contrario, si el acto ha sido objeto de una decisión, aunque adoptada en circunstancias extremas, dicho acto está regido por la voluntad.

Así, es conveniente tener presente para fines analíticos que no excluye la libertad la circunstancia de

encontrarse alguien en un estado de necesidad: dicha condición excluye la ilicitud y no la libertad. La tendencia a la objetivación de la culpa, tiene como resultado la reducción de la exigencia de subjetividad al mínimo: la capacidad es entendida como el grado mínimo de aptitud de deliberación acerca del sentido y efectos de la acción, y la voluntariedad, en su sentido más elemental, como el simple control sobre la propia conducta.

Establecida la capacidad y la voluntariedad, resultan irrelevantes para dar por establecida la negligencia, el conocimiento que se tenga del deber de cuidado o la falta de aptitud o de carácter (torpeza, inexperiencia, etc.). Los efectos de estas debilidades personales deben ser soportados por cada cual, y no pueden ser cargados a cuenta de las víctimas de los accidentes que provocan. Con ello se plantea una diferencia fundamental entre la responsabilidad civil y la penal, pues mientras en materia penal la imputabilidad y la culpa son insolubles, en materia civil representan conceptos normativos diferentes entre sí. Por ello la culpa en materia civil se asimila, como se verá, a la noción objetiva de ilícito.

La asimetría entre la responsabilidad civil y la penal, en cuanto a la necesidad de penetrar en la individualidad del sujeto, se explica por sus diferentes finalidades. La responsabilidad penal tiene una justificación represiva que exige como condición un juicio de reproche personal. Por diferentes que sean las funciones de la pena, la justicia exige que el ilícito sea atribuible al autor como su acción en un sentido más amplio que en el derecho civil. La responsabilidad civil, en cambio, tiene sólo en el extremo una función represiva o de pena privada. Cuando en la responsabilidad civil hay una calificación de pena privada, como ocurre con la valoración de ciertos daños morales, los jueces tienden a exigir un reproche personal.

En definitiva, la tendencia a la objetivación de la culpa ha llevado a reducir el elemento subjetivo a sus aspectos más elementales, razón por la que resulta errado hablar de responsabilidad subjetiva en oposición a la responsabilidad objetiva, para distinguir la responsabilidad civil con o sin requisito de culpa, porque la responsabilidad por culpa no supone un juicio de reproche personal al sujeto, sino que la comparación de su conducta con un patrón general y abstracto.

Por el contrario, tratándose de delitos civiles, a diferencia de los cuasidelitos, este elemento subjetivo no se agota en la voluntad libre de actuar. En el dolo, a diferencia de lo que ocurre con la culpa, la voluntad constitutiva del ilícito supone *“la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”* (artículo 44 del Código Civil).

31. Situación del Ebrio o Drogado

La pérdida de discernimiento debida a una acción originariamente imputable al autor, como beber o drogarse, no excluye la responsabilidad. Así se desprende de lo preceptuado en el artículo 2318 del Código Civil: *“El ebrio es responsable del daño causado por su delito o cuasidelito”*.

La responsabilidad del ebrio o drogado, a pesar de la privación de la razón que se sigue eventualmente de su estado, se funda en que la ebriedad le es imputable, porque proviene de un acto voluntario. Si se mostrare que la ebriedad no es voluntaria, la privación de discernimiento o voluntad puede ser alegada como excepción de inimputabilidad.

Según Alessandri, el ebrio es responsable del daño causado por su delito, sea la ebriedad voluntaria o involuntaria, es decir, provocada por el mismo o por un tercero, ya que el artículo 2318 del Código Civil no distingue, salvo el caso de la persona a quien otro ha embriagado contra su voluntad por fuerza o por engaño, y siempre que la embriaguez le privare totalmente de razón (caso en que la responsabilidad recaería íntegramente en el autor de la embriaguez). La norma del artículo 2318 del mismo código se refiere solamente al ebrio, pero se extiende a casos análogos, esto es, a todo el que comete un delito durante un estado de privación de razón producido por una droga.

II. CULPA O DOLO

32. Planteamiento

El segundo elemento de la responsabilidad por negligencia es la culpa o dolo de quien causa el daño.

Sin embargo, estos conceptos presentan radicales diferencias entre sí, pues, como se ha visto, mientras la determinación de la culpa importa comparar la conducta dañosa con un modelo o patrón abstracto, el dolo nos lleva a indagar la subjetividad del autor del daño.

Definido civilmente como *“la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”* (artículo 44, Código Civil), el dolo está en el extremo opuesto de la culpa. Esta definición tan estricta, comprensiva únicamente de la hipótesis de dolo directo, hace que el dolo sea bastante inusual como fundamento de la responsabilidad civil. Por esa misma razón, las hipótesis de dolo eventual (en que el daño es aceptado como consecuencia de la acción para el caso de que éste se produzca), son usualmente asimilables bajo la culpa grave, con lo que la definición de dolo en materia civil pierde buena parte de su sentido práctico.

En los párrafos siguientes se analizarán separadamente la culpa y el dolo como fundamentos de la responsabilidad.

(A) CULPA

33. Objetividad y Abstracción del Concepto Civil de Culpa

La culpabilidad ha sido objeto de uno de los mayores cambios que ha experimentado la doctrina del delito civil, pasando de la concepción subjetiva de la responsabilidad que dominó el siglo XIX a la objetividad con que el derecho moderno concibe la noción de culpa.

La doctrina tradicional tendió a enfocar la responsabilidad preferentemente desde el punto de vista del sujeto que causaba el daño, considerando que la función de la indemnización era análoga a la de la pena (sancionar una conducta ilícita), y de ahí que en ambas se exigieran requisitos similares. Según este principio, el juicio de culpabilidad importaba establecer si el autor del hecho merecía o no la sanción y, desde esa perspectiva, el error de prohibición, las debilidades o carencias personales y la impericia del autor podían ser considerados como causales eximentes.

En la doctrina contemporánea, en cambio, la pregunta en torno a la responsabilidad se plantea de un modo diferente. Lo pertinente no es cómo actuó el sujeto específico atendidas sus circunstancias personales, sino como debió actuar en esas circunstancias una persona cualquiera. La culpabilidad aparece entonces como un juicio normativo respecto de la acción u omisión consideradas en abstracto, de modo que son irrelevantes los aspectos psicológicos o sociológicos del sujeto específico.

En este sentido, existe en el derecho moderno una importante remisión al tratamiento romano de la culpa, que definía la responsabilidad en relación con modelos de conducta (como el buen padre de familia) y cuya principal característica es la de constituir patrones abstractos. Una clara manifestación de esta tendencia moderna la constituye en nuestro derecho la definición de culpa del artículo 44 del Código Civil.

Sólo bajo la influencia del derecho canónico en la Edad Media tardía el concepto de culpa se transformó en un criterio moral y no funcional, pasando a ser un concepto normativo unitario, prácticamente idéntico en la teología, en la moral y en el derecho, y directamente relacionado con la idea de pecado.

El derecho moderno, en cambio, vuelve a la objetividad que caracterizó al derecho romano y descansa sobre el supuesto que cada cual tiene que hacerse cargo de sus propias limitaciones, compensándolas con un actuar diligente: el ciego, el epiléptico, el poco instruido o el inexperto deben actuar con el cuidado que exige su respectiva condición, para evitar que a consecuencia de ello se sigan daños a terceros.

Como resultado de esta tendencia a la objetividad, como se expuso, los elementos subjetivos del juicio de responsabilidad han quedado reducidos a la capacidad (con requisitos mínimos) y la voluntad libre (entendida como el rasgo más elemental de la acción, consistente en que el sujeto haya tenido control sobre su

conducta). Por el contrario, el juicio de valor respecto de la conducta se efectúa sobre la base de un patrón objetivo de comparación.

Por eso, resulta equívoca la idea de responsabilidad subjetiva utilizada con frecuencia para referirse a la responsabilidad por culpa. En el derecho civil, la responsabilidad por culpa es objetiva, porque no supone un juicio de reproche personal al sujeto, sino la comparación de su conducta con un patrón general y abstracto.

Lo anterior no puede ser visto como una erosión del fundamento moral de la culpa (que es una de las críticas que se formula a la tendencia objetivista) ya que la discriminación entre lo que es correcto e incorrecto subsiste en el juicio de responsabilidad. Lo que ocurre es que para determinar si una conducta es o no correcta deja de atenderse a la subjetividad del autor y lo relevante pasa a ser si se ha infringido o no un deber de cuidado.

Nuestro Código Civil no contiene entre las normas sobre delito y cuasidelito civil una definición especial de la culpa, siendo aplicable a este respecto la definición legal del artículo 44 del mismo código. En dicha norma el legislador optó claramente por seguir la noción romana de culpa, construida en relación con patrones abstractos de conducta (el hombre de poca prudencia, el buen padre de familia y el hombre juicioso), alejándose así del concepto moral, asociado a la idea de reproche personal.

La definición de culpa del artículo 44 del Código Civil tiene sus orígenes en materia contractual, lo que ha llevado a algunos a sostener que no sería aplicable tratándose de responsabilidad extracontractual. Sin embargo, nada impide que atendida su generalidad pueda ser extendida a este ámbito de la responsabilidad civil.

De lo anterior resulta que en materia extracontractual la culpa se aprecia en abstracto, mediante la comparación de la conducta efectiva con un patrón de conducta debida, y que el grado de culpa por el cual se responde es culpa leve, pues las referencias del legislador a la culpa o negligencia en este ámbito son siempre genéricas, y en consecuencia, se aplica lo dispuesto en el artículo 44 II del Código Civil, según el cual *“culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve”*.

Ninguna de estas afirmaciones está exenta de polémica. Ante todo, cierta jurisprudencia ha señalado que la culpa se aprecia en concreto, esto es, considerando las condiciones particulares del autor del daño, mientras que algunos autores nacionales sostienen que la graduación de la culpa del artículo 44 del Código Civil se aplicaría sólo al ámbito contractual. Así, se ha fallado que, prescindiendo de la actuación del hombre abstracto a que se acude para referirse a la culpa contractual, en materia extracontractual ésta consiste en *“no evitar aquello que ha podido preverse y evitarse”*, y *“en una negligencia, es decir, un no haber previsto las consecuencias dañosas de la propia conducta”*.

En el mismo sentido, se ha dicho que *“la previsibilidad es uno de los elementos de la culpa, requisito indispensable para que la negligencia, imprudencia o impericia sea punible”*, y que *“el agente infringe el deber exigible, menospreciando la atención y el cuidado que debe, en su obrar, a los bienes o intereses ajenos, pudiendo y debiendo prever el daño que en ellos causaría si ejecuta el acto voluntario”*.

Sin embargo, lo relevante no es aquello que el autor previó, sino lo que debió haber previsto. Por eso, en los fallos el juicio está orientado a una valoración de la acción que se juzga, sin entrar en un análisis de las características particulares del sujeto. Es más, en la mayoría de los casos la impericia o la inexperiencia aparecen como sinónimos de culpa.

Gran parte de los problemas que se presentan en la jurisprudencia en materia de apreciación de la culpa, tienen su origen en un equívoco conceptual proveniente de la doctrina comparada y nacional, que hace el distingo entre responsabilidad objetiva y subjetiva, y al hablar de responsabilidad subjetiva hace referencia a la responsabilidad por culpa, que tal como hemos visto, tuvo en su origen un fuerte componente subjetivo expresado en la exigencia de un juicio de reproche personal al sujeto.

Sin embargo, y a pesar de hablar de una responsabilidad subjetiva, la misma doctrina adhiere a la noción objetiva de culpa, entendida como la comparación de la conducta efectiva con un patrón abstracto.

En definitiva, tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional han tendido a restringir los elementos subjetivos de la acción, limitándolos a la capacidad y la voluntariedad del acto, y a considerar la culpa en materia civil como un juicio de valor respecto de la conducta y no respecto del sujeto. De esta forma, la culpa pasa a ser entendida como sinónimo de ilicitud.

Esta evolución de la noción de culpa, se aleja radicalmente de lo que señalara Gianpiero Chironi, jurista italiano de fines del s. XIX, en una monografía sobre la culpa civil. En su opinión, a la objetividad del deber de cuidado se agregaría en el juicio de responsabilidad civil, un juicio de reproche subjetivo.

En el derecho comparado, a pesar de alguna doctrina que sigue sosteniendo que la subjetividad de la imputación es condición para que la responsabilidad por culpa conserve su dimensión moral (entendida, en el fondo, como juicio de retribución), y de cierta jurisprudencia que invoca elementos subjetivos como condición para dar por acreditada la culpa, la tendencia general es hacia la objetivación de la responsabilidad, reduciendo el elemento subjetivo de la voluntad a su rasgo más elemental.

Para explicar esta tendencia a la objetivación existen diversas razones. Ante todo, la disfuncionalidad de un juicio subjetivo, es decir, su incompatibilidad con la función que la responsabilidad civil tiene en la economía moderna y, en este sentido, la objetivación de la culpa es una concesión de lo particular a lo general.

Por otro lado, en cuanto instrumento de justicia la responsabilidad civil mira a ambos sujetos, al autor del daño y a la víctima.

En materia de justicia, la perspectiva de la víctima está dada por las expectativas razonables que ésta puede tener acerca del comportamiento de los demás, y en la construcción de esas expectativas no tiene cabida la discriminación sobre la base de aspectos subjetivos de cada cual, como son las deficiencias personales.

La creciente objetivación de los roles, que definen conductas y expectativas, hace que la individualidad se excluya del ámbito del derecho y que para éste las acciones sean relevantes en cuanto típicas. Así, lo relevante es cómo debe comportarse un sujeto atendido el rol que desempeña, cómo debe comportarse un conductor, cómo debe comportarse un abogado, y cualquier otro agente del potencial daño.

Por último, la sola circunstancia de que en la responsabilidad por culpa se responda por infracción a deberes generales de prudencia, establece una diferencia con la responsabilidad estricta, en cuanto la primera parece estar orientada por la perspectiva del autor del daño, mientras que la segunda se muestra más cercana a la perspectiva de la víctima. Sin embargo, la responsabilidad civil, a diferencia de lo que ocurre con el derecho penal, responde a diversas justificaciones que exceden de la mera retribución.

34. Juicio de Culpa es Normativo

Por otra parte, la culpa es un concepto normativo, referido a la conducta debida, y no a un criterio estadístico de comportamiento. Pero este modelo normativo de conducta tiene una base real dada por las expectativas que las personas tienen acerca del comportamiento ajeno, expectativas que varían en el tiempo (de una época a otra) y en el espacio (de un lugar a otro).

Una de las ventajas del patrón abstracto del hombre razonable es precisamente su flexibilidad para adaptarse a situaciones concretas muy diversas.

Hay que señalar, además, que la culpa se valora o aprecia en abstracto, porque, como se ha visto, no considera las condiciones personales del autor, sino centra la atención en su conducta y la compara con la que habría observado el hombre razonable o prudente. Sin embargo, la culpa se determina en concreto, en cuanto se consideran las circunstancias de la acción u omisión.

En efecto, la determinación del grado de cuidado que habría empleado el hombre razonable o prudente depende, por una parte, de la situación externa, y por otra, del rol social o calidad del autor (la calidad de experto, por citar un ejemplo).

La determinación en concreto no implica que la culpa devenga subjetiva, porque el rol social o la calidad del autor se consideran abstractamente, habida consideración de las circunstancias. Así, para apreciar si hay o no culpa de parte de un médico al practicar una operación urgente, se comparará su conducta con la de un médico prudente que se hallare en las mismas circunstancias.

35. Estándar de Cuidado: Culpa Leve

Como se ha anticipado, parece razonable que el grado de culpa de la que se responda en materia

extracontractual sea culpa leve. Sin embargo, parte de la doctrina nacional siguiendo un antiguo proverbio recogido por la doctrina francesa, ha sostenido que en materia extracontractual se responde de toda culpa, incluida la levisima, pues la clasificación de la culpa en lata, leve y levisima que hace nuestro Código tiene una aplicación estrictamente contractual.

Si bien es cierto que la clasificación de la culpa se efectúa en el Código Civil a propósito de la responsabilidad contractual, ello ocurre sólo porque al tiempo de su redacción la responsabilidad extracontractual había experimentado una escasa evolución.

Por otra parte, constituye una contradicción afirmar que la culpa se aprecia en abstracto, aplicando el patrón de cuidado del hombre prudente, y al mismo tiempo señalar que en materia extracontractual se responde incluso de culpa levisima, pues se trata de grados de cuidado asimétricos. No es razonable que se exija al hombre medio emplear en sus actos *“aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en sus negocios importantes”*.

Sin embargo, a la hora de definir el estándar de cuidado que el sujeto debió observar en el caso concreto, la mayoría de los fallos que acogen la doctrina de la responsabilidad por culpa levisima acuden a la pauta del hombre prudente o buen padre de familia, al momento de determinar la conducta que resultaba exigible atendidas las circunstancias del caso.

Por otra parte, la extensión de la responsabilidad hasta las hipótesis de culpa levisima exige que en cada una de nuestras actividades debamos emplear aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. De esta manera, en nuestro comportamiento cotidiano de relación nos veríamos obligados a actuar según los estándares de cuidado recíproco más exigentes, llevando en la práctica a la responsabilidad por culpa hacia los límites de la responsabilidad estricta.

Pareciera, por el contrario, que la noción de culpa invoca naturalmente la idea de cuidado ordinario, pues atiende a lo que razonablemente podemos esperar de los demás en nuestras relaciones recíprocas. Culpable es quien actúa defraudando las expectativas que los demás tenemos respecto de su comportamiento, y dichas expectativas no son otras que aquellas que corresponden al actuar del hombre simplemente prudente, y no del especialmente cauteloso.

Más allá de la generalidad con la que el artículo 44 del Código Civil expresa la identidad de la mera culpa con la culpa leve, el estándar del hombre razonable representa con naturalidad nuestros ideales de comunidad, pues lo que se nos exige en nuestro trato recíproco es un actuar respetuoso. Esto es, el cuidado ordinario se vincula a lo que se puede exigir en razón de la prudencia, y es el tipo de cuidado que expresa el patrón de conducta que naturalmente consideramos aplicable a nuestra propia conducta, y que esperamos los demás apliquen en la suya.

De ahí que aún quienes sostienen que en materia extracontractual se responde de toda culpa, no puedan eludir referirse al definirla a la *“falta de aquel cuidado o diligencia que el hombre prudente emplea en sus actividades”*, con clara alusión al estándar del buen padre de familia.

Lo anterior no debe inducir al error de creer que el nivel de cuidado exigible sea siempre el mismo, puesto que el hombre prudente determina su nivel de cuidado considerando las circunstancias que rodean su actuar.

Por eso, la determinación del deber de cuidado es una tarea que atiende necesariamente a las circunstancias en que se desarrolla la actividad y al riesgo que ésta genera. Así, no es igual el nivel de cuidado exigible al médico que atiende espontáneamente a un accidentado en la vía pública, que al médico que efectúa una operación de peritonitis de urgencia en una posta pública de urgencia, y que al médico que realiza una operación programada con dos meses de anticipación.

36. Previsibilidad como Requisito de la Culpa

La culpa supone la previsibilidad de las consecuencias dañosas del hecho, porque el modelo del hombre prudente nos remite a una persona que delibera bien y actúa razonablemente, y como lo imprevisible no puede ser objeto de deliberación, dentro del ámbito de la prudencia sólo cabe considerar lo previsible.

Es justamente la previsibilidad como condición de la culpa lo que permite distinguir a ésta última del caso fortuito, es decir, del hecho con consecuencias dañosas imprevistas e imposibles de resistir que no

podieron ser objeto de deliberación al momento de actuar y que, por lo tanto, queda fuera de la diligencia exigida.

Nuestra jurisprudencia ha admitido que la previsibilidad es un requisito esencial de la culpa, y más aún, ha definido a ésta última como *“una posibilidad de prever lo que no se ha previsto”*.

Que la previsibilidad sea un elemento esencial de la culpabilidad, tiene consecuencias en cuanto a los efectos de la responsabilidad por culpa, pues si sólo respecto de los daños previsibles ha podido el autor obrar imprudentemente, sólo estos daños deberán ser objeto de la obligación de indemnizar.

La idea de que la previsibilidad sea connatural a la responsabilidad por culpa no es, por lo general, compartida por la doctrina y por alguna jurisprudencia. Se ha expresado que la norma del artículo 1558 del Código Civil sólo tendría aplicación en materia contractual, de lo cual cabría suponer que tratándose de responsabilidad extracontractual se responde de todo daño, incluso de los imprevisibles, aún cuando sólo se haya actuado con culpa.

Por otra parte, la pertenencia de la previsibilidad al ámbito de la culpa no es una cuestión pacífica, pues como se expondrá, también adquiere relevancia en materia de causalidad. Mientras en sede de culpabilidad la pregunta sobre la previsibilidad se refiere a si es posible considerar ilícita una conducta que produce efectos dañinos imprevisibles, en sede de causalidad la previsibilidad es un elemento de juicio para definir cuáles consecuencias pueden ser consideradas como un efecto de la acción culpable.

Por ahora baste señalar que tanto en materia de culpa como de causalidad la previsibilidad relevante es un concepto normativo, y no puramente psicológico referido a la subjetividad del autor, y por ello debe apreciarse en abstracto. En consecuencia, la pregunta que cabe formularse no es si el autor pudo prever las consecuencias de su hecho, atendidas las circunstancias, la cuestión es si debió preverlas, sobre la base del estándar del hombre razonable.

La jurisprudencia nacional ha aceptado esta precisión al señalar que *“no hay culpa cuando el hecho no pudo razonablemente ser previsto”*. Con todo, si bien la previsibilidad del daño es una condición necesaria para establecer la culpa, no es jamás condición suficiente. En otras palabras, no todo daño previsible da lugar a responsabilidad, pues según se ha visto, la vida en sociedad importa necesariamente que debamos asumir el costo de ciertos daños estimados tolerables.

37. Culpa como Ilícitud o Infracción de un Deber de Cuidado

El principio a partir del cual se desarrolla la noción de responsabilidad por culpa es que el autor del daño sólo debe responder cuando existe una razón especial para ello, y esta razón está constituida por la ilícitud de su acto.

En la responsabilidad civil la noción de ilícitud se asocia a la idea de culpa, esto es, a la actuación que excede la esfera de comportamiento que el derecho reconoce como legítimo. En otros términos, en materia civil la culpa establece el umbral entre el actuar lícito y el ilícito.

Según se ha señalado, la culpa se define a partir de un patrón abstracto o modelo genérico de persona que permite precisar en cada caso la conducta debida y compararla con la conducta efectiva. Una acción es culpable (y a la vez ilícita) si infringe un deber de cuidado, que se establecerá determinando cuál habría sido, en esa situación, la conducta del modelo abstracto de persona. Este modelo es el del hombre cuidadoso o buen padre de familia, al cual se refiere el artículo 44 del Código Civil a propósito de un tipo particular de culpa (la culpa leve). La cuestión que resta por resolver, es quien y como efectúa la determinación en concreto de esos deberes de cuidado.

La determinación en concreto de los deberes de cuidado es tarea, ante todo, del legislador entendido en un sentido amplio. Sin embargo su actividad sólo se limita a ciertas actividades en que el riesgo es particularmente intenso, o susceptible de ser esquematizado, y en tales casos, su intervención rara vez tiene pretensiones de ser exhaustiva. Por eso, la regla general es que la tarea de definir el deber de cuidado pertenece a los jueces.

38. Culpa como Infracción de un Deber de Cuidado establecido por la Ley: Culpa Infraccional

En este tipo de culpa, los deberes de cuidado son establecidos por el legislador u otra autoridad con potestad normativa, por medio de una ley, reglamento, ordenanza, etc.

Ejemplos de deberes de cuidado determinados por el legislador encontramos en la Ley N° 18.290, Ley del Tránsito (típicamente los límites de velocidad), en las normas sobre seguridad en oleoductos, en las normas sobre control de medicamento y drogas, y en la legislación medioambiental.

El principio básico es que cuando el accidente se produce a consecuencia de la infracción de alguna de estas reglas, el acto es considerado per se ilícito. En otros términos, existiendo culpa infraccional el acto es tenido como ilícito sin que sea necesario entrar a otra calificación. Este efecto es particularmente fuerte tratándose de ilícitos penales, en virtud de la regla del artículo 178 del Código de Procedimiento Civil que señala: *“En los juicios civiles podrán hacerse valer las sentencias dictadas en un proceso criminal siempre que condenen al procesado”*.

La jurisprudencia da cuenta de numerosos casos en que se ha hecho aplicación de este principio. Así, se ha fallado que hay *“mera imprudencia por el hecho de circular en contravención al Reglamento del caso”*, y que *“ella existe desde el momento en que, infringiendo la norma reglamentaria, se comete un cuasidelito”*.

Con todo, no basta con la mera infracción de la norma para que pueda atribuirse responsabilidad, pues además se requiere que exista una relación de causalidad directa entre la ilicitud (infracción) y el daño.

En otros términos, es necesario que el daño se haya producido a causa de la infracción.

Si alguien conduce con su licencia vencida y participa en un accidente, usualmente no habrá relación de causalidad entre la infracción y el daño. Este es un principio de causalidad de carácter general en el derecho actual, y en nuestra legislación aparece recogido expresamente en la Ley del Tránsito.

En la culpa infraccional se muestra claramente la diferencia que existe entre la responsabilidad civil y penal en materia de culpabilidad. En efecto, cuando la culpa civil es puramente infraccional no es necesario entrar en el juicio de culpabilidad, imprescindible tratándose de la responsabilidad penal, y por eso el error de prohibición, que bajo ciertas circunstancias es excusa suficiente en materia penal, en materia civil no tiene cabida.

En la responsabilidad civil la culpa no supone un juicio de reproche personal al autor del daño, sino un juicio de valor respecto de su conducta.

Con todo, la circunstancia de que el legislador haya definido deberes de cuidado de una determinada materia, no significa que la responsabilidad se agote en las hipótesis de culpa infraccional.

Por regla general, la determinación legal o reglamentaria de ciertos deberes no supone una regulación exhaustiva de la materia, de modo tal que aún en casos de una regulación legal, el juez está facultado para determinar deberes de cuidado no previstos por el legislador. Así por ejemplo, puede ocurrir que atendidas las circunstancias particulares que rodean la acción, conducir al máximo de velocidad permitido sea imprudente, como ocurrirá cuando el vehículo se encuentra en condiciones deficientes o el camino está resbaladizo.

Excepcionalmente, una regulación puede entenderse exhaustiva si su fin es dar mayor seguridad jurídica a un área de actividad, estableciendo una regulación orgánica de las conductas debidas. En tal caso, no podrían determinarse judicialmente deberes de cuidado adicionales a los establecidos por el legislador.

Con todo, la cuestión supone interpretar el estatuto legal en términos restrictivos (esto es, excluyente del establecimiento judicial de otros deberes de cuidado), lo que no resulta consistente por lo general, con el concepto de culpa que invoca más bien los sentidos sociales y no legalmente constituidos acerca de lo que es correcto.

La definición legal de los deberes de cuidado presenta la ventaja de la certidumbre, que en ciertas circunstancias puede tener un valor económico muy significativo, pues supone conocer de antemano y con exactitud las restricciones y eventuales responsabilidades de determinada actividad. Sin embargo, prever el futuro sobre la base de un detallado catálogo de conductas resulta imposible y también inequitativo, pues el riesgo de dejar fuera hipótesis de negligencia capaces de ocasionar daños a terceros es inevitable.

Por eso, salvo que la interpretación de un ordenamiento legal concluya que el propósito inequívoco del legislador ha sido la exhaustividad, la existencia de normas legales o administrativas no excluye la

indagación propiamente judicial de los patrones de conducta debidos. La regla general entonces, es que la infracción de una norma legal permite dar por acreditada la culpa, pero a contrario sensu, el cumplimiento de todas las normas legales no garantiza que se haya actuado con la diligencia debida.

Por último, baste señalar que la definición legal de los deberes de cuidado presenta innegables ventajas de certeza especialmente cuando no existe una jurisprudencia articulada, y produce el beneficio adicional de disminuir la propensión a litigar, pues a mayor precisión de los ilícitos existe un menor incentivo a discutir si se actuó o no culpablemente.

39. Culpa como Infracción a un Deber General de Cuidado definido por el Juez: ¿Ilicitud de la Conducta o Antijuridicidad del Daño?

La regla general en el sistema de responsabilidad por culpa, es que el deber de cuidado sea construido por el juez sobre la base del hombre razonable y, en cuanto tal, se aplica a todos los casos en que dicho deber no ha sido predefinido por la ley o por otra fuente normativa.

Frente a una situación concreta, el juez deberá determinar cual era el comportamiento exigible a un hombre razonable o prudente, para luego compararlo con el comportamiento efectivo del sujeto y juzgar si éste ha actuado o no culpablemente.

También en este caso, la culpa importa la infracción de un deber de cuidado, y en este sentido debe entenderse la clásica definición de Planiol: *“la culpa es la infracción a un deber preexistente”*.

Esta definición resulta conceptualmente adecuada en cuanto la ilicitud en materia civil se refiere al incumplimiento de un patrón de conducta que se supone debió ser reconocido ex ante por el autor del daño, aunque no haya estado formulado por norma legal alguna.

Sin embargo, se ha dicho también que la definición es defectuosa en la medida que supone una regla preexistente, dando por establecido aquello que es precisamente el objeto del juicio de responsabilidad. En efecto, salvo en los casos en que el legislador ha definido positivamente los deberes de cuidado, la regla que define el patrón de conducta que debió observarse en el caso concreto, es construida ex post por el juez, sobre la base del modelo del hombre prudente.

Lo que en verdad sucede es que el juez construye ex post un deber de cuidado que, atendidas las circunstancias, el demandando debió descubrir como máxima de su acción.

En tal sentido, el juez no tiene la tarea de imponer, sino de poner al descubierto el deber de cuidado.

En un sentido que tiende a desplazar la noción de culpa desde la ilicitud de la acción hacia el resultado antijurídico de la acción, poniendo el énfasis en la perspectiva de la víctima del daño, la culpa ha sido definida como *“la lesión de un derecho ajeno, sin que pueda invocarse un derecho superior”*.

Esta noción, típica de la idea de la justicia correctiva, concibe la culpa a la luz de la injusticia del daño, haciendo que los límites con la responsabilidad estricta se vuelvan casi imperceptibles. Aquí, el elemento constitutivo de la culpa ya no es la infracción de un deber de cuidado, sino la ausencia de justificación para atribuir las consecuencias del daño a la víctima, con lo cual la culpabilidad deja de estar fundada en el juicio de disvalor de la acción, y en último término, pierde su carácter normativo.

40. Deberes de Cuidado como Expresión de Usos Normativos

En otro nivel de cuestiones, la culpa plantea la pregunta acerca de la fuente del deber de cuidado que ella misma supone.

En otras palabras, cuales son los criterios que el juez debe consultar para la determinación de ese deber de cuidado.

Como se ha expuesto, la noción de culpa nos conduce al estándar o patrón de conducta del hombre prudente, del buen padre de familia.

Pero, ¿quedan comprendidas en este patrón, las costumbres, los usos o prácticas generalmente aceptadas en el medio social?, o ¿se trata de un patrón normativo, y por tanto, sólo representa la conducta debida, según el modelo del hombre razonable? En otros términos, ¿considera este patrón la forma en que las personas se comportan normalmente en similares circunstancias, con un criterio que acerca el debido cuidado a un dato estadístico? o ¿está restringido a la forma en que el sujeto debía comportarse en su situación?

Las prácticas o usos existentes en determinada actividad no son en caso alguno vinculantes a la hora de determinar el deber de cuidado, pues dichas prácticas o usos no son necesariamente justas. Que en una actividad algo se haya hecho siempre de cierta manera no expresa per se que su uso sea correcto.

Cuestión distinta ocurre con los usos normativos, esto es, aquellas reglas reconocidas espontáneamente como expresión de un buen comportamiento, es decir, de aquello que usualmente se tiene por debido. En principio, estos usos normativos pueden ser concebidos como una invocación a principios de prudencia, esto es, a la forma en que normalmente se conduce el hombre diligente.

Se trata por regla general, de normas que emanan de sistemas de autorregulación profesional, manifestados en códigos de ética o de conducta, como los que rigen la actividad publicitaria o la de algunos colegios profesionales (como el colegio de abogados o el de arquitectos).

Tratándose de este tipo de reglas, la contravención es calificada prima facie culpable, en cuanto importa infracción a un deber de cuidado generalmente aceptado. En otros términos, si alguien actúa violando las normas de conducta de su propia actividad, en principio actúa culpablemente.

La pregunta siguiente es si existiendo autorregulación es posible aún calificar como culpable una conducta sin que medie infracción alguna a dichas reglas. La respuesta cada vez más generalizada es que nada obsta a que en determinados casos la regla pueda ser calificada de injusta y reemplazada por otra creada por el juez, y el principio subyacente es que este tipo de reglas respecto de la conducta establecida por el propio gremio o profesión no pueden ser opuestas en perjuicio de los demás.

La tendencia de quienes ven el derecho como una expresión de la realidad social, es a concebir el deber de conducta como expresión de usos normativos, de las expectativas que surgen espontáneamente como razonables, o en otros términos, de aquello que naturalmente creemos poder exigir de los demás. Quienes por el contrario, ven en la culpa una función normativa, que permite orientar el comportamiento de un modo esencialmente justo o eficiente, tienden a juzgar la razonabilidad de los usos normativos desde alguna de estas perspectivas, antes de darlos por aceptados.

Con todo, los usos normativos en una sociedad tan diferenciada como la actual, son generalmente imprecisos, y habitualmente difíciles de probar. Por ello, lo usual será que el juez se vea obligado a construir el deber de cuidado en ausencia de tales reglas.

41. Construcción Judicial de Deberes de Conducta: Modelo del Hombre Prudente

En el derecho nacional, a falta de reglas establecidas por usos normativos generalmente aceptados, la determinación de los deberes de conducta según el modelo del hombre prudente es el resultado de una tarea argumentativa. Lo relevante es entonces definir los criterios con los que se construyen argumentativamente esos deberes.

Esta forma de determinación de la conducta debida exige ponderar bienes e intereses jurídicos diversos: por una parte, aquellos que se identifican con la libertad de actuar, y por otra, los que representan el derecho de la víctima a no sufrir daños injustos. Supone, además, que esos bienes e intereses sean mínimamente conmensurables, de manera tal que resulte posible compararlos.

Para ponderar, el juez debe acudir a criterios de argumentación, algunos de los cuales serán analizados a continuación. Estos criterios no son exhaustivos, sino únicamente ejemplares de las orientaciones que ha seguido la jurisprudencia nacional y comparada para determinar la conducta debida en casos concretos. Por regla general, estos criterios no actúan en forma aislada, porque lo normal es que en cada caso intervengan dos o más en distinta medida, y a veces en sentidos diversos.

(a) Intensidad del Daño

Este criterio atiende a la magnitud del daño que supone una acción. Así, el descuido que se asocia a daños severos a la integridad física, por ejemplo, es juzgado en forma más estricta que aquel que sólo genera daños materiales. La amenaza de un daño muy intenso llevará normalmente a exigir que se adopten mayores precauciones para evitarlo.

Según este criterio, por tanto, la gravedad del daño aumenta el indicio de culpabilidad, al extremo que en ciertos casos su magnitud permite presumir que el hecho que lo causa es culpable, invirtiendo la carga de la prueba en perjuicio del demandado.

Algunos ejemplos pueden encontrarse en los casos de accidentes ferroviarios que correspondió resolver a la jurisprudencia nacional durante la primera mitad del siglo veinte. En más de una ocasión, la rigurosa aplicación de las presunciones de culpabilidad en estos casos, llevaron a situar la responsabilidad por culpa en el límite de la responsabilidad estricta.

Así, tratándose de la colisión de dos trenes, se dijo que ésta *“se produce generalmente por imprudencia o por negligencia o descuido en el cumplimiento de los reglamentos de la Empresa demandada, de parte de sus empleados, como ocurre en este pleito, salvo caso fortuito cuya existencia no se ha alegado ni probado”*.

Bien puede estimarse que la intensidad del daño fue lo determinante para que la Corte haya considerado en estos casos que el sólo hecho del accidente sea indicio de culpabilidad.

(b) Probabilidad

La probabilidad de la ocurrencia del daño es otro de los criterios utilizados por la jurisprudencia nacional para determinar los deberes de cuidado.

La probabilidad es una variable acotada de la previsibilidad, pues mientras ésta muestra un resultado como posible, aquella mide el grado de esa posibilidad. Existen numerosas sentencias que han hecho aplicación de este criterio, de las que cabe destacar algunas a modo ilustrativo.

Se ha fallado que actuó culpablemente el conductor de un vehículo, si podía prever que *“manejar en condiciones anómalas una máquina recolectora de basuras, de por sí pesada, en una pendiente con bastante inclinación y efectuar en ella manipulaciones técnicamente erróneas, los resultados antijurídicos y dañosos producidos eran perfectamente probables”*.

En otro accidente de tránsito, ocurrido a altas horas de la noche y en el que un vehículo embistió a otro que no respetó una señal ceda el paso, se estimó que el conductor del primer vehículo había actuado con culpa, porque *“es posible prever un accidente del tránsito en un cruce de calles en horas de la madrugada, si no se maneja con sumo cuidado, ya que es de ordinaria frecuencia que a esa hora no siempre se observen las normas del tránsito por los conductores”*.

Finalmente, en un caso en que la fumigación aérea de un predio ocasionó daños a un predio contiguo, se determinó que tanto la persona que ordenó la fumigación como la empresa encargada de efectuarla, actuaron culpablemente pues aquella se realizó en circunstancias que soplabla viento y a muy poca distancia del otro predio, cuyas plantaciones en definitiva resultaron dañadas.

Además, la probabilidad del daño es uno de los factores que permite determinar el riesgo. En términos estadísticos, el riesgo de una actividad puede definirse como función, por un lado, de la intensidad del daño que ésta amenaza ocasionar, y, por otro, de la probabilidad de que ese daño ocurra. Así, una actividad será riesgosa, si el daño con que amenaza es grave (la pérdida de vidas, por ejemplo) y la probabilidad de que se concrete es elevada.

Aplicando el criterio del riesgo de la acción, se ha fallado que la circunstancia de conducir un vehículo en precarias condiciones (un chasis de camioneta que tenía menos peso en la parte posterior y que por ello se *“coleaba”* al frenar) impone al conductor el deber de extremar las precauciones reglamentarias, y de *“proceder en todo momento con la mayor prudencia, en condiciones de poder evitar sin peligro cualquier obstáculo imprevisto y sorpresivo”*.

Lo usual es que probabilidad e intensidad del daño actúen conjuntamente para determinar la culpa. Así, una probabilidad menor pero asociada a un daño muy intenso será suficiente para imponer el deber de evitarlo, y por ello, las actividades o productos catalogados como peligrosos están sujetos, en general, a reglas de cuidado más estrictas que aquellas que previenen un riesgo moderado. Lo mismo ocurrirá cuando se trate

de daños de menor intensidad, pero con una alta probabilidad de ocurrencia.

En la jurisprudencia nacional existen numerosos casos en que la determinación de la culpa resulta de la actuación conjunta de estos dos criterios, aún cuando no se mencionen en forma expresa.

Así por ejemplo, en el caso de un vehículo que atropelló y dio muerte a un peatón, se ha fallado que el accidente se debió a imprudencia del conductor, *“pues éste venía en su automóvil a gran velocidad... no tocó la bocina y el automóvil marchaba con las luces apagadas”*. En otro accidente en el que una persona fue atropellada por una maquina de ferrocarril que se desplazaba dentro de la estación sin tocar la campana ni el pito, se dijo que hubo culpa de los empleados de la empresa *“por cuanto era de elemental prudencia que haciendo como hacían, un servicio dentro del recinto de la estación, lugar frecuentado por numerosas personas, no se descuidaran un solo momento en dar las señales de alarma por medio de la campana o el pito”*.

También, se ha fallado que hay culpa en el hecho que un cobrador haya dado la partida a un tranvía, en circunstancias que muchos pasajeros ocupan las pisaderas de éste, uno de los cuales cae del carro y muere atropellado.

Puede referirse además el caso del anestesista que abandonó a su paciente luego de suministrar la anestesia, ausentándose por el tiempo necesario para que ésta sufriera un daño cerebral irreversible a consecuencia de un paro cardíaco. Si bien se acreditó que el paro cardíaco era un riesgo descrito dentro del proceso anestésico, la existencia de este riesgo fue suficiente para estimar que el facultativo debió permanecer junto a la paciente hasta que la anestesia terminase de producir sus efectos, y en consecuencia, que al no hacerlo había incurrido en culpa.

Finalmente, en el caso de una persona que sufrió graves lesiones al caer dentro de un sumidero de aguas lluvias en la vía pública, la sentencia estimó que actuó culpablemente la municipalidad cuyos empleados omitieron reponer la tapa o protección, toda vez que esta última estaba *“destinada a impedir la ocurrencia de accidentes a los transeúntes”* a los que éstos se hallan *“grave y constantemente expuestos atendida la ubicación de dicho sumidero”*.

Ahora bien, lo propio del hombre prudente no es rechazar absolutamente el riesgo, sino distinguir entre aquel que es una consecuencia razonable de su acción, y el que resulta excesivo.

El hombre prudente puede actuar asumiendo una cuota de riesgo, teniendo en cuenta la intensidad del daño y la probabilidad de que éste ocurra.

La circunstancia que la probabilidad del daño sea uno de los criterios que permiten al juez determinar los deberes de cuidado, permite además confirmar que la previsibilidad es un elemento inseparable de la culpa, pues sólo es posible medir la probabilidad del daño cuando éste resulta previsible para el actor.

Finalmente, la información sobre la probabilidad e intensidad del daño es relevante en caso que la víctima decida asumir voluntariamente el riesgo, y el autor pretenda con posterioridad beneficiarse de este consentimiento como causal de justificación. Para que pueda configurarse esta excusa, la buena fe contractual exige que el autor del daño haya informado suficientemente a la víctima sobre ambos aspectos.

(c) Valor Social de la Acción que provoca el Daño

La definición del cuidado debido tampoco es indiferente a la valoración que haga el juez acerca del beneficio social que reporta la acción que ocasiona el daño. Así, el cuidado exigible para ejecutar una acción socialmente neutra será usualmente mayor al que se demanda tratándose de una acción de valor social elevado.

El objeto de esta valoración está constituido, por una parte, por los intereses jurídicos que se ven afectados por la acción que causa el daño, y por la otra, por el interés social en que la acción se desarrolle.

Un buen ejemplo de aplicación de este criterio puede verse en el caso *New York Times Co. v. Sullivan*, resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el año 1964.

En la sentencia, dicha Corte estableció que atendido el valor constitutivo de la libertad de expresión, los medios de prensa sólo responden por los daños que causan a la honra de las personas, cuando actúan con completa desaprensión respecto de la verdad de lo informado (estándar de culpa grave).

En otros términos, este fallo estimó que el valor social de la libertad de informar era de tal modo significativo, que su ejercicio no imponía responsabilidad sino en los casos de negligencia inexcusable.

A menudo la determinación de los deberes de cuidado exige ponderar los bienes en juego.

Es el caso, por ejemplo, del conflicto entre el derecho a desarrollar una actividad económica y la protección del medio ambiente.

Por último, por aplicación de este criterio existen casos en que las circunstancias que rodean el desarrollo de la acción hacen exigible un menor cuidado al actor, como ocurre en todos aquellos que el derecho anglosajón denomina genéricamente rescate.

Así, el médico que interviene espontáneamente en ayuda de una víctima de accidente de tránsito en plena vía pública, el que causa daños a la propiedad ajena para evitar un incendio, el que se lanza al agua para auxiliar a alguien se ahoga, serán juzgados con un rigor atenuado, por el valor social que reporta su acción.

(d) Costo de Evitar el Accidente

Otro criterio utilizado para determinar los deberes de cuidado es el costo que habría significado para el autor evitar el daño. Si el daño pudo evitarse a costo razonable, el deber de cuidado exige que el daño sea evitado.

Vinculando este criterio con los de intensidad y probabilidad del daño, el juez norteamericano Learned Hand elaboró en 1947 una fórmula para determinar la culpa, según la cual una persona actúa en forma negligente, si el costo de evitar un accidente es menor que el daño producido multiplicado por la probabilidad.

Aunque esta fórmula muestra adecuadamente los criterios que se analizan, sin embargo, no debe olvidarse que éstos difícilmente entregan soluciones exactas.

(e) Tipo de Relación entre el Autor del Daño y la Víctima

Finalmente, hay ciertos casos en que el tipo de relación entre el autor del daño y la víctima contribuye a determinar los deberes de cuidado. Este criterio excluye las relaciones contractuales, y se refiere únicamente a los vínculos espontáneos que pudieren existir entre el autor del daño y la víctima.

Ya se ha mencionado el rescate como un caso típico en que la posición relativa de la víctima frente al autor del daño, contribuye a disminuir el cuidado exigible. A la inversa ocurrirá, si entre ambos existe una relación que impone deberes de lealtad recíprocos, como la negociación de un contrato, aunque por definición las partes de una negociación no tengan obligación de concluir en un contrato.

En el derecho nacional (al igual que en el derecho francés y español, pero a diferencia del anglosajón) no es necesario que exista un deber de cuidado específico respecto de la víctima para dar aplicación a este criterio.

Con todo, para quien administra una piscina pública, un andarivel en la nieve o un parque de diversiones, surgen deberes extracontractuales relativamente precisos respecto de aquellos que están expuestos a riesgo por hacer uso de las instalaciones, aunque no exista propiamente contrato.

42. Conclusiones

Se ha mencionado el intento del juez Learned Hand para determinar la culpa mediante la aplicación de una fórmula matemática que conjugue diversos criterios conducentes a determinar el nivel de cuidado exigible en las diversas situaciones creadoras de riesgos.

En verdad, la construcción de los deberes de cuidado específicos tiene mucho más de razonable que de exacto, pues importa ponderar los bienes e intereses jurídicos en conflicto, y por ello, es una cuestión esencialmente argumentativa, que se sirve de criterios como los que se han analizado.

(B) CULPA POR OMISIÓN

43. Nociones

Lord Atkin, jurista y juez británico, señaló en una sentencia sobre un conflicto de vecindad las diferencias de la moral y la religión con el derecho: *“La regla de que usted debe amar a su vecino, deviene en el derecho que usted no debe molestar a su vecino”*.

En un sentido similar, Alessandri ha dicho que *“la ley nos obliga a obrar con prudencia, pero no con caridad, y a nadie puede exigírsele que sacrifique su persona o bienes en beneficio ajeno”*.

Ambos autores dan cuenta del mismo principio: en el derecho civil no existe una obligación genérica de actuar para evitar daños a terceros.

Lo relevante entonces es determinar cuales son los casos específicos en que existe esa obligación, de modo que la omisión acarreará responsabilidad.

Para responder a esta pregunta es necesario tener en cuenta que la acción y la omisión presentan una diferencia cualitativa, pues mientras en la primera el daño es resultado del riesgo creado por el actor, en la segunda, el riesgo es completamente autónomo, es decir, no depende de la acción.

De esta importante distinción surgen dos tipos o categorías de omisión:

- (i) la omisión en la acción.
- (ii) la omisión propiamente tal.

44. Omisión en la Acción

Hay omisión en la acción, cuando ésta se produce en el ámbito más extenso de una acción positiva, es decir, cuando quien ejecuta la acción omite tomar las precauciones necesarias para evitar el daño, exigidas por las circunstancias.

Así se ha resuelto respecto de aquel que no coloca señales para prevenir el peligro que representan los hoyos abiertos en la vía pública con motivo de las reparaciones que ejecuta, ni cierra el sitio en que éstas se practican; de quien olvida reponer la tapa de un pozo en el que efectúa reparaciones, que además carece de señales que prevengan de su existencia; del maquinista que omite avisar el paso del tren tocando campana y pito; del dueño de un edificio dañado por un temblor que omite efectuar en él las reparaciones necesarias; del anestesista que abandona a su paciente mientras está haciendo efecto la anestesia, por el tiempo necesario para que ésta sufra daño cerebral irreversible a consecuencia de un paro cardíaco; de quienes por no cumplir con sus obligaciones de vigilancia permiten que personas extrañas al servicio, sin tener la experiencia necesaria, muevan dos carros de ferrocarril que ocasionan una tragedia; y de quien entrega las llaves de su vehículo para su lavado en el estacionamiento, sin adoptar las medidas encaminadas a evitar que el encargado de dicha labor efectúe su cometido de modo impropio.

Desde el punto de vista del tratamiento legal, no existe diferencia alguna entre la omisión en la acción y la acción negligente. Se trata de un defecto de la acción y, por lo tanto, no hay delito o cuasidelito de omisión sino de acción.

45. Omisión Propiamente Tal

Existe omisión propiamente tal cuando frente a un riesgo autónomo, independiente de la conducta del agente, éste no actúa para evitar el daño o disminuir sus efectos, pudiendo hacerlo.

Según el principio individualista imperante en el derecho moderno, el hombre prudente no tiene el deber genérico de actuar para evitar daños a terceros. En consecuencia, la omisión acarrea responsabilidad civil solo excepcionalmente, en aquellos casos en que una regla especial impone un deber en tal sentido.

Esos casos son los siguientes:

- (a) cuando la omisión es dolosa.

- (b) cuando existe un deber especial de cuidado, atendidas las circunstancias.
- (c) cuando se omite ejecutar un acto expresamente ordenado por la ley (culpa infraccional por omisión).

46. **Omisión Dolosa**

En primer término, la abstención genera responsabilidad cuando está acompañada de la intención positiva de dañar, en virtud del principio general según el cual el dolo nada justifica.

47. **Existencia de un Deber especial de Cuidado atendidas las Circunstancias**

Fuera del ámbito del dolo, hay casos en que la relación de cercanía existente entre quien sufre el daño y quien omite actuar para evitarlo, impone responsabilidad a éste último. El ejemplo clásico de este tipo de relaciones es el que se da entre los pasajeros de un barco y su capitán; si uno de los pasajeros cae al mar durante una tormenta y el capitán no efectúa las maniobras de rescate, se entiende que hay responsabilidad de éste último.

Según el mismo criterio, hay también responsabilidad por omisión cuando el sujeto es el único que se encuentra en condiciones de socorrer a la víctima (víctima en des poblado) y no obstante ello, la abandona a su propia suerte, como el caso de quien presencia un accidente de tránsito en un camino desierto.

En el extremo opuesto a estas hipótesis de omisión están aquellos casos en que el sujeto actúa en auxilio de quien se encuentra expuesto a un daño inminente, y termina causándole un daño mayor.

Un típico ejemplo es el del médico poco experimentado que interviene en ayuda de un accidentado y a causa de su poca experiencia le ocasiona la muerte. Tradicionalmente se ha entendido que la diligencia exigida en estos casos es menor a la que se exigiría en circunstancias normales, en atención al valor social atribuido a la acción de socorro. Esta ha sido por lo demás la tendencia generalizada de la jurisprudencia comparada.

En general, cuando alguien interviene espontáneamente en una situación de peligro queda eximido de los deberes ordinarios de cuidado, lo que desde el punto de vista de la prevención general actúa como un incentivo al socorro.

48. **Culpa Infraccional por Omisión**

Por último, la omisión acarrea responsabilidad civil en todos aquellos casos en que se incumple un deber de actuar impuesto por la ley, es decir, cuando se incurre en culpa infraccional por omisión.

Ejemplos de estos deberes se encuentran:

- (a) En el artículo 494 números 12, 13 y 14 del Código Penal.
- (b) En el artículo 9° I de la Ley N° 18.045, Ley de Mercado de Valores.
- (c) En el artículo 13 de la Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores.

(C) CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN

49. Nociones

Como se ha señalado, en la responsabilidad civil la culpa es sinónimo de ilicitud, y por ello, a diferencia de lo que ocurre en materia penal, no existen diferencias conceptuales relevantes entre culpabilidad y antijuridicidad. El hecho culpable es, por definición, antijurídico.

Por ello, mientras en materia penal las causales de justificación excluyen la antijuridicidad del hecho, tratándose de la responsabilidad civil éstas actúan sobre el ilícito, eliminando la culpabilidad. Su función, por tanto, es servir de excusa razonable para el hombre prudente.

Las causales de justificación no están reguladas detalladamente por la ley civil, como ocurre en el derecho penal. Para Alessandri, su existencia se desprende de los principios generales de nuestro derecho, según los cuales, sólo se responde de los daños causados con dolo o culpa (artículos 2314 y 2284 del Código Civil).

50. Enumeración

Las causales de justificación o excluyentes de la culpa, son:

- ejecución de actos autorizados por el derecho.
- consentimiento de la víctima.
- estado de necesidad.
- legítima defensa.

En opinión de Alessandri, entre las causales de justificación que denomina "*eximentes de responsabilidad*", se incluyen además el caso fortuito o fuerza mayor, la violencia física o moral, la culpa exclusiva de la víctima y el hecho de un tercero. Sin embargo, si bien las causales señaladas determinan la inexistencia de responsabilidad, no lo hacen por la vía de excluir la culpa, sino actuando sobre otros elementos de la responsabilidad por negligencia, como la voluntariedad del acto o la relación casual.

51. Actos Autorizados por el Derecho

Dentro de estos actos es posible distinguir: a) los ejecutados en ejercicio de un derecho. (b) los ejecutados en cumplimiento de un deber legal. (c) los autorizados por usos normativos.

(a) El Ejercicio de un Derecho

El ejercicio de un derecho elimina la ilicitud de la acción que causa el daño y, por ello, en principio no hay ilicitud en el hecho de que un restaurante se instale a media cuadra de otro ya existente y le prive de parte de su clientela, siempre que respete las normas de la libre competencia.

El límite a esta justificación está constituido por el abuso de derecho, esto es, el actuar formalmente dentro del marco del derecho que se ejercita, pero desviándose de sus fines.

En un sentido amplio, comete abuso quien ejerce un derecho lesionando otro de mayor envergadura. En tal caso, la cuestión del abuso se plantea como una colisión de derechos, esto es, como el enfrentamiento de dos derechos simultáneamente cautelados por el ordenamiento jurídico: el de la víctima y el del autor del daño.

Entre los numerosos casos de conflictos de este tipo, puede citarse el del aborto en la tradición jurídica norteamericana, ejemplo de una colisión entre el derecho a la vida del que está por nacer y el derecho a la intimidad de la mujer, y en nuestro país, con creciente relevancia el conflicto entre la libertad de expresión

y el derecho a la honra y privacidad.

La solución de estos conflictos supone sopesar los intereses involucrados, y depende, en último término, de los valores culturales de cada sociedad, de modo tal que el ejercicio de un derecho actuará como justificación sólo en la medida que ese derecho se considere de mayor entidad que el bien jurídico lesionado.

En un sentido estricto, comete abuso quien ejerce un derecho con el único propósito de dañar a otro. Esta hipótesis se asimila a la definición legal de dolo del artículo 44 del Código Civil y, como tal, siempre da origen a responsabilidad.

La doctrina nacional se ha manifestado tradicionalmente a favor de este concepto restringido.

Así, para Alessandri el abuso de derecho no es sino una especie de acto ilícito y, como tal, se resuelve con arreglo a criterios generales. Luego, habrá abuso cuando el titular de un derecho lo ejerza dolosa o culpablemente. La jurisprudencia nacional también parece inclinarse en este sentido.

Con todo, resulta impreciso señalar que un derecho puede ser abusado cuando es ejercido con culpa; pareciera que el acto debe ser contrario a la buena fe o a las buenas costumbres, aunque formalmente corresponda al ejercicio de un derecho, porque de lo contrario se arriesga que el ejercicio de un derecho sea desprovisto de sus características esenciales, especialmente de la facultad del titular de ejercerlo según su contenido.

Así, la culpa en el abuso de derecho exige una especial calificación (acto contrario a la buena fe o a las buenas costumbres, según una terminología conocida en el derecho civil).

(b) El Cumplimiento de un Deber Legal

Ciertamente, quien actúa en cumplimiento de un deber impuesto por la ley no comete ilícito alguno.

Tal es el caso del agente de policía que priva de libertad al detenido, o del receptor judicial que trava un embargo.

Algo más complejo es el tema de la observancia de órdenes emanadas de autoridad competente.

En principio, estas no actúan como eximentes por el mero hecho de emanar de la autoridad, y corresponderá al juez determinar cuándo justifican la exención de responsabilidad.

Por regla general, la circunstancia de actuar en cumplimiento de una orden de autoridad actúa como causal de justificación siempre y cuando dicha orden no sea manifiestamente ilegal. En otros términos, el límite está dado por la *"ilegalidad manifiesta de la orden"*.

Sin embargo, subsiste la pregunta respecto de la forma en que el destinatario de la orden debe plantear su ilegalidad para beneficiarse de la excusa: ¿basta la mera representación de la ilegalidad al superior o es necesario rechazar la orden? La cuestión pertenece al derecho administrativo.

(c) Actos Autorizados por Usos Normativos

Más allá de las fuentes formales, la ilicitud en materia civil se refiere a aquello que es generalmente considerado como impropio. De este modo, queda también excluida la culpa cuando la conducta da cuenta de usos o prácticas que son tenidos comúnmente por correctos.

En este sentido, la incisión que hace el médico al operar conforme a las prescripciones de su *lex artis*, o las lesiones que ocasiona el futbolista que ejecuta una acción violenta, pero tolerada por las reglas del juego, no constituyen hechos ilícitos. En todos estos casos, el límite está dado por los deberes de cuidado que rigen cada actividad. Luego, sólo la infracción a esos deberes, y no la lesión producida, acarreará responsabilidad.

52. El Consentimiento de la Víctima

Tratándose de responsabilidad civil extracontractual, es normal que no exista relación previa entre la víctima y el autor del daño. Como se ha expuesto, en este ámbito los encuentros son, por regla general,

casuales.

Sin embargo, nada obsta a que en esta materia puedan existir acuerdos previos entre el potencial autor del daño y la eventual víctima, ya sea en la forma de autorizaciones para realizar un determinado acto (caso en el cual el acuerdo es, en rigor, un acto jurídico unilateral), o de convenciones sobre responsabilidad, por medio de los cuales se acepta un cierto nivel de riesgo, se modifican condiciones de responsabilidad, etc.

Cuando la víctima potencial presta su consentimiento autorizando la ejecución de un acto que puede causarle daño, realiza un acto de disposición, que, como tal, está sujeto a límites según las reglas generales:

(i) la autorización no puede importar condonación de dolo futuro, por prohibirlo el artículo 1465 del Código Civil.

(ii) no puede significar la renuncia de derechos indisponibles (como la vida o la integridad física), en virtud de lo dispuesto en el artículo 12 del mismo Código.

Con todo, la situación es distinta dependiendo de si la víctima renuncia a un derecho o solamente asume un riesgo. En principio, sólo puede hablarse de disposición en el primer caso, y en consecuencia, sólo a éste se aplican los límites ya señalados.

Tratándose de la simple aceptación de un riesgo razonable, el acto debe entenderse autorizado aún cuando se refiera a bienes indisponibles. Así, ocurre respecto de quien realiza vuelos de prueba o participa en experimentos con fármacos (asume el riesgo de un daño probable respecto de bienes no disponibles).

Por el contrario, si la probabilidad de daño es muy alta y hace que el riesgo exceda de lo razonable, habrá un verdadero acto de disposición respecto de bienes o derechos irrenunciables, y como tal, la autorización de la víctima no será válida.

Finalmente, para que la aceptación voluntaria del riesgo opere como causal de justificación, es necesario que el autor del daño haya proporcionado a la víctima información suficiente acerca de éste y de sus componentes (intensidad y probabilidad del daño), siendo aplicables íntegramente a este respecto las reglas generales sobre la buena fe contractual.

53. El Estado de Necesidad

En principio, quien ocasiona un daño para evitar uno mayor, actúa sin culpa. El estado de necesidad es una excusa que se basa en la desproporción de los bienes en juego: la víctima soporta un daño que es substancialmente menor a aquel que el autor pretende evitar.

Desde la perspectiva de la culpa, el estado de necesidad opera como causal excluyente de la responsabilidad en cuanto es propio del hombre prudente optar por un mal menor para evitar un mal mayor.

Los requisitos para que opere esta causal son los siguientes:

- (a) que el peligro que se trata de evitar no tenga su origen en una acción culpable.
- (b) que no existan medios inocuos o menos dañinos para evitar el daño.

En el primer caso hay culpa en el origen del supuesto estado de necesidad; en el segundo, el estado de necesidad está descartado en razón de la desproporción del medio empleado.

Por último, el estado de necesidad excluye la acción indemnizatoria de la víctima por el daño ocasionado, pero no obsta al ejercicio de la acción restitutoria, pues el derecho no puede amparar el enriquecimiento injusto de aquel que salva un bien propio con cargo a un patrimonio ajeno.

54. La Legítima Defensa

La legítima defensa opera en derecho civil de modo análogo que en derecho penal. Así, actúa en legítima defensa quien ocasiona un daño obrando en defensa de su persona o derechos, a condición que concurran las siguientes circunstancias:

- (a) que la agresión sea ilegítima.
- (b) que no haya mediado provocación suficiente por parte del agente.,
- (c) que la defensa sea proporcionada al ataque.
- (d) que el daño se haya producido a causa de la defensa.

Lo usual será que del demandado oponga la legítima defensa como causal eximente de responsabilidad penal, en el juicio en que se investigue dicha responsabilidad. Sin embargo, aún cuando la excusa sea aceptada en esa sede, la absolución no producirá efectos de cosa juzgada en materia civil, en virtud de lo dispuesto en el artículo 179 del Código de Procedimiento Civil.

(D) P R U E B A D E L A C U L P A

55. Régimen Probatorio. Peso de la Prueba

Como se ha visto, el juicio civil de culpabilidad consiste en la calificación normativa de una conducta mediante su comparación con un estándar de comportamiento debido. Esta calificación supone atender a cuestiones de hecho, que requieren ser probadas, y cuestiones de derecho que no requieren prueba.

El principio general es que la culpa debe ser probada por quien la alega, por aplicación de la regla del artículo 1698 del Código Civil, toda vez que el hecho culpable es uno de los supuestos de la obligación de indemnizar.

56. Objeto de la Prueba

Para acreditar la culpa es necesario probar:

- (a) el hecho voluntario, que puede consistir en una acción u omisión.
- (b) el deber de cuidado que se supone infringido.

En consecuencia, el objeto de la prueba variará según se trate de fundar la responsabilidad en una hipótesis de culpa infraccional, de infracción de usos normativos, o de un deber de cuidado construido por el juez.

(a) Culpa Infraccional

Si el deber de conducta se encuentra definido por una norma legal o reglamentaria, al demandante le bastará probar su infracción, constituyendo ese solo hecho una evidencia de culpabilidad. Así ocurre, por ejemplo, con la norma del artículo 172 de la Ley N° 18.290, Ley del Tránsito. En todos los casos en que se infringe una norma legal o reglamentaria, por tanto, es suficiente probar la infracción para dar por acreditada la culpa.

El artículo 172 de la Ley del Tránsito habla de una presunción de responsabilidad en caso de infracción a sus normas, pero, en verdad, la culpa infraccional se da por establecida por el mero hecho de la contravención al deber legal de conducta.

Ello no significa que la culpa así establecida de sin más lugar a la responsabilidad, porque bien puede ocurrir que la infracción esté neutralizada por una causal de justificación, o por la falta de nexo causal entre la infracción y el daño, aunque técnicamente ésta última es una hipótesis de exclusión de la causalidad y no de la culpa.

Así, si alguien conduce con su licencia vencida y participa pasivamente en un accidente no habrá por ese solo hecho responsabilidad, porque rara vez ocurrirá que se pueda establecer un nexo causal entre esa infracción y el accidente producido. Este principio, de aplicación general, está recogido por la Ley del Tránsito, que en su artículo 171 dispone: *“El mero hecho de la infracción no determina necesariamente la responsabilidad civil del infractor, si no existe relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido por el accidente”*.

Por otra parte, la ilicitud formal del acto que constituye infracción a una norma legal o reglamentaria no excluye que esa infracción no sea atribuible a una acción de quien aparece como culpable, si el acto no se debe a su acción voluntaria, sino a un caso fortuito (por ejemplo, la rotura de los frenos en un accidente de

tránsito) que, como se expondrá, interrumpe el nexo causal.

Conviene tener presente que a pesar de la analogía con la tipicidad penal, existe una diferencia entre la culpa infraccional en materia civil y la culpa penal. En materia penal se admite el error de prohibición como excusa suficiente, que excluye la culpabilidad.

La culpa civil, por el contrario, atendida la objetividad de la infracción de un deber de cuidado, excluye el juicio de reproche personal, de modo que en esta sede esa excusa no resulta aceptable: la sola infracción es constitutiva de culpa, sin que resulte necesario valorar si el autor del daño tuvo conciencia de que cometía un acto ilícito.

Finalmente, la circunstancia de que una materia esté regulada por la ley no significa que la responsabilidad civil se agote en la culpa infraccional.

Así ocurre, por ejemplo, en la Ley del Tránsito: atendidas las circunstancias (que la calzada esté ocupada por un entierro o procesión o que haya niños en el camino, por ejemplo) puede ocurrir que la velocidad máxima tolerada por la ley resulte imprudente. En otras palabras, el hecho que el legislador defina deberes de cuidado no excluye que el juez construya una regla de diligencia no prevista por la ley.

Excepcionalmente puede ocurrir que el legislador emprenda la tarea de normar orgánicamente una materia (así, el proyecto de ley sobre daño ambiental preveía responsabilidad sólo por infracción a normas ambientales preestablecidas). Surge entonces un problema de interpretación: ¿es orgánica la regulación? Con todo, la regla general será que, en principio, los deberes definidos por el legislador no excluyen el deber general y residual de diligencia, que va más allá de las normas legales o reglamentarias.

En otras palabras, la infracción a estas normas permite dar por establecida la culpa; la observancia, si bien puede ser un indicio de comportamiento debido, no excluye que, sin embargo, se haya actuado negligentemente.

(b) Infracción de Usos Normativos

Tratándose de culpa que resulta de la infracción de usos normativos, además del hecho infractor, habrá que probar la existencia de estos usos.

La noción de usos profesionales se refiere a las reglas de la buena práctica de un oficio o profesión que son reconocidas generalmente como válidas. Esas prácticas tienen la característica de discriminar de un modo más o menos espontáneo entre la conducta correcta o incorrecta. La conducta profesionalmente incorrecta, de acuerdo con dichos usos, infringe el estándar profesional de debido cuidado y en consecuencia, da lugar a un comportamiento culpable.

A pesar de que el poder vinculante de las asociaciones profesionales o gremiales es cada vez más débil, los códigos de estas asociaciones siguen siendo estándares de conducta reconocidos, en la medida que no resulten contrarios a otros principios o reglas del derecho vigente y, en general, ellos tienden a facilitar la carga probatoria.

Sin embargo, no todos esos códigos gremiales de conducta gozan de reconocimiento general, ni están establecidos en beneficio de los terceros que se relacionan con los miembros de la asociación, y su existencia no obsta a que los usos relevantes de buena práctica profesional se encuentren fuera de dichos códigos. Por ello, los códigos profesionales actúan más bien como un indicio acerca de la conducta debida, especialmente, en cuanto establecen deberes positivos de conducta de los asociados para con los terceros y con el público en general.

(c) Infracción de un Deber de Cuidado construido por el Juez

Tratándose de la infracción de un deber de cuidado establecido por el juez, la prueba de la culpa exige un grado de actividad mayor del demandante. Como se ha visto, la determinación de la culpa en tal caso es el resultado de un juicio prudencial y, en consecuencia, el demandante debe probar todas las circunstancias que permitan al juez calificar el acto como negligente (esto es, contrario al deber de cuidado).

Para efectuar ese juicio normativo acerca de la conducta debida, el juez considerará cuestiones de

hecho que son determinantes en el cuidado que emplea un hombre razonable (como la peligrosidad de la acción, la probabilidad del daño, el valor social de la acción, el costo de evitar el accidente, la proximidad de la relación entre el autor del daño y la víctima, y los demás que resulten relevantes).

57. Medios de Prueba

Para probar la culpa pueden emplearse todos los medios probatorios previstos por las reglas generales. A diferencia de lo que ocurre en materia de actos jurídicos, no rige aquí la limitación de la prueba testimonial contemplada en los artículos 1708 y siguientes del Código Civil. La ley sólo le establece límites cuando el actor estuvo en condiciones de procurarse ex ante una prueba escrita, lo que sólo puede ocurrir en el caso de los actos jurídicos.

58. Presunciones de Culpa

El principio general en virtud del cual la culpa debe ser probada por quien la alega, pone con frecuencia a la víctima en una importante desventaja estratégica frente al autor del daño.

Por lo general, el demandante carecerá de los instrumentos probatorios para demostrar que el autor del daño no empleó la diligencia debida, y en los casos más complejos, difícilmente estará en condiciones de probar cual era el deber de cuidado que correspondía observar. En consideración a estas dificultades, el sistema de responsabilidad contempla presunciones de culpabilidad, cuyo efecto es invertir el peso de la prueba en favor de la víctima.

De este modo, sin alterar la naturaleza de la responsabilidad, fundada en la negligencia o dolo, se modifica la posición estratégica de las partes frente a la prueba, correspondiendo al demandante probar el hecho, el daño y la relación causal, y al demandado su diligencia, o la concurrencia de fuerza mayor o de alguna causal de justificación.

El Código Civil establece presunciones de culpabilidad referidas al hecho propio (artículo 2329), las que se refieren al hecho de las cosas (artículos 2323, 2324, 2326, 2327 y 2328) y las que se refieren al hecho ajeno (artículos 2320 y 2322).

En rigor, las dos últimas son también presunciones de culpabilidad por el hecho propio. En el primer caso se presume que el daño causado por una cosa se ha debido al hecho culpable de quien la tiene o de su propietario; en el segundo, que el daño ocasionado por una persona es imputable a una acción u omisión culpable de aquel que la tiene bajo su dependencia o cuidado. Por ello, en los tres casos el objeto de la presunción es un hecho del demandado: sea por su propio hecho que causa daño; sea por el hecho de las cosas de que es dueño o tenedor; sea, finalmente, por no haber sido diligente en la prevención de daños provocados por otras personas que están bajo su dependencia o cuidado.

Este capítulo abordará la presunción de culpabilidad por el hecho propio, pues aquí se analiza precisamente este tipo de responsabilidad. Las presunciones de culpabilidad por el hecho ajeno y el hecho de las cosas serán tratadas en la segunda y tercera parte de este apunte.

59. Presunción de Culpabilidad por el Hecho Propio (art. 2329 CC)

La presunción general de culpabilidad por el hecho propio ha sido estructurada en el derecho nacional a partir de la norma del artículo 2329 del Código Civil.

Según las notas de Bello al Proyecto de Código Civil de 1853, esta norma tiene su origen en las leyes 6, 7, 8 y siguientes del título XV, Partida VII. Es interesante tener presentes algunos de los ejemplos de responsabilidad referidos en esas leyes: se hace responsable de los daños causados a hombres o animales domésticos por trampas ("*cañas, foyas o cepos*") colocadas en lugares donde circulen usualmente hombres y rebaños; de los perjuicios que producen rebaños en estampida; y de los incendios producidos por la quema de

rastrajo cuando hay viento fuerte, entre otras circunstancias. En todos los casos se trata de accidentes evitables, por lo general, con el debido cuidado.

Inicialmente, la doctrina y cierta jurisprudencia consideraron que el artículo 2329 del Código Civil no era sino una repetición de la norma del artículo 2314, cuya única peculiaridad consistía en citar algunos ejemplos o casos de aplicación del principio general de responsabilidad por culpa.

La primera explicación del artículo 2329 bajo una hipótesis de presunción de culpa fue formulada por Carlos Ducci en 1936, probablemente inspirado en la jurisprudencia de la corte de casación de Colombia, que interpretando el artículo 2356 del Código Civil de ese país (idéntico al artículo 2329 del Código Civil chileno), había concluido que la norma establecía una presunción de culpabilidad cuando el daño proviene de actividades caracterizadas por su peligrosidad.

Esta interpretación fue complementada por el mismo Ducci en 1971, señalando que los dos primeros ejemplos del artículo 2329 del Código Civil, tenían por objeto mostrar actividades en que la peligrosidad es un indicio de la culpa. Así parece haberlo entendido también cierta jurisprudencia que, incluso con anterioridad a la memoria de prueba de 1936, y de manera más bien intuitiva, hizo aplicación de la idea de peligrosidad de la acción como demostrativa de culpa.

Luego de la memoria de prueba de Ducci, Alessandri, siguiendo a la doctrina francesa y cierta doctrina colombiana que postulaba una interpretación más amplia del artículo 2356 del Código Civil de ese país, extendió el ámbito de la presunción señalando que el artículo 2329 establece *“una presunción de culpabilidad cuando el daño proviene de un hecho que, por su naturaleza o por las circunstancias en que se realizó, es susceptible de atribuirse a culpa o dolo del agente”*. Según esta tesis, un hecho que por su naturaleza se presume culpable es, por ejemplo, un choque de trenes, pues *“los trenes deben movilizarse en condiciones de no chocar”*.

En contraposición, Ramón Meza Barros ha sostenido una interpretación del artículo 2329 del Código Civil distinta de las ya mencionadas. En su opinión, el inciso primero de la disposición contendría el principio general de la culpa probada, mientras que el inciso segundo sería una enumeración de casos específicos en que rige una presunción de culpabilidad. Nada parece justificar que el inciso primero de la disposición del artículo 2329 sea leído con independencia de los ejemplos del inciso segundo.

Por eso, la interpretación de Alessandri es la que mejor se aviene con el sentido del artículo 2329 del Código Civil. Esta interpretación resulta además coherente con la evolución del derecho comparado en esta materia. Existe también jurisprudencia que la sostiene.

Los más diversos tipos de argumentos han sido planteados para justificar la doctrina de que el artículo 2329 es fundamento para dar por establecida la presunción de culpabilidad por el hecho propio de quien causa el daño:

- (a) Desde un punto de vista exegético, son ilustrativos de la intención del legislador
 - i- la ubicación del artículo 2329, inmediatamente después de las normas que establecen presunciones de culpabilidad por el hecho ajeno (artículos 2320 y 2322) y por el hecho de las cosas (artículos 2323 a 2328), y
 - ii- el enunciado inicial de la norma, *“por regla general todo daño...”*.

En verdad, todo parece indicar que el legislador quiso establecer una regla de clausura del sistema de presunciones que contempla el Código Civil. Según Alessandri, de esta forma se quiso dictar una regla que comprendiere los demás casos análogos que pudiesen haberse omitido. La norma sigue la lógica interna de este sistema de presunciones, agregando algunos hechos que eran de usual ocurrencia a la época de su redacción.

Esta es, por lo demás, la única forma de dar sentido y utilidad a la disposición, pues de lo contrario habría que aceptar que se trata de una innecesaria repetición de la regla del artículo 2314 del Código Civil.

- (b) También existen razones de texto que avalan esta interpretación. La norma no se refiere a todo daño causado por o proveniente de malicia o negligencia, sino a *“todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona”*. Este concepto, ilustrado por los ejemplos del inciso segundo, se refiere a una conducta que por sí misma tiende naturalmente a ser negligente, aún antes de prueba alguna. Es una referencia a un actuar que pueda ser calificado como descuidado y no a algo que es.

El artículo 2329 no exige que se haya acreditado que el daño proviene de dolo o culpa para imponer la obligación de repararlo, sino que obliga al autor a indemnizar cuando es razonable suponerlo, dando a entender que mientras no se establezca lo contrario, pesa sobre el autor del daño la obligación de indemnizar.

Un daño que de acuerdo a la experiencia pueda estimarse como debido a negligencia hace presumir la

culpabilidad, correspondiendo al inculpado descargarse probando su propia diligencia.

Los ejemplos del artículo 2329 también contribuyen en favor de esta interpretación, pues todos se refieren a hechos que por sí solos son expresivos de culpa. Así, en el caso del disparo imprudente de un arma de fuego, la circunstancia que permite inferir la culpabilidad es el peligro implícito en disparar un arma. En la remoción de las losas de una acequia o cañería en una calle o camino sin las precauciones necesarias, y la mantención en mal estado de un puente o acueducto que atraviesa un camino, se está frente a manifiestas omisiones en la acción que justifican la presunción de culpa.

(c) Esta interpretación resulta coincidente también con la experiencia y la razón. Se atribuye en principio responsabilidad a otro, cuando el sentido común y la experiencia indican que el daño provocado en tales circunstancias usualmente se debe a culpa o dolo del que lo causa.

Es lo que en el derecho anglosajón se conoce con la expresión latina *res ipsa loquitur* (“*dejad que las cosas hablen por sí mismas*”).

(d) Desde el punto de vista de la justicia correctiva, la presunción de culpa por el hecho propio se justifica porque resulta a menudo el único camino para poder construir en la práctica la responsabilidad del autor del daño. La presunción es de especial relevancia en caso de accidentes que se deben a algún error en un complejo proceso industrial o de servicios, sin que sea posible determinar, sin embargo, el acto u omisión concretos que lo provocaron. Es el caso, por ejemplo, de los productos defectuosos (fármacos, alimentos), a falta de una legislación que establezca, como en otros ordenamientos, una regla de responsabilidad estricta.

Hay que señalar, por último, que la jurisprudencia coincide en señalar que la enumeración del artículo 2329 no tiene carácter exhaustivo, y ha considerado otros hechos como reveladores de negligencia, tales como los derrumbes que durante la demolición de un edificio causan daños a terceros, la muerte de un transeúnte causada por una línea eléctrica extendida en condiciones peligrosas, la existencia de un pozo descubierto sin señales de prevención, el volcamiento de un carro de ferrocarril por mal estado de la vía férrea.

60. Condiciones de Aplicación de la Presunción

La presunción de responsabilidad por el hecho propio del artículo 2329 del Código Civil reconoce al menos tres grupos de casos de aplicación:

(a) Peligrosidad de la Acción

Aún cuando la interpretación postulada por Ducci haya sido superada por una doctrina posterior, más general, la peligrosidad de la acción sigue siendo un elemento relevante para aplicar la presunción de responsabilidad en caso de accidente, pues quien actúa en ámbitos riesgosos, sea por la probabilidad o la intensidad del daño, esta obligado a adoptar todos los resguardos para evitar que ocurra un accidente; así se explica la temprana jurisprudencia que dio por establecida la culpa por el sólo hecho de ocurrir un choque de trenes.

(b) Control de los Hechos

Tratándose de daños ocasionados por quien está en condiciones de controlar todos los aspectos de su actividad, como ocurre con las personas está a cargo de procesos productivos complejos, quien está en mejor posición relativa para procurarse medios de prueba es precisamente el autor del daño.

Para el lego, e incluso a veces para el experto, no resulta sencillo determinar dónde residió el error de conducta que hizo posible el accidente. Mientras no se demuestre que fue debido a un hecho por el cual no responde el fabricante o el prestador del servicio, la culpa puede ser presumida. Por otra parte, poner la prueba de la culpa de cargo de la víctima, importaría en estos casos, transformar la responsabilidad en una cuestión puramente teórica, justificándose aquí la aplicación de la presunción por razones de justicia correctiva.

(c) El Rol de la Experiencia

Finalmente, existe una buena razón para aplicar la presunción cuando, conforme a la experiencia, cierto tipo de accidentes se deben más frecuentemente a negligencia que a caso fortuito. En otras palabras, si probada la relación causal entre el hecho y el daño, éste último resulta razonablemente atribuible a culpa del autor, debe aplicarse la presunción de responsabilidad por el hecho propio del artículo 2329 del Código Civil.

Mirado desde la perspectiva de la víctima, la presunción de culpabilidad por el hecho propio es un importante correctivo al sistema la responsabilidad por culpa, que limita a las hipótesis de daño causado por culpa probada la responsabilidad del autor del daño, con la consecuencia de que el daño es soportado por lo general por la víctima. La presunción es coincidente con este principio, pero tiene la virtud de invertir el peso de la prueba, poniéndolo sobre aquel que está en mejores condiciones para acreditar los hechos.

61. Naturaleza Jurídica del Juicio de Culpabilidad

El juicio de culpabilidad se refiere a la conducta infractora de un deber de cuidado. A su vez, la determinación judicial del nivel de cuidado debido también se apoya en circunstancias de hecho, tales como el riesgo de la acción, el costo de evitar el accidente o los estándares de debida práctica profesional admitidos como obligatorios. La prueba de estos hechos corresponde en principio a la víctima, a menos que resulte aplicable alguna presunción de culpabilidad.

Por el contrario, el juicio para determinar si se ha actuado o no con infracción de un deber de cuidado es eminentemente normativo, pues supone comparar la conducta efectiva con una regla de conducta, que expresa el estándar de conducta que debía observar el autor del daño. Aún en presencia de normas espontáneas que contribuyen a la determinación del deber de cuidado, el juicio de culpabilidad exige del juez que discrimine entre las meras prácticas y los usos propiamente normativos.

La calificación del juicio de culpabilidad como una cuestión de derecho, y por ende, susceptible de control por la Corte Suprema a través del recurso de casación en el fondo, se justifica además desde el punto de vista de la política judicial, en cuanto favorece el desarrollo de una jurisprudencia uniforme en la definición de los deberes de cuidado.

La tendencia inicial de la jurisprudencia nacional fue a considerar el juicio de culpabilidad como una cuestión de hecho. En la actualidad no existe un criterio uniforme en la materia, aún cuando puede observarse una cierta tendencia a calificarlo como una cuestión de derecho, en el que la culpa es tratada como una materia esencialmente de carácter jurídico.

Por su parte, la doctrina nacional se manifiesta en forma unánime por calificar el juicio de culpabilidad como una cuestión normativa, susceptible de ser revisada por la Corte Suprema mediante el recurso de casación en el fondo.

(E) DOLO. CULPA INTENCIONAL

62. Concepto

El artículo 44 del Código Civil define dolo como *“la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”*. Este es un concepto de dolo extremadamente estricto, y corresponde únicamente al dolo directo, referido a los casos en que el autor no sólo ha previsto y aceptado el daño, sino además ha querido que éste ocurra.

En este tipo de dolo el propósito de la acción es precisamente dañar y, por ello, la conducta es considerada per se ilícita y genera siempre responsabilidad para su autor.

La definición legal excluye las hipótesis de dolo eventual, donde el autor de la conducta no pretende dañar, aunque se representa la posibilidad del daño como una consecuencia de su acción.

El dolo eventual plantea diversas dificultades de aplicación en materia civil. Ante todo, porque la mera

representación y aceptación del daño no son constitutivos de culpa per se, sino en la medida que se incurre en contravención con un estándar de cuidado debido (así, el automovilista que conduce representándose y aceptando la posibilidad de dañar a terceros y causa un accidente por un defecto de su automóvil, en principio no es responsable).

Además, toda forma de dolo supone indagar en la subjetividad del autor, cuestión que presenta severos problemas probatorios.

Por otra parte, la distinción entre dolo directo y eventual carece de importancia práctica si se considera que en materia civil la culpa grave se asimila al dolo, según lo dispuesto en el artículo 44 del Código Civil.

En efecto, la culpa grave se encuentra en la frontera con el dolo y equivale al extremo descuido, que supone exponer a los demás a aquella clase de riesgos que ni aún las personas negligentes están dispuestos a asumir para sí.

En materia civil, un descuido de esta magnitud se asimila al dolo, es decir, se le atribuyen los mismos efectos que se imponen al autor cuando el motivo determinante de la acción es el resultado dañoso.

Mientras en el dolo directo la ilicitud está dada por la voluntad que tiene la intención de dañar, en la culpa grave consiste en la infracción objetiva de un modelo de conducta. Por ello, los problemas que plantea el dolo eventual como fundamento de la responsabilidad se resuelven, generalmente, por la vía de establecer si la conducta del autor del daño ha sido negligente, y, en consecuencia, lo relevante seguirá siendo la infracción a un estándar de debido cuidado.

63. Diferencias entre Culpa Grave y Dolo

Aunque sus efectos sean en principio los mismos, la culpa grave y el dolo plantean algunas diferencias en relación con las condiciones para dar por establecida la responsabilidad.

(a) Prueba del Dolo

Mientras que la culpa es esencialmente objetiva, el dolo se caracteriza por la intencionalidad del autor. A efectos de dar por establecida la culpa grave, bastará acreditar la conducta efectiva y los hechos que muestran que se ha incurrido en esta especie de negligencia, sin que sea necesario probar intención alguna.

(b) Abuso de Derecho

En sentido estricto, se actúa en abuso de un derecho si se tiene la precisa intención de causar daño. Por ello, la más indiscutida expresión del abuso de derecho se asimila al dolo directo.

El ilícito radica en el propósito de dañar que subyace a la acción, que la hace ilícita, a pesar de que formalmente está amparada por un derecho subjetivo.

Esta forma de abuso de derecho resulta incompatible con la culpa. Luego, según esta definición, la responsabilidad que se funda en el ejercicio abusivo de un derecho tiene como antecedente el dolo directo, no la culpa grave.

(c) Cláusulas de Exoneración de Responsabilidad

Las cláusulas de este tipo no pueden excluir jamás el dolo directo, por prohibirlo expresamente el artículo 1465 del Código Civil. En lo que respecta a la culpa grave, en cambio, en principio no hay dificultades para que sea materia de una cláusula de exoneración de responsabilidad, siempre que ésta se refiera a ella en forma específica. Puede ocurrir que alguien esté dispuesto a aceptar el daño debido al extremo descuido de otro.

No hay razón de orden público o buenas costumbres que impida esa convención.

64. Diferencias del Dolo y la Culpa Grave en relación con la Mera Negligencia

Contrariamente a lo que ocurre en materia penal, tratándose de la responsabilidad civil extracontractual los efectos del dolo y la culpa grave son, en principio, idénticos a los de la mera negligencia.

La doctrina tradicionalmente ha sostenido que la norma del artículo 1558 del Código Civil no es aplicable a la responsabilidad extracontractual, de modo que ésta comprendería, tanto si hay dolo o culpa grave, como si solo se ha incurrido en culpa, la reparación de los perjuicios previstos e imprevistos.

Sin embargo, usualmente se incurre en la contradicción de incluir entre los requisitos de la culpa la previsibilidad del daño, con la consecuencia de que no habrá culpa que comprenda los perjuicios imprevisibles.

La previsibilidad suele aparecer, además, al momento de dar por establecida la relación causal entre el ilícito civil y el daño, como se verá al tratar el elemento de la causalidad.

Así, una mirada más atenta permite comprobar que la previsibilidad del daño está de tal modo vinculada a la responsabilidad por culpa, que reaparece como requisito bajo diversas formas, aunque por otro lado se señale que en sede extracontractual no se aplica la limitación que el artículo 1558 del Código Civil establece en sede contractual (el deudor responde de los perjuicios previstos o que pudieron preverse al momento de la celebración del contrato).

En verdad, aunque en principio la responsabilidad extracontractual comprende la reparación de todo daño, según la expresión del artículo 2329 del Código Civil, ocurre que para dar por establecida esa responsabilidad es necesario construir normativamente los conceptos de culpa y de causalidad, de modo que si en esas sedes la previsibilidad es elemento condicionante de la responsabilidad por culpa, quedan fuera de su ámbito reparatorio natural los perjuicios imprevisibles (por mucho que se proclame la aplicación restrictiva del artículo 1558 del Código Civil).

Finalmente, debe tenerse presente que la gravedad de la culpa no es indiferente en la práctica jurisprudencial relativa a la reparación del daño moral.

En esta materia se ha abierto un amplio espacio en la responsabilidad extracontractual. Los jueces al momento de valorar el daño moral no son indiferentes a la gravedad del ilícito, ni a la intensidad del daño sufrido.

La indemnización del daño moral tiene así una función latente de pena civil además de la estrictamente reparatoria. Ello trae por consecuencia que los daños provocados por el dolo o culpa grave tienden a dar lugar a indemnizaciones mayores que las debidas a la mera negligencia.

III. EL DAÑO

65. El Daño es Condición de la Responsabilidad Civil

Como se destacó al inicio de este curso, el daño es condición de la responsabilidad civil extracontractual.

En esto existe una marcada diferencia con el derecho penal, que en ciertos casos impone responsabilidad sin exigir la ocurrencia de un daño (en los denominados delitos de peligro) y que castiga incluso la mera tentativa y el delito frustrado. En materia civil, por el contrario, sin daño no hay responsabilidad.

Así también lo ha entendido la jurisprudencia nacional, que ha afirmado que *“el daño es un elemento indispensable de la responsabilidad extracontractual [sic]”*; que la procedencia de las indemnizaciones provenientes del daño *“presupone la existencia de un perjuicio, menoscabo, disminución o pérdida para quien lo experimenta o sufre...”*; y, que *“la característica esencial del delito civil consiste en que el hecho ilícito que importa, infiera injuria o daño a otra persona,*

circunstancia ésta que marca su diferenciación con el delito penal”.

Por otra parte, el daño es una condición de la pretensión indemnizatoria, de modo que ésta sólo nace una vez que el daño se ha manifestado. Así, se ha fallado que *“tratándose de un cuasidelito civil, para que nazca el derecho es necesario que concurra el daño y si este elemento falta, no ha nacido el derecho para demandar perjuicios”*. Como se expondrá, este aspecto es de importancia para determinar el inicio del cómputo del plazo de prescripción de esa acción.

66. Concepto de Daño

El Código Civil no contiene un concepto de daño. Según la antigua definición de Escriche, éste es el *“detrimento, perjuicio o menoscabo que se recibe por culpa de otro en la hacienda o la persona”*. En materia civil, el daño es sinónimo de perjuicios.

En doctrina han coexistido dos conceptos de daño. En un sentido estricto, el daño ha sido entendido como la lesión o pérdida de un derecho de la víctima; en un sentido amplio, se ha afirmado que es toda *“pérdida, disminución, detrimento o menoscabo”* que se sufre en la persona o bienes, o *“en las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales”* siempre que éstos sean lícitos, y aunque la pérdida, disminución, detrimento o menoscabo no recaiga sobre un derecho de la víctima.

La opinión dominante es que el daño no sólo se refiere al menoscabo de un derecho, sino también a la lesión de cualquier interés cierto y legítimo de la víctima. La jurisprudencia nacional se ha pronunciado mayoritariamente en este sentido. Así, por ejemplo, se ha fallado que *“daño es todo menoscabo que experimente un individuo en su persona y bienes, la pérdida de un beneficio de índole material o moral, de orden patrimonial o extrapatrimonial”*.

De la misma forma que lo ha hecho la jurisprudencia francesa, se ha aplicado este concepto amplio de daño en el caso de una madre que demandó el resarcimiento del daño material sufrido por la muerte de su hijo ilegítimo, fundada en la ayuda pecuniaria que éste le proporcionaba, y se ha fallado que de acuerdo al derecho nacional *“no es factor decisivo para acoger la acción, el de que no se haya justificado su calidad de heredera de la víctima”*.

Con todo, esta noción de daño plantea la difícil pregunta acerca de los límites en materia de intereses cautelados por la acción indemnizatoria. En otros términos, lo que se trata es determinar cuáles son los intereses que el derecho considera dignos de protección y que, una vez lesionados, darán derecho a la víctima a ser indemnizada, y cuáles carecen de dicha protección.

Si bien la determinación de la existencia de un interés de la víctima es una cuestión que pertenece al ámbito de los hechos, el problema de los límites de la reparabilidad es de carácter normativo.

En principio, puede afirmarse que todo perjuicio a un interés vital es considerado daño, a menos que se trate de un interés ilegítimo, y que éste será tal cuando resulte contrario al orden público, a la moral, o a las buenas costumbres.

No obstante, la noción de daño excluye aquellas incomodidades o molestias que las personas se causan recíprocamente como consecuencia normal de la vida en común. Por ello, para que pueda hablarse de daño como fundamento de la responsabilidad civil éste debe ser significativo.

67. Tipos de Daño

El artículo 2314 del Código Civil, que contiene el principio general de la responsabilidad por culpa, se refiere sólo genéricamente a la indemnización, sin atender a los tipos de daño. Por su parte, el artículo 1556, que por su carácter general resulta igualmente aplicable al ámbito extracontractual, establece que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante. En un desarrollo extra legem (que, en verdad en contra legem si se atiende a la norma del artículo 2331 del Código Civil), la jurisprudencia ha ampliado la reparación al daño moral. Para ello se buscó tempranamente refugio en el artículo 2329 del Código Civil que extiende la reparación a todo daño que pueda imputarse a dolo o negligencia de otra persona.

En definitiva, atendiendo a la naturaleza del bien lesionado, los daños reparables han sido clasificados

tradicionalmente en dos grandes categorías:

- (a) Daños materiales o patrimoniales.
- (b) Daños morales o extrapatrimoniales.

Además, la doctrina ha desarrollado una tercera categoría que comprende los denominados daños corporales, que si bien participan de las características de las dos categorías tradicionales, plantean ciertas particularidades (como en materia de daño mediato) que justifican su tratamiento por separado.

En este tipo de daños es fácil confundir la materialidad de la lesión corporal con el daño en sentido jurídico. La lesión corporal da lugar a un daño material, de carácter patrimonial, en la forma de daño emergente (costos del tratamiento médico, por ejemplo) y de lucro cesante (incapacidad absoluta o relativa para ganarse la vida). Fuera de este ámbito patrimonial, las lesiones corporales constituyen daño moral para la víctima.

Los daños corporales generan consecuencias tanto de índole patrimonial (la pérdida de la capacidad de trabajo, por ejemplo) como extrapatrimonial (el dolor, la aflicción o el decaimiento de ánimo a consecuencia de las lesiones corporales) y, excepcionalmente, llevan aparejados daños a víctimas indirectas (como el daño moral ocasionado a los parientes de la víctima) que, a veces, la jurisprudencia extiende aún en caso de lesiones que no causan la muerte.

El principio general en materia de indemnización es que ésta comprende todo daño, es decir, que la indemnización debe ser íntegra, debiendo producirse una equivalencia entre el daño generado y la indemnización pagada (con la sola excepción de lo dispuesto en el artículo 2331 del Código Civil que en la práctica ha caído en desuso). Así se desprende de los artículos 2314 y 2329 del referido código.

68. Daño Material

Es daño material el que afecta el patrimonio, y se manifiesta en la diferencia entre el estado y posición económica de la víctima después de ocurrido el accidente, y la situación en que hipotéticamente se encontraría en caso de que éste no hubiere ocurrido. El daño material se calcula, en consecuencia, siguiendo el principio de la diferencia entre la situación patrimonial efectiva y la hipotética, si no hubiese ocurrido el hecho por el cual se responde.

El daño material puede ser de dos clases: (a) daño emergente, y (b) lucro cesante.

69. Daño Emergente

Consistente en la pérdida o disminución patrimonial, actual y efectiva que sufre la víctima a causa del accidente. A consecuencias del daño emergente el activo del patrimonio pesa menos. El daño emergente puede consistir en la destrucción o el deterioro de cosas que poseen valor económico, en los costos en que ha de incurrir la víctima a causa del accidente, o bien, en un perjuicio puramente económico.

Tratándose de la destrucción de una cosa, la indemnización corresponderá a su valor de reposición, según el estado en que se encontraba antes del hecho. Si la cosa sufre deterioro, la indemnización debe consistir en la suma que es necesario gastar para su completa reparación, y la víctima tiene derecho a ser compensada además por el menor valor que tenga la cosa después de reparada. Habrá casos en que la reparación resulte más costosa que la cosa misma (ciertos automóviles, por ejemplo); en tal evento, el restablecimiento al estado patrimonial inmediatamente anterior al accidente se logrará pagando a la víctima el precio de la cosa.

También constituyen daño emergente los gastos en que debe incurrir la víctima a causa del accidente, por concepto de hospitalización, honorarios médicos, medicamentos, arriendo de un vehículo que reemplace al dañado mientras dura la reparación y otros semejantes.

Los daños económicos o puramente patrimoniales, en tanto, son aquellos que no se traducen en detrimento de cosas determinadas, pero que, sin embargo, afectan al patrimonio. Tal es el daño que sufre el comerciante que es víctima de competencia desleal, si su negocio pierde valor a consecuencia de publicidad

engañosas. A diferencia de lo que ocurre en el common law, en nuestra tradición jurídica nada obsta para incluir estos daños en la reparación, pues bajo el principio de la diferencia toda pérdida patrimonial neta da lugar a un daño indemnizable.

70. Lucro Cesante

Puede definirse como la pérdida del incremento neto que habría tenido el patrimonio de la víctima de no haber ocurrido el hecho por el cual un tercero es responsable.

Refiriéndose a la materia, la jurisprudencia nacional ha afirmado que *“la característica de esta clase de daño se produce por lo que el actor deja de percibir como consecuencia del hecho ilícito”*. Se ha fallado que el lucro cesante *“lo constituyen los intereses del capital en que se avalúa ó estima el monto real y efectivo del perjuicio causado”* [sic].

También es lucro cesante la pérdida de oportunidades de uso y goce de la cosa dañada, aún cuando ésta pérdida no se traduzca en perjuicio económico presente, como el que experimenta la víctima que se ve obligada a dejar de usar su automóvil, deteriorado a consecuencia de un accidente. Por el contrario, el mismo daño será calificado de daño emergente si la víctima se ha procurado un automóvil arrendado.

La determinación del lucro cesante considera un grado razonable de probabilidad en la percepción de los ingresos futuros, y obedece a una proyección del curso normal de los acontecimientos, atendidas las circunstancias particulares de la víctima.

Existen casos en que esa probabilidad es cercana a la certeza, como ocurre en general con el dinero.

En ese evento, el lucro cesante será igual al interés que la víctima habría ganado de no mediar el hecho.

Pero, en general, la probabilidad de ganancia será más incierta, y de ahí que la jurisprudencia haya concluido que *“para avaluar el lucro cesante, deben proporcionarse antecedentes más o menos ciertos que permitan determinar una ganancia probable que dejó de percibirse a consecuencia del delito o cuasi-delito”* [sic].

La certidumbre del daño, que la doctrina suele señalar como condición de su reparabilidad, debe ser calificada en el caso del lucro cesante, pues rara vez habrá certeza de que el provecho se habría efectivamente producido. El cálculo del lucro cesante exige, en consecuencia, aplicar un cálculo probabilístico de su efectiva ocurrencia.

El lucro cesante será determinado usualmente por medio de presunciones e informes periciales.

La prueba deberá demostrar usualmente que la víctima percibía ingresos, y que los habría seguido percibiendo de no mediar el daño. En otros casos deberá mostrarse una expectativa razonablemente probable de que se habría obtenido el beneficio. En el caso del lucro cesante, el requisito de la certidumbre del daño expresa esa razonable probabilidad mínima de su ocurrencia.

71. Daño Moral. Nociones

El daño moral ha sido objeto de reparación sólo en el último siglo. El Código Civil no contiene una definición de daño moral, y la única norma que indirectamente se refiere a él en el título respectivo, lo hace para excluir su reparación, a propósito de la injuria (artículo 2331).

La Corte de Casación francesa durante la segunda mitad del siglo diecinueve, y sobre la base de normas muy similares a las de nuestro Código Civil, comenzó a reconocer la procedencia de la indemnización de este tipo de daño. Hasta esa época, tradicionalmente se entendió que el único daño indemnizable era el de carácter patrimonial al que alude el artículo 1556 del Código Civil.

Esta evolución jurisprudencial se ha visto alentada por la creciente valoración de los bienes de la personalidad, cuya incorporación definitiva al derecho privado favoreció el reconocimiento del daño moral en los sistemas de la responsabilidad civil.

El daño moral puede ser definido como el dolor, pesar o molestia que sufre una persona en su sensibilidad física, en sus sentimientos o afectos o en su calidad de vida.

De ahí entonces que la indemnización del daño moral se identifique en general con la expresión latina *pretium doloris* o *“precio del dolor”*.

Con todo, la noción de daño moral entendido como el dolor (en un sentido amplio) o las molestias ocasionadas en la sensibilidad física del individuo, no está exenta de críticas, entre otras razones, porque excluiría las demás manifestaciones de esta especie de daño, como los perjuicios estéticos o la alteración de las condiciones de vida, de amplio reconocimiento en el derecho comparado.

Así se explica que, siguiendo una definición restrictiva del concepto general de daño, cierta jurisprudencia haya definido el daño moral como aquél que lesiona un derecho extrapatrimonial de la víctima. Así, se ha fallado que *“se entiende el daño moral como la lesión o agravio, efectuado culpable o dolosamente, de un derecho subjetivo de carácter inmaterial o inherente a la persona y que es imputable a otro hombre”*.

Sin embargo, como se ha visto, en nuestra tradición jurídica el daño no se restringe a la lesión de un derecho, sino de un legítimo interés. Por eso, se puede definir el daño moral en un sentido amplio, como la lesión a los intereses extrapatrimoniales de la víctima, de esta forma es posible comprender en la reparación todas las categorías o especies de perjuicios morales (y no sólo el pretium doloris).

Por ello, resulta más fácil definir el daño moral en términos negativos, como todo menoscabo no susceptible de evaluación pecuniaria, esto es, como sinónimo de daño no patrimonial.

Siguiendo la opinión mayoritaria que adscribe a un concepto genérico de daño como lesión de cualquier interés cierto y legítimo, en el último tiempo, el daño moral ha tendido a expandirse para cubrir cualquier interés legítimo de la víctima. Una clasificación elemental de estos tipos de intereses susceptibles de perjuicio moral comprende:

(a) Atributos de la personalidad, tales como el honor o la honra, la intimidad o la propia imagen, cuya lesión involucra generalmente aspectos patrimoniales y extrapatrimoniales.

(b) Intereses relacionados con la integridad física y psíquica, tales como el dolor corporal, los perjuicios estéticos o de agrado; cualquier deterioro del normal desarrollo de la vida familiar, afectiva o sexual; los daños en la autoestima a consecuencia de lesiones o la pérdida de miembros; y los llamados perjuicios de afección, ocasionados por el sufrimiento o muerte de un ser querido.

En una extensión más bien exorbitante del perjuicio afectivo, los tribunales incluso han dado lugar a daño moral por la pérdida o daño a cosas corporales.

(c) Intereses relacionados con la calidad de vida en general: Constituyen lesiones a estos intereses las molestias ocasionadas en razón de la vecindad, tales como ruidos molestos, humos y malos olores, algunos daños ecológicos; muchos daños a intereses relacionados con la integridad física y psíquica afectan, asimismo, la calidad de vida de la víctima (daños de agrado, derivados de la imposibilidad o la disminución de la capacidad de disfrutar las ventajas o placeres que en circunstancias normales pueden esperarse de la vida).

A pesar de los intentos por definirlo, el daño moral sigue siendo un concepto de límites difusos, que deja abierta la pregunta acerca de las molestias en la sensibilidad física o de los menoscabos en los sentimientos o en la calidad de vida que la sociedad nos impone tolerar como precio de la vida en común, y cuáles en cambio, darán origen a responsabilidad civil.

En pocas materias del derecho civil patrimonial se diferencian más intensamente los sistemas jurídicos contemporáneos que la respuesta a estas preguntas. Asimismo plantea la relevante pregunta acerca de los límites del daño moral con el patrimonial.

72. Evolución del Daño Moral en el Derecho Nacional

Como se ha señalado, el Código Civil no contiene un concepto de daño moral, y tampoco normas que se refieran a su reparación. Por esta razón, y siguiendo la experiencia francesa, en nuestro derecho el daño moral fue objeto de un desarrollo eminentemente jurisprudencial.

En una primera etapa, que puede entenderse comprendida entre la dictación del Código Civil y el comienzo de los años veinte, la jurisprudencia nacional se mostró contraria a conceder indemnización por daño moral.

El principal argumento para rechazarla fue la imposibilidad de apreciar pecuniariamente el tipo de derechos o intereses afectados por esta especie de daño, razón por la que se estimaba quedaban al margen del sistema de obligaciones del Código Civil.

El cambio en la tendencia jurisprudencial dominante hasta esa época se advierte a partir de una

sentencia dictada por la Corte Suprema, con fecha 16 de diciembre de 1922, conociendo de un recurso de casación en el fondo deducido por el demandante, quien reclamaba una indemnización por el daño que le había ocasionado la muerte de su hijo de 8 años, atropellado por un tranvía. Esta fue la primera sentencia en reconocer la procedencia de la indemnización por daño moral en nuestro país.

Los argumentos invocados por la Corte Suprema para fundar la decisión en ese fallo de 1922, muestran importantes características del daño moral, tal como ha sido reconocido por la jurisprudencia posterior (se agregan en cada caso comentarios a los considerandos):

El artículo 2329 el Código Civil prescribe que por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado sin distinguir la naturaleza de éste, *“pues los términos absolutos del artículo 2329... excluyen toda distinción”* (criterio exegético, extrapolado sin embargo a una interpretación objetiva de la norma del artículo 2329 del Código Civil, pues difícilmente puede ser atribuido al legislador la intención de dar lugar a la reparación de perjuicios puramente morales).

“Que la consideración de que la muerte sea un mal irreparable en el sentido literal no legal de la palabra, no excluye la responsabilidad establecida por la ley, porque en Derecho Civil, esta responsabilidad no existe sólo cuando puede restablecerse en absoluto el derecho lesionado, sino también en los casos en que no es posible alcanzar esa reparación absoluta, como en el de infracción de obligaciones de no hacer, y otros análogos en que, siendo imposible ese restablecimiento, la sanción, por voluntad del Legislador, se transforma en otra, destinada a satisfacer los fines de la ley” (la indemnización del daño moral ya aparece delimitada en su función punitiva, más que puramente reparatoria).

“...la reparación del daño causado, no puede obtenerse en muchos casos de un modo absoluto; y para alcanzar una reparación relativa, no existe otro medio que la sanción pecuniaria...”, para luego agregar que *“el Legislador ha dado a los Tribunales facultades discrecionales... facultándolos, implícitamente, en todos [los casos], para regular prudencialmente esa reparación, tomando en cuenta los diversos grados de culpa, y la naturaleza del mal causado”* (se destaca aquí la función compensatoria, ya que la indemnización del daño moral no puede ser estrictamente reparatoria, y se agregan importantes consideraciones punitivas, como que el monto de la indemnización no sólo depende de la *“naturaleza del mal causado”* sino también de *“los diversos grados de culpa”*).

Al hablar de los daños inferidos a las personas, el legislador ha comprendido tanto los de orden material *“como los de orden inmaterial o psíquico”*, pues unos y otros están comprendidos en el sentido absoluto y genérico de la expresión todo daño, y así lo corrobora el hecho que haya estimado necesario excepcionar de la responsabilidad por *“ciertos daños de carácter puramente moral”*, como los contemplados en el artículo 2330 [¿2331?], *“lo que prueba que los considera comprendidos en la regla general del artículo 2329”* (argumento a contrario adaptado a la interpretación amplia del artículo 2329 del Código Civil).

“...las disposiciones del Derecho Civil y del Derecho Penal, en lo referente a la responsabilidad por los actos ilícitos se completan, pues lo civil es sin perjuicio de la pena que corresponde al delincuente, y lo penal lleva consigo la acción para obtener reparación o indemnización debida al ofendido... el Derecho Penal impone responsabilidades por actos ilícitos que producen daños meramente morales o de orden inmaterial...” (analogía penal de la indemnización del daño moral).

“...la falta de equivalencia entre el mal producido y la reparación concedida, y la repugnancia para estimarlo en dinero, no demuestran sino la insuficiencia de los medios de que el Legislador puede disponer para alcanzar el completo restablecimiento del derecho; pero no que deba dejar de aplicarse la sanción que el mismo establece como represión o reparación de los actos ilícitos” [sic], (otra vez aparecen unidos criterios de justicia represiva (penal) y compensatoria (civil) en la reparación del daño moral).

En adelante, numerosos fallos siguieron haciendo aplicación de estos y otros criterios para acoger la indemnización por daño moral. En el mismo sentido se pronunció la doctrina nacional a partir de los años treinta. A los argumentos del fallo de 1922 se agregaba la circunstancia de que diversos preceptos constitucionales y legales comenzaron a hacer referencia expresa a la indemnización por daño moral.

El artículo 20 de la Constitución Política de 1925 hacía procedente la indemnización de los daños meramente morales que hubiere sufrido injustamente un individuo, en cuyo favor se dictare sentencia absolutoria o sobrestamiento definitivo; en términos similares se refiere al daño moral la norma del artículo 19 N° 7 letra i) de la Constitución Política de 1980; el Decreto Ley N° 425 sobre abusos de publicidad (hoy recogido en la Ley N° 16.643), consideraba la indemnización del daño meramente moral que sufriere el ofendido, en los delitos de injuria o calumnia cometidos a través de ciertos medios de comunicación; y, ciertas disposiciones del Código Penal, que condenan a indemnizar esta clase de daños (como el antiguo artículo 215,

sobre el delito de usurpación de nombre, o el artículo 370, de aplicación común a los delitos de violación, estupro o rapto).

Con todo, superado el problema inicial de la aceptación de la indemnización del daño moral en el derecho nacional, resta aún responder a la pregunta sobre el sentido de la indemnización de esta especie de daño.

Lo cierto es que la indemnización por daño moral presenta caracteres diferentes a la que se concede por daños patrimoniales, que, según se ha dicho, persigue recomponer, mediante una reparación en dinero, la situación patrimonial que tendría la víctima de no haber ocurrido el accidente. Tratándose del daño moral o extrapatrimonial, en cambio, aquello que se pierde o deteriora no tiene un valor de intercambio que pueda servir para reparar la pérdida por equivalencia.

En este caso, la indemnización sólo puede tener una función compensatoria del daño con un beneficio, reconociendo una ventaja pecuniaria a quien ha debido soportar esa carga.

La indemnización del daño moral tiene, por eso, naturaleza compensatoria del mal: éste no puede ser propiamente reparado, en la medida que, a diferencia de lo que ocurre con los daños patrimoniales, no es posible restituir a la víctima a la situación en que se encontraba antes de sufrir el accidente.

Aunque en los fallos se use con frecuencia el término “reparación”, en verdad se alude a la función compensatoria de la indemnización. Así, se ha fallado que “*su reparación monetaria sólo puede procurarse, en lo posible, que el perjudicado obtenga en reparación, satisfacciones racionalmente equivalentes que sean de la misma índole*”.

Como lo expresa Alessandri, “*las penas con pan son menos*”; la indemnización del daño moral persigue en verdad hacer de nuevo la vida más liviana a quien ha soportado una dura carga.

Más allá de esta función compensatoria, una revisión detallada de la jurisprudencia nacional permite advertir que la indemnización del daño moral también ha tenido tradicionalmente una marcada función retributiva. Así lo demuestra el hecho que en la valoración de esta especie de daño usualmente sea considerada no sólo la entidad del daño sino también la gravedad de la culpa.

Desde la primera sentencia que dio lugar a la indemnización por daño moral, la jurisprudencia nacional ha señalado que a pesar de no alcanzar el objetivo de lograr la restitución de la víctima al estado anterior, la compensación se justifica como una forma de “*aplicarse la sanción que él mismo [el derecho] establece como represión o reparación de los actos ilícitos*”. Del análisis de la jurisprudencia parece desprenderse que el objeto de la indemnización del daño moral no sólo es compensar por aquello que no puede restituirse, sino además, retribuir el mal causado mediante la aplicación de una sanción civil. Por ello, la indemnización de esta especie de daño es identificada, usualmente, como una pena privada, establecida en beneficio de la víctima, como originalmente lo expuso Ripert.

Esta calificación lleva, con todo, a replantear un supuesto fundamental del sistema de la responsabilidad civil, como es que su objetivo es la reparación completa, prescindiendo de la causalidad de la culpa o dolo del autor del daño.

73. Principios que rigen la Determinación del Daño Indemnizable. Enumeración

Los principios que rigen la determinación del daño en el derecho nacional son los siguientes:

- indemnización debe ser completa.
- sólo comprende daños directos.
- daño debe ser cierto.
- daño debe probarse.
- sólo comprende los daños sufridos personalmente por la víctima.
- regulación del monto de la indemnización es facultad privativa de los jueces del fondo.

74. La Indemnización debe ser Completa

La Corte Suprema ha resuelto que la ley “*obliga a indemnizar el daño, a reparar el perjuicio causado por el hecho ilícito, reparación que, es obvio, deberá ser completa, esto es, igual al daño que se produjo, de modo que permita a la víctima*

reponer las cosas al estado en que se encontraban a la fecha del acto ilícito”.

En opinión de Alessandri, de este principio emanan las siguientes consecuencias:

1° El monto de la reparación depende de la extensión del daño y no de la gravedad del hecho.

2° La reparación comprende todo el perjuicio sufrido por la víctima que sea una consecuencia necesaria y directa del delito o cuasidelito.

3° El monto de la reparación no puede ser superior ni inferior al daño.

Por otra parte, y como se ha expuesto, la doctrina y jurisprudencia nacional están de acuerdo en que la indemnización debe incluir tanto el daño material como el daño moral.

Además, la indemnización debe considerar elementos que permitan dejar a la víctima en la situación en que probablemente se encontraría de no haber ocurrido el accidente, y en consecuencia, debe incluir reajustes e intereses.

Con todo, determinar el momento a contar del cual deban aplicarse los reajustes y los intereses ha sido objeto de discusión en la jurisprudencia, cuestión que es distinta tratándose de daño material o daño moral.

En relación con el daño patrimonial, algunas sentencias se pronuncian por aplicar reajuste e intereses desde la fecha del ilícito. En otros casos se ha fallado que deben aplicarse aquí las normas que regulan la mora (artículo 1551 del Código Civil), y que en consecuencia, los reajustes e intereses corren sólo desde la presentación o desde la notificación de la demanda.

Por último, algunos fallos han sostenido que los reajustes e intereses deben considerarse sólo desde la dictación de la sentencia que impone la obligación de indemnizar, e incluso desde que ésta queda ejecutoriada.

En verdad sólo se cumple el principio de que la indemnización deba ser completa si los reajustes e intereses son contabilizados desde que el daño se produce. Estos sólo expresan la cautela del valor (reajustes) como el costo de haber estado privado del goce del bien perdido o lesionado (intereses). Por lo demás, las normas sobre la mora tienen marcado carácter contractual, como se infiere del análisis más detallado del artículo 1551 del Código Civil.

A diferencia de lo que ocurre en materia contractual, la obligación indemnizatoria en sede extracontractual nace con ocasión del mero ilícito que causa daño; no existe una obligación preexistente que se deba tener por incumplida como condición de la responsabilidad, como ocurre con el requisito de la mora en sede contractual.

Tratándose del daño moral, en cambio, la determinación del cómputo del reajuste y los intereses debe regirse por reglas diversas. La valoración de esta especie de daño sólo puede hacerse en la sentencia que ordena indemnizarlo, considerando las circunstancias relevantes del hecho; antes de la sentencia el daño moral no puede ser cuantificado. Por consiguiente, debe preferirse la opinión de que corresponde aplicar reajustes e intereses sólo a contar de la dictación de la sentencia.

A contrario sensu del principio referido en éste párrafo, la indemnización no puede ser superior al daño efectivo, es decir, no puede ser fuente de enriquecimiento sin causa para la víctima.

Con todo, esta conclusión no resulta consistente con el aspecto punitivo que asume el daño moral: en la medida que en su valoración se considera la gravedad de la culpa, la indemnización deja de ser objetivamente compensatoria.

La jurisprudencia nacional tiende a actuar desaprensivamente en la materia, con la consecuencia de que no resulta posible establecer un estándar común para daños análogos. La cuestión plantea preguntas análogas a las que han surgido en otros sistemas jurídicos; especialmente la que se refiere a la extensión del derecho civil hacia un ámbito estrictamente sancionatorio y a sus funciones de prevención general, que lo sitúan en los límites del derecho penal, sin que se adopten, sin embargo, los resguardos que la dogmática penal establece para la imposición de una pena.

En resumen, las consecuencias que se siguen de la aplicación del principio en virtud del cual se exige que la indemnización sea completa, son las siguientes:

- indemnización comprende tanto el daño material como el daño moral.
- indemnización comprende reajuste e intereses, que se cuentan de distinta forma dependiendo la especie de daño (patrimonial o moral).
- a contrario sensu, la indemnización sólo comprende el daño efectivo y no puede convertirse en

fuentes de enriquecimiento para la víctima, con la reserva de la evolución jurisprudencial que atribuye a la indemnización del daño moral no sólo un fin compensatorio, sino, además, uno estrictamente sancionatorio (pena civil).

75. La Indemnización sólo comprende Daños Directos

Este principio es análogo al que rige la indemnización en materia contractual (artículo 1558 del Código Civil). La doctrina ha expresado que el daño es directo cuando *“es una consecuencia cierta y necesaria del hecho ilícito”*.

Por oposición, el daño es indirecto cuando entre éste y el hecho doloso o culpable han intervenido causas extrañas, que impiden que pueda ser razonablemente atribuido a este último.

Tratándose de responsabilidad extracontractual, el requisito de que el daño sea directo expresa más bien una exigencia de causalidad, cuyo sentido es evitar que la indemnización se extienda indefinidamente en la cadena causal entre el hecho y sus consecuencias. Como se expondrá, la causalidad es un concepto eminentemente normativo. Por consiguiente, no sólo es relevante la vinculación fáctica entre el hecho y el daño, sino su razonable proximidad. En otros términos, lo que se exige es que el daño indemnizable pueda ser razonablemente atribuido al hecho.

76. El Daño debe ser Cierto

La doctrina tradicionalmente ha distinguido entre el daño cierto y el puramente eventual o hipotético, que no concede acción indemnizatoria.

Lo anterior no obsta a que, en ciertos casos, el daño eventual de origen a ciertas acciones preventivas. En el derecho nacional el daño eventual concede (a) la acción posesoria de denuncia de obra ruinoso, regulada en los artículos 932 y 948, y (b) la acción popular para evitar daños contingentes a que se refiere el artículo 2333.

En verdad, la exigencia de certidumbre es característica del daño emergente. El lucro cesante, en cambio, se refiere por definición a una probabilidad basada en el curso normal de los acontecimientos, que supone una estimación razonable de la situación en que se habría encontrado la víctima de no mediar el hecho ilícito.

La determinación del lucro cesante se efectúa en concreto, tomando en consideración la situación particular de la víctima, y estimando prudencialmente la probabilidad del beneficio esperado.

Un ejemplo típico de cálculo probabilístico es el accidente sufrido por un caballo de carreras que es lesionado por un hecho culpable de un tercero antes de salir a disputar un gran premio; la indemnización del lucro cesante referido a ese evento podría determinarse sobre la base del cociente del monto del premio y de la probabilidad que el caballo tenía de ganar la carrera. Un umbral mínimo de probabilidad resulta con todo exigible, para evitar que la reparación de la expectativa de ganancia se extienda a lo definitivamente incierto.

77. El Daño debe Probarse

Este principio rige casi sin limitaciones tratándose del daño material, salvo respecto a los perjuicios relativos al uso del dinero, para cuya valoración se recurre usualmente al interés corriente, sin necesidad de otras pruebas. No ocurre lo mismo con el daño moral.

(a) Daño Material. Puede ser acreditado haciendo uso de todos los medios de prueba. En lo que respecta al lucro cesante, estos medios consistirán usualmente en presunciones e informes periciales.

Por lo general, la prueba del daño es extremadamente complicada, tanto es así que el artículo 173 del Código de Procedimiento Civil concede a las partes la facultad de reservarse el derecho a discutir sobre la especie y monto de los perjuicios en la ejecución del fallo o en otro juicio diverso. Con todo, su aplicación en

el ámbito de la responsabilidad extracontractual ha sido objeto de discusión por la jurisprudencia, como se expondrá más adelante.

(b) Daño Moral. Tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritaria coinciden en señalar que el daño moral no requiere prueba. Según la opinión dominante, basta que la víctima acredite la lesión de un bien personal para que se infiera el daño, por ejemplo, la calidad de hijo de la víctima que fallece en un accidente.

Por otra parte, si bien los bienes o intereses lesionados en esta especie de daño no son susceptibles de cambio o de reparación, su evaluación se efectúa prudencialmente.

A diferencia de los daños patrimoniales, que pueden ser objeto de determinación más o menos exacta, el dolor físico o espiritual, el deterioro de la calidad de vida o la pérdida de autoestima no pueden ser cuantificados en forma precisa. Por ello, como se ha expuesto, la indemnización por daño moral es compensatoria, jamás reparatoria, y su determinación queda entregada a la apreciación prudencial del juez.

Siguiendo este criterio, se ha fallado que la circunstancia de no haber indicado el actor el monto de la indemnización pedida por el daño moral ocasionado por el accidente, no puede causar el vicio de ultra petita una sentencia recaída en una acción indemnizatoria por esta especie de daño.

A lo anterior se agrega, como se ha expresado, que la jurisprudencia ha tendido a otorgar a la indemnización por daño moral un carácter retributivo o punitivo del acto impropio. Por ello, las facultades económicas del ofensor y de la víctima, la gravedad de la culpa o la intensidad del ilícito suelen ser factores relevantes al determinar la indemnización por daño moral.

Mientras más intenso el juicio de reproche, mayor será la indemnización, y a la inversa, tratándose de daños producidos con ocasión de conductas socialmente valiosas (como los actos de rescate o de servicio gratuito), ésta tenderá a ser más moderada.

Análogamente, la indemnización también atiende a la potencia económica del demandado, pues la “*pena civil*” es entendida como intimidación (lo que incentiva la búsqueda de responsables provistos de deep pocket, según un concepto popularizado en el lenguaje judicial norteamericano).

Todos estos criterios de determinación del daño moral en concreto entrañan, por un lado, el riesgo de subjetividad e impredecibilidad inherente a cualquier juicio discrecional y, por otro, de la transformación subrepticia del derecho civil en un ordenamiento retributivo, en vez de compensatorio.

Por estas razones, en algunos sistemas comparados, la jurisprudencia o la legislación han intentado construir parámetros objetivos que permitan orientar las decisiones judiciales en materia de determinación del quantum indemnizatorio, elaborando tablas o baremos que fijan un marco de referencia a las indemnizaciones.

Ello persigue moderar la tendencia que se hizo explosiva en la jurisprudencia norteamericana de expandir las indemnizaciones punitivas (punitive damages) fuera de todo rango previsible.

En resumen, puede decirse que los principios que rigen la determinación del daño moral en la jurisprudencia nacional son los siguientes:

- daño moral no requiere prueba.
- atendida la naturaleza de los bienes o intereses lesionados, su determinación no está sujeta a parámetros exactos, y está entregada a la apreciación prudencial del juez.
- determinación de la indemnización considera usualmente criterios punitivos, tales como la gravedad de la culpa o la potencia económica del demandado.

78. Indemnización sólo comprende Daños Sufridos Personalmente por la Víctima

La exigencia de que los daños estén radicados en el actor excluye la indemnización por daños difusos, es decir, daños que afecten a personas indeterminadas.

La circunstancia de que se exija un daño personal plantea la cuestión de la procedencia de la indemnización de daños mediatos, esto es, aquellos que se experimentan en razón del daño sufrido por la persona inmediatamente afectada por el hecho.

Específicamente, la pregunta a responder es si la muerte o incapacidad física de una persona a consecuencias de un accidente, otorga acción a aquellos que se encuentran en una situación de cercanía con la víctima, y que en consecuencia, también se ven afectados.

Este es el tipo de daño que en el derecho francés se conoce como “*daño por rebote*”.

En verdad, todo aquel que a consecuencia del accidente se ve privado de los ingresos que le proporcionaba la víctima, a título de alimentos e incluso sin tener derecho a ellos, como en algunos casos ha declarado la jurisprudencia nacional, sufre un daño patrimonial de carácter personal, en razón de lucro cesante, y tiene una acción directa en contra del autor del daño.

En la materia se ha seguido la jurisprudencia francesa, que tempranamente declaró, a propósito de las uniones extramatrimoniales, que no era requisito para reconocer la pretensión indemnizatoria que la víctima mediata contase con algún título legal para percibir la ayuda pecuniaria de la víctima inmediata.

También es un daño personal el que consiste en el dolor por la pérdida de un ser querido (una de las manifestaciones del daño moral). Con todo, tratándose del daño moral el derecho tiende a exigir que entre la víctima mediata y la persona fallecida exista un grado de parentesco que justifique la indemnización, lo que usualmente ocurre con el cónyuge, los ascendientes y los descendientes. Con todo, no existe en la materia una regla mecánica, aunque la tendencia en el derecho comparado es a excluir a quienes carecen de vínculo inmediato con la víctima.

Por lo demás, el carácter implícitamente punitivo del daño moral hace que las personas más cercanas excluyan a las más lejanas en la pretensión indemnizatoria (la madre o padre suelen excluir a los hermanos de la víctima fallecida, por ejemplo).

Más problemática resulta la pretensión indemnizatoria de terceros por el daño moral que les causan los impedimentos físicos o síquicos producidos en la víctima directa que sobrevive al accidente. Por regla general, es esta última quién tiene la acción indemnizatoria.

Pero en ciertas circunstancias los tribunales suelen reconocer el derecho a personas cercanas que deben cargar con el dolor de la minusvalía de la víctima directa, especialmente si sobre ellas recae un deber moral de cuidado.

De particular interés resulta la acción indemnizatoria cuando la víctima es persona jurídica.

Estando fuera de duda que la persona jurídica tiene acción para exigir la reparación de los daños patrimoniales, se plantea la pregunta respecto del daño puramente moral. Descartada la hipótesis de los daños al prestigio que tienen un componente patrimonial (inequívocamente indemnizable), es dudoso que a las personas jurídicas resulte aplicable un concepto de daño que se refiera al dolor, a los afectos y a los sentimientos. Por eso es imaginable que la indemnización del daño puramente moral a una persona jurídica pueda tener carácter simbólicamente reparatorio (como cuando se condena al autor a pagar una indemnización por una suma insignificante).

Más allá de esta hipótesis, la indemnización del daño moral a una persona jurídica tiende a tener un carácter puramente punitivo: su objeto no es compensar un daño que la persona jurídica no puede sufrir, sino sancionar al autor de un acto doloso o gravemente culpable que afecta el prestigio (sin efectos patrimoniales).

Por lo mismo, cabe reiterar las reservas antes planteadas respecto de la evolución de la responsabilidad civil hacia funciones sancionatorias en sentido estricto.

79. Regulación del Monto de la Indemnización es Facultad Privativa de los Jueces del Fondo

La doctrina y jurisprudencia tradicionalmente han entendido que la facultad de fijar el monto de la indemnización es privativa de los jueces del fondo, pues se trataría de una mera cuestión de hecho que escapa del control de la Corte Suprema por medio del recurso de casación.

La Corte Suprema durante un período asumió la función de revisar, por la vía del recurso de queja la regulación del monto de la indemnización efectuada por los jueces del fondo. La restricción al recurso de queja en la legislación vigente hace que la materia resulte una cuestión de hecho que escapa a su conocimiento por vía de casación. Sin embargo, nada obsta, por tratarse de cuestiones de derecho, que en esta sede la Corte Suprema revise la legalidad de los criterios normativos que el juez de la instancia emplea para determinar el monto de la indemnización.

En circunstancias que los conceptos de daño emergente y lucro cesante tienen un significado económico relativamente unívoco, su determinación plantea menos dificultades que la de los criterios para fijar la indemnización por daño moral. De hecho, existe incertidumbre acerca de los criterios relevantes para la

fijación del monto de la indemnización, con la consecuencia de que los resultados en materia de fijación evidencian una aleatoriedad que demuestra la insuficiencia de los criterios jurisprudenciales desarrollados en la materia.

IV. CAUSALIDAD

80. Aspectos del Requisito de Causalidad

Para que un hecho doloso o culpable genere responsabilidad, es necesario que entre éste y el daño exista una relación o vínculo de causalidad.

Las normas del Código Civil no hacen referencia expresa a este requisito, aunque lo suponen. Así, los artículos 1439 y 2314 se refieren al hecho, constitutivo de delito o cuasidelito, que ha inferido daño, y el artículo 2329, señala que todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta. Implícitamente, ambas disposiciones exigen que exista una cierta relación causal entre el hecho y el daño.

Tradicionalmente, se ha sostenido por la doctrina y jurisprudencia que la causalidad exige que entre el hecho y el daño exista una relación necesaria y directa.

Si bien estas expresiones resultan demasiado vagas para resolver los casos más complejos, tienen la virtud de destacar los elementos determinantes de la causalidad: el naturalístico y el normativo.

Por una parte, se exige una relación natural de causalidad, que se expresa en una relación de causa a efecto. Por otra, se exige que el daño resulte atribuible normativamente al hecho.

Por lo general, la pregunta por la causalidad resulta extremadamente simple. Así, la colisión de dos vehículos porque uno de ellos cruza con luz roja o las lesiones sufridas por un transeúnte por la caída de un objeto desde un edificio en construcción, usualmente no presentan problemas de causalidad. En tales casos, la relación entre el hecho y el daño es de tal modo necesaria y directa que la causalidad puede darse por establecida sin dificultad.

Así, por más que entre el hecho de infringir una norma del tránsito, como la que obliga a detenerse frente a la luz roja, y la muerte por anemia de la víctima de la colisión, actúen innumerables hechos intermedios (que el automóvil no pudo ser detenido, que se deslizó por la calzada, que embistió a otro automóvil, que el otro conductor sufrió una herida, que entre el accidente y los primeros auxilios transcurrieron algunos minutos, etc.), la muerte es atribuible sin mayor dificultad al hecho culpable.

En verdad, la causalidad se presenta como un problema complejo sólo en situaciones límites y, por lo mismo, excepcionales, ya sea porque han actuado simultáneamente varias causas para ocasionar el daño o porque entre el hecho y el daño han intervenido circunstancias que alteran el curso normal de los acontecimientos.

81. Preguntas que se plantean bajo el Concepto de Causalidad

A menudo la exigencia de que concurren elementos naturalísticos y normativos para dar por establecida la causalidad, ha sido planteada como una disputa entre dos doctrinas o teorías que pretenden explicar el requisito de la relación causal. En verdad se trata de dos preguntas diversas, que conviene plantear por separado: sin una relación causal en sentido naturalístico, no puede haber responsabilidad civil; sin embargo, de la sola circunstancia que un hecho haya efectivamente intervenido en la serie de causas que producen un daño (esto es, que entre el hecho y el daño haya una relación necesaria), no se sigue que pueda darse por establecida normativamente esa relación causal (esto es, que entre el hecho y el daño haya una relación directa). En otras palabras, que el hecho ilícito sea causa en sentido natural de un daño es condición necesaria pero no suficiente para atribuir el daño a esa conducta.

En una obra sobre la materia se invoca una canción popular inglesa para plantear las dificultades de limitar el problema al ámbito puramente natural. Refiriéndose a la batalla de Waterloo, la canción dice que:

*a causa de un clavo la herradura se perdió, a causa de la herradura el caballo se perdió,
a causa del caballo el jinete se perdió, a causa del jinete el mensaje se perdió,
a causa del mensaje la batalla se perdió, a causa de la batalla la guerra se perdió,
a causa de la guerra el Imperio se perdió, a causa de un clavo el Imperio se perdió.*

En el supuesto que la relación de causas referida fuese efectiva, el clavo defectuosamente colocado habría hecho perder el imperio.

Supuesta esa explicación naturalística ¿es posible atribuir normativamente el efecto al acto del herrador a fin de hacerlo jurídicamente responsable?

La doctrina sobre la causalidad se hace cargo por separado de ambas preguntas: por un lado el hecho debe ser *conditio sine qua non* del daño, de modo que cada uno de los hechos que determinan su ocurrencia son considerados causa de éste; por otro, entre el hecho y el daño debe haber una razonable proximidad.

La segunda pregunta por la causalidad como requisito de la responsabilidad presenta en el derecho civil un fundamento de justicia correctiva: aceptado que alguien ha cometido un ilícito ¿hasta donde llegan las consecuencias dañinas de ese acto que el autor debe soportar, descargando, en consecuencia, a la víctima de la responsabilidad?

La pregunta se plantea en términos análogos a los delitos de resultado del derecho penal. Sin embargo, la responsabilidad penal esta sujeta a requisitos en general más estrictos y a menudo dogmáticamente más precisos que el derecho de la responsabilidad civil.

Lo que en el derecho penal exige una precisión dogmática, para saber cuando el autor debe ser castigado por el resultado de muerte que se sigue por un acto que provocó lesiones, deviene en el derecho civil en un juicio abierto acerca de los límites que la relación causal impone a la obligación indemnizatoria, cuando se trata de daños secuenciales, en que tras el hecho ilícito han intervenido otras causas. Por eso, conviene ser cauteloso en la aplicación de teorías dogmáticas sobre la causalidad en materia civil.

Las diversas teorías sobre la causalidad jurídica más bien proponen tópicos relevantes para discurrir los alcances y límites de la imputación objetiva de un daño a un hecho.

Resuelto que se ha cometido un hecho ilícito (culpable) que resulta subjetivamente imputable al autor (en razón de su voluntariedad básica) y determinado que existe un daño para cuya ocurrencia ese hecho es condición necesaria (causalidad en sentido estricto), cabe aún preguntarse cuales de las consecuencias dañinas de ese hecho ilícito pueden ser objetivamente atribuidas a su comisión (criterios de atribución objetiva de los daños que se expresa en el requisito de que el daño sea directo).

82. Ejemplos de Problemas de Causalidad

El tipo de problemas que plantea la causalidad puede ser ilustrado con algunos casos extraídos de la jurisprudencia nacional y comparada:

(a) Un transeúnte camina por una vereda. Desde un edificio cae un tablón que un trabajador, encargado de preparar el andamiaje, ha dejado suelto. El tablón golpea la cabeza y un hombro del transeúnte, quien sufre excoriaciones en su piel, que demandan atención médica. A un costado de la herida principal, el médico tratante le aplica una inyección de tetanol.

La inyección provoca una fuerte alergia que deja al peatón dos semanas en la clínica. La víctima demanda indemnización por los costos médicos, por los costos de estadía en la clínica para sanarse de la alergia y los ingresos que dejó de percibir por su inhabilidad durante la enfermedad.

(b) Un conductor atropella a una persona, huye del lugar y es perseguido por la policía. Durante la persecución, el vehículo policial embiste a un tercero. El tercero demanda al primer conductor por los daños ocasionados.

(c) Un automovilista conduce a una velocidad imprudente. Al llegar a un cruce embiste a otro vehículo, que es lanzado contra la acera atropellando a un peatón que pasaba por el lugar. A consecuencia del accidente, el peatón sufre la amputación de una pierna.

(d) Una empresa que efectúa trabajos de alcantarillado en una calle destruye un cable eléctrico, lo que

interrumpe el suministro de electricidad a una instalación avícola. Los huevos que están sometidos a procesos de incubación devienen infértiles por la pérdida de calor durante un día.

(e) Un automóvil detenido ante un semáforo es topado por otro cuyo conductor se había distraído. A consecuencia del topón se destruye una insignia del primer automóvil. El conductor se dirige de inmediato a un concesionario cercano para hacer la rápida reparación. A la salida del taller una explosión ocurre en la acera. Una esquirla mata al conductor.

(f) En el caso c), pasados dos años la víctima sufre un grave accidente que resulta atribuible a las limitaciones que le impone tener una pierna artificial.

(A) ELEMENTO NATURALÍSTICO: EL HECHO COMO CONDICIÓN NECESARIA DEL DAÑO

83. Doctrina de la Equivalencia de las Condiciones o Condictio Sine Qua Non

Tradicionalmente, la doctrina y jurisprudencia han estimado suficiente para dar por acreditada la causalidad que el hecho sea una condición necesaria del daño, sin el cual éste no se habría producido, aunque concurrieren otras causas.

Esta doctrina se conoce como de la equivalencia de las condiciones o condictio sine qua non. Todas las causas son equivalentes, en la medida que individualmente sean condición necesaria para la ocurrencia del resultado dañoso. Así, un daño tendrá tantas causas como hechos hayan concurrido para su ocurrencia.

Para determinar si un hecho es condición necesaria basta intentar su supresión hipotética. Si eliminado mentalmente el hecho, el daño no se produce, de ello se sigue que tal hecho es causa necesaria de ese daño. Al revés, si suprimido el hecho, el daño igualmente se habría producido, la causalidad no puede darse por establecida.

De este modo si en un resultado dañoso interviene una secuencia de causas necesarias, como en caso de lesiones sufridas en un accidente del tránsito que devienen mortales por un erróneo tratamiento médico, cada una de ellas por separado da lugar a un vínculo causal a efectos de determinar las responsabilidades civiles por la muerte de la víctima.

Aplicando este criterio, si en la producción del daño han intervenido como condición necesaria otros hechos ilícitos atribuibles a terceros, la persona obligada a indemnizar podrá repetir contra sus autores por la parte que a cada uno corresponda, pero frente a la víctima estará obligada a responder íntegramente por el daño causado (según la regla de solidaridad contenida en el artículo 2317 del Código Civil).

Asimismo, si las demás condiciones necesarias para la producción del daño han correspondido a circunstancias fortuitas o desligadas del hecho inicial, el autor soportará la reparación total del mismo.

84. Límites de esta Doctrina

Aplicada a casos concretos, la teoría que define la causalidad sólo con referencia a la equivalencia de las condiciones presenta serias dificultades. Así, en el famoso ejemplo propuesto por Pothier en sede contractual, del agricultor que ha comprado una vaca enferma y sufre la muerte de su ganado a consecuencias del contagio, de lo cual, a su vez, se sufre su ruina económica, habría que concluir que la enfermedad de la vaca sería causa de esa ruina. En efecto, sino se le hubiese entregado una vaca enferma no se habría producido la cadena de causas que condujo a su insolvencia. Y Napoleón tal vez podría haber pretendido indemnización del herrador que equivocadamente clavó la herradura del caballo que debía conducir el mensaje.

Ejemplos como estos muestran que el establecimiento del hecho como condición necesaria del daño es un requisito mínimo para dar por establecida la causalidad, permitiendo excluir la responsabilidad en aquellos casos en que no existe conexión natural alguna entre el hecho culpable y el daño. Sin embargo, la causalidad relevante para el derecho no se agota en ese elemento naturalístico, sino exige, además, que el daño

sea directo.

El requisito de que sea directo excluye en el ejemplo de Pothier la relación causal entre la venta de una vaca enferma y la ruina del agricultor, pero permite incluir como relación causal relevante el contagio sufrido por el resto del ganado a pesar de haber intervenido otras causas, como fue la introducción del animal enfermo en aquel.

La pregunta se plantea en análogos términos en sede extracontractual, porque el derecho civil no acepta hacer a alguien responsable de las consecuencias excesivamente remotas de sus actos, según el principio establecido por el artículo 1558 del Código Civil.

Aunque esta norma se refiere a la responsabilidad contractual, la doctrina en general está de acuerdo en que establece un principio general de la responsabilidad civil, en orden a que sólo se responde de los daños directos.

Y ocurre que para calificar un perjuicio como directo, no basta el test de la causa necesaria pues este no permite discriminar entre una relación causal relevante a efectos de la responsabilidad, y la que no lo es.

En los próximos párrafos se mostrará el carácter esencialmente normativo que tiene esta pregunta por los requisitos que debe satisfacer un daño para que pueda ser atribuido objetivamente al hecho que genera la responsabilidad.

(B) ELEMENTO NORMATIVO: EL DAÑO COMO CONSECUENCIA DIRECTA

85. Limitación de la Responsabilidad a los Daños Directos

Tanto la doctrina como la jurisprudencia, según se ha expresado, están de acuerdo en que el daño resarcible sólo es el directo, sea porque el artículo 1558 se aplica también a la responsabilidad extracontractual, sea porque tal requisito es incluido racional y lógicamente en el concepto de causalidad.

Podría sostenerse que la exigencia de que el daño sea directo supone que entre el hecho y el daño no debe mediar ninguna otra circunstancia, y que la intervención de cualquier otra causa, aunque irrelevante, haría que el daño deviniera en mediato o indirecto, lo que sería suficiente para excluir la responsabilidad.

Sin embargo, ello importaría una severa restricción de la responsabilidad civil. En el ejemplo de responsabilidad contractual de Pothier, como se ha visto, el daño indemnizable sería sólo el valor de la vaca, pues su introducción en el ganado agregaría una causa adicional que transformaría el perjuicio en mediato.

Aún más limitante resultaría un concepto estrecho de daño directo en materia extracontractual.

En casos de daños corporales quedarían excluidas por indirectas las consecuencias patrimoniales del accidente y en el de muerte el daño moral o patrimonial sufrido por las personas más cercanas a la víctima directa.

Pero, más allá de esos casos obvios, que eventualmente podrían ser resueltos con una interpretación extensiva, se plantearía el problema de que quedarían excluidas de la responsabilidad las consecuencias dañinas de un hecho ilícito cada vez que hayan intervenido otras causas. Así, por ejemplo, si un peatón que presencia un accidente intenta socorrer al conductor aprisionado y resulta lesionado por la explosión del estanque de combustible, no habría lugar a la reparación simplemente porque ha intervenido como causa inmediata su propia disposición a socorrer y no el accidente provocado por el conductor imprudente.

En definitiva, la pregunta acerca de si un daño es directo o indirecto supone un juicio normativo respecto de si el daño puede ser objetivamente atribuido al hecho. No es propiamente un juicio de causalidad (materia que se agota en el análisis que propone la doctrina de la equivalencia de las condiciones), sino una cuestión normativa que obliga a discernir cuáles consecuencias derivadas causalmente del hecho ilícito resultan relevantes a efectos de dar por establecida la responsabilidad.

Por eso, las preguntas por la causalidad en sentido estricto y por las condiciones para calificar el daño como directo exigen dos pasos intelectuales sucesivos: establecido que un daño tuvo por causa necesaria un hecho ilícito, resta aún saber si normativamente ese daño puede ser atribuido a ese hecho ilícito. El quinto

ejemplo introductorio muestra una situación en que el topón que sufrió el automóvil de la víctima es en verdad causa, en el sentido naturalístico, de su muerte en el accidente posterior; todo indica, sin embargo, que sería excesivo hacer responder al conductor inadvertido que causó un daño menor por las terribles consecuencias del accidente posterior.

La exigencia de que el daño sea directo cumple la función de discriminar entre todas las consecuencias dañinas de un hecho aquéllas que pueden ser atribuidas al ilícito, estableciendo así un límite a la responsabilidad. Ello supone que el juez aplique un criterio normativo y no puramente descriptivo.

Por mucho que se trate de un concepto indeterminado, la definición de lo que se habrá de tener por daño directo no puede ser arbitraria. Por eso, a diferencia del establecimiento de la relación causal en un sentido natural, la calificación del daño como directo es un juicio que queda sometido al control jurídico por vía de casación. Aún asumiendo que esta cuestión normativa no es reducible a una teoría comprensiva de todas las situaciones posibles, la doctrina ha buscado criterios que permitan discernirla.

Recordando una metáfora de Carbonnier, es posible que ninguna de las doctrinas sobre la causalidad sea un noble que otorgue cobijo seguro frente a cualquier tipo de casos. Las doctrinas más lúcidas, sin embargo, entregan tópicos que se han mostrado eficaces para comprender los límites que debe tener la responsabilidad por daños subsecuentes (esto es, para calificar que daños pueden ser atribuidos al hecho que funda la responsabilidad).

En los párrafos siguientes serán brevemente expuestas las principales doctrinas jurídicas que pretenden formular esos criterios de limitación de la responsabilidad, excluyendo los daños remotos.

A menudo estas doctrinas han sido planteadas como limpias formulaciones de aplicación universal. La tendencia actual parece ser la inversa: el problema presenta tantas facetas que *“ningunas palabras mágicas podrían hacerle justicia”*. No por eso, sin embargo, se puede renunciar al propósito de encontrar orientaciones prácticas.

86. La Razonable Proximidad como Criterio de Atribución de los Daños

El sentido común lleva considerar como directo el daño que tiene una razonable proximidad con el hecho ilícito.

El daño directo no necesariamente es consecuencia inmediata del hecho que da lugar a la responsabilidad. Como se ha visto, si la responsabilidad se redujera a las consecuencias inmediatas (esto es, a las que se producen en la víctima sin intervención de otras causas), su ámbito quedaría absurdamente restringido en perjuicio de las víctimas.

Por eso, la más simple doctrina para la atribución objetiva de un daño al hecho culpable exige que entre ambos exista una razonable proximidad; que el daño no sea excesivamente remoto.

Como se ha mostrado en el common law, donde este tópico fue tempranamente introducido por Bacon, la idea de causa próxima, por sí misma, no agrega criterio alguno para calificar cuáles consecuencias del hecho son remotas, a efectos de establecer el límite externo de la responsabilidad.

A falta de otros criterios coadyuvantes, la idea de causa próxima nada agrega a la exigencia genérica y vaga de que el daño sea directo. Por eso, la proximidad de la causa en el derecho del common law usualmente es definida en razón de la previsibilidad de los daños subsecuentes al hecho que genera responsabilidad.

87. Exigencia de una Causalidad Adecuada

La doctrina de la causa adecuada, que tuvo su origen en la dogmática alemana, se ha mostrado como un criterio iluminador para la atribución del daño al hecho culpable.

Su origen se vincula a los intentos de un científico natural de aplicar principios estadísticos y de probabilidad matemática al estudio de las relaciones humanas y particularmente del derecho. Con el correr del tiempo, la doctrina ha sido objeto de numerosas formulaciones, tanto en el ámbito del derecho penal, como del derecho civil, y su influencia práctica se ha extendido a otros sistemas jurídicos.

Según la doctrina de la causa adecuada, la atribución de un daño supone que el hecho del autor sea generalmente apropiado para producir esas consecuencias dañinas. Si desde la perspectiva de un observador

objetivo, la ocurrencia del daño es una consecuencia verosímil del hecho, entonces se puede dar por establecida una relación de causa adecuada (y el daño, en nuestro lenguaje, resulta ser directo) y habrá lugar a la responsabilidad.

La causa no es adecuada cuando responde a factores intervinientes que resultan casuales, porque según el curso natural de los acontecimientos con posterioridad al hecho resultan objetivamente inverosímiles en la perspectiva de un observador imparcial.

La doctrina de la causa adecuada incluye un elemento de previsibilidad, en la medida que las consecuencias que escapan al curso normal de los acontecimientos son precisamente aquéllas con cuya ocurrencia no se puede contar, según la experiencia general de la vida.

En el caso (e), resulta fuera del ámbito de consecuencias atribuibles al primer accidente (el topón que recibe el automóvil detenido), la consecuencia naturalmente derivada (la muerte que se sigue de una explosión ocurrida cuando el afectado ha salido del taller de reparaciones), porque esa consecuencia es exorbitante y no pertenece al curso ordinario de los acontecimientos que siguen a la acción imprudente del conductor que provocó el pequeño accidente inicial.

Las mayores dificultades que plantea la doctrina de la causa adecuada, a pesar de su valor heurístico, se refieren a que introduce también en sede la atribución objetiva del daño al hecho ilícito un elemento de previsibilidad que, como se ha visto, la jurisprudencia ya ha considerado en sede de culpabilidad.

La previsibilidad aparece como elemento de la culpa en la medida que el cuidado debido es función precisamente del peligro de daño que envuelve la acción u omisión. En sede de causalidad, la previsibilidad tiende a reaparecer al momento de juzgar cuáles daños subsecuentes al daño inicial pueden ser atribuidos a la acción. Para ello, la doctrina de la causa adecuada recurre a la figura del observador externo que debe juzgar ex-post cuáles daños pertenecen al desarrollo natural de los acontecimientos y cuáles a circunstancias extraordinarias que alteran sustantivamente el curso causal e impiden efectuar esa atribución.

Más allá de su origen probabilístico, en la práctica la definición de lo que se tendrá por curso normal o extraordinario dependerá de la actitud que asuma el observador. Por cierto que este observador cuenta con la información disponible para quien realizó la acción. Pero, además, cuenta con una información acerca del curso verosímil de los acontecimientos que puede tener diversos niveles de intensidad. Así, puede entenderse que ese observador dispone de la información que tiene una persona corriente, pero también puede asumirse la perspectiva de un observador óptimo, como ha tendido a aceptar la jurisprudencia alemana, que dispone de información perfecta, con lo cual la responsabilidad se extiende más allá de lo que pertenece a lo previsible según la experiencia general de la vida.

En definitiva, la atribución supone un juicio de valor, porque el curso ordinario de los acontecimientos puede ser extremado hasta consecuencias que una persona corriente no estaba en condiciones de tomar en consideración. Pareciera que la posición del observador óptimo, que todo lo sabe porque está en una situación extrema de información, que además es definida ex-post, desnaturaliza la idea de que el desarrollo posible de los acontecimientos, según la información del autor del hecho y la experiencia general, establece el límite a la responsabilidad por efectos dañosos subsecuentes.

88. Atribución del Daño Resultante según el Criterio del Riesgo Creado por el Hecho

Como se ha visto, la doctrina de la causa adecuada ha hecho una contribución al discernimiento de las consecuencias que deben ser tenidas por daños directamente vinculados al hecho que genera responsabilidad.

Con todo, la formulación originaria que atendía a la probabilidad estadística, ha cedido frente a la naturaleza normativa de la pregunta por la extensión de la responsabilidad. De ahí que se haya intentado una doctrina cercana, que se hace cargo más explícitamente de esta característica.

Lo determinante según esta variante es si el observador razonable habría tenido el correspondiente comportamiento por riesgoso, en tanto aumenta el peligro de que surjan daños subsecuentes.

Si éstos efectos dañinos pueden ser interpretados como realización del peligro creado por el demandado, tales daños podrán ser objetivamente atribuidos al hecho y habrá lugar a la indemnización.

Sólo si la acción u omisión culpables han creado un riesgo o han aumentado la probabilidad o la

intensidad de un riesgo de daño ya existente, hay una relación relevante entre el hecho y el daño que resulta de él.

Usualmente no presentan diferencias prácticas de aplicación la doctrina de la causa adecuada y la del riesgo. Así, si ocurrido un accidente un buen samaritano acude a socorrer a la víctima y en el intento es atropellado por otro automóvil que sorpresivamente se encuentra con el primer accidente, puede estimarse que el daño sufrido por quien ha intentado el socorro es objetivamente atribuible al primer accidente, pues nada extraordinario e inverosímil existe en la secuencia de los hechos (esto es, el hecho es causa adecuada del último daño); y porque el peligro de accidente fue inobjetablemente creado por el responsable del primer hecho (de modo que el accidente pertenece al riesgo creado por ese hecho).

La perspectiva del riesgo presenta usualmente la ventaja de permitir que sean distinguidas la pregunta por la culpabilidad y por la causalidad. El juicio civil de culpabilidad supone comparar la conducta real con el debido cuidado que resulta exigible según la ley o la razón práctica.

Cuando el estándar de conducta es determinado en concreto por el juez, necesariamente se debe considerar si para una persona ordinaria resultaba previsible que ocurriera algún daño. La culpa funda de este modo la responsabilidad. La pregunta por la causalidad se refiere a la extensión que debe tener la responsabilidad. Se expresa en la fórmula de que el daño debe ser directo respecto de ese hecho que genera responsabilidad. La idea de riesgo se plantea en este segundo orden de consideraciones: la atribución del daño al hecho, a efectos de calificarlo de directo, no exige que las consecuencias subsecuentes hayan sido previsibles del mismo modo que ocurre respecto del primer daño, en sede de culpabilidad.

El límite externo de los daños secuenciales comprendidos en la indemnización se alcanza cuando, atendidas las circunstancias, el daño debe ser objetivamente atribuido a los riesgos generales de la vida y no al riesgo creado o aumentado por el hecho que genera responsabilidad.

En consecuencia, no será atribuible al hecho el daño que resulta de un hecho casual, de aquéllos que nos amenazan en el curso ordinario de nuestra existencia. Este enfoque permite atender a la relevancia que tiene el primer daño, por el que inequívocamente se responde, en la producción de daños subsecuentes.

En el ejemplo (d) del párrafo 82, pareciera que la muerte de las aves puede ser asociada a un riesgo preciso creado por la destrucción del cable de suministro eléctrico y por la omisión de instrumentar los medios para la pronta reparación.

Del mismo modo, que una persona atropellada muera a consecuencias de un subsecuente error médico en la operación que se le realiza en la clínica de urgencia parece responder al riesgo creado por la primera acción.

Por el contrario, cabe dudar de esa relación de riesgo entre el primer daño y el que le sigue en el caso de la muerte por gripe en el hospital, que puede ser considerado un riesgo general de la vida, que también pudo alcanzarlo si no hubiese sufrido el accidente.

Por mucho que la idea de riesgo agrega un punto de vista nuevo a la doctrina de la causa adecuada, tampoco conviene generalizarla. Si un conductor sobrepasa a una velocidad superior a la permitida a otro quien, sorprendido, sufre una sobreexcitación nerviosa que le provoca un infarto mortal, se puede afirmar que la muerte responde a un riesgo que ha sido creado por el conductor que conducía a 120 Km. /hora. Sin embargo, si se valora la situación puede resultar excesivo atribuir a este último ese riesgo.

Del mismo modo, pareciera que son distintos el sobresalto emocional que sufre el padre que presencia el atropello de su hijo y el sufrido por un extraño que observa el accidente en televisión.

En otras palabras, para definir que riesgos son atribuibles, la idea de causa adecuada, que atiende a los efectos que ordinariamente pueden esperarse de un hecho, resulta en estas materias más ilustrativa que la mera consideración de la fuente del riesgo.

Por el contrario, la idea de riesgo creado es en la práctica excluyente de otros criterios de atribución del daño en materia de responsabilidad estricta u objetiva. En esta sede el principio de responsabilidad es precisamente la atribución a quien realiza una actividad sujeta a ese régimen de responsabilidad de todos los daños que pueden derivarse de ella.

En la medida que el daño materialice un peligro creado o aumentado por esa actividad hay lugar a la responsabilidad, con prescindencia de otros factores de atribución. A diferencia de la doctrina de la causa adecuada la doctrina del riesgo no discrimina entre los riesgos que pertenecen al curso normal de los hechos y los hechos que son exorbitantes, sino atribuye objetivamente a la acción todos los riesgos derivados de su

ejecución, con el sólo límite de los daños que ya no pueden ser razonablemente atribuidos a esa actividad, porque pertenecen a los riesgos generales de la vida.

89. Conexión de Ilicitud entre la Conducta y el Daño

La responsabilidad por culpa supone una infracción a un deber de cuidado, de modo que la obligación reparatoria tiene por condición que el responsable haya incurrido en un acto ilícito. Sólo porque contravino un deber de cuidado, el autor del hecho debe reparar los daños resultantes.

En este contexto se plantea un problema de atribución de los daños al hecho cuando a pesar de haberse realizado un hecho que civilmente es ilícito (delito o cuasidelito), no existe, sin embargo, una relación entre el daño y el inequívoco fin protector de la norma.

La atribución según el fin protector de la norma se basa en la idea de que toda obligación contractual o legal sirve determinados intereses y que sólo los daños que afectan estos intereses pueden ser atribuidos a quien realizó el hecho culpable.

El enfoque de la doctrina de la conexión de ilicitud es esencialmente concreto (a diferencia de las doctrinas del riesgo y de la causa adecuada): se indaga si la norma de conducta infringida tiene por fin evitar precisamente los daños ocurridos.

Un antiguo caso del common law resulta ilustrativo a este respecto: el propietario de un barco transportaba, contra la reglamentación vigente, ganado en la superficie del velero; durante el trayecto el barco enfrenta una tempestad, a cuyas resultas el ganado se pierde en el mar; en el juicio se probó que la regla infringida fue establecida con el fin de evitar la difusión de plagas contagiosas; el tribunal eximió de responsabilidad al capitán porque el riesgo no estaba cubierto por la norma que establecía el deber de conducta.

El caso del conductor que sufre un ataque cardíaco a consecuencias de haber sido sobrepasado a exceso de velocidad podría ser resuelto con auxilio del mismo principio. Por lo mismo, si el concesionario de una autopista la tiene en estado de causar un accidente, la responsabilidad difícilmente podrá extenderse al lucro cesante sufrido por un conductor que pierde una oportunidad de negocios a consecuencias del atochamiento producido por un accidente, pues el fin protector de las normas reglamentarias de la concesión se limita a prevenir accidentes.

El criterio de la conexión de ilicitud entre el hecho y el daño está recogido en nuestra Ley del Tránsito, que dispone que *“el mero hecho de la infracción no determina necesariamente la responsabilidad civil del infractor, si no existe relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido por el accidente”* (Ley N° 18.290, artículo 171). Idéntica regla ha sido introducida en la Ley sobre procedimiento ante los Juzgados de Policía Local (Ley N° 18.287, artículo 14).

El fin de la norma expresa un cierto propósito regulador. En las reglas del tránsito, ambientales o urbanísticas usualmente es discernible tras la norma de conducta una inequívoca relación de medios a fines.

Respecto de estas reglas ocurre que los efectos relevantes de la culpa infraccional son los fines que el regulador pretendió alcanzar: se quiso evitar accidentes y no garantizar el tráfico fluido que permita contar con que un viaje tendrá una cierta duración. Por cierto que ello no impide que además la culpa sea construida en concreto por el juez, como una infracción a una regla no escrita de debido cuidado, o que los fines perseguidos por el regulador no sean inequívocos. En tales casos no hay un fin preciso que permita limitar teleológicamente la responsabilidad.

Además ocurre que la idea de fin protector sólo permite establecer la responsabilidad por el primer daño (daños corporales y ciertos daños materiales, en el caso de las normas del tránsito), pero no da indicios para establecer el límite de responsabilidad por los daños subsecuentes (daños patrimoniales conexos, daño moral, daño en terceros). Para responder estas cuestiones se debe recurrir a otros criterios de atribución del daño al hecho culpable.

90. Influencia del Dolo o Culpa Grave

En el sistema de responsabilidad civil el dolo y la culpa grave actúan como agravantes de responsabilidad.

El artículo 1558, si bien referido a materia contractual, establece un principio general que también es elemento de juicio al tratar el tema del daño directo. Aunque esa norma se apoya en la antigua distinción de daños directos y previsibles, se ha visto que la previsibilidad reaparece en sede de imputación objetiva del daño al hecho, esto es, al momento de calificar el daño como directo.

La tendencia general de los tribunales es a expandir también en esta sede el ámbito de responsabilidad, si el autor del hecho ha actuado con dolo o culpa grave, a un ámbito mayor de consecuencias. La exigencia de adecuación de la causa cede en estos casos a una exigencia de justicia correctiva respecto de la víctima.

91. Recapitulación

En suma, la causalidad actúa, por un lado, como elemento o requisito de la responsabilidad civil y, por otro, como límite. Como requisito, exige que el hecho sea condición necesaria del daño. Como límite, pues no basta una relación puramente descriptiva, sino que además exige una apreciación normativa que permita calificar el daño como una consecuencia directa del hecho ilícito.

La determinación del daño directo no es un problema puramente técnico o pericial, pues exige dar por establecida una relación normativa, una razonable proximidad del daño con el hecho.

La doctrina jurídica más reflexiva ha intentado desde antiguo buscar criterios para definir esa relación directa, que se expresan en las doctrinas de la proximidad razonable, de la causa adecuada, del riesgo creado o aumentado por el hecho, y de la conexión de ilicitud entre ese hecho ilícito y el daño.

Estas doctrinas no se excluyen recíprocamente, y cada una de ellas, por otra parte, atiende a aspectos o tópicos que resultan pertinentes en distintos grupos de casos.

Algunos ejemplos permitirán ilustrar estas conclusiones:

(a) Una persona es atropellada y debe acudir a un hospital para recibir tratamiento. Allí se contagia de influenza (sin que el accidente haya aumentado la disposición a contraerla), y su tiempo de inactividad a consecuencia del accidente se duplica. ¿Es responsable el autor del accidente? Pareciera que no, porque la influenza no tiene por causa adecuada el accidente, ni este fue determinante en aumentar el riesgo.

(b) Un bocinazo causa un ataque cardíaco en un conductor de avanzada edad. ¿Hay responsabilidad? Pareciera que no. En este caso, la debilidad particular de la víctima opera como una circunstancia exorbitante que excede el ámbito de riesgo creado por la acción.

(c) La ambulancia que a gran velocidad conduce al herido víctima de un accidente choca ocasionando daños a otro vehículo. ¿Es responsable el autor del accidente?

A diferencia de los casos anteriores, se ha entendido que este tipo de circunstancias quedan comprendidas en el ámbito de riesgo creado por la acción y, en consecuencia, dan origen a responsabilidad.

(d) El mal estado de un camino público produce un choque y un gran atochamiento de tránsito, en el que queda atrapado un empresario que se dirigía a cerrar un negocio. ¿Es responsable el Estado? De ser así, ¿cuál es la extensión de su responsabilidad? En principio, el Estado debe responder de los daños ocasionados por a las víctimas inmediatas del accidente, pero su responsabilidad no alcanza a los daños que sufre el empresario por la pérdida del negocio, pues estos daños son ajenos al fin protector de la norma.

(C) P R U E B A D E L A R E L A C I Ó N C A U S A L

92. Principios Generales

Los hechos que den lugar a la relación causal deben ser probados por el demandante, porque se trata de aquellos invocados para dar por probada una obligación indemnizatoria (artículo 1698). La carga de la prueba se extiende a la demostración de que el hecho es condición necesaria del daño (causa en sentido estricto) y a las circunstancias de hecho que permiten calificar el daño como directo (imputación normativa del daño al hecho).

En circunstancias que la prueba no recae en la celebración de un acto jurídico, es admisible la prueba de testigos (no rige la limitación del artículo 1708 en relación con el artículo 1709).

93. Prueba de la Causalidad por Medio de Presunciones

La causalidad usualmente no presenta dificultades de prueba. En casos difíciles, sin embargo, no existe otra manera de probarla que las presunciones judiciales, especialmente cuando se trata de daños producidos por causas múltiples o que resultan de la aplicación de tecnologías complejas.

En el derecho comparado se ha tendido a favorecer el establecimiento de presunciones judiciales cuando prima facie existe una razonable probabilidad que el hecho del demandado ha causado el daño. A veces ocurrirá que es imposible para la víctima probar con exactitud el hecho que desencadenó el vínculo causal.

Para evitar que el demandante se encuentre ante una prueba diabólica, a los jueces basta que se pruebe que el daño se produjo por un hecho ocurrido con ocasión de la actividad del demandado.

Ello vale especialmente respecto de productos o servicios fabricados o prestados por un empresario mediante una secuencia de actividades que tiene bajo su control.

Las razones para dar por establecida una presunción legal de culpa por el hecho propio, de acuerdo al artículo 2329, rigen también para dar por acreditada la causalidad; si de acuerdo a la experiencia el daño *“puede ser imputado”* objetivamente al hecho doloso o culposo de un tercero, éste resulta responsable, a menos que se logre desmontar la presunción mediante la prueba que el mismo allegue al juicio.

La norma referida puede ser construida como una presunción legal de responsabilidad (comprensiva de la culpa o la causalidad, o de ambas, según las circunstancias). Para ello, sin embargo, debe cumplirse el requisito general de aplicación de esa regla, esto es, que de acuerdo con la experiencia la ocurrencia del daño se debe usualmente a un hecho del demandado.

En tales casos, sin embargo, al juez será también posible por lo general construir una presunción judicial de causalidad, de modo que la presunción legal no tendrá la importancia que puede alcanzar a propósito de la culpabilidad (donde la presunción se refiere a que el daño fue causado en razón de la infracción a un deber de cuidado).

94. Daños por Causas Difusas

La prueba del vínculo causal es especialmente compleja en las situaciones en que no se conoce a la persona que cometió el hecho, sino únicamente al grupo de personas entre las que se encuentra el autor. Tal es el caso del homicidio causado en riña o pelea, tratado en el artículo 392 del Código Penal, que se resuelve aplicando una misma pena a todos los que causaron lesiones graves al occiso.

Otro ejemplo es el de los daños ocasionados por actividades industriales, cuando hay dos o más empresas eventualmente responsables, que el derecho comparado ha resuelto haciendo que las empresas contribuyan a pagar la indemnización en proporción a su participación en el mercado.

Análogos fundamentos tienen las reglas de los artículos 2323 y 2328 del Código Civil: la ruina de edificios y los objetos que caen de la parte superior de éstos es soportada proporcionalmente por quienes

tenían los correlativos deberes de cuidado, a menos que se pruebe que el daño es objetivamente imputable al hecho de alguno en particular. Los casos de causalidad difusa (en materia ambiental o de productos defectuosos, por ejemplo) sólo pueden ser resueltos con arreglo a estos criterios de probabilidad.

(D) CALIFICACIÓN JURÍDICA

95. Calificación

La jurisprudencia tradicionalmente ha entendido que la determinación de la causalidad es una cuestión de hecho, y como tal, privativa de los jueces del fondo.

Con todo, la causalidad sólo es una cuestión estrictamente de hecho en su primer aspecto, esto es, entendida como condición necesaria de la responsabilidad. Por el contrario, la atribución normativa del daño al hecho ilícito (daño directo) es una cuestión de derecho, y como tal, susceptible de ser revisado por la Corte Suprema mediante la casación en el fondo.

A este respecto, sólo son cuestiones de hecho los antecedentes que las partes hacen valer en sustento de la calificación del daño como directo o indirecto (por ejemplo, un informe pericial que muestre que el daño sufrido no pertenece al ámbito de riesgo desencadenado por el hecho).

(E) PLURALIDAD DE CAUSAS

96. Noción

Existen diversas hipótesis de pluralidad de causas. Así ocurre, ante todo, cuando el daño se debe a la intervención de dos o más personas, ya sea porque todas ellas intervienen en la ejecución del mismo hecho, o porque cada uno ejecuta un hecho distinto que contribuye a ocasionar el daño.

Una hipótesis diferente representa el daño debido en parte al hecho del autor y en parte a la intervención de la propia víctima. Según la teoría de la equivalencia de las condiciones, cada causa es considerada antecedente del daño, y cada uno de los causantes es responsable por el total, salvo el caso de culpa de la víctima, en que la indemnización está sujeta a reducción.

En una tercera hipótesis el daño puede deberse a un hecho externo al autor del hecho ilícito, que a su respecto constituye caso fortuito o fuerza mayor. Las dos primeras situaciones serán analizadas en este párrafo; el caso fortuito o fuerza mayor constituyentes del daño se analizarán en el párrafo siguiente.

(a) Pluralidad de Responsables

97. Varios Responsables del Daño

Bajo las reglas de la causalidad, puede haber pluralidad de responsables en tres circunstancias:

(i) cuando existen varios responsables que actúan simultáneamente ejecutando un mismo hecho (situación análoga a la coautoría penal).

(ii) cuando existen varios responsables por hechos distintos, todos los cuales son antecedentes necesarios del daño (por ejemplo, el caso del peatón víctima de un accidente de tránsito ocasionado por la negligencia concurrente de dos conductores).

(iii) cuando cada hecho individualmente es apto para producir el daño con independencia del otro hecho (causalidad aditiva).

98. Varios Responsables por Un Mismo Hecho

Si un mismo hecho es atribuible a diversas personas (hipótesis (i) del párrafo anterior) todas ellas son solidariamente responsables, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2317 del Código Civil.

También existe solidaridad entre la persona que según las reglas generales es responsable por el hecho de un tercero que está bajo su dependencia o cuidado y el autor del hecho (artículos 2320, 2321 y 2322 del Código Civil). Aunque los deberes de cuidado infringidos sean diferentes (negligencia en la acción u omisión y negligencia en la vigilancia o cuidado), el hecho que genera la responsabilidad es el mismo.

99. Contribución a la Deuda

Norma especial para la responsabilidad por el hecho ajeno. El CC no contiene una norma general que regule las relaciones internas entre los coautores del daño frente a la obligación de indemnizar.

En efecto, no resulta aplicable en materia extracontractual la regla de contribución a la deuda del artículo 1522, que establece una distribución entre los deudores en atención a su interés en la operación contractual que dio lugar a la obligación solidaria.

La ley, en sede extracontractual, sólo establece una norma especial en el artículo 2325, aplicable a la responsabilidad por el hecho ajeno. Según esta disposición, la contribución recae en el autor del daño, de modo que el tercero civilmente responsable tiene acción en su contra para obtener el reembolso de lo pagado. El reembolso procede a condición de que el autor del daño sea capaz, que no haya existido culpa personal de ese tercero civilmente responsable, y que éste no haya dado una orden al autor del hecho que le debía obediencia.

Para los demás casos no contemplados por esa regla especial es posible idear dos soluciones: se reparte la deuda entre los coautores por partes iguales, o se distribuye entre éstos en razón de la intensidad de su contribución a la consecuencia dañosa.

Esta última solución parece preferible, pues resulta coherente con el principio de justa repartición de la contribución a la deuda, que opera cuando ha intervenido la culpa de la víctima, según el artículo 2330 del Código Civil. De acuerdo con este criterio, los coautores contribuyen a la indemnización de acuerdo a la culpa de cada uno y de la causalidad de cada hecho, dividiéndola en proporción al grado o intensidad de la participación de cada responsable.

100. Varios Responsables por Hechos Distintos

También se plantea la hipótesis que existan varios responsables por hechos distintos (hipótesis (ii) del párrafo 97), cada uno de los cuales es causa del daño.

En principio, a esta situación no se aplicaría literalmente el artículo 2317 del Código Civil, pues no se trata de un solo delito o cuasidelito, sino de hechos ilícitos distintos, que generan responsabilidad separadamente para sus autores.

Sin embargo, como el autor de cada hecho ilícito debe responder de la totalidad del daño, y la víctima en caso alguno puede obtener una indemnización que exceda el monto de los perjuicios efectivamente sufridos, es necesario dividir la responsabilidad entre los autores de los diversos hechos, en proporción a su participación en el daño. El efecto, en consecuencia, es análogo al del artículo 2317 que establece la solidaridad: cada autor será responsable por el total del daño, sin perjuicio de su acción contra los demás para obtener reembolso en proporción a sus respectivas participaciones.

Un caso particular en que concurren diversos hechos ilícitos como causa del daño, es el que ocurre

cuando un tercero interviene en un contrato ajeno, alcanzando un acuerdo con una de las partes, que ocasiona el incumplimiento del contrato.

Por una parte, el tercero que interviene comete un hecho ilícito extracontractual; por otro, la parte que no cumple el contrato preexistente comete un hecho ilícito contractual, y ambos hechos generarán para sus autores responsabilidad por el total del daño experimentado por la otra parte del contrato. Con todo, las indemnizaciones no pueden ser acumuladas, por que de ello se seguiría un enriquecimiento injusto para la víctima.

En todas estas hipótesis se debe una reparación para un daño al que contribuyen diversas personas. Debe entenderse que la regla, también en estos casos, es la solidaridad, porque cada hecho por separado es causa del daño, pero que los responsables deben contribuir a la reparación en proporción a la intensidad de sus participaciones.

101. Causa Difusa

Mayores dificultades presenta la causalidad difusa que se muestra cuando el daño se debió al hecho culpable de alguno entre varios candidatos a responsable, sin que resulte posible determinar cuál concretamente desencadenó esos efectos dañosos.

En otras legislaciones la ley ha previsto la responsabilidad de cada uno de tales candidatos.

En Chile sólo se conocen las normas sobre responsabilidad difusa por ruina de edificios y caída de objetos, que establecen una regla de distribución de la responsabilidad, que constituye una excepción al principio de solidaridad del artículo 2317 (artículos 2323 II y 2328 I).

La experiencia comparada muestra que estas situaciones de causalidad difusa pueden surgir en accidentes de importancia: choques múltiples, productos defectuosos, daños ambientales, entre otros.

La regla de división de la responsabilidad, mientras no se pruebe a cual hecho en particular puede ser atribuido el daño, parece ser una solución razonable en estos casos, pues responde al mismo principio de atribución de los artículos 2323 y 2328 ya referidos, según un criterio de integración del vacío legal por analogía.

(b) Concurrencia de la Culpa de la Víctima

102. Culpa de la Víctima que Contribuye a la Ocurrencia del Daño

El concurso de causas puede presentarse también porque el daño se debe en parte al hecho ilícito y en parte a la intervención culpable de la propia víctima.

Usualmente, la culpa de la víctima contribuye a la ocurrencia del daño o colabora a aumentar su intensidad. Así sucede, por ejemplo, cuando ésta omite usar el cinturón de seguridad al conducir, a consecuencia de lo cual los daños ocasionados por el choque de otro vehículo son mayores a los que se habrían producido sin esta circunstancia.

La culpa de la víctima se mide con los mismos criterios que la culpa del autor, y puede corresponder a una conducta anterior o posterior al hecho, que respectivamente se expresa en una exposición imprudente al daño o en la omisión de medidas a su alcance para evitar o disminuir los efectos dañosos de la acción culpable.

Además podrá consistir en una acción u omisión, y será determinada sobre la base de un deber legal, esto es, mediante la constatación del incumplimiento de una regla (como la del artículo 176 de la Ley del Tránsito, que presume la culpabilidad del peatón que cruza la calzada en lugar prohibido), o prudencialmente por el juez, estableciendo un deber de cuidado mediante los criterios ya analizados al tratar sobre la culpa.

Según las reglas generales, la culpa de la víctima debe ser probada por quien la alega. El efecto de la contribución de la culpa de la víctima en la ocurrencia o intensidad del daño es, según prevé expresamente el artículo 2330, la reducción proporcional de la indemnización.

El juez deberá comparar la culpa del tercero y la culpa de la víctima, determinar la proporción que a

cada una corresponde en el daño y reducir el monto de la indemnización.

Con todo, aún existiendo culpa de la víctima, si ésta no influye de manera alguna en la producción del resultado no procede aplicar reducción proporcional de la indemnización.

Tampoco procede tal reducción cuando entre el hecho ilícito de la víctima y el daño no existe conexión de ilicitud, por ejemplo, cuando la víctima de un accidente de tránsito conduce con la licencia vencida.

La reducción proporcional de la indemnización por culpa de la víctima plantea un problema adicional, en los casos en que ésta fallece y la acción es intentada por sus herederos.

Para determinar la procedencia de la reducción, la doctrina y la jurisprudencia distinguen dos situaciones: si actúan como herederos, procedería aplicar la reducción, toda vez que representan a la persona de la víctima directa y no tienen más derechos que aquella; pero si accionan a título personal, demandando la indemnización del daño que les ha ocasionado la muerte de la víctima directa, no procedería la reducción, a menos que también se hayan expuesto imprudentemente al daño cuyo resarcimiento reclaman, o que hayan aceptado la herencia de la víctima directa, si la indemnización que se debía a ésta última estaba sujeta a reducción.

La distinción parece artificiosa, por que aún si se ejerce una acción a título personal, la responsabilidad de quién ha participado en el accidente debe ser medida en relación con la conducta de la víctima, de modo que la culpa de esta última disminuye la participación de aquél.

Desde esta perspectiva no se ve razón para que el tercero soporte toda la responsabilidad si quién ejerce la acción es una persona distinta de la víctima directa fallecida.

103. Criterios de Reducción

Los criterios para determinar la reducción son la intensidad relativa de las culpas o imprudencias y la intensidad de las causas. En general ambos factores son objeto de una evaluación prudencial.

En verdad, cuando se alega coparticipación culpable de la víctima el juez debe comparar responsabilidades: la del tercero por el cuidado debido respecto de la víctima y la de ésta por el cuidado respecto de sí misma.

Desde una perspectiva económica, se deberán considerar los distintos incentivos para evitar el riesgo, en busca del nivel óptimo de cuidado. Según este análisis, debe preferirse la regla que exija a la víctima cierto estándar de cuidado, a aquella que signifique un incentivo al actuar negligente.

104. Culpa de la Víctima como Causa Excluyente de la Ocurrencia del Daño

La culpa de la víctima puede intervenir de tal modo en el nexo causal, que el hecho ilícito inicial resulte insignificante, y en consecuencia, deje de ser considerado causa determinante del daño.

Tal es el caso del accidente que ocasiona una pequeña herida en la pierna de la víctima, pero que ésta omite tratar al punto que con el tiempo obliga a una amputación, que resulta un efecto exorbitante si se atiende a la entidad de la herida inicial. La pérdida de la pierna, en este caso, no es atribuible al hecho del tercero.

El efecto de la ausencia de relación causal jurídicamente relevante entre el hecho y el daño, no es la atenuación de la responsabilidad en los términos del artículo 2330, sino la exención.

Así lo ha entendido la jurisprudencia, al expresar que *“la exención se produce cuando la causa eficiente, principal o determinante del perjuicio proviene del hecho negligente o de la omisión del perjudicado”*, pues en este caso *“queda descartada la responsabilidad del demandado porque la culpa del demandante absorbe la de aquél”*.

(F) EXCLUSIÓN DE LA CAUSALIDAD POR CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR

105. Noción

En materia de responsabilidad extracontractual se aplica el mismo concepto de caso fortuito o fuerza mayor que rige en el ámbito contractual, contenido en el artículo 45 del Código Civil, que lo define como *“el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”*.

Sin embargo, mientras que en materia contractual la fuerza mayor actúa como un concepto distinto al de la mera ausencia de culpa, tratándose de la responsabilidad extracontractual, la cuestión es similar a lo que ocurre con las obligaciones de medio, pues la ausencia de culpa excluye la ilicitud.

En consecuencia, basta probar la ausencia de culpa para eliminar la responsabilidad.

Por ello, la fuerza mayor no opera en sede de culpa sino de causalidad, pues aunque haya intervenido un acto culpable, el daño no resulta atribuible a ese acto culpable sino al caso fortuito o fuerza mayor.

Por ejemplo: si un automovilista cruza la línea continua y choca con otro, hay culpa infraccional, pero si tal infracción ocurrió porque trató de esquivar a un peatón (tercero que provocó la mala maniobra) o porque el automovilista sufrió un ataque cardíaco imprevisto, el evento determinante es un caso fortuito o fuerza mayor y no la culpa del agente directo.

106. Elementos

Los elementos del caso fortuito o fuerza mayor son:

- (a) la irresistibilidad.
- (b) la imprevisibilidad.
- (c) la exterioridad.

107. Irresistibilidad

El carácter de irresistibilidad se expresa con claridad en el concepto de fuerza mayor.

Lo que se exige es que se trate de un evento insuperable, que no sea posible evitar sus consecuencias.

El límite de la irresistibilidad está dado por el deber de diligencia del actor, en forma similar a la obligación contractual de medio. Es decir, la irresistibilidad se mide en función del deber de cuidado.

108. Imprevisibilidad

También la imprevisibilidad está en las fronteras de la culpa: el caso fortuito comienza donde cesa el deber de previsión. No se trata de algo absolutamente imprevisto, sino imprevisto para el autor del daño atendido el nivel de diligencia que le es exigible. Por tanto es un concepto normativo: aquello que el autor no estaba obligado a prever.

De esta manera es caso fortuito el reventón del neumático de un automóvil nuevo o el síncope de una persona sin antecedentes cardíacos, y no lo es, un temblor grado cinco a seis en la zona central de Chile.

109. Exterioridad

El hecho debe ser externo a la esfera de acción del agente. Este requisito de exterioridad es constitutivo del caso fortuito o fuerza mayor, pues pertenece al terreno de estricta causalidad (los elementos

anteriores pueden conducir al terreno de la culpa).

Es indiferente que el daño provenga de un hecho de la naturaleza o del hecho culpable o no de un tercero: lo decisivo es que sea ajeno al ámbito de cuidado del demandado. También tiene el carácter de exterior la hipótesis de culpa de la víctima que resulta ser la causa jurídicamente excluyente de la ocurrencia del daño; respecto del autor es un hecho que está fuera de su control y por el cual no puede ser considerado responsable, aunque su acción sea remota causa necesaria del perjuicio.

Este requisito es especialmente importante en los regímenes de responsabilidad estricta, pues la previsibilidad e irresistibilidad pueden no ser excusa suficiente en la medida en que haya intervenido como causa del daño el riesgo creado por la acción, pero pesará como fuerza mayor si el daño se debió a un hecho externo al ámbito de riesgo cubierto por la regla de responsabilidad estricta.

Aunque una responsabilidad estricta muy extensa puede comprender el caso fortuito.

110. Efectos

En cuanto a sus efectos, el principio es que la fuerza mayor o caso fortuito excluyen la causalidad, aún cuando haya intervenido la culpa de la víctima.

SEGUNDA PARTE RESPONSABILIDAD POR EL HECHO AJENO

I. INTRODUCCIÓN

111. Principios

En la primera parte de este curso, se ha mostrado el modelo básico de responsabilidad por la propia incompetencia o falta de cuidado. En este capítulo se analizará la responsabilidad que una persona puede asumir por hechos ilícitos y dañosos de terceros.

El principio general está establecido en el artículo 2320 I del Código Civil, que señala: *“Toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieron a su cuidado”*.

La norma establece un principio general de responsabilidad en dos sentidos.

En primer lugar, porque se aplica genéricamente a todas las relaciones de dependencia o cuidado, de modo que las situaciones específicas referidas en los demás incisos del artículo 2320 son puramente ejemplares.

En segundo lugar, porque establecida la relación de dependencia o cuidado de quien realiza un acto susceptible de generar responsabilidad, se presume la culpabilidad de quienes deben ejercer ese cuidado, de modo que sólo pueden exonerarse de esa responsabilidad si logran probar que *“con la autoridad y el cuidado que la respectiva calidad les confiere y prescribe no hubieren podido impedir el hecho”* (artículo 2320 V y 2322 II).

La responsabilidad por el hecho ajeno puede estar construida como una forma de responsabilidad estricta, que en este caso suele denominarse vicaria.

En diversos sistemas jurídicos, establecida la relación de dependencia y el hecho ilícito que causa daño cometido por el dependiente, la responsabilidad de quien tiene a este bajo dirección o cuidado no está basada en la culpa, sino en el mero hecho de concurrir esas circunstancias (common law, derecho francés, por ejemplo).

En el derecho chileno la responsabilidad por el hecho ajeno está construida sobre la base de un doble ilícito civil: el del dependiente, que causa el daño directamente, y el de quien lo tiene bajo dirección o cuidado (guardián), cuya culpa es legalmente presumida.

La culpa del guardián consistirá en no haber actuado con el cuidado necesario para evitar que el

tercero ocasiona daños, ya sea al elegir, instruir o vigilar a éste último. Así ocurre con el padre que no vigila a sus hijos, permitiendo que causen estragos a la propiedad de su vecino y, con el empresario que por descuido hace posible que sus trabajadores cometan hurtos mientras desempeñan sus funciones.

Hay responsabilidad vicaria o estricta por el hecho ajeno cuando resulta impuesta de pleno derecho por la ley, a consecuencia del hecho ilícito del tercero, con prescindencia de la culpa de quien por él responde.

Según las reglas generales, la responsabilidad vicaria es de derecho estricto, es decir, sólo recibe aplicación en virtud de texto legal expreso. Un ejemplo de esta especie excepcional de responsabilidad en el derecho chileno se encuentra en la norma del artículo 174 de la Ley del Tránsito, en virtud de la cual el propietario del vehículo es solidariamente responsable con el conductor por los daños y perjuicios que se ocasionen con motivo del uso del mismo, aunque no haya incurrido en culpa, salvo que acredite que *“el vehículo fue usado sin su conocimiento o autorización expresa o tácita”*.

En consecuencia, la regla general es que en materia extracontractual sólo existe responsabilidad por el hecho ajeno si el guardián ha incurrido a su vez en culpa. En ello hay una diferencia sustancial con la responsabilidad contractual.

En efecto, si bien en ambos estatutos el fundamento de esta especie de responsabilidad es el mismo, esto es, el incumplimiento del deber de cuidar o vigilar al tercero, en materia contractual ella es de carácter estricto, sin que resulte admisible al deudor excusar su incumplimiento en el hecho culpable del tercero, ni aún probando que personalmente actuó con diligencia.

En lo pertinente, el artículo 1590 del Código Civil señala: *“Si la deuda es de un cuerpo cierto, debe el acreedor recibirlo en el estado en que se halla; a menos que se haya deteriorado y que los deterioros provengan del hecho o culpa del deudor, o de las personas por quienes éste es responsable”*, en tal caso, el acreedor puede pedir la rescisión del contrato y la indemnización de perjuicios.

Por su parte el artículo 1679 del mismo Código establece: *“En el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable”*. En materia contractual el deudor responde indistintamente de sus propios actos, como de los de sus dependientes y subcontratistas.

De lo expuesto, puede concluirse que en el derecho nacional la responsabilidad por el hecho ajeno está sujeta a los siguientes principios:

- por regla general, el hecho de quien está bajo dependencia o cuidado de otro hace a este último responsable. Sin embargo, la ley sólo contempla una presunción general de responsabilidad en favor de la víctima.

- probada la culpa del autor del daño, se presume la culpabilidad de su guardián. En consecuencia, se trata de una presunción de culpabilidad por el hecho propio en el cumplimiento de los deberes de vigilancia, organización o cuidado. En consecuencia, la responsabilidad por el hecho ajeno supone dos cuasidelitos civiles:
 - i. el de la persona que se encuentra bajo la dependencia o cuidado de otro y que en consecuencia debe ser un sujeto capaz, según las reglas generales.

- ii. el de su guardián, que consiste en no impedir el hecho.

- La responsabilidad vicaria es de derecho estricto, esto es, requiere de norma legal que la establezca.

En los capítulos siguientes se analizará la responsabilidad por el hecho de las personas incapaces de delito civil (capítulo II); la presunción general de responsabilidad por el hecho ajeno (capítulo III); la responsabilidad del empresario por el hecho de sus dependientes (capítulo IV); y, la responsabilidad de las personas jurídicas (capítulo V).

El análisis mostrará que la jurisprudencia ha tendido a expandir la responsabilidad por el hecho ajeno hasta la frontera de la responsabilidad vicaria, sobre la base de expandir la presunción de culpa por el hecho ajeno y de limitar las excusas de diligencia que puede interponer el tercero civilmente responsable.

II. RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DE INCAPACES

112. Fundamento Legal

El artículo 2319 I del Código Civil señala: *“No son capaces de delito o cuasidelito los menores de siete años ni los dementes; pero serán responsables de los daños causados por ellos las personas a cuyo cargo estén, si pudiese imputárseles negligencia”*.

En consecuencia, tratándose de hechos ilícitos cometidos por incapaces, el tercero que lo tiene a su cargo responde exclusivamente por el hecho propio y, su culpa debe ser acreditada.

Entre los incapaces y sus guardadores se distinguen relaciones de cuidado personal y de administración de bienes. Usualmente, ambas coinciden en una misma persona. Sin embargo, tratándose de los menores que se encuentran bajo el cuidado del padre o de la madre, éstas relaciones están separadas en la tuición (artículo 219 del Código Civil), que corresponde al cuidado personal, y en la patria potestad (artículos 249 y ss. del mismo Código), referida al aspecto patrimonial.

La responsabilidad civil recae sobre aquel de los padres que tiene a su cargo el cuidado personal del incapaz. Si el incapaz está sujeto a guarda, la responsabilidad recae en el tutor o curador. Si el cuidado está a cargo de una institución, la regla se le aplicará a la persona jurídica.

En definitiva, cualquier persona que tenga al incapaz bajo su cuidado responde según la regla del artículo 2319 del Código Civil. Conviene insistir que en todos estos casos existe responsabilidad directa por el hecho propio, es decir, no se aplica la regla del artículo 2320.

A contrario sensu, la regla del artículo 2319 no se aplica a los menores entre los siete y dieciséis años que hayan actuado con discernimiento, ni a los disipadores interdictos, pues en ambos casos se trata de personas con capacidad delictual civil. En los párrafos siguientes se expone la situación de los incapaces a los que se refiere el citado artículo.

113. Menores

Según el artículo 2319 del Código Civil, son absolutamente incapaces de delito o cuasidelito los menores de siete años, y los menores de dieciséis que hayan obrado sin discernimiento. La situación de los menores ha variado sustancialmente luego de la dictación de la Ley N° 19.585 que, entre otras materias, eliminó la distinción entre hijos legítimos, naturales y simplemente ilegítimos, declarando que *“la ley considera iguales a todos los hijos”* (artículo 33 del Código Civil).

En la actualidad, de acuerdo con la regla contenida en el artículo 224 del Código Civil, el cuidado personal de la crianza y educación de los hijos toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente.

En los casos de filiación no matrimonial (definida en el artículo 180 del mismo Código), el cuidado personal del hijo corresponde al padre o madre que lo hubiese reconocido y, si ninguno lo ha reconocido, a un tutor o curador designado por el juez.

Si los padres viven separados, se aplica la regla contenida en el artículo 225 del Código Civil, que asigna el cuidado personal de los hijos a la madre, lo cual no obsta a que, por acuerdo celebrado con las formalidades y los plazos que la citada disposición prescribe, el cuidado personal pueda corresponder al padre. También corresponde al padre la tuición si el juez se la atribuye en consideración al mejor interés del niño, según la regla de clausura del artículo 242 II.

Finalmente, para el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, el juez puede confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona competente, prefiriendo al efecto a los consanguíneos más próximos, y sobre todo, a los ascendientes (artículo 226 del Código Civil).

114. Dementes

Según dispone el artículo 342 del Código Civil, el cuidado personal del demente corresponde a su

curador.

Si se le han nombrado dos o más curadores, podrá confiarse el cuidado personal a uno de ellos, dejando a los otros la administración de los bienes (artículo 464).

115. Prueba de la Responsabilidad por el Hecho de Incapaces

El principio está contenido en el artículo 2319 I del Código Civil, que no establece excepción a la regla general de que la culpa debe probarse.

Con todo, el artículo 2321 contiene una importante excepción, al establecer una presunción general de responsabilidad de los padres por los delitos o cuasidelitos de sus hijos menores, que conocidamente provengan de su *“mala educación, o de los hábitos viciosos que les han dejado adquirir”*. Esta presunción se aplica indistintamente respecto de los hijos menores capaces e incapaces de delito civil, pues, según su tenor, se superpone a las reglas de los artículos 2319 y 2320 del referido código.

Para que opere la presunción es necesario que el hecho ilícito del menor tenga su origen en la mala educación o en la tolerancia de hábitos viciosos de parte de sus padres.

Sin embargo, la jurisprudencia ha tendido a inferir esta falta de cuidado de las circunstancias que rodean el hecho. Este rigor interpretativo ha situado a la regla del 2321 del Código Civil en el límite de la responsabilidad estricta.

III. PRESUNCIÓN GENERAL DE CULPABILIDAD POR EL HECHO DE PERSONAS QUE ESTÁN BAJO CUIDADO O DEPENDENCIA DE OTRA

116. Fundamento Legal

Las normas legales de los artículos 2320 y 2322, que establecen la presunción de culpabilidad por el hecho ajeno, expresan en su formulación una marcada influencia de la organización económica del siglo XIX.

Como se ha expuesto, el artículo 2320 I establece una presunción general de culpabilidad por el hecho de las personas que se encuentran bajo el cuidado o dependencia de otra. En consecuencia, cada vez que alguna de estas personas comete un delito o cuasidelito civil se presume la culpa de su guardián.

El fundamento de esta presunción es la existencia de un vínculo de autoridad entre el guardián y el autor del daño. Se ha entendido que esta relación es una cuestión de hecho.

Por ello, puede no ser suficiente la existencia de un vínculo formal (como un contrato de mandato, por ejemplo), si el tercero actúa en forma independiente, sin estar sometido a un régimen de subordinación ni a obedecer instrucciones continuas. Por no existir relación de dependencia, tampoco el arrendador es responsable por los hechos de su arrendatario.

Por el contrario, son imaginables situaciones en que existe dependencia aunque no existe vínculo formal alguno (aprendiz que realiza una práctica en una empresa).

El artículo 2320 del Código Civil contiene una enumeración no taxativa de casos específicos de situaciones de dependencia o cuidado que dan lugar a la presunción de responsabilidad por el hecho ajeno, que serán analizados en los párrafos siguientes junto con la situación de la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal.

117. Los Padres por el Hecho de los Hijos Menores que Habitan en la Misma Casa (artículo 2320 II del Código Civil)

A pesar de los términos en que está formulada, esta regla debe entenderse actualmente referida a los

padres que ejercen el cuidado personal de los hijos menores. Al respecto se aplican las mismas normas que se analizaron al tratar de la responsabilidad por el hecho de los menores incapaces.

118. Los Guardadores por el Hecho de los Pupilos que Viven bajo su Dependencia y Cuidado (artículo 2320 III del Código Civil)

Como en el caso anterior, la regla debe entenderse referida a la guarda encargada del cuidado personal del pupilo que, conforme con lo dispuesto en el artículo 340 del Código Civil, corresponde a los tutores y curadores generales. Se excluyen en consecuencia, los guardadores limitados a la administración de bienes.

119. Los Jefes de Colegios y Escuelas por el Hecho de los Discípulos, mientras están bajo su Cuidado (artículo 2320 IV del Código Civil)

Esta regla se refiere a los jefes de colegios y escuelas y no a los profesores, aunque en algunos casos, estos pueden quedar sujetos a la presunción general del inciso primero del artículo 2320.

120. Situación de la Mujer Casada bajo el Régimen de Sociedad Conyugal

Antes de las reformas introducidas al Código Civil por la Ley N° 18.802 de 1989, el artículo 2320 IV contenía una norma relativa a la responsabilidad del marido por el hecho de la mujer basada en la institución de la potestad marital, eliminada por la misma reforma y que era definida en el antiguo artículo 132 como *“el conjunto de derechos que la ley otorga al marido sobre la persona y bienes de la mujer”*.

No obstante, la potestad marital subsiste en el aspecto patrimonial del matrimonio en caso de sociedad conyugal pues, según este régimen, corresponde al marido la administración de los bienes sociales y de los bienes propios de la mujer.

Según lo dispuesto en los artículos 1740 N°3 y 1748 del Código Civil, las indemnizaciones por los hechos ilícitos de la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal, se pagan con cargo al haber social (esto es, por el marido, según la norma del artículo 1750), sin perjuicio del derecho a recompensa, que se hará efectiva al momento de la liquidación.

121. Responsabilidad del Empresario por el Hecho de sus Dependientes

Bajo esta denominación doctrinaria se comprende propiamente la responsabilidad del empresario por los hechos de sus dependientes, así como la de los artesanos por el hecho de sus aprendices (ambas referidas en el artículo 2320 IV del Código Civil) y, la de los amos por la conducta de sus criados o sirvientes (artículo 2322 del mismo código).

Este conjunto de reglas establece la más importante presunción de culpabilidad del derecho moderno, que será materia de un capítulo especial.

122. Requisitos para que Opere la Presunción de Culpabilidad por el Hecho Ajeno. Enumeración

Para que pueda aplicarse la presunción de culpabilidad por el hecho ajeno que establece el artículo 2320 del Código Civil, es necesario que concurran los siguientes requisitos:

- (a) Que el dependiente haya incurrido en un delito o cuasidelito civil.
- (b) Que exista una relación de autoridad entre éste y el tercero que responde por él.

123. Que el Dependiente haya Incurrido en un Delito o Cuasidelito

La víctima debe acreditar la concurrencia de todos los elementos de la responsabilidad civil, esto es, la existencia de un hecho voluntario del dependiente, la culpa o dolo, el daño y la relación causal. Sin embargo, nada impide que respecto del hecho del dependiente pueda operar además la presunción general de culpabilidad por el hecho propio, contenida en el artículo 2329 del Código Civil.

124. Que exista una Relación de Autoridad

La víctima debe acreditar además la existencia de una relación de autoridad o dependencia entre quien haya ejecutado el hecho ilícito y el tercero cuya responsabilidad se persigue. En opinión de la jurisprudencia ésta es una cuestión de hecho, que se da incluso con prescindencia de un vínculo formal.

Cumplidos estos dos requisitos se presume la culpa del guardián por el hecho del dependiente.

125. Efectos

Establecida la responsabilidad por el hecho ajeno, la víctima puede dirigir su acción indemnizatoria en contra del autor del daño o del tercero, pues según el artículo 2317 del Código Civil, ambos son solidariamente responsables.

Por su parte, el tercero obligado a la reparación de los daños causados por el dependiente dispondrá de acción en contra del autor para obtener el reembolso de lo pagado, siempre que éste haya actuado sin orden de aquél, según establece el artículo 2325 del mismo código.

126. Descarga de la Presunción

La presunción de culpabilidad por el hecho ajeno es simplemente legal y, en consecuencia, puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario. Con todo, la excusa del guardián se encuentra definida en el mismo artículo 2320 inciso final en términos exigentes.

Señala la disposición: *“Pero cesará la obligación de esas personas si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho”*.

De este modo, para desvirtuar la presunción el tercero debe acreditar que aún actuando con la diligencia debida le ha sido imposible impedir el hecho, lo que en la práctica exige a menudo probar la concurrencia de un caso fortuito o fuerza mayor.

La jurisprudencia nacional se ha mostrado particularmente exigente al juzgar la procedencia de esta excusa, interpretando la noción de imposibilidad o impedimento en forma rigurosa.

Así, tratándose de desvirtuar la presunción de culpabilidad de los padres y guardadores por el hecho de los menores que se encuentran bajo su cuidado, se ha estimado que es necesario acreditar la existencia de hechos que denoten un cuidado permanente de dichos menores, argumento que en la práctica conduce a que la responsabilidad sea inexorable, pues el accidente se produce precisamente porque en el momento de su ejecución los padres no ejercen vigilancia.

Por último, la jurisprudencia ha entendido que la procedencia de la excusa es una cuestión de hecho, no susceptible de ser revisada por la Corte Suprema por la vía del recurso de casación en el fondo. En circunstancias que la vigilancia empleada adquiere sentido práctico a la luz de la deliberación normativa respecto de la vigilancia debida, pareciera que el asunto tiene una connotación propiamente jurídica, como ocurre, en general, con el juicio de culpabilidad.

IV. RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO

127. Fundamento Legal

En el derecho nacional, la presunción de culpabilidad del empresario por el hecho de sus dependientes tiene como fundamento al artículo 2320 IV, que se refiere a ella en forma específica, y el artículo 2322 del mismo código, que fue tempranamente extendido por la jurisprudencia a esta materia. Más allá de la formulación de esta última, que se refiere a la relación de amos con criados, ambas normas presentan ciertas diferencias.

Ante todo, el artículo 2322 define de manera más estricta el ámbito de responsabilidad, al señalar que ésta sólo se refiere al tiempo en que el dependiente se encuentra en ejercicio de sus funciones.

Por su parte, el artículo 2320 IV se refiere en general a la relación de dependencia o cuidado, entendida como una especie de cuidado o vigilancia personal. Las excusas son asimismo diferentes en uno u otro caso: el artículo 2322 exige probar que los criados o sirvientes han ejercido sus funciones de un modo impropio *“que los amos no tenían medio de prever o impedir, empleando el cuidado ordinario, y la autoridad competente”*, mientras en el artículo 2320 la excusa está formulada de manera general, con clara alusión a la relación entre el deber de cuidado y la posibilidad de impedir el hecho.

En el pasado, alguna jurisprudencia estimó que la responsabilidad del amo por el hecho del criado era más extensa que la responsabilidad del empresario, pues no sólo comprendería los hechos cometidos mientras el criado se encuentra bajo cuidado, sino también aquellos en que incurre durante el ejercicio de sus funciones, sin mediar esa circunstancia. La jurisprudencia mayoritaria, en cambio, funda la responsabilidad del empresario en ambos preceptos, sin hacer distinción acerca de sus respectivos alcances.

128. Tendencias en el Derecho Comparado y Nacional

La tendencia generalizada del derecho comparado en esta materia es hacia la responsabilidad estricta de los empresarios por el hecho de sus dependientes.

Diversas razones, desde la perspectiva de la justicia y de la eficiencia, permiten justificar esta posición.

Por una parte, parece justo que quien goza de los beneficios de la actividad de sus dependientes, como ocurre con el empresario, asuma también los riesgos de errores o faltas en el proceso de producción o de prestación del servicio.

Desde la perspectiva de las expectativas de la víctima a ser efectivamente reparada del daño injustamente sufrido, la responsabilidad estricta del empresario permite superar el grave inconveniente que representa la carencia de recursos del dependiente, que en la mayoría de los casos transforma a la responsabilidad civil en una cuestión puramente teórica (orientación natural de la responsabilidad al deep pocket).

Si se atiende a las políticas públicas que subyacen a la responsabilidad, la ampliación de la responsabilidad del empresario por actos de sus dependientes, tiene funciones preventivas, pues es él quien está en mejores condiciones de controlar los riesgos de su actividad. En este sentido, la responsabilidad vicaria constituye un incentivo a la inversión en actividades seguras y a la contratación de seguros de responsabilidad. Finalmente, la responsabilidad vicaria favorece la internalización del costo de los accidentes en el precio del producto, que de esta forma se distribuye proporcionalmente entre todos sus consumidores.

La responsabilidad vicaria, es, en consecuencia, un correctivo razonable al régimen de responsabilidad por negligencia. En verdad, muchos de los argumentos que la justifican son también aplicables al paso siguiente, cual es establecer ámbitos de responsabilidad estricta para ciertas actividades empresariales (como es usual con la responsabilidad por productos defectuosos en el derecho comparado).

En el derecho nacional, la jurisprudencia ha seguido una tendencia que en la práctica ha situado al empresario en el límite de la responsabilidad vicaria por el hecho de sus dependientes, aunque formalmente éste responda según el régimen general de la responsabilidad por culpa.

Esta tendencia se ha manifestado de dos formas: ante todo, ampliando el ámbito de aplicación de la

presunción de culpabilidad del artículo 2320 IV del Código Civil, mediante una interpretación extensiva de la noción de dependencia; y, además, juzgando en forma particularmente estricta las excusas de que dispone el empresario para desvirtuar la presunción.

Conviene finalmente tener presente que la responsabilidad del empresario puede ser construida a partir de la presunción de culpabilidad por el hecho propio, cada vez que la jurisprudencia atribuye presuntivamente el daño a deficiencias en la organización empresarial, está más bien atribuyendo una responsabilidad directa por el hecho propio, con fundamento implícito en los criterios para establecer una presunción de culpabilidad según el artículo 2329, y no en las normas de los artículos 2320 ó 2322.

129. Requisitos para que Opere la Presunción. Enumeración

La presunción de culpabilidad del empresario es un tipo de presunción de culpabilidad por el hecho ajeno.

Sin embargo, plantea preguntas específicas en cada uno de sus elementos:

- (a) que el dependiente haya incurrido en un delito o cuasidelito civil;
- (b) que exista una relación de cuidado o dependencia entre el autor del daño y el empresario; y,
- (c) que el daño sea ocasionado en el ámbito de la dependencia o del ejercicio de las funciones del dependiente.

130. Delito o Cuasidelito del Dependiente

El hecho del dependiente se juzga según las reglas generales, y en consecuencia, la víctima deberá acreditar la existencia del hecho voluntario, la culpa o dolo, el daño, y la relación causal.

Con todo, las exigencias probatorias de la responsabilidad por culpa enfrentan a la víctima a la difícil tarea de individualizar al dependiente que ocasionó el daño, al interior de sistemas productivos cada vez más complejos. Por esta razón, la doctrina y jurisprudencia han aceptado la noción de culpa difusa, en virtud de la cual no es necesario identificar al autor concreto del daño, mientras que la culpa se atribuye a la organización empresarial en su conjunto.

Cabe preguntarse si las hipótesis de culpa difusa o indeterminada son más bien un medio argumental para dar por establecida la responsabilidad de la empresa por el hecho propio de la entidad empresarial, usualmente organizada como persona jurídica. La responsabilidad por el hecho ajeno supone individualización: la culpa difusa expresa un defecto de conducta que es atribuido directamente al empresario.

131. Relación de Cuidado o Dependencia

La jurisprudencia nacional ha tendido a interpretar la noción de cuidado o dependencia de manera extensiva. Ha señalado que se trata de una cuestión de hecho, que no requiere de vínculos formales y, que se expresa en la capacidad de impartir órdenes o de vigilar la actividad de otro. Esta expansión del concepto de dependencia ha cobrado relevancia en diversos ámbitos.

La pregunta por los límites de la responsabilidad por el hecho ajeno se presenta cuando interviene como subcontratista un tercero en virtud de un contrato que usualmente supone cierta autonomía en la ejecución. Así, si se subcontrata, la regla general es que entre el empresario que hace el encargo y el empresario que lo ejecuta no hay relación de dependencia que haga al primero presuntivamente responsable de los actos del segundo.

Con todo, nada obsta para dar por establecida la responsabilidad por el hecho ajeno si el subcontratista es un mero encargado que actúa bajo las órdenes, instrucciones o coordinación del empresario principal. Algo análogo ocurre con el mandatario y con los profesionales: la apreciación de la dependencia cabe hacerla en concreto, de modo que puede ser establecida aunque el contrato por su naturaleza usualmente

de lugar a obligaciones que se ejecutan con independencia de quien hace el encargo.

132. Daño ocasionado en el Ámbito de la Dependencia o en Ejercicio de las Funciones del Dependiente

El segundo requisito para que opere la presunción consiste en que el hecho ilícito sea cometido mientras su autor se encuentre bajo el cuidado, vigilancia o dirección del empresario o en ejercicio de las funciones que éste le haya encomendado.

La jurisprudencia nacional ha entendido esta exigencia de conexión entre el hecho ilícito y la función en términos amplios y ha estimado suficiente que el hecho se cometa “*con ocasión*” del desempeño de esas funciones.

Así se ha fallado que el empresario es responsable de los hurtos efectuados por el dependiente, porque son hechos ocurridos con ocasión de la relación de dependencia.

Por el contrario, se ha estimado que dicho concepto no comprende los daños ocasionados por el dependiente mientras se dirige a su trabajo, o cuando realiza actividades inconexas de su relación de trabajo o dependencia.

El problema de determinar el ámbito de las funciones es tarea difícil que exige atender a la justificación de la responsabilidad por el hecho ajeno: al empresario se le atribuye una responsabilidad que se extiende al ámbito directo de su actividad empresarial. Una cierta relación de causalidad debe existir entre las funciones que realiza el encargado y la responsabilidad del empresario. El tema ha sido objeto de amplia discusión en todos los sistemas jurídicos.

Un ejemplar intento de equilibrar los aspectos relevantes para dar por establecida la conexión exigible, es un fallo de la Corte de Casación francesa que expresó: “*Atendido que si el empresario (commettant), además de los daños causados por su encargado en el ejercicio de sus funciones, puede igualmente ser hecho responsable de las consecuencias dañinas de la actividad de este último cuando tal actividad haya sido ejercida más allá del fin que le ha sido fijado, o más excepcionalmente y según las circunstancias, cuando el encargado ha utilizado, con un fin ajeno a la función, los medios que el empresario le ha provisto, queda sin embargo establecido que la responsabilidad de éste no será comprometida sino cuando existe entre el hecho dañoso y la función una relación de causalidad o conexidad*”.

133. Descarga de la Presunción

Cumplidas estas tres condiciones, se presume la culpabilidad del empresario, quien para desvirtuar el efecto de la presunción deberá probar que con la autoridad y el cuidado que su calidad le confiere y prescribe, no ha podido impedir el hecho (artículo 2320 del Código Civil, inciso final).

Como se ha expuesto, la tendencia jurisprudencial ha sido juzgar con extremado rigor la procedencia de esta excusa. Así, se ha fallado que es necesario acreditar que el empresario ha efectuado actos “*positivos y concretos*” dirigidos a impedir el hecho culpable del dependiente, y que dichos actos han debido estar orientados a evitar errores en todos los ámbitos relevantes de la actividad empresarial, esto es, en elección e instrucción del personal, en la organización de la actividad empresarial y en la vigilancia de los dependientes a efectos de evitar accidentes. En la práctica la jurisprudencia suele exigir que se acredite que al empresario le ha sido imposible impedir el hecho, lo que resulta análogo a exigir la prueba de un caso fortuito.

En este sentido, la jurisprudencia tiende a aceptar el principio de la “*representación en la acción*” del dependiente, formulado en el derecho francés por George Ripert, y que es propio de la responsabilidad vicaria.

En definitiva, las exigencias impuestas por la jurisprudencia han restringido el ámbito de la excusa a la prueba de caso fortuito o fuerza mayor, transformando de lege ferenda la responsabilidad del empresario en una forma de responsabilidad estricta por el ilícito cometido nominada o anónimamente por cualesquiera personas que trabajen al interior de la organización empresarial.

V. RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

134. Responsabilidad Civil y Penal

Como se ha señalado al tratar de la capacidad, las personas jurídicas son civilmente responsables, aunque estén exentas de responsabilidad penal (así se desprende de lo dispuesto en el artículo 39 del Código de Procedimiento Penal). Ello no ha obstado para que la ley establezca sanciones que presentan analogía penal.

Tal es el caso de la disolución por atentados contra la libre competencia, que establece el artículo 3º del Decreto Ley N° 211 de 1973 y las sanciones de multas que establecen diversas legislaciones para ilícitos infraccionales de normas de orden público económico.

Las personas jurídicas responden civilmente tanto por el hecho propio y por el hecho ajeno. Lo que se ha expresado respecto de la responsabilidad del empresario puede ser extendido en amplia medida a las personas jurídicas. En efecto, el empresario usualmente adopta la forma de una persona jurídica (sociedad) y, a la inversa, las personas jurídicas que no pueden ser calificadas de empresas en sentido estricto (corporaciones, fundaciones) están sujetas a principios de responsabilidad análogos a los aplicables a los empresarios en la medida que sus actividades generan riesgos para terceros (club de tiro o de aerodelismo, por ejemplo).

135. Responsabilidad Civil por el Hecho Propio

Tradicionalmente se ha sostenido que la persona jurídica responde por el hecho propio cuando el ilícito ha sido cometido por un órgano en ejercicio de sus funciones.

Sin embargo, el concepto de órgano carece de límites bien definidos en materia civil.

En principio, son órganos de una persona jurídica todas las personas naturales que actuando en forma individual o colectiva, están dotadas por la ley o los estatutos de poder de decisión, como ocurre, por ejemplo, con la junta de accionistas, el directorio y el gerente en una sociedad anónima.

La noción de órgano ha sido extendida a todas aquellas personas dotadas permanentemente de poder de representación, es decir, facultadas para expresar la voluntad de la persona jurídica. Lo determinante es el poder autónomo y permanente de decisión, materia que es una cuestión de hecho que debe ser analizada en concreto.

A lo anterior se agrega el reconocimiento jurisprudencial en materia civil de la denominada culpa anónima o difusa, en virtud de la cual, la persona jurídica es responsable por los actos que naturalmente pertenecen al ámbito de cuidado de sus administradores, sin que sea necesario individualizar al causante inmediato del daño, como ocurre, por ejemplo, en los daños causados por productos defectuosos.

Más abstractamente, la culpa también puede ser atribuida a defectos de la organización, de modo que el ilícito sea atribuido directamente a la persona jurídica.

La responsabilidad de la persona jurídica por el hecho propio, sea de alguno de sus órganos o se exprese en una culpa difusa o en la organización, está sujeta a las reglas generales de la prueba de ese tipo de culpa: por regla general deberá ser probada por la víctima que hace valer la pretensión indemnizatoria, a menos que se cumplan las condiciones para aplicar la presunción general de culpabilidad por el hecho propio del artículo 2329.

A pesar de que la responsabilidad de la persona jurídica por el hecho de sus órganos da lugar a una responsabilidad por el hecho propio, nada obsta para que ella accione para hacer efectiva la responsabilidad personal de las personas que conforman el órgano, repitiendo en su contra, según el principio establecido por el artículo 2325 del Código Civil.

136. Responsabilidad por el Hecho Ajeno

La persona jurídica responde por el hecho de sus dependientes en los mismos términos que el

empresario persona natural, es decir, también se aplica la presunción de culpabilidad por el hecho ajeno y, en consecuencia, se aplica lo expuesto en relación con la responsabilidad del empresario.

Con todo, se plantea una cuestión de creciente importancia frente a las organizaciones empresariales modernas, esto es, si puede hacerse efectiva la responsabilidad extracontractual de una sociedad controladora por los actos de la sociedad controlada. Como se sabe, en materia contractual es posible comprometer la responsabilidad de la sociedad controladora, matriz o relacionada mediante garantías personales, como la fianza o la solidaridad pasiva. Incluso a falta de estipulación, excepcionalmente podrá perseguirse su responsabilidad en caso de abuso de la personalidad jurídica, cuando el acto que modifica la organización empresarial ha tenido por finalidad eludir una responsabilidad impuesta por el contrato, autorizándose excepcionalmente el descorrimiento del velo de la personalidad jurídica.

En el ámbito extracontractual, en cambio, para que resulte aplicable la presunción de responsabilidad por el hecho ajeno establecida en el artículo 2320 del Código Civil, es necesario dar por establecido un vínculo de dependencia entre ambas sociedades. Como se ha expresado, la dependencia es una cuestión de hecho.

Por esta razón, el simple control accionario de una sociedad por otra no basta para dar por cumplida esta exigencia en la medida que la sociedad que desarrolla la actividad empresarial que ha causado el daño tiene autonomía funcional y patrimonial.

Por el contrario, si la sociedad controlada actúa como el medio utilizado por la sociedad controladora para desarrollar actividades productivas riesgosas, cuya dirección efectiva permanece radicada en la primera, puede sostenerse que la controladora debe responder por los daños que ocasione el ejercicio de esa actividad sujeta a su dirección o cuidado.

Esta responsabilidad se basa en los principios generales que informan la responsabilidad por el hecho ajeno (sólo que el sujeto de cuidado es una persona jurídica y no una natural).

Por lo mismo, para dar por establecida esta responsabilidad extracontractual no es necesario utilizar doctrina alguna sobre descorrimiento del velo de la personalidad jurídica: basta que aparezca como hecho establecido que una persona jurídica carece de autonomía funcional y patrimonial, de modo que deba entenderse bajo el cuidado de otras personas, naturales o jurídicas.

T E R C E R A P A R T E

P R E S U N C I Ó N D E C U L P A B I L I D A D Y R E S P O N S A B I L I D A D E S T R I C T A P O R E L H E C H O D E L A S C O S A S

137. Introducción

A diferencia de la responsabilidad por el hecho propio y por el hecho ajeno, en que existen presunciones generales de culpabilidad (artículos 2320 y 2329 del Código Civil, respectivamente), en materia de responsabilidad por el hecho de las cosas la ley sólo contempla presunciones específicas, referidas a los daños causados por el hecho de animales, por la ruina de edificios y, por la caída de objetos desde la parte superior de un edificio. A ello se agregan algunas hipótesis, también específicas, de responsabilidad estricta.

El Código Civil se aparta en materia de responsabilidad por el hecho de las cosas del código francés, cuyo artículo 1384 dispone, en general, que se responde por el hecho de las cosas que se tienen bajo custodia (garde). Esta norma ha tenido gran importancia en la evolución del sistema de responsabilidad en ese país, pues a partir del caso de la muerte de un trabajador debido a la explosión de una caldera defectuosa (1896), se ha desarrollado una jurisprudencia que tiende a plantear la responsabilidad estricta de aquel que tiene la cosa bajo su custodia, de modo que no se acepta la excusa de diligencia y sólo es admitida la prueba de una causa ajena al custodio (caso fortuito o fuerza mayor; hecho de la víctima).

De este modo, la jurisprudencia francesa ha dado lugar a un amplio ámbito de responsabilidad estricta, que comprende todos los accidentes en que ha intervenido activamente una cosa que haya estado bajo custodia ajena (accidentes del tránsito, productos defectuosos, accidentes del trabajo, entre otras aplicaciones).

A falta de una presunción genérica de culpabilidad por el hecho de las cosas, y fuera de los casos específicos, en el derecho chileno sólo es posible acudir a la presunción general de culpabilidad por el hecho propio del artículo 2329 del Código Civil, siempre que se trate de daños que razonablemente y de acuerdo a la experiencia puedan atribuirse a negligencia.

Conviene tener presente que tras la presunción de culpabilidad por el hecho de las cosas existe una presunción de culpabilidad del hecho del dueño o custodio de la cosa, de modo que éste podrá exculparse probando su propia diligencia.

Por el contrario, en las hipótesis de responsabilidad estricta (como la construida por la jurisprudencia francesa a partir del artículo 1384 o del artículo 2327 del Código Civil) el dueño o custodio es civilmente responsable por el sólo hecho de haber intervenido la cosa (incluidos bajo ese concepto los animales) en la ocurrencia del daño.

En los párrafos siguientes se expondrán los casos específicos de presunción de culpabilidad y de responsabilidad estricta por el hecho de las cosas que contempla el Código Civil.

138. Presunción de Culpa por el Hecho de Animales

El artículo 2326 del Código Civil presume la culpabilidad del dueño por los daños causados por un animal, aún después que se haya soltado o extraviado. El dueño podrá exculparse probando que el daño, la soltura o el extravío del animal no se deben a su culpa ni a la del dependiente encargado de guarda o cuidado. En este último caso, a la presunción de culpabilidad por el hecho del animal se agrega una presunción de culpabilidad por el hecho del dependiente.

La misma presunción se aplica a toda persona que se sirve de un animal ajeno, quien será responsable en los mismos términos que el dueño frente a terceros, pero tendrá acción de reembolso contra este último, si el daño causado se debió a un vicio del animal que el dueño debió conocer e informarle.

La víctima del daño podrá dirigir su acción de responsabilidad tanto contra el dueño como contra aquel que se sirve del animal, pues frente a ella ambos responden solidariamente, sin perjuicio de la acción de reembolso que pueda corresponder.

139. Responsabilidad Estricta por el Hecho de Animales Fieros

Tratándose de animales fieros, de que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, el artículo 2327 del Código Civil establece una regla de responsabilidad estricta de la persona que lo tenga, por los daños que dicho animal ocasione.

La responsabilidad se funda en la tenencia física y no en el dominio. La víctima únicamente deberá probar que se trata de un animal fiero que no presta utilidad para la guarda o servicio de un predio y que el demandado lo tenía, para que éste sea obligado a indemnizar los daños que haya provocado, resultando inadmisibles la excusa de actuar diligente.

140. Responsabilidad del Dueño por Ruina de Edificios

En esta materia existe un concurso de disposiciones legales aplicables. Al efecto es necesario distinguir:

(a) Acciones Preventivas

El Código Civil concede la acción posesoria especial de querrela de obra ruinosa, tratada en los artículos 932 al 935; y la acción general de prevención por daño contingente, de los artículos 2333 y 2334.

(b) Acciones Indemnizatorias

El artículo 934 del Código Civil dispone: *“Si notificada la querrela posesoria de obra ruinosa cayere el edificio por efecto de su mala condición, se indemnizará de todo perjuicio a los vecinos; pero si cayere por caso fortuito, como avenida, rayo o terremoto, no habrá lugar a indemnización; a menos de probarse que el caso fortuito, sin el mal estado del edificio, no lo hubiera derribado. No habrá lugar a indemnización, si no hubiere precedido notificación de la querrela”*.

A su vez, quienes no hayan ejercido la acción del artículo 934 tendrán una acción indemnizatoria conforme a las reglas de los artículos 2323 y 2324 del mismo código.

De acuerdo al artículo 2323, la responsabilidad recae sobre el dueño del edificio si la ruina se produce por haber omitido las reparaciones necesarias, o haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia. Por consiguiente el enunciado de esta norma no establece una presunción de culpabilidad, pues exige que el dueño haya actuado con culpa, que debe ser probada. Con todo, ha sido interpretada por la doctrina y la jurisprudencia como una presunción de culpabilidad, de modo que corresponde al dueño probar su diligencia o la ocurrencia de caso fortuito.

Si el edificio pertenece proindiviso a dos o más personas, la indemnización se divide entre los propietarios a prorrata de sus cuotas de dominio (artículo 2323 II).

La norma del artículo 2323 establece una excepción a la regla de solidaridad de los corresponsables de un hecho que causa daño (artículo 2317): si los propietarios son dos o más se divide entre ellos la indemnización a prorrata de sus cuotas de dominio.

141. Responsabilidad del Constructor, Primer Vendedor, Arquitectos y Proyectistas por la Ruina de un Edificio

Si la ruina del edificio proviene de un vicio de construcción, la responsabilidad recae sobre el constructor, y se rige por lo dispuesto en el artículo 2003 N°3, relativo al contrato de construcción de obra (artículo 2324).

De este modo, en sede de responsabilidad extracontractual se hace una referencia a la regla que establece la responsabilidad contractual del constructor de una obra material respecto del dueño. Así, la responsabilidad del constructor es idéntica tanto respecto del dueño como de terceros que sean afectados por la ruina:

(a) El constructor responde por los vicios de construcción, por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él debieron conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales procurados por él;

(b) El constructor no responde por vicio de los materiales provistos por el dueño, a menos que el vicio sea de aquellos que el constructor debió conocer en razón de su oficio o que conociéndolo no haya dado aviso oportuno (artículo 2003 N° 3, en relación con el artículo 2000 II N° 3).

La materia está regulada en mayor extensión por la Ley General de Urbanismo y Construcciones, que extiende la responsabilidad por vicio de la construcción al propietario primer vendedor de lo construido, a los proyectistas y constructores, quienes además responden por las obras ejecutadas por subcontratistas y en uso de materiales o insumos defectuosos (artículo 18 y ss.).

En esta materia, tanto las normas del Código Civil como las de la Ley General de Urbanismo y Construcciones establecen presunciones de culpabilidad: ocurrida la ruina por algún vicio se hace lugar a la responsabilidad, a menos que se pruebe caso fortuito o fuerza mayor, o hecho de la víctima.

Finalmente, tanto la norma del artículo 2003 del Código Civil como el artículo 18 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones establecen un plazo de prescripción de cinco años, en el primer caso, contado desde la entrega del edificio, y en el segundo, desde la fecha de recepción definitiva de la obra por parte de la Dirección de Obras municipales.

142. Responsabilidad de Municipalidades por Ruina de Edificios

Las municipalidades responden por falta de servicio si la ruina de un edificio se debe a sus omisiones. Es, como se verá, una responsabilidad estricta calificada, por el hecho de que nos basta la mera causalidad, si no se agrega el requisito de que el daño se haya producido por falta de servicio.

En la medida que la ley ya no exige que las municipalidades revisen los cálculos de los ingenieros ni los planos de arquitectura de los edificios que se proyecta construir, el ámbito de su responsabilidad queda limitado a los deberes generales de vigilancia del estado de las construcciones.

143. Responsabilidad por Caída de Objetos desde la Parte Superior de un Edificio

El Código Civil otorga, también en esta materia, una acción preventiva y otra reparatoria.

(a) Acción Preventiva

Se contempla una acción pública para que se remuevan de la parte superior de un edificio u otro paraje elevado objetos que amenacen caída y daño. La acción es análoga a la querrela posesoria de denuncia de obra ruinosa, pero se dirige no sólo contra el dueño, sino, indistintamente, contra éste o contra el arrendatario o la persona a quién pertenezca la cosa o se sirva de ella (artículo 2328 II)

(b) Acción Indemnizatoria

El mismo artículo 2328 I, establece una presunción de culpabilidad en caso de daños causados por la cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio, respecto de todas las personas que habitan la misma parte de aquel. Si los responsables son varios, la indemnización se dividirá entre todos ellos, lo que constituye una nueva excepción al principio de la solidaridad establecido en el artículo 2317 del Código Civil.

La exculpación exige la prueba de que la caída del objeto se debe a culpa o mala intención de alguna persona exclusivamente, en cuyo caso sólo ésta será responsable

CUARTA PARTE RESPONSABILIDAD ESTRICTA

I. INTRODUCCIÓN

144. Noción

La responsabilidad estricta prescinde de la culpa como criterio de atribución: basta que el daño sea consecuencia de un hecho de la persona cuya responsabilidad se persigue, para que surja la obligación de indemnizar. En consecuencia, la causalidad es el elemento determinante de este tipo de responsabilidad.

145. Evolución Histórica

Como se ha expuesto, en su formulación más arcaica la responsabilidad obedeció a una noción cercana a la idea moderna de responsabilidad estricta. La evolución del derecho romano, la influencia

moralizante del cristianismo en los canonistas, y el pensamiento liberal, contribuyeron al establecimiento de un principio general y abstracto de responsabilidad por culpa en la tradición jurídica romanista. Durante el siglo XIX, el avance de la industrialización y el surgimiento de las economías modernas pusieron en discusión este principio general en áreas críticas, como son los daños provenientes de actividades peligrosas y de accidentes del trabajo. Diferentes estatutos legales especiales han establecido regímenes de responsabilidad estricta en el derecho chileno, siguiendo orientaciones del derecho comparado.

146. Fundamentos

Como se ha visto en el capítulo introductorio, los estatutos de responsabilidad estricta pueden ser justificados tanto desde la perspectiva de la prevención como de la justicia.

En relación con la primera, se ha señalado que tienen la ventaja de poner los riesgos de cargo de quien está en mejor posición para evitar el daño, operando como un incentivo a invertir en actividades menos riesgosas y a la contratación de seguros de responsabilidad.

Desde la perspectiva de la justicia, las reglas de responsabilidad estricta se justifican en cuanto obligan a aquel que se beneficia de una actividad que le resulta provechosa a asumir íntegramente los riesgos correlativos. La responsabilidad estricta, desde esta perspectiva, es más cercana a la idea de justicia correctiva, que impone la obligación de reparar el daño que se causa a un tercero y que no resulta razonable que éste soporte. Por otra parte, permite la internalización del costo de los accidentes en el precio de los bienes o servicios, haciendo que estos se distribuyan entre todos los que están expuestos al daño.

Pese a estas justificaciones, la responsabilidad estricta ha sido objeto de discusión y revisión crítica por los partidarios del sistema de responsabilidad por culpa.

Según esta opinión, el estándar del hombre razonable representa el nivel óptimo de cuidado que es posible exigir en cada caso, y en consecuencia, el sistema de responsabilidad por culpa es el que mejor cumple con el ideal del máximo de prevención.

Desde la perspectiva de la justicia retributiva, en tanto, se sostiene que la responsabilidad por culpa es consistente, por lo general, con la expectativa normativa que tenemos respecto de los daños que nos son causados por terceros, en orden a que deben ser reparados cuando en su comisión se ha actuado en infracción al estándar del hombre prudente.

147. Principios

En la mayoría de los sistemas jurídicos modernos, la responsabilidad civil exige la culpa como régimen general, en coexistencia con áreas específicas de responsabilidad estricta.

A ello se agrega, en la práctica, la evolución experimentada por el régimen de culpa en ciertas áreas, mediante la extensión del sistema de presunciones de culpabilidad y la interpretación restrictiva de las excusas admisibles, que ha situado este régimen, respecto de ciertos grupos de materias, en el límite de la responsabilidad estricta.

La tendencia generalizada en el derecho comparado ha sido establecer reglas de responsabilidad estricta en algunos grupos típicos de materias. Ante todo, se ha establecido para ciertas actividades peligrosas, como el uso de energía nuclear, la aviación comercial y la contaminación por hidrocarburos, entre otras.

Un ejemplo de aplicación de este criterio de responsabilidad estricta en actividades que entrañan peligro en el derecho nacional, es la regla del artículo 2327 del Código Civil sobre daños ocasionados por animales fieros de los cuales no se reporta utilidad.

También se han establecido reglas de responsabilidad estricta en protección de víctimas especialmente vulnerables, como los consumidores (productos defectuosos) y los trabajadores (accidentes del trabajo).

Finalmente, en algunos sistemas jurídicos también han sido establecidos respecto de actividades con altas tasas de accidentes, como en materia de tránsito.

II. REGLAS SOBRE RESPONSABILIDAD ESTRICTA EN EL CÓDIGO CIVIL Y LEYES ESPECIALES.

148. Daño causado por Animales Fieros

El artículo 2327 del Código Civil establece una regla de responsabilidad estricta bajo la forma de una presunción de derecho, aplicable a todo aquel que tenga un animal fiero de que no se reporte utilidad para la guarda o servicio de un predio, por los daños que este haya ocasionado.

149. Daño ocasionado por las Cosas que se Arrojan o Caen desde la Parte Superior de un Edificio

Según lo dispuesto en el artículo 2328 del Código Civil, el daño es imputable a todas las personas que habitan la misma parte del edificio, y la indemnización se dividirá entre todas ellas, a menos que se pruebe que el hecho se debe a la culpa o mala intención de alguna persona exclusivamente, en cuyo caso será responsable esta sola.

Como se advierte, en el primer caso se trata de responsabilidad sin culpa o estricta, que se distribuye entre todos quienes pudieron provocar el daño.

150. Accidentes del Trabajo

Esta materia está regulada en la Ley N° 16.744 sobre seguro social contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, y en ella coexiste un principio de responsabilidad estricta del empleador con un sistema de seguro obligatorio.

En efecto, la ley define el accidente del trabajo como toda lesión que una persona sufra a causa o con ocasión del trabajo, y que le produzca incapacidad o muerte, incluso por accidentes ocurridos en el trayecto directo, de ida o regreso, entre la habitación y el lugar de trabajo, exceptuando únicamente los accidentes debidos a fuerza mayor extraña o que no tenga relación alguna con el trabajo, y aquellos producidos intencionalmente por la víctima (Ley N° 16.744, artículo 5°). Estos accidentes están cubiertos por un seguro obligatorio financiado principalmente por aportes del empleador, y contempla prestaciones por incapacidad temporal, invalidez parcial o total y muerte.

La negligencia inexcusable del trabajador no excluye la responsabilidad del empleador, y sólo da lugar a la aplicación de una multa (artículo 70 I).

Si el accidente se debe a culpa o dolo del empleador, la víctima y las demás personas a quienes el accidente causa daño tienen acción para reclamar de éste una indemnización complementaria por todo perjuicio no cubierto por el sistema de seguro obligatorio, inclusive el daño moral; además, el organismo administrador del seguro tendrá acción contra el empleador para obtener el reembolso de lo pagado (artículo 69).

151. Daños ocasionados por el Conductor de un Vehículo Motorizado

La regla general en esta materia está contenida en el artículo 170 de la Ley N° 18.290, Ley del Tránsito, que establece la responsabilidad por culpa del conductor del vehículo.

El sistema está complementado por un listado de presunciones de responsabilidad, contenidas en el artículo 172, y que en rigor corresponden a hipótesis de culpa infraccional, que sólo admiten como excusa la fuerza mayor.

Sin perjuicio de lo anterior, la ley contempla dos instrumentos adicionales para proteger a las víctimas de accidentes:

- (a) Responsabilidad estricta del propietario del vehículo por los daños ocasionados por el conductor

(artículo 174 de la Ley del Tránsito). Esta regla contiene una hipótesis de responsabilidad estricta por el hecho ajeno, en virtud de la cual el propietario vehículo responde solidariamente con el conductor, y sólo puede eximirse probando que el vehículo le fue tomado sin su conocimiento o sin su autorización expresa o tácita, circunstancias que equivalen a casos de fuerza mayor.

(b) Un sistema de seguro obligatorio análogo al existente en materia de accidentes del trabajo, que coexiste con el seguro obligatorio de accidentes personales causados por circulación de vehículos motorizados (Ley N° 18.490), y con el seguro de accidentes de pasajeros de la locomoción colectiva (Ley N° 16.426).

152. Responsabilidad del Explotador de Aeronaves por Daños ocasionados en caso de Accidente Aéreo

Está tratada en la Ley N° 18.916, Código Aeronáutico, artículos 142 y siguientes. Respecto del empresario aeronáutico, la ley establece dos ámbitos de responsabilidad sin culpa:

(a) El primero de carácter contractual, por los daños ocasionados a los pasajeros y la carga, con un límite de 4.000 UF por cada víctima, en caso de muerte o lesión, y de 1 UF por kilogramo de peso bruto de la carga. Se trata de una obligación de garantía, que opera por la sola ocurrencia del daño (artículos 144 y 148).

(b) El segundo de carácter extracontractual, respecto de los daños ocasionados a terceros en la superficie, a consecuencia de la acción de una aeronave en vuelo, o a la caída de todo o parte de una aeronave.

Esta responsabilidad es de carácter estricto, pues sólo admite como excusas las causales de fuerza mayor definidas en la misma ley. Con todo, el monto de las indemnizaciones está sujeto a un límite determinado según el peso de la aeronave. Sobre dicho límite se aplican las reglas comunes de responsabilidad por culpa (artículos 155 y ss.).

153. Daños ocasionados por Aplicación de Plaguicidas

A la responsabilidad por esta especie de daños se refiere el Decreto Ley N° 3.557, artículo 36. Según esta disposición, *“si al aplicar plaguicidas se causaren daños a terceros, ya sea en forma accidental o como consecuencia inevitable de la aplicación, éstos podrán demandar judicialmente la indemnización de perjuicios correspondiente dentro del plazo de un año contado desde que se detecten los daños. En todo caso, no podrán ejercerse estas acciones una vez que hayan transcurrido dos años desde la aplicación del plaguicida”*.

Quien utiliza un plaguicida está sujeto a responsabilidad estricta por todos los daños que se sigan de su aplicación, aunque sean causados en forma accidental, es decir, sin culpa.

Esta responsabilidad alcanza incluso al Servicio Agrícola y Ganadero por los daños ocasionados en la erradicación de plagas.

154. Daños ocasionados por Derrames de Hidrocarburos y otras Sustancias Nocivas en el Mar

Su fuente legal es el Decreto Ley N° 2.222, que en el artículo 144 establece una regla de responsabilidad estricta por el sólo hecho del derrame. Según esta disposición, el dueño, armador u operador a cualquier título de la nave o artefacto naval que produzca el derrame o la descarga responden solidariamente por los daños que se causen.

Por otra parte, la excusa de fuerza mayor se encuentra limitada a los casos específicos que señala la propia ley, y son los siguientes: acto de guerra, hostilidades, guerra civil o insurrección, fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible; y, acción u omisión dolosa o culpable de un tercero extraño al dueño, armador u operador a cualquier título del barco o artefacto naval. (artículo 144 letras a y b).

El monto de la indemnización se limita al equivalente a 2.000 francos por tonelada de registro de la nave o artefacto naval causante de los perjuicios, con un monto máximo de 210 millones de francos. Si el siniestro ha sido causado por falta o culpa del propietario, naviero u operador, la indemnización es ilimitada

(artículo 145).

Estas reglas de responsabilidad estricta se complementan con un sistema de seguro obligatorio exigible a toda nave o artefacto naval que mida más de 3.000 toneladas (artículo 146).

155. Daños Nucleares

Esta materia está regulada en la Ley N° 18.302, Ley de seguridad nuclear, artículos 49 y siguientes. En su artículo 49 señala expresamente que *“la responsabilidad civil por daños nucleares será objetiva y estará limitada en la forma que establece esta ley”*.

Esta responsabilidad se aplica a las personas que tengan la calidad de explotador de una instalación, planta, centro, laboratorio o establecimiento nuclear, por los daños ocasionados por un accidente nuclear que ocurra en ellos.

La responsabilidad del explotador alcanza incluso a los daños ocasionados por caso fortuito o fuerza mayor, salvo que el accidente nuclear se deba *“directamente a hostilidades de conflicto armado exterior, insurrección o guerra civil”* (artículo 56).

También en este caso se ha establecido un límite máximo a la responsabilidad, fijado en el equivalente a 75 millones de dólares, que se reajusta automáticamente en la forma que señala la ley, entre la fecha de su dictación y la fecha del accidente nuclear (artículo 60).

En lo que respecta a los daños a las personas, la indemnización debe ser a lo menos el doble de la cantidad que correspondiere por aplicación de las tablas del seguro de accidentes del trabajo (artículo 61).

El sistema de responsabilidad del explotador de instalaciones nucleares se complementa con un seguro obligatorio, por el límite máximo de indemnización al que se ha hecho referencia (artículo 62).

156. Código de Minería

El artículo 14 del Código de Minería reconoce a toda persona la facultad de catar y cavar en tierras de cualquier dominio (salvo las que queden comprendidas dentro de los límites de una concesión minera ajena) con el objeto de buscar sustancias minerales.

Como correlato de esta facultad, concebida en términos amplios, la ley establece una regla de responsabilidad estricta respecto de los daños que se causen en su ejercicio.

A la misma regla queda sujeto el titular de una concesión de exploración, respecto de los daños que ocasione en las labores propias de dicha concesión (artículo 113).

III. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD ESTRICTA

157. Responsabilidad por Riesgo o Garantía

La responsabilidad estricta tiene como antecedente el riesgo creado por una cierta actividad, no la culpa en que se haya incurrido en su ejecución, de modo que la calificación de la conducta efectiva del autor del daño resulta indiferente.

En otros términos, basta que el daño se produzca en el ámbito de la actividad, para que de ello resulte la obligación de indemnizar.

En este sentido, la responsabilidad estricta presenta analogía con las obligaciones de garantía del derecho contractual, pues asegura a las eventuales víctimas que todo daño ocasionado en el ámbito de determinada actividad (instalaciones nucleares, aeronavegación, fumigación aérea, etc.) será indemnizado por quien la ejerce.

Por último, hay que señalar que la responsabilidad estricta es un régimen especial y como tal de derecho estricto, que opera sólo respecto de ciertas actividades o riesgos previamente definidos. Su fuente es la ley.

158. Responsabilidad Estricta No se Opone a Responsabilidad Subjetiva

Tradicionalmente la doctrina y jurisprudencia han utilizado la expresión responsabilidad objetiva, por oposición a la responsabilidad por culpa, que se supone subjetiva. Como se ha expuesto, esta denominación constituye un error, toda vez que la responsabilidad por culpa es también objetiva.

En efecto, la culpa consiste en la infracción de un patrón abstracto de conducta o deber de cuidado, y en su determinación se prescinde por completo de las condiciones subjetivas del autor.

En consecuencia, la denominación que más se ajusta a la naturaleza de esta especie de responsabilidad es responsabilidad estricta o por riesgo, como se le conoce en el derecho anglosajón y francés, respectivamente.

159. Causalidad

El efecto de la responsabilidad estricta es la obligación de reparar todo daño que se produzca en el ámbito de la actividad respectiva. Así, por ejemplo, el empresario de una planta nuclear generadora de energía eléctrica responde de todos los accidentes que deriven del carácter específico de la instalación nuclear, prescindiendo de si estos han ocurrido por culpa.

Sin embargo, no puede sostenerse que el empresario está sujeto al mismo régimen por los daños causados por la interrupción del suministro eléctrico, en caso de una falla en la planta nuclear, pues estos no resultan razonablemente atribuibles al riesgo cubierto por la regla de responsabilidad estricta.

Como se advierte en este ejemplo, en ausencia de la culpa, la causalidad tiene un rol determinante para establecer límites al ámbito de la responsabilidad.

La causalidad actúa como un elemento de control, evitando la extensión ilimitada de la responsabilidad civil. Así ocurre, por ejemplo, en materia de accidentes del trabajo, en la que la ley exige que el daño se produzca *“a causa o con ocasión del trabajo”* (artículo 5° de la Ley N° 16.744).

Lo mismo sucede en la responsabilidad por daños ocasionados por derrame de hidrocarburos en el mar, que obliga a reparar los *“perjuicios que ocasione el derrame de cualquier clase de materias o desechos”* (artículo 144 del Decreto Ley N° 2.222), y en materia de responsabilidad por los daños ocasionados por animales fieros, en los que la responsabilidad estricta sólo se aplica respecto de los daños ocasionados por su fiereza o bravura, y no por otras circunstancias, como pudiere ser el contagio de una enfermedad.

El principio que subyace a estas reglas es que la responsabilidad tiene por objeto crear un régimen de protección para ciertos riesgos, de modo que sólo las consecuencias que se sigan razonablemente de aquellos deben ser reparados. Por ello, la causalidad está especialmente determinada por el fin protector de la norma de responsabilidad estricta.

En consecuencia, de manera análoga a la responsabilidad por culpa, el requisito de la conexión interna entre el daño y su antecedente no se satisface con la mera causalidad material. En consecuencia, mientras en la responsabilidad por culpa se exige que el daño pueda ser atribuido normativamente al hecho ilícito, tratándose de responsabilidad estricta se requiere que el daño pueda ser atribuido normativamente al ámbito de riesgo específico cubierto por ese estatuto de responsabilidad.

Atendida la importancia decisiva de la causalidad en materia de responsabilidad estricta, la excusa del autor usualmente se limitará a negar la relación causal entre el daño y el ámbito de riesgo.

160. Excusa de Fuerza Mayor o Caso Fortuito

Las reglas de responsabilidad estricta son formuladas de modo que cubren todo daño que provenga

del peligro creado por la naturaleza de la actividad respectiva, aunque haya intervenido una causa ajena, incluso de carácter insuperable. En consecuencia, estas reglas usualmente excluyen la excusa fundada en hipótesis de fuerza mayor o caso fortuito.

Por la misma razón, en algunos casos la propia ley se encarga de señalar expresamente cuales son las hipótesis admisibles de caso fortuito o fuerza mayor (como ocurre en el artículo 144 del Decreto Ley N° 2.222).

Fuera de esas hipótesis, la excusa de fuerza mayor debe ser juzgada con reserva, pues lo característico de esta especie de responsabilidad es atribuir responsabilidad por el riesgo creado por la respectiva actividad, incluso si éste se materializa en un daño ocasionado por un suceso imprevisible e irresistible.

161. Responsabilidad Estricta Calificada

En los párrafos anteriores se ha analizado la responsabilidad estricta pura, para la que basta una relación causal entre el daño y el ámbito de riesgo. Sin embargo, el derecho contempla una segunda hipótesis de responsabilidad estricta, que puede denominarse calificada, y que exige que el daño provenga de un vicio, defecto o falta objetiva de la cosa entregada o del servicio, como ocurre en materia de productos defectuosos en el derecho comparado.

Esta segunda hipótesis no debe confundirse con la responsabilidad por culpa pues, al igual que la responsabilidad estricta pura no admite la excusa del actuar diligente.

Por otra parte, mientras la culpabilidad supone efectuar un juicio abstracto de conducta, la responsabilidad estricta calificada importa comparar la calidad de una cosa o servicio prestado, con el estándar de calidad que el público tiene derecho a esperar.

Para dar por establecida esta responsabilidad es necesario demostrar la existencia de un defecto en el resultado de la acción u omisión y sólo habrá responsabilidad por los daños que resulten atribuibles a ese defecto.

En circunstancias que la objetivización de la culpa ha llevado a que ésta se asimile crecientemente a un simple error de conducta, la responsabilidad estricta por defecto en poco se le diferencia en la práctica. Ello también vale para la responsabilidad que el derecho administrativo denomina por falta de servicio, como se expondrá en el capítulo siguiente al tratar sobre la responsabilidad del Estado.

IV. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

162. Introducción

Históricamente, el derecho público ha concebido al menos cuatro regímenes de responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado:

(a) Según la doctrina de la inmunidad de jurisdicción, el Estado no es responsable. Esta doctrina tiene sus orígenes remotos en la idea de que el soberano establece el derecho pero no está sujeto a él. En la actualidad, resulta inaplicable por ser contraria a las normas constitucionales que rigen la materia (artículos 6, 7, 19 N° 7 letra i), y 38 CPR).

(b) Un segundo sistema distingue entre los actos de autoridad, en los que se manifiesta el poder soberano del Estado y que en consecuencia, según la primera doctrina, no le generan responsabilidad, y los actos de gestión, que quedan sujetos al derecho común.

(c) Un tercer modelo de responsabilidad asume que el Estado es responsable por los actos de sus órganos o funcionarios, a condición de que éstos hayan actuado en infracción de un deber de cuidado (culpa en sentido civil), o se haya incurrido en una falta de servicio (defecto en el ejercicio de una función pública).

(d) Finalmente, el Estado puede responder según un sistema de responsabilidad estricta basado exclusivamente en la causalidad entre la acción u omisión del órgano y el daño ocasionado al derecho de una

persona.

En cuanto a los supuestos y a la extensión de la responsabilidad del Estado se distinguen tres ámbitos, dependiendo de la forma en que éste actúa.

Dichos ámbitos son los siguientes:

- a) responsabilidad por los actos de la administración y de los municipios.
- b) responsabilidad por error judicial.
- c) responsabilidad por actos legislativos.

(A) RESPONSABILIDAD POR ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO Y DE LAS MUNICIPALIDADES

163. Fundamentos Normativos

La Constitución Política, la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (en adelante también “*Ley de Bases*”) y, la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades (en adelante también “*Ley de Municipalidades*”), contienen normas acerca de la responsabilidad de la administración del Estado y de las Municipalidades.

164. Normas Constitucionales

De acuerdo a los artículos 6° y 7° de la Constitución Política, que consagran los principios de supremacía constitucional y de legalidad respectivamente, el Estado es responsable cuando sus órganos actúan al margen del derecho, ya sea vulnerando normas constitucionales o legales dictadas conforme a la Constitución (artículo 6° I), o asumiendo funciones respecto de las cuales carecen de competencia legalmente atribuida (artículo 7°).

Estas infracciones generan dos tipos de efectos: la nulidad del acto administrativo y la responsabilidad del Estado por los perjuicios ocasionados.

A las normas citadas se debe agregar el artículo 38 II de la Constitución Política, del Capítulo IV relativo al “*Gobierno*”, que concede una acción para que cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, pueda reclamar ante los tribunales que determine la ley.

Finalmente, como fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado hay que mencionar además las garantías constitucionales a que se refiere el artículo 19 de la Carta Fundamental, especialmente, el N° 7 letra i), que establece el derecho a indemnización por error judicial.

165. Normas Legales

Como se ha señalado, estas normas están contenidas la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado y, en la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades.

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

Por su parte, el artículo 44 de la misma ley señala: “*Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal*”.

En forma análoga, el artículo 141 de la Ley de Municipalidades, establece: “*Las municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá principalmente por falta de servicio. No obstante, las municipalidades tendrán derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal*”.

166. Principios en que se funda la Responsabilidad del Estado

De las disposiciones constitucionales y legales citadas se desprende que en el derecho nacional la responsabilidad del Estado está sujeta a los siguientes principios:

(a) En primer término, de esos principios y normas aparece con claridad que se excluye el sistema de inmunidad de jurisdicción, cuyo efecto, como se ha señalado, es la irresponsabilidad patrimonial del Estado.

(b) De acuerdo a esas mismas normas, el Estado está sujeto a un régimen de responsabilidad estricta por los hechos de sus órganos y funcionarios, cometidos en el ejercicio de sus funciones, de los que responde como hechos propios.

En otros términos, se trata de una especie de responsabilidad vicaria, en virtud de la cual el Estado y las municipalidades responden personal y directamente, sin consideración al cuidado aplicado respecto de la actuación de los funcionarios.

En consecuencia, en la materia no resulta aplicable la distinción formulada en materia de personas jurídicas de derecho privado, entre la actuación los órganos, cuyos hechos imponen responsabilidad personal, por el hecho propio, y la actuación de los dependientes, por cuyos hechos ésta responde bajo las reglas de responsabilidad por el hecho ajeno.

En todo caso, la responsabilidad propia del Estado por hechos de sus funcionarios que sean per se ilícitos es sin perjuicio del derecho que éste tiene para repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal (artículo 44 de la Ley de Bases).

(c) El Estado responde además por la culpa infraccional de sus órganos, cuando éstos actúan en contravención a la ley o a la Constitución. Así se desprende de lo señalado en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política. Según las reglas generales, la infracción a una norma obligatoria acarrea responsabilidad cuando el daño es objetivamente atribuible a esa infracción.

(d) El Estado responde por la falta de servicio en que incurran los órganos de la administración (artículo 44 de la Ley de Bases y artículo 137 de la Ley de Municipalidades).

El más general de los criterios de responsabilidad del Estado y de las municipalidades es la falta de servicio. El concepto tiene una connotación objetiva, análoga a la que ha adoptado el concepto civil de negligencia.

Tanto en la responsabilidad por culpa, como por falta de servicio no basta la mera causalidad material para que haya lugar a la indemnización del daño. Se requiere además un juicio normativo, que en la culpa civil reside objetivamente en la conducta efectiva, que es comparada con el estándar de conducta debida; y en la falta de servicio, recae en el estándar legal o razonable de cumplimiento de la función pública.

La diferencia es sutil y, en la práctica, por lo general irrelevante; en especial, si se atiende a la evolución jurisprudencial de la responsabilidad civil del empresario y de las personas jurídicas, que, como se ha visto, de lege ferenda, ha pasado a ser esencialmente vicaria (esto es, estricta).

Del mismo modo como el empresario ha llegado a responder civilmente por el defectuoso funcionamiento de la organización, sin que sea necesario individualizar el sujeto culpable, la falta de servicio atiende precisamente a un defectuoso desempeño de la función. En todo caso, tanto la responsabilidad por culpa, como la por falta de servicio, suponen un juicio objetivo de reproche, que, respectivamente, recae en el deber de cuidado (culpa) o en el correcto ejercicio de la función.

(e) Cierta doctrina, apoyándose en lo dispuesto en el artículo 38 de la Constitución Política y en el artículo 4° de la Ley de Bases, ha sostenido que la responsabilidad del Estado sería de carácter estricto en sentido propio, esto es, que basta la existencia de un daño que pueda ser atribuido causalmente a la actividad del Estado, para que éste responda.

Según esta doctrina, el único requisito adicional a la causalidad es que se trate de un daño antijurídico, esto es, que el sujeto administrado no tenga la obligación de soportar.

Esta doctrina conduce a que el Estado y las municipalidades devengan en un vasto sistema de

seguridad social respecto de todos los daños en que haya intervenido causalmente un agente público.

Así ocurriría, por ejemplo, que la responsabilidad de los hospitales públicos alcanzaría incluso hipótesis en que ningún defecto de conducta pudiera darse por acreditado (resultando de este modo definitivamente más gravosa que la de clínicas privadas pagadas); o que bastaría acreditar que el diseño alternativo de un camino (por costoso que fuere) habría sido suficiente para evitar un accidente, para dar por establecida la responsabilidad fiscal.

En definitiva, aunque la doctrina comparada conoce hipótesis de responsabilidad estricta u objetiva por mero riesgo, se trata más bien de regímenes especiales, que persiguen favorecer a las víctimas en grupos de casos análogos a las situaciones que dan lugar en el derecho privado a una fuerte presunción de responsabilidad por el hecho propio, o bien, se trata de acciones cuyo fin es reparar una grave injusticia en la atribución de cargas públicas que resulte de una actuación perfectamente lícita del Estado.

(f) Finalmente, cuando el Estado actúa como sujeto de relaciones privadas, esto es, como gestor o empresario, queda sujeto, en principio, a las reglas comunes de responsabilidad del derecho privado, sin perjuicio del régimen especial a que está sujeta la capacidad legal y el procedimiento para obligarse (contratos administrativos).

167. Antecedentes Jurisprudenciales

En los párrafos siguientes se expondrán dos sentencias especialmente relevantes sobre esta materia, cuyo análisis permitirá ilustrar acerca de los fundamentos de la responsabilidad extracontractual del Estado y sus límites con otras obligaciones que puedan surgir de la actuación regular de los actos de la administración estatal.

(a) *“Tirado con Municipalidad de La Reina”*. Doña María Eugenia Tirado cayó en una excavación profunda situada a menos de dos metros de un paradero de microbuses, que no estaba debidamente señalizada, sufriendo graves lesiones.

El tribunal de primera instancia que conoció de la demanda de la señora Tirado, resolvió el asunto aplicando la regla de responsabilidad existente en la Ley de Municipalidades de la época, que establecía: *“La responsabilidad extracontractual procederá principalmente para indemnizar los perjuicios que sufran uno o más usuarios de los servicios municipales cuando éstos no funcionen debiendo hacerlo o lo hagan en forma deficiente”* (artículo 62 II).

Según el tribunal, dicha norma consagraba *“la responsabilidad objetiva, en que el perjudicado es relevado de probar si hubo culpa o dolo del agente, como también la identidad de éste, bastando acreditar que el perjuicio se debió a un servicio deficiente que la corporación edilicia debió subsanar”*.

Por su parte, el tribunal de segunda instancia señaló que la municipalidad demandada no había sido eficiente en desempeñar el servicio de inspección de las obras, a que estaba obligada por mandato legal. Esa falta de control, había permitido que se realizara la excavación en una zona poco iluminada, sin barreras de protección y, sin señales de advertencia, por lo que debía concluirse que tal deficiencia estaba en relación de causa a efecto con respecto a la caída y lesiones que sufrió la demandante.

La Corte Suprema, conociendo del recurso de casación en el fondo interpuesto por la municipalidad en contra de ésta última sentencia fue aún más allá, señalando que *“no puede haber infracción de las disposiciones del Código Civil [como alegaba la recurrente] cuando la sentencia, con extensos razonamientos, ha aplicado el principio de la responsabilidad objetiva establecido en el artículo 62 de la Ley Orgánica de Municipalidades, descartando la responsabilidad por la culpabilidad y fundándola exclusivamente en el hecho que ha provocado el riesgo, o sea, la causalidad material”*.

La sentencia de casación incurre en una contradicción, por que por un lado señala que la responsabilidad del municipio se funda en la mera causalidad material, lo que equivale a sostener que corresponde a responsabilidad estricta en sentido propio, pero, por otro lado, para fundar su decisión acude a la norma del artículo 62 II de la Ley de Municipalidades de la época, que establecía explícitamente la responsabilidad por falta absoluta o funcionamiento defectuoso de un servicio, lo que resulta contradictorio con lo anterior.

Más allá del débil soporte conceptual del fallo de casación, el caso *“Tirado con Municipalidad de la Reina”*

da cuenta de la noción de responsabilidad del Estado por falta o defecto en el servicio, que corresponde a una especie de responsabilidad estricta calificada, en que la calificación consiste en un defecto en el ejercicio de la función, donde no es relevante un reproche de la conducta concreta de los funcionarios de la municipalidad o del órgano de la administración del Estado, sino calificar si, atendidas las circunstancias, el servicio público debió funcionar de una manera que hiciere posible evitar el daño.

(b) *“Abalos con Fisco”*. A comienzos de 1887, la Intendencia de Aconcagua ordenó a un destacamento militar y a ciertos funcionarios administrativos destruir los sandiales que el señor Abalos tenía en la ciudad de San Felipe, como una medida tendiente a detener una epidemia de cólera. El señor Abalos demandó al Fisco de Chile por los perjuicios ocasionados, amparado en las normas del Código Civil, y en los artículos 12 y 151 de la Constitución Política de 1833, que garantizaban la inviolabilidad de la propiedad.

El tribunal de primera instancia resolvió que si bien la autoridad administrativa no contaba con autorización legal expresa para ordenar la destrucción de los sandiales, es indudable que las leyes facultan a la autoridad para adoptar todas las medidas que la ciencia y la prudencia aconsejan para disminuir los efectos de una epidemia contagiosa, aunque esas medidas menoscaben ciertos intereses individuales, desde que se trata del bien y la salvación general de todos los habitantes.

Al respecto agregó que se encontraba acreditado que el Intendente actuó a solicitud de la junta de salubridad y con la opinión unánime de todos los facultativos del departamento, que aprobaron la medida como absolutamente necesaria para atenuar los efectos de la epidemia que amenazaba la vida de los habitantes de esa región.

Sin embargo, el sentenciador estimó *“que si la destrucción de los sandiales cuyo pago reclaman los demandantes, fué una medida necesaria en beneficio de los habitantes de la República el Fisco, como representante de toda la comunidad, es el directamente obligado a indemnizar el daño que hizo a ciertos particulares en beneficio de todos”*.

Luego, fundando su decisión en la Partida III de Alfonso X, en el artículo 1437 del Código Civil y en otras disposiciones del mismo código, resolvió que el Estado debía pagar al señor Abalos, el valor del sandial destruido. El fallo fue confirmado por la Corte Suprema.

Como se advierte, a diferencia del caso *“Tirado con Municipalidad de la Reina”*, aquí la responsabilidad del Estado tuvo como antecedente una actuación perfectamente legal y diligente de uno de sus órganos, que causó daños a un particular en beneficio del bienestar general.

168. Equivocidad en la Noción de Responsabilidad del Estado: Responsabilidad por Falta de Servicio y por Cargas Privadas impuestas en Beneficio Público

Los casos *“Tirado con Municipalidad de la Reina”* y *“Abalos con Fisco”* muestran que bajo el concepto genérico de responsabilidad del Estado se plantean dos situaciones jurídicas diversas:

(a) la responsabilidad por daños atribuibles a defectos del servicio público (falta de servicio), incluyendo hipótesis en que esa falta de servicio se presume judicialmente; y,

(b) la obligación de indemnizar a quien es sometido a una carga privada extraordinaria, a efectos de satisfacer un interés general.

Sólo la primera de ellas pertenece propiamente al ámbito de la responsabilidad. La segunda se asocia a la idea de una cuasiexpropiación, que impone al Estado la obligación de restituir el valor de aquello de lo que es privado un particular por medio de un acto lícito y regular, realizado en razón del interés general.

169. Responsabilidad por Falta de Servicio

Este sistema tiene su fundamento en la infracción a un estándar de debido servicio, cometida por algún órgano del Estado, cuya determinación en concreto depende de factores esencialmente variables. El grado de socialización del riesgo está en relación directa con la determinación judicial del estándar. Por cierto que también influirá el grado de desarrollo de la economía y la disponibilidad de recursos para financiar los servicios públicos. En definitiva, la determinación del estándar de servicio es una cuestión eminentemente

normativa, dónde radica la analogía antes referida con el concepto objetivo de culpa en el derecho privado.

El aspecto determinante para dar por establecida la responsabilidad del Estado según este sistema, es que el acto resulte objetivamente imputable a un “*funcionamiento anormal*” del servicio.

No basta, en consecuencia, la mera causalidad material, pues como se ha expuesto, ni aún en las hipótesis de responsabilidad estricta propiamente tal ésta resulta suficiente, porque en todo caso se exige que el daño sea atribuible normativamente al riesgo creado.

Por el contrario, afirmar que el Estado responde de todo daño por el solo hecho de ser una consecuencia natural de una acción u omisión de alguno de sus órganos, importa sustituir la idea de responsabilidad del Estado por la de un sistema general de seguridad social.

La determinación del estándar de servicio, como ocurre con el deber de cuidado en la responsabilidad por culpa, es por lo general tarea judicial, a menos que la propia ley defina situaciones que por se den lugar a la responsabilidad, como ocurre en la Ley N° 18.290 (Ley del Tránsito), que establece la responsabilidad fiscal y municipal por accidentes provocados por mal estado de las vías públicas o falta de señalización (artículo 177).

En este caso, el servicio defectuoso está genéricamente definido con el “*mal estado de la vía*” o la “*falta de señalización*” que condicionan la ocurrencia del accidente.

Sea que el estándar esté definido en la ley o deba ser construido por el juez, se trata de una cuestión esencialmente normativa, que debe estar sujeta al control jurídico por vía de casación.

170. Indemnización por Cargas Privadas impuestas en Beneficio Público

Con posterioridad al caso “*Abalos con Fisco*” otras sentencias han seguido la misma doctrina, a pesar de haber sido dictadas bajo ordenamientos constitucionales distintos.

Es el caso “*Lapostol con Fisco*” del año 1930 y, “*Comunidad Galletué con Fisco*”, de 1984.

El factor común ha sido la obtención de un beneficio general por medios perfectamente legales, pero a costa de un particular a quien el Estado ha impuesto una carga desproporcionada que afecta sustancialmente algún derecho.

Como ocurrió en el caso “*Abalos*”, los demandantes de los casos “*Lapostol*” y “*Comunidad Galletué*” fueron en definitiva indemnizados por el Estado. El fundamento de estas sentencias puede encontrarse en los principios constitucionales de la garantía de igualdad en la distribución de las cargas públicas, actualmente consagrada en el artículo 19 N° 20, y del derecho de propiedad garantizado por el artículo 19 N° 24.

Con todo, es necesario recordar que los particulares se encuentran frecuentemente sujetos a las cargas que impone la autoridad, como las restricciones al uso de vehículos, las obligaciones cívicas, o las ordenanzas de construcción y, como es obvio, no todas dan derecho a exigir reparación de parte del Estado.

En principio, puede sostenerse que la carga pública da derecho a indemnización cuando:

(a) tiene una naturaleza aleatoria, es decir, hace que el costo del beneficio común sea soportado por unos pocos (carga especial).

(b) es desproporcionada, esto es, afecta un derecho constitucional más allá de los límites tolerados por el derecho (carga grave). Este límite dependerá del nivel de protección que el sistema otorgue a la propiedad.

Como ocurre en la expropiación, en los casos referidos el Estado ha tomado algo de los particulares con la finalidad de lograr el bienestar general. Las intensidades de esta intervención pueden ir desde las limitaciones que debemos soportar como carga de la vida en común (como ocurre, en derecho civil, con las turbaciones ordinarias de vecindad), hasta la privación de atributos esenciales del derecho, caso en el cual la intervención es contraria a la Constitución (artículo 19 N° 26), a menos que medie expropiación.

En el rango intermedio están las intervenciones lícitas que, sin embargo, constituyen una carga desproporcionada que afecta el goce del derecho y la justa distribución de las cargas públicas. En estos casos, el costo privado asociado al logro del bienestar general ha excedido los límites que razonablemente debe tolerar el titular del derecho.

En conclusión, el principio es que si el gravamen reviste los caracteres de especialidad y gravedad señalados, el Estado deberá indemnizar.

(B) RESPONSABILIDAD POR ERROR JUDICIAL

171. Fundamento

Este ámbito de la responsabilidad del Estado tiene un reconocimiento expreso en el artículo 19 N° 7 letra i) Constitución Política que señala: *“Una vez dictado sobreesimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido. La indemnización será determinada judicialmente en procedimiento breve y sumario y en él la prueba se apreciará en conciencia”*.

Sin embargo, la jurisprudencia ha sido extremadamente exigente para dar por establecidos los supuestos de dicha responsabilidad, exigiendo en la práctica, aunque no de modo explícito, que se haya incurrido en culpa grave.

(C) RESPONSABILIDAD POR ACTOS LEGISLATIVOS

172. Noción

Bajo el principio de la soberanía política del legislador, la responsabilidad del Estado en este ámbito resulta inimaginable. Sin embargo, ese principio está en colisión con el de la supremacía del derecho, propio del constitucionalismo.

La propia Constitución se encarga de establecer los procedimientos para velar por la supremacía de sus preceptos, por medio del control preventivo de carácter general, que se aplica antes de la entrada en vigencia de la ley, a cargo del TC (artículo 82 N° 1) y del control correctivo de carácter particular, a cargo de la Corte Suprema, y que se conoce como recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (artículo 80).

Los límites que el derecho impone al legislador están circunscritos a estos instrumentos procesales que persiguen impedir la vigencia o la aplicación de una ley que vulnere derechos garantidos por la Constitución.

Fuera de este ámbito, la cuestión de la responsabilidad del Estado se presenta por ahora bastante más imprecisa. Con razón, el derecho comparado se muestra en general tímido en reconocer responsabilidad por decisiones legislativas que no adolecen de inconstitucionalidad.

Nada obsta, sin embargo, para que la obligación reparatoria que pesa sobre el Estado administrador por la imposición de cargas graves y especiales (por lícitas que sean desde el punto de vista de la eficacia normativa de la disposición), se extienda en casos excepcionales a la ley, al menos cuando de las circunstancias puede inferirse que el legislador no tuvo en vista privar a los afectados de esa reparación.

QUINTA PARTE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD

173. Acciones de Prevención o Remoción del Daño y Acción Indemnizatoria

El daño es de la esencia de la responsabilidad civil. Por ello, las acciones que surgen de un daño causado por un tercero tienen por objeto precisamente indemnizarlo o removerlo. La más frecuente acción que surge para la víctima es de naturaleza indemnizatoria, y tiene por objeto obtener su reparación por equivalencia. El derecho civil reconoce además las acciones tendientes a prevenir un daño contingente o hacer cesar un daño actual, que pueden acumularse a la primera.

La acción indemnizatoria es personal, mueble, patrimonial y transmisible.

En lo que respecta a las acciones preventivas, el Código Civil contempla la denuncia de obra ruinosas, en el título de las acciones posesorias (artículo 932), además de otras dos acciones en el título de la responsabilidad civil, una de carácter específico (artículo 2328 II) y otra de carácter genérico (artículo 2333). Conforme a su naturaleza, estas acciones se tramitan según las reglas del procedimiento sumario y, a pesar de su formulación casuista, deben ser interpretadas de manera extensiva.

Con todo, tanto las acciones preventivas como las acciones para hacer cesar el daño (por mucho que se tramiten en juicio sumario) tienen una eficacia limitada atendida la dificultad de obtener que se conceda provisionalmente lo solicitado mientras el juicio se tramita.

Por esa razón, en la práctica tienden a ser sustituidas por la acción constitucional de protección, que los tribunales superiores han extendido a conflictos privados, especialmente cuando hay urgencia especial en obtener una decisión rápida o cuando un tercero interviene de hecho alterando el statu quo. Estas pueden ser típicamente situaciones de daño que se quiere prevenir o terminar.

De este modo, la protección ha completado de un modo procesalmente eficaz el sistema de acciones civiles para prevenir o poner término al daño.

En resumen, el daño puede ser objeto de la acción indemnizatoria, de acciones que tienen por objeto precaver el daño eventual, de acciones civiles para hacer cesar el daño y, en ciertos casos, de la acción constitucional de protección.

En los párrafos siguientes se expondrá sobre los elementos de la acción indemnizatoria, sin perjuicio que en algunos aspectos éstos puedan resultar compatibles con las demás acciones.

174. Objeto de la Acción

Según se ha señalado, el objeto de la acción indemnizatoria es la obtención de una compensación en dinero por el daño causado, esto es, persigue su reparación por equivalencia, no en naturaleza.

175. Sujeto Activo

La acción pertenece a quien sufre personalmente el daño. Sin embargo, hay casos en que un mismo daño afecta a distintas personas, todas las cuales están igualmente calificadas para ejercer la acción. Al efecto se debe distinguir:

(a) Daños en las Cosas

Si el daño recae en una cosa, serán titulares de la acción tanto el dueño como el poseedor.

Tendrán acción además todos aquellos que detentan otros derechos reales sobre la cosa, como el usufructuario, el habitador o el usuario, si el daño irroga perjuicio a sus respectivos derechos.

El mero tenedor no tiene derechos sobre la cosa, en consecuencia, no puede reclamar su valor en caso de pérdida o deterioro mediante acción directa.

Sólo podrá accionar en ausencia del dueño y en tal caso se entenderá que lo hace a nombre de éste y no a título personal (artículo 2315 del Código Civil).

Sin embargo, el mero tenedor está legitimado para ejercer la acción indemnizatoria como titular de un derecho personal que se ejerce sobre una cosa, como el arrendatario, por el perjuicio que experimenta su crédito.

Incluso, habrá casos en que el objeto preciso de la lesión sea un derecho personal, como ocurre en las hipótesis de interferencia en contrato ajeno, en las que un tercero con conocimiento de la existencia del contrato ejecuta actos que hacen imposible su cumplimiento, ocasionando un perjuicio al acreedor.

(b) Daño a las Personas

La regla general es que el titular de la acción sea la persona que sufre directamente la lesión de un derecho o interés jurídicamente protegido. Sin embargo, también se reconoce titularidad activa a la víctima indirecta, que es aquella que sufre un daño patrimonial o moral a consecuencia del daño experimentado por la víctima directa, como el dolor que causa la muerte de un ser querido.

Tratándose de daños patrimoniales, tanto la doctrina como la jurisprudencia han reconocido titularidad a todo aquel que recibía una ayuda económica de la víctima directa, aún cuando no tuviese derecho a ella, de la que resulta privado a consecuencia del accidente, como el caso del padre que pierde la ayuda pecuniaria y personal de su hijo ilegítimo.

En materia de daño moral, en cambio, la regla general es que sólo se concede acción a la víctima indirecta en caso de muerte, a condición de que se acredite un parentesco cercano con la víctima directa.

Excepcionalmente, se concede acción para reclamar indemnización por el daño moral en caso de lesiones, cuando estas son de tal entidad que en los hechos imponen una obligación de cuidado que afecta la calidad de vida de la víctima indirecta. Tal es el caso del pariente de la víctima directa que debe hacerse cargo de su invalidez.

176. Sujeto Pasivo

La regla es que a la obligación indemnizatoria quedan sujetos tanto el autor directo del daño, como sus herederos (artículo 2316 del Código Civil), sin perjuicio de los casos de responsabilidad por el hecho ajeno (tratados en los artículos 2320 y 2322 del mismo código).

También es sujeto pasivo de la acción el que recibe provecho del dolo ajeno, sin ser cómplice, pero sólo es obligado hasta concurrencia de lo que valga el provecho (artículo 2316 II).

La acción es, en este caso, restitutoria de un enriquecimiento sin causa.

Quien, por el contrario, conoce de la existencia del dolo pero es reticente en prevenir de su existencia con el propósito de aprovecharse de sus efectos, es considerado autor en razón de esa reticencia y responde por el total de los perjuicios.

Si son varios los autores, sea que se haya actuado con dolo o con negligencia, la regla general es la solidaridad, según dispone el artículo 2317 del Código Civil.

Sin embargo, la ley no ha resuelto la forma en que éstos deben contribuir a la deuda, por lo que en principio se aplica la regla existente en materia de solidaridad (artículo 1522 II), en virtud de la cual cada uno de los obligados al pago responde según su parte o cuota en la deuda que, en este caso, corresponderá a su grado de participación en el hecho ilícito.

La misma regla se aplica si la indemnización debe ser reducida en razón de la culpa interviniente de la víctima: la reducción habrá de ser proporcional a lo determinante que hayan sido el hecho de la víctima y del tercero en la ocurrencia del daño.

Por excepción, la obligación es simplemente conjunta tratándose de daños causados por la ruina de un edificio de propiedad de varias personas (artículo 2323 II del Código Civil) y, en el caso de daños causados por la caída de objetos desde la parte superior de un edificio, salvo si se prueba que el daño se ha debido a culpa o mala intención exclusiva de una persona (artículo 2328 I del mismo código).

177. Extinción de la Acción de Responsabilidad

La acción de responsabilidad se extingue, en general, por los medios de extinguir las obligaciones, pues su objeto es hacer valer una pretensión indemnizatoria. Especiales preguntas plantea la renuncia y, particularmente, la prescripción.

La renuncia es un acto de disposición que extingue la acción si es efectuada con posterioridad al hecho que genera la responsabilidad. La autorización que la víctima del accidente da con anterioridad a su ocurrencia, constituye técnicamente una causal de justificación, que opera como eximente de responsabilidad.

La regla en materia de prescripción está contenida en el artículo 2332 del Código Civil que señala: *“Las acciones que concede este título por daño o dolo, prescriben en el plazo de cuatro años contados desde la perpetración del acto”*.

Esta norma admite diversas opiniones respecto del momento en que debe empezar a contarse el plazo de prescripción, debido a la vaguedad de la expresión perpetración del acto usada por el legislador para referirse a esta materia.

La doctrina y parte de la jurisprudencia han señalado que la prescripción se cuenta desde que se perpetra el acto o se comete el hecho.

Sentencias más recientes, han dicho que la responsabilidad civil no está completa si falta el daño y, que en consecuencia, mientras éste no ocurre no nace la acción.

Desde esta perspectiva, habría que sostener además que la prescripción sólo empieza a correr desde que el daño se manifiesta para la víctima, criterio que está en concordancia con el carácter sancionatorio que se atribuye a la prescripción respecto de quienes retardan indebidamente el ejercicio de sus derechos.

Siguiendo este razonamiento, que es consistente con la evolución del derecho comparado, si la víctima no ha estado en condiciones de conocer el daño y, por consiguiente, no ha podido ejercer la acción, no hay razón para entender que el plazo de prescripción ha comenzado a correr en su contra.

Este sería el caso de quien ha sido víctima de un fraude que se descubre tiempo después de acaecido el daño patrimonial efectivo. En todo caso, parece prudente que la jurisprudencia señale como límite el plazo de prescripción extraordinario.

También se han planteado dudas en cuanto a la procedencia de la suspensión de la prescripción.

En virtud del artículo 2524 las prescripciones de corto tiempo a que están sujetas las acciones especiales de ciertos actos o contratos *“también corren contra toda clase de personas”*, de modo que se ha entendido como una remisión tácita a la regla del artículo 2523 del mismo código que señala que *“las prescripciones mencionadas en los dos artículos precedentes corren contra toda clase de personas, y no admiten suspensión alguna”*.

Para una parte de la doctrina, la prescripción de la acción indemnizatoria estaría comprendida entre aquellas de corto tiempo a las que se refiere el artículo 2524 y, por consiguiente no cabría aplicar la suspensión.

En opinión de fallos recientes, sin embargo, el plazo de prescripción se suspende en favor de las personas que enumera el artículo 2509 del Código Civil, porque no se trata de actos o contratos sino de hechos jurídicos que dan lugar a responsabilidad. En la medida que la suspensión es una institución general de protección, y que las excepciones debieran ser interpretadas restrictivamente, resulta preferible esta última opinión.

Finalmente, cabe señalar que en ciertos casos la acción indemnizatoria está sujeta a plazos especiales de prescripción. Pueden mencionarse los siguientes:

(a) Las acciones por los daños causados por accidentes de aeronaves prescriben en el plazo de un año contado desde el día de los hechos (artículo 175, Ley N° 18.916, Código Aeronáutico).

(b) Las acciones que concede la Ley sobre abusos de publicidad prescriben en el plazo de tres meses contados desde la fecha de la difusión, y de un año si el medio de difusión fuere un libro (artículo 43, Ley N° 16.643).

(c) Las acciones por los daños ocasionados por defectos en la construcción, prescriben en el plazo de cinco años contados desde la fecha en que se haya otorgado el certificado de recepción final de las obras (artículo 18 y ss., Ley General de Urbanismo y Construcciones).

SEXTA PARTE

RESPONSABILIDAD CIVIL Y RESPONSABILIDAD PENAL

178. Tendencias

La distinción entre responsabilidad civil y responsabilidad penal goza actualmente de general aceptación. Sin embargo, no siempre ha sido así, y tampoco en el derecho vigente la separación es total.

Ambos estatutos aparecen originariamente confundidos en los sistemas jurídicos incipientes. En ellos la responsabilidad civil surge como un sustituto equivalente a la venganza, en que la reparación patrimonial actúa como una herramienta eficaz para conciliar la necesidad natural de retribuir el mal, con la paz social.

La tendencia a la separación se ha acentuado en épocas recientes. Por una parte, se ha llegado a construir una teoría del delito extremadamente refinada, que se ha caracterizado por la definición rigurosa de los requisitos para hacer procedente la sanción penal, con el resultado de que la doctrina del delito actúa como un límite a la imposición de la pena.

Por otra parte, la tendencia a separar las esferas de lo público y de lo privado, y a relegar a esta última amplios ámbitos de la moral, la religión y las costumbres, ha hecho que conductas que antes estaban sujetas a la regulación estatal por la vía penal, hayan sido entregadas al juicio individual.

En la responsabilidad civil, por el contrario, la tendencia ha sido a la expansión y diversificación de sus funciones. Así por ejemplo,

(a) a la función indemnizatoria clásica se ha sumado legislación que atiende a fines preventivos y de justicia distributiva;

(b) la culpa civil ha terminado de perder el carácter de un juicio de reproche subjetivo, que llegó a tener bajo influencia del derecho canónico, y cada vez más hace referencia a un patrón objetivo que expresa la conducta esperada;

(c) se afianza el reconocimiento de la indemnización por daño moral, reapareciendo en esta sede civil aspectos retributivos que atienden a la intensidad de la culpa, y no solo a la naturaleza del perjuicio;

(d) las presunciones de culpabilidad se expanden produciendo, por un lado, una ventaja estratégica a favor del demandante y, por otro, una evolución hacia límites que sólo conceptual, pero no prácticamente, son discernibles respecto de la responsabilidad estricta o por riesgo; y,

(e) importantes áreas de accidentes (trabajo, tránsito, productos defectuosos) están sujetas en el derecho comparado a estatutos de responsabilidad estricta que atribuyen la obligación de reparar a quien tiene el control sobre el riesgo.

I. Diferencias

179. Planteamiento

Las principales diferencias entre la responsabilidad civil y penal se expresan en las mayores exigencias que el derecho plantea para dar lugar a esta última.

180. Capacidad

En materia civil las exigencias de capacidad delictual son menores que en materia penal. Sólo son absolutamente incapaces los menores de 7 años y los dementes. Respecto del menor de 16 años la ley presume que ha cometido el delito o cuasidelito con discernimiento, y en consecuencia es plenamente responsable a menos que se pruebe lo contrario (artículo 2319 II del Código Civil).

En materia penal, en cambio, están absolutamente exentos de responsabilidad los menores de 16 años y los dementes, salvo que estos últimos hayan obrado en intervalo lúcido. También están exentos los mayores de 16 años y menores de 18, a menos que un juez de menores determine que han actuado con discernimiento.

Como se advierte, en materia de discernimiento la presunción se aplica en forma inversa a lo que ocurre en el ámbito civil (artículo 10 N°s 2 y 3 del Código Penal).

181. Tipicidad

En materia penal el requisito de la tipicidad exige que la conducta que se sanciona se adecue exactamente a la descripción del delito que contiene la ley. De acuerdo con el principio de legalidad de la pena, reconocido en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política, se exige además que el tipo penal esté expresamente descrito por la ley, y que ésta haya sido dictada con anterioridad a la comisión del hecho.

En materia civil, en cambio, el concepto de ilicitud, coincidente con la noción de culpa, importa la infracción a un deber de cuidado que puede haber sido establecido en forma previa por la ley, en las hipótesis de culpa infraccional. En la generalidad de los casos, sin embargo, el tipo específico es determinado por el juez con posterioridad a la conducta que se juzga, teniendo en consideración los criterios ya analizados.

182. Culpa

La culpa civil consiste en la infracción a un deber de conducta, que es determinado a partir del estándar del hombre prudente o buen padre de familia. En este sentido, los deberes específicos de conducta expresan las expectativas razonables que recíprocamente tenemos respecto del comportamiento de los demás.

Excepto en los casos de dolo, la culpabilidad en materia civil no importa un juicio de desvalor de carácter subjetivo, referido al autor del daño, sino exclusivamente a la conducta. Este juicio se limita a una comparación en abstracto de la conducta efectiva con la conducta debida. La responsabilidad civil puede incluso prescindir de la culpa como elemento de la responsabilidad, como ocurre en las hipótesis de responsabilidad estricta.

En materia penal, en cambio, la culpabilidad tiene un significado por completo diferente.

La noción de culpa se diferencia conceptualmente de la ilicitud, que es concebida en abstracto, y permite definir un deber individual de conducta, de modo que se aprecia en concreto, con atención a las condiciones particulares del autor. La culpabilidad penal supone descender al individuo concreto y construir el acto como su hecho personal.

183. Daño

Como se ha expuesto con anterioridad, el daño es una condición necesaria de la responsabilidad civil, de manera tal que si la acción culpable no genera daño, no existe responsabilidad. Sólo las acciones preventivas de un daño contingente (artículos 2328 II y 2333), que no son acciones de responsabilidad, proceden cuando el daño aún no se materializa.

En materia penal, en cambio, se sanciona el desvalor de la acción y no sólo del resultado. Es más, no resulta necesario que se produzca un daño efectivo al bien jurídico protegido para atribuir responsabilidad, salvo que se trate de un delito de resultado. Así se explica, además, que la ley penal contemple sanciones para la mera tentativa y el delito frustrado.

184. Sujetos Pasivos de la Acción

En materia penal sólo son sujetos pasivos de responsabilidad las personas naturales personalmente responsables del delito. Por la misma razón, y a diferencia de lo que ocurre en materia civil, la responsabilidad penal es intransmisible.

Las personas jurídicas están excluidas de este tipo de responsabilidad, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 del Código Penal, *“por ellas responden los que hayan intervenido en el acto punible, sin*

perjuicio de la responsabilidad civil que afecte a la corporación a cuyo nombre hubieren obrado”.

Sólo excepcionalmente, las personas jurídicas son objeto de algunas sanciones que presentan cierta analogía penal, tales como multas o incluso la disolución (como sucede si ha incurrido en ilícitos contra la libre competencia).

En materia civil, en cambio, las personas jurídicas son plenamente responsables; no sólo por el hecho ajeno, sino también por el hecho propio.

185. Sujetos Activos de la Acción

La regla general en materia penal es que la acción sea pública, es decir, que puede ser ejercida por el propio afectado, por el Estado a nombre de la sociedad, o por cualquier persona. Esta acción es irrenunciable.

En contraste, la acción penal privada, de carácter excepcional, sólo puede ser ejercida personalmente por la propia víctima u otra persona a su nombre y, por tal razón, es renunciable, e incluso está sujeta a extinguirse por el ejercicio de la acción civil que emana del mismo delito (artículo 12 del antiguo Código de Procedimiento Penal).

En materia civil, en cambio, una vez que el daño se ha materializado la acción indemnizatoria es esencialmente renunciable (artículo 12 del Código Civil). Sólo excepcionalmente está prohibida su renuncia antes de producirse el accidente (situación que más bien configura una causal civil de justificación), cuando importa condonación de dolo futuro o renuncia de bienes jurídicos indisponibles, como la vida o la integridad física.

186. Tribunal Competente

En el derecho chileno existen jueces con competencia común en materias civiles y penales, y jueces con competencia exclusiva.

Respecto de estos jueces con competencia exclusiva existen, sin embargo, importantes diferencias: mientras los tribunales civiles carecen de competencia en materia penal, los tribunales penales tienen competencia facultativa para conocer de la acción que persigue la responsabilidad civil proveniente del hecho punible, e incluso competencia privativa para conocer de la acción que tiene por objeto la mera restitución de la cosa que ha sido materia del delito (artículo 5° del antiguo Código de Procedimiento Penal).

Si la acción civil es ejercida ante el juez civil, separadamente respecto de la acción penal, y la existencia del delito que se investiga ha de ser fundamento preciso de la sentencia civil o puede tener en ella influencia notoria, se suspende el procedimiento civil hasta la terminación del proceso penal, si éste ha entrado a la etapa de plenario (artículo 5° del antiguo Código de Procedimiento Penal, en relación con el artículo 167 del Código de Procedimiento Civil).

187. Prueba

En materia penal rige un principio de la prueba más estricto que en el orden civil. Según el artículo 456 bis del antiguo Código de Procedimiento Penal: *“Nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgue haya adquirido, por los medios de prueba legal, la convicción de que realmente se ha cometido un hecho punible y que en él ha correspondido al reo una participación culpable y penada por la ley.”*

En materia civil, en tanto, el artículo 428 del Código de Procedimiento Civil establece un principio distinto. Señala la disposición: *“Entre dos o más pruebas contradictorias, y a falta de ley que resuelva el conflicto, los tribunales preferirán la que crean más conforme con la verdad”.*

En principio, la razón de esta diferencia reside en los conceptos de certeza y razonabilidad, que subyacen respectivamente a cada uno de los regímenes probatorios, y que, según el common law, se expresan

en que la responsabilidad penal requiere de convicción fuera de toda duda razonable, mientras que la responsabilidad civil se satisface con una probabilidad razonable.

Con todo, salvo regla especial diversa, ambas pruebas son regladas, es decir, ambas están sujetas al principio de prueba legal tasada.

188. Prescripción

En materia penal el plazo de prescripción de la acción varía entre los 6 meses y los 15 años, dependiendo de la gravedad de la pena asignada al delito, y se cuenta desde la fecha de comisión del ilícito (artículo 94 y ss. del Código Penal).

En materia civil, en cambio, el plazo de prescripción es de 4 años, contados desde la perpetración del acto (artículo 2332 del Código Civil), con las calificaciones que han sido referidas.

II. Relaciones entre la Responsabilidad Civil y la Responsabilidad Penal

189. Principios

La responsabilidad civil y penal son independientes entre sí: puede haber responsabilidad penal sin que exista responsabilidad civil (por ejemplo, si el hecho ilícito penal no ocasiona daños) y, a la inversa, es usual que los casos de responsabilidad civil no conlleven responsabilidad penal, como ocurre genéricamente cuando el hecho que ocasiona el daño no está tipificado como delito.

Con todo, estando sujeta la responsabilidad penal a requisitos más estrictos, la sentencia que se pronuncie en esa sede puede producir efectos en materia civil, lo que no ocurre en el sentido contrario. Por la misma razón, la ley atribuye competencia civil al juez penal respecto de las acciones conexas, de la que, a la inversa, carece el juez civil (artículo 10 del antiguo Código de Procedimiento Penal).

Las influencias recíprocas de estos estatutos están determinadas por los efectos que la ley le atribuye a las sentencias dictadas en uno y otro, específicamente, en relación con la institución de la cosa juzgada.

(A) EFECTOS DE COSA JUZGADA DE LAS SENTENCIAS PENALES EN MATERIA CIVIL

190. Sentencias Condenatorias

Conforme establece el artículo 178 del Código de Procedimiento Civil: *“En los juicios civiles podrán hacerse valer las sentencias dictadas en un proceso criminal siempre que condenen al reo”*.

Esta regla se aplica no sólo tratándose de sentencias penales dictadas por jueces ordinarios, sino también respecto de las sanciones que fijan los jueces de policía local en el ámbito de su competencia, con el único límite que al tercero civilmente responsable sólo le afectará la decisión penal si ha sido parte en el juicio respectivo.

Con todo, la responsabilidad civil requiere la existencia de daño, que debe ser probado, (con las calificaciones que se han hecho respecto del daño moral).

Tratándose de sentencias condenatorias penales por delitos de mera actividad, será necesario además probar la causalidad (que es propia de los delitos de resultado).

191. Sentencias Absolutorias

Por regla general, las sentencias absolutorias penales no producen cosa juzgada en materia civil.

De la circunstancia que no exista responsabilidad penal no se sigue necesariamente que tampoco exista responsabilidad civil. Así lo establece el artículo 179 I del Código de Procedimiento Civil al señalar que las sentencias que absuelvan de la acusación o que ordenen el sobreseimiento definitivo, sólo producen cosa juzgada en materia civil, cuando se funden en ciertas circunstancias.

En consecuencia, el efecto de cosa juzgada de la sentencia penal absolutoria es excepcional en materia civil; sólo procede en aquellos casos expresamente señalados en la ley. Por la misma razón, esas normas deben ser interpretadas de manera restrictiva.

Siguiendo este criterio, la jurisprudencia ha señalado que los jueces del crimen están facultados únicamente para declarar que alguien carece de responsabilidad en el orden de su jurisdicción, esto es, en materia penal.

Por lo tanto para que una sentencia absolutoria produzca el efecto de cosa juzgada en materia civil, debe basarse precisamente en alguna de las hipótesis contenidas en el artículo 179 del Código de Procedimiento Civil.

192. Análisis de las Circunstancias que contempla el Artículo 179 del Código de Procedimiento Civil

Las sentencias que absuelvan de la acusación o que ordenen el sobreseimiento definitivo, sólo producirán cosa juzgada en materia civil cuando se funden en alguno de los siguientes conceptos:

(a) *“La no existencia del delito o cuasidelito que ha sido materia del proceso. No se entenderán comprendidos en este número los casos en que la absolución o el sobreseimiento provengan de la existencia de circunstancias que eximan de responsabilidad criminal”* (artículo 179 regla 1ª, Código de Procedimiento Civil).

La no existencia del delito puede deberse a una razón de índole material (no se ha cometido el hecho) o a una razón jurídica (que los hechos no son constitutivos delito desde el punto de vista penal).

La jurisprudencia sistemáticamente ha interpretado esta norma señalando que sólo se refiere a la inexistencia del hecho, en consideración a que los elementos del ilícito civil son menos estrictos que los del delito penal. Por la misma razón, se ha fallado que si no se cumplen los requisitos para que haya estafa, pueden cumplirse las condiciones para que haya responsabilidad civil por mala administración. Así también, del hecho que ciertas expresiones no cumplen los requisitos para que haya injuria, calumnia o difamación, no se excluye la responsabilidad civil por inmiscuirse en la vida privada.

La no existencia del delito sólo se refiere a la inexistencia de los hechos que son relevantes a la vez en materia civil y en materia penal (por ejemplo la resolución que declara que un incendio se ocasionó por intervención de un tercero produce cosa juzgada en materia civil), y no se refiere, por tanto, a la calificación jurídica de los hechos.

(b) *“No existir relación alguna entre el hecho que se persigue y la persona acusada, sin perjuicio de la responsabilidad civil que pueda afectarle por actos de terceros, o por daños que resulten de los accidentes en conformidad a lo establecido en el Título XXXV, Libro IV, del Código Civil”* (artículo 179 regla 2ª, Código de Procedimiento Civil).

La sentencia debe declarar expresamente que no existe relación alguna entre el hecho y el acusado, sin que sea admisible volver a discutir esta materia en un juicio civil posterior. Lo anterior es sin perjuicio de los casos de responsabilidad por el hecho ajeno y de responsabilidad estricta.

(c) *“No existir en autos indicio alguno contra el acusado, no pudiendo en tal caso alegarse la cosa juzgada sino respecto de las personas que hayan intervenido en el proceso criminal como partes directas o coadyuvantes”* (artículo 179 regla 3ª, Código de Procedimiento Civil).

Se entiende que para que opere esta circunstancia no basta la falta de pruebas suficientes, pues se ha visto que el estándar requerido para la prueba penal es más estricto que en materia civil. Más precisamente, se requiere que falte todo indicio de participación, cuestión que debe ser materia de declaración expresa en la sentencia.

193. Contraexcepción: Obligaciones Restitutorias

Las circunstancias del artículo 179 del Código de Procedimiento Civil están sujetas a una limitación adicional, contenida en el inciso final de ese mismo artículo, que señala: *“Las sentencias absolutorias o de sobreseimiento en materia criminal relativas a los tutores, curadores, albaceas, síndicos, depositarios, tesoreros y demás personas que hayan recibido valores u objetos muebles por un título de que nazca obligación de devolverlos, no producirán en ningún caso cosa juzgada en materia civil”*.

Es decir, la absolución en materia penal, no produce cosa juzgada para quien resulta absuelto, respecto de su obligación de restituir, ya que la ley diferencia claramente la acción indemnizatoria (de responsabilidad civil) de la acción puramente restitutoria.

194. Alcance de la Cosa Juzgada

Se ha fallado que la cosa juzgada de la sentencia dictada en sede criminal produce efectos erga omnes, sin que se requiera la concurrencia de triple identidad a que se refiere el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil.

En definitiva, se trata de un efecto de cosa juzgada que se aleja de principios generales aceptados en la materia: ante todo, porque el objeto de la acción civil es materialmente diferente que el de la acción penal (a pesar de lo cual lo resuelto en esta sede produce efectos en aquélla) y, salvo en el caso de la tercera regla del artículo 179 del Código de Procedimiento Civil, ni siquiera se requiere identidad legal de personas (efecto erga omnes de la sentencia dictada en el juicio criminal).

El alcance material de la cosa juzgada que la sentencia penal produce en materias civiles está precisado por el artículo 180 del Código de Procedimiento Civil: *“Siempre que la sentencia criminal produzca cosa juzgada en el juicio civil, no será lícito en éste tomar en consideración pruebas o alegaciones incompatibles con lo resuelto en dicha sentencia o con los hechos que le sirvan de necesario fundamento”*.

Por lo tanto, el efecto de cosa juzgada de la sentencia criminal en materia civil se limita a dos aspectos: (a) produce cosa juzgada lo que se ha resuelto en el juicio criminal y (b) producen cosa juzgada los hechos que sirven de necesario fundamento a lo resuelto en sede penal.

(B) EFECTOS DE LAS RESOLUCIONES CIVILES EN MATERIA PENAL

195. Regla General

En principio, la sentencia dictada en un juicio de responsabilidad civil no produce cosa juzgada en materia penal, sea absolutoria o condenatoria.

196. Cuestiones Prejudiciales Civiles

El artículo 4º del Código de Procedimiento Penal señala que en los casos en que el juzgamiento criminal requiera la resolución previa de una cuestión civil que deba conocer otro tribunal, el proceso sólo avanzará en las diligencias del sumario necesarias para la comprobación de los hechos, y se paralizará en seguida hasta que sea fallada la cuestión civil.

Es el caso de una disputa relativa a la propiedad de una especie en un juicio por hurto o sobre la validez de un matrimonio en uno por bigamia. La resolución civil produce, en tal caso, efecto de cosa juzgada en materia criminal.

197. Efectos de la Indemnización Civil en Materia Criminal

Bajo ciertas circunstancias, el pago de la indemnización civil puede producir efectos en materia penal. Entre esos efectos pueden mencionarse los siguientes:

- (a) El pago de la indemnización de perjuicios o la restitución de la cosa pueden servir para configurar la atenuante de reparación celosa del mal causado, contemplada en el artículo 11 N° 7 del Código Penal;
- (b) El pago de la indemnización civil es condición para que se otorgue la remisión condicional de la pena.

En efecto, la Ley N° 18.216 sobre medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad impone como condición para obtener este beneficio *“la satisfacción de la indemnización civil, costas y multas impuestas por la sentencia”* (artículo 5° letra d). No obstante, el tribunal, en caso de impedimento justificado, podrá prescindir de esta exigencia.

SÉPTIMA PARTE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

198. Planteamiento

Sobre la base de la distinción romana de las fuentes de las obligaciones, recogida en el artículo 1437 del Código Civil, el estudio de la responsabilidad civil ha sido dividido históricamente en dos grandes estatutos: la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual.

Según la opinión mayoritaria, ambos pertenecen a esferas distintas; así, mientras la responsabilidad contractual se origina en el incumplimiento de un contrato, la segunda tiene su fuente en un hecho que ocasiona un daño, sin que exista un vínculo previo entre el autor de ese daño y la víctima. Por ello, tradicionalmente se ha sostenido que la responsabilidad contractual es de segundo grado, y la responsabilidad extracontractual de primer grado u originaria.

Sin embargo, esta distinción no siempre ha sido aceptada. Con especial énfasis a mediados del siglo veinte, parte de la doctrina comparada se ha manifestado a favor de un tratamiento único de los dos estatutos de la responsabilidad civil, basándose para ello, entre otros fundamentos, en el rol cada vez más disminuido de la voluntad de las partes en la contratación moderna, crecientemente reemplazada por los deberes generales impuestos por los usos, la costumbre, la prudencia o la propia ley, llegando en algunos casos a afirmarse que no existe contratación propiamente tal, sino un conjunto de deberes de conducta establecidos por la ley.

De ello resulta que los efectos del contrato no serían sustancialmente diversos de los que genera la comisión de un ilícito, lo que en definitiva haría impropcedente la distinción entre ambos estatutos.

A pesar de estas críticas, en el derecho moderno subsiste la división tradicional entre los estatutos de la responsabilidad civil. En los párrafos siguientes se analizarán sus principales diferencias, utilizando como referencia el texto de Arturo Alessandri.

I. DIFERENCIAS ENTRE AMBOS ESTATUTOS DE RESPONSABILIDAD

199. Capacidad

La primera diferencia tratada por la doctrina en relación con los estatutos de la responsabilidad civil es la capacidad.

Como se ha expuesto en otra parte de este curso, la capacidad delictual civil es más amplia que la

capacidad contractual.

En efecto, mientras en materia extracontractual son absolutamente capaces los mayores de 16 años, y los menores entre 7 y 16 años que hayan actuado con discernimiento (circunstancia que se presume), la plena capacidad contractual o negocial se adquiere sólo a los 18 años, sin perjuicio de la capacidad que poseen los menores adultos para actuar autorizado por su representante legal (artículo 1447 del Código Civil), y de la capacidad especial del hijo de familia que ejerce una profesión, industria o empleo (artículos 243 N°1 y 253 y ss. del Código Civil).

En opinión de Alessandri, esta diferencia se justifica porque *“el hombre adquiere la noción del bien y del mal mucho antes que la madurez y la experiencia necesarias para actuar en la vida de los negocios”*.

200. Graduación de la Culpa

En segundo término, la doctrina y cierta jurisprudencia tradicionalmente han sostenido que la graduación de la culpa en lata, leve y levísima, del artículo 44 del Código Civil sólo sería aplicable en materia contractual.

Según esta opinión, en materia extracontractual se respondería entonces de toda culpa, inclusive de culpa levísima.

201. Mora

Para que proceda la indemnización de perjuicios en materia contractual, se requiere, entre otras cosas, que el deudor se encuentre en mora de cumplir la obligación, salvo que se trate de una obligación de no hacer, en cuyo caso basta la mera contravención (artículo 1557 del Código Civil).

En materia extracontractual, en cambio, este requisito no recibe aplicación, pues el autor del daño tiene la obligación de indemnizar desde el momento mismo en que incurre en el ilícito. En opinión de Alessandri, apoyándose en cierta jurisprudencia de la época, el deudor en este caso queda constituido en mora de pleno derecho.

Esta distinción dio lugar a que cierta jurisprudencia sostuviera en el pasado que tratándose de responsabilidad extracontractual los intereses sobre el monto de la indemnización deben aplicarse sólo desde el momento en que el autor del daño está en mora, y que ésta sólo se producía con la notificación de la demanda.

202. Extensión de la Reparación

Una de las principales diferencias que se han planteado tradicionalmente entre la responsabilidad contractual y extracontractual es aquella de la naturaleza de los perjuicios que resultan indemnizables en uno y otro caso, a partir de lo dispuesto en el artículo 1558 del Código Civil.

Según la opinión de Alessandri y cierta jurisprudencia, dicho artículo sólo sería aplicable en materia contractual, mientras que en materia de responsabilidad extracontractual, el principio de que la reparación debe comprender todo daño (artículos 2314, 2320 y 2329 del Código Civil), obligaría a indemnizar incluso los perjuicios imprevistos.

203. Pluralidad de Obligados

La regla general en materia contractual es que habiéndose contraído por muchas personas una obligación de cosa divisible, sus obligaciones se entienden simplemente conjuntas (artículo 1511 del Código Civil).

Tratándose de la obligación indemnizatoria que emana del daño, en cambio, la regla es precisamente

la inversa: existiendo varios obligados al pago de la indemnización, la responsabilidad entre ellos es solidaria (artículo 2317).

204. Prescripción

El plazo de prescripción también varía tratándose de un estatuto u otro de responsabilidad civil.

Mientras en materia contractual la prescripción extintiva ordinaria es de 5 años contados desde que la obligación se haya hecho exigible (artículo 2515 del Código Civil), las acciones que concede el Título XXXV prescriben en el plazo de 4 años contados desde la perpetración del acto (artículo 2332).

205. Peso de la Prueba de la Culpa

Finalmente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1547 del Código Civil, el incumplimiento de la obligación contractual se presume culpable. En materia extracontractual en cambio, el artículo 1698 obliga a probar la culpa a quien la alega, esto es, a quien demanda la indemnización, salvo en cuanto el demandante pueda beneficiarse de alguna de las presunciones de culpabilidad que contempla el Título XXXV.

II. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS DIFERENCIAS ENTRE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

206. Fuente

Si bien el texto de Alessandri no contiene una referencia explícita a las distintas fuentes de las que emana uno y otro tipo de responsabilidad, esta materia se encuentra implícita en la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, por lo que resulte necesario referirse a ella.

Como se ha dicho al comienzo de este curso, la responsabilidad contractual tiene un carácter secundario: la obligación originaria consiste en cumplir lo pactado; la obligación de indemnizar surge sólo una vez que el deudor ha incumplido la obligación contractual o de primer grado, como una de las acciones judiciales que la ley confiere al acreedor para hacer frente al incumplimiento.

Por eso, la responsabilidad contractual se traduce en una obligación de segundo grado, consistente en indemnizar los perjuicios ocasionados al acreedor, cuyo fundamento es precisamente el incumplimiento de la obligación principal o de primer grado.

En materia extracontractual, en cambio, la responsabilidad por culpa no supone la existencia de tal vínculo obligatorio previo, y su antecedente se encuentra en los deberes de cuidado generales y recíprocos que las personas deben observar en sus encuentros espontáneos.

En consecuencia, la obligación indemnizatoria tiene en esta sede un carácter originario, cuyo antecedente es el daño ocasionado infringiendo alguno de esos deberes de conducta.

Análogamente, en casos de responsabilidad estricta tampoco existe vínculo obligatorio preexistente: la relación obligatoria nace cuando se ha causado el daño.

Esta marcada distinción entre los estatutos de la responsabilidad civil tiende a disiparse en las relaciones contractuales modernas, donde la voluntad de las partes en la determinación del contenido obligatorio es crecientemente reemplazada por reglas implícitas establecidas por las prácticas, los usos y la propia ley (como ocurre con el transporte de pasajeros, por ejemplo).

De este modo, aunque en el origen la relación contractual siga siendo un acto voluntario, la definición del contenido de esa relación obligatoria queda cada vez más entregada a un ámbito ajeno a esa voluntad. Por ello, parte de la crítica a la doctrina tradicional del contrato asume que en la determinación de estos deberes

implícitos no existe diferencia substancial con la responsabilidad extracontractual.

Distinto parece ser el caso de las condiciones generales de contratación incorporadas a ciertos contratos (como el seguro o el crédito), redactadas unilateralmente por la parte que ofrece el bien o servicio sin que el consumidor tenga la posibilidad de discutir su contenido. Si estas condiciones son eficaces, la determinación del contenido de las obligaciones debe efectuarse conforme a ellas, toda vez que las partes consintieron en regirse por ellas.

En principio, sólo son ineficaces aquellas cláusulas que el consumidor no pudo razonablemente conocer (falta de consentimiento), o resultan abusivas porque alteran sustancialmente la economía del contrato (por ejemplo, la cláusula que invierte la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, artículo 16 de la Ley N° 19.496). En esos casos, la cláusula es sancionada con la nulidad, y siempre que resulte posible la subsistencia del contrato sin la cláusula nula, el vacío deberá ser integrado por la propia ley o por el juez.

207. Graduación de la Culpa

Contrariamente a lo sostenido por la doctrina y alguna jurisprudencia, no hay razón para entender que la regla del artículo 44 del Código Civil se aplica sólo en sede contractual y que, en consecuencia, en sede extracontractual se responde de toda culpa, inclusive la levísima.

Como se ha señalado en la primera parte, constituye además una contradicción afirmar que la culpa se aprecia en abstracto, aplicando el patrón de cuidado del hombre prudente, y al mismo tiempo señalar que en materia extracontractual se responde incluso de culpa levísima, pues se trata de grados de cuidado asimétricos.

Ante la ausencia de una definición especial de culpa entre las normas de la responsabilidad delictual y cuasidelictual civil, y atendida la generalidad de su formulación, debe aplicarse aquí la regla del artículo 44 II del Código Civil que dispone que la culpa sin otra calificación, significa culpa o descuido leve.

Como se ha explicado, esta noción de culpa hace referencia al modelo abstracto de conducta del hombre prudente o buen padre de familia, que representa con mayor naturalidad las expectativas razonables que se tienen acerca del comportamiento propio y el de los demás en los tratos recíprocos.

La regla general es, entonces, que en materia extracontractual se responde de culpa leve.

Con todo, no es infrecuente que el nivel de cuidado exigible al hombre prudente varíe conforme a las circunstancias que rodean la acción. Así, tratándose de actividades peligrosas, dichas exigencias tienden a extender el nivel de cuidado, por vía de presunciones de culpabilidad, hasta las fronteras de la responsabilidad estricta e, incluso, pueden dar origen a que determinados grupos de actividades queden sujetas a una regla legal que atribuye una responsabilidad de esta especie.

A pesar de que la clasificación de las culpas a que alude el artículo 1547 podrían llevar a pensar que la cuestión se presenta muy diferente en el ámbito contractual, ocurre que la determinación del grado concreto de diligencia exigible al deudor también dependerá de las circunstancias (así ocurre, por ejemplo, en relación con el grado de culpa de que responde el mandatario, la que se apreciará con mayor o menor rigurosidad según las circunstancias que describe el artículo 2129 del Código Civil).

208. Prueba de la Culpa

Si bien en materia de prueba de la culpa en los estatutos de responsabilidad civil debe estarse, en principio, a la diferencia que emana del artículo 1547 III y del artículo 2314, en relación con el artículo 1698 del Código Civil, ésta se ve moderada en dos aspectos: por una parte, en materia contractual existen situaciones en que la presunción de culpa no resulta suficiente para dar por acreditada la responsabilidad del deudor; por otra parte, existen en materia extracontractual importantes presunciones de culpa que mejoran la posición estratégica de la víctima en el juicio de responsabilidad.

En sede contractual, la presunción de culpa rige sin mayores dificultades respecto de las obligaciones de resultado (artículos 1547 y 1671 del Código Civil). Tratándose de obligaciones de medio, en cambio, la determinación de la responsabilidad del deudor puede dar origen a disputas respecto de la diligencia empleada

por éste en el cumplimiento de la obligación, porque una vez que el deudor ha probado actos de ejecución, la disputa deviene en una relativa a si esos actos de ejecución pueden ser calificados como un efectivo cumplimiento de lo debido.

En definitiva, acreedor y deudor se verán obligados a demostrar si se ha actuado o no de acuerdo al estándar de diligencia debida, debiendo el juez dar por probado el cumplimiento o incumplimiento a la luz de las pruebas allegadas al proceso.

En las obligaciones de medios, la prueba del cumplimiento supone a su vez la prueba de la diligencia (que según el artículo 1547 corresponde al deudor), pero usualmente el juez sólo podrá formarse un concepto acerca de si hubo cumplimiento o incumplimiento en la medida que también el acreedor allegue antecedentes probatorios que muestren la negligencia del deudor.

En definitiva, mostrados que hayan sido por el deudor actos de ejecución, el juicio de responsabilidad supondrá calificar esa conducta: la culpa no se infiere de la simple inejecución de una obligación perfectamente determinada, como ocurre con las obligaciones de resultado, sino que exige una calificación normativa de lo obrado por el deudor.

En sede extracontractual se advierte una evolución en el sentido inverso. La regla general es que la culpa debe ser probada por quien la alega; sin embargo, esta regla es objeto de importantes correctivos debido a la expansión de las presunciones de culpabilidad por el hecho propio (artículo 2329 del Código Civil), y por el hecho ajeno (artículos 2320 y 2322 del Código Civil).

209. Responsabilidad Sin Culpa

La responsabilidad sin culpa es un tipo de responsabilidad extracontractual. Sin embargo, también existe responsabilidad contractual sin culpa.

Es el caso de las obligaciones de garantía, que pueden ser establecidas por el legislador o por las partes en el contrato. Tal es el caso de la obligación de saneamiento que compete al vendedor (artículo 1824 del Código Civil); de la obligación de mantener la cosa en estado de servir para el fin con que ha sido arrendada; de la obligación de saneamiento del arrendador (artículo 1927 y ss.); y, de la obligación de saneamiento que tiene el socio para con la sociedad respecto del aporte de un cuerpo cierto (artículo 2085).

Por lo demás, nada impide que el deudor, en virtud de una cláusula agravante de responsabilidad, asuma una responsabilidad que comprende el caso fortuito.

Existe evidente analogía entre los ámbitos de responsabilidad estricta y las obligaciones contractuales de garantía. En ambas el resultado es la imposición de una obligación indemnizatoria sin referencia a culpa.

La responsabilidad estricta se basa en el mismo principio de garantía: quien desarrolla una actividad peligrosa sujeta a una regla de responsabilidad estricta, y garantiza a todos las posibles víctimas de esa actividad que los perjuicios que sufran les serán indemnizados.

210. Alcance de la Acción Reparatoria

Tradicionalmente se ha entendido que en esta materia existen dos grandes diferencias entre responsabilidad contractual y extracontractual:

(a) En primer lugar, se sostiene que mientras en materia contractual sólo se responde de los perjuicios previsibles (salvo en caso de dolo; artículo 1558 del Código Civil), en el ámbito extracontractual se respondería de todo perjuicio, incluso de los imprevisibles.

(b) En segundo término, hasta hace algunos años se entendió que en materia contractual no hay lugar a la indemnización por daño moral.

Respecto de la primera diferencia anotada, cabe señalar que no hay razón alguna para que en materia extracontractual no se apliquen las reglas de carácter general contenidas en el título “*Del Efecto de las Obligaciones*”, aunque originalmente éstas hayan sido desarrolladas a propósito de los contratos.

Por otra parte, la misma jurisprudencia y doctrina que se pronuncian a favor de dicha distinción (en términos que, por regla general, en materia contractual se respondería de los perjuicios previsibles, mientras

que en materia extracontractual, de los imprevisibles), exigen como requisito de la culpa extracontractual que las consecuencias de la acción sean previsibles.

Se incurre así en una insalvable contradicción, pues por una parte se sostiene que en sede extracontractual se responde de todo perjuicio, incluso de los imprevisibles y, por otra, que la culpa sólo se refiere al ámbito de lo previsible.

Por último, la tendencia actual de la jurisprudencia, que podría entenderse definitivamente aceptada, se pronuncia a favor de conceder la indemnización por daño moral también en sede contractual.

Queda abierta la pregunta sin embargo, del ámbito de los perjuicios morales que resulten previsibles en materia contractual: así, de la circunstancia de que la casa arrendada no haya sido entregada oportunamente al arrendatario por negligencia del arrendador, no se sigue que éste deba responder del daño moral sufrido porque el arrendatario no pudo estar en la ciudad al momento de fallecer su madre.

Para que el daño moral resulte contractualmente indemnizable, debe caer dentro del ámbito de riesgo que asume el deudor en razón del contrato. En definitiva, sin embargo, algo similar ocurre también con el requisito de proximidad del daño que resulta exigible en materia extracontractual.

Facultad de postergar para un juicio posterior la determinación de la especie y monto de los perjuicios.

Tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia han sostenido que ésta facultad sólo procede en materia contractual.

En sede extracontractual, en cambio, regiría la apreciación soberana del daño y, en consecuencia, la especie y monto de los perjuicios deberían ser objeto de discusión en el mismo juicio ordinario en que se hace valer la responsabilidad.

De acuerdo al referido artículo 173 del Código de Procedimiento Civil, si se ha discutido en el juicio sobre la naturaleza y monto de los perjuicios, esto es, si han sido objeto de prueba, el juez puede liquidarlos en la sentencia o señalar las bases para su determinación. La sentencia debe basarse en antecedentes del proceso para poder determinar la naturaleza y monto de los perjuicios.

Si en el juicio sólo se ha discutido la procedencia de la indemnización, y no la especie y el monto de los perjuicios, el juez reservará a las partes el derecho de discutir esta cuestión en la ejecución de la sentencia o en otro juicio diverso.

Esta norma tiene como fundamento una importante razón económica, consistente en limitar la discusión a los elementos de la responsabilidad, evitando de este modo la engorrosa prueba de los perjuicios, que sólo es necesario producir una vez que se resuelva en la sentencia definitiva que el demandante tiene derecho a la indemnización.

En el último tiempo, la doctrina ha señalado que en esta materia no hay diferencia entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, de modo que en ambas puede reservarse la discusión y retardarse la prueba de los perjuicios para la ejecución del fallo o para un juicio posterior.

III. EL CONCURSO O CÚMULO DE RESPONSABILIDAD

212. Nociones

Bajo el concepto de cúmulo de responsabilidad la doctrina se ha referido tradicionalmente al problema de la concurrencia de los dos estatutos de la responsabilidad civil, en aquellos casos en que un mismo hecho importa a la vez el incumplimiento de una obligación contractual y la ocurrencia de un delito o cuasidelito civil. Este problema se plantea con frecuencia en materia de responsabilidad profesional; en especial de los médicos, quienes en la mayoría de los casos están vinculados por un contrato y además por deberes específicos de cuidado relativos a la integridad física del paciente.

Bajo el concepto de cúmulo de responsabilidad se agrupan dos cuestiones de naturaleza diversa: la primera consiste en determinar si la víctima puede optar por el estatuto de responsabilidad que le resulte más

provechoso; la segunda, si las acciones que emanan de ambos estatutos son acumulables.

La palabra cúmulo hace más bien referencia a este último sentido, que plantea pocas dificultades: la responsabilidad contractual no se puede acumular a la extracontractual porque ello se traduciría en un enriquecimiento sin causa de la víctima (que sería indemnizada por dos conceptos diferentes por un mismo daño). Por eso, el sentido relevante del cúmulo de responsabilidad se refiere a las situaciones en que, en principio, resultan aplicables los dos estatutos alternativamente y se trata de resolver si la víctima en tales circunstancias puede optar por demandar según el estatuto que le resulte más favorable.

Tradicionalmente, la doctrina y la jurisprudencia nacional se manifiestan en contra de la opción entre ambos estatutos de responsabilidad. Según esta opinión, conceder la posibilidad de optar entre una u otra acción para reclamar la indemnización de los perjuicios importaría desconocer la obligatoriedad del contrato, que conforme al artículo 1545 del Código Civil, vincula a las partes con la misma fuerza que la ley.

A ello se agrega que en opinión mayoritaria de la doctrina la especialidad de la responsabilidad contractual prima sobre la responsabilidad extracontractual, a la que se asigna un carácter residual.

Como se advierte, esta posición importa privilegiar el principio obligatorio del contrato, en virtud del cual los deberes generales de respeto recíproco (típicos de la responsabilidad extracontractual) ceden frente a la relación obligatoria consentida en el contrato.

Sin embargo, en opinión de la doctrina y de alguna jurisprudencia, bajo ciertas circunstancias la opción resulta excepcionalmente procedente. Desde luego que ello ocurre cuando así lo han estipulado las partes (por aplicación del principio de autonomía privada expresado por el artículo 1545 del Código Civil).

También se acepta la opción cuando el incumplimiento del contrato constituye a la vez la comisión de un ilícito penal. En el derecho comparado, la tendencia protectora de la víctima ha expandido la opción a situaciones en que el régimen extracontractual resulta simplemente más favorable al demandante (como puede ocurrir con el plazo de prescripción).

IV. EL SISTEMA DE DERECHO COMÚN

213. Planteamiento

La legislación nacional regula dos grandes estatutos de responsabilidad civil (contractual y extracontractual), pero no establece explícitamente el régimen común aplicable (por ejemplo, al incumplimiento de obligaciones legales).

Parte de la doctrina nacional (sobre todo Alessandri), sostiene que el régimen común de responsabilidad es el contractual, pues es el único que está regulado genéricamente a propósito de los efectos de las obligaciones (artículos 1545 y ss. del Código Civil).

Esta doctrina es la misma que atribuye la aplicación de las normas del título XII del libro IV del Código Civil, Del efecto de las obligaciones, exclusivamente al ámbito contractual.

Como se ha expuesto, algunas de las normas del mencionado título se aplican indistintamente al ámbito contractual y extracontractual y, por ello, la conclusión sobre el carácter de régimen común del primero perdería sustento.

El contrato supone necesariamente un acuerdo previo, que debe ser observado y cuya inobservancia genera una obligación indemnizatoria de segundo grado. Sin embargo, la mayoría de los deberes de cuidado a que se está sometido en el tráfico no dan lugar a relaciones obligatorias.

Por ello, en la práctica, el régimen común es el de responsabilidad extracontractual, pues se refiere precisamente a esas relaciones que no están regidas por vínculo obligatorio preexistente.

La cuestión se torna más discutible en los casos en que existe una obligación preexistente, que no tiene su origen en el contrato sino en la ley, como la responsabilidad que surge del incumplimiento de la obligación de dar alimentos, o la que tienen los directores de una sociedad anónima respecto de los accionistas (artículo 41 I de la Ley N° 18.046, sobre sociedades anónimas).

Pareciera que en tales casos la responsabilidad sigue al incumplimiento de una obligación personal de primer grado y podría regirse, por analogía, por las normas de la responsabilidad contractual.

214. Algunas Aplicaciones

A continuación se exponen algunas consecuencias prácticas de la conclusión indicada en el párrafo anterior:

(a) Responsabilidad Médica: Para determinar la acción que se interpondrá como consecuencia de un daño deberá precisarse si existe un acuerdo contractual con el médico o clínica respectiva, en cuyo caso regirá la responsabilidad contractual. En caso contrario, se aplicarán las reglas de la responsabilidad extracontractual.

(b) Responsabilidad Precontractual: Antes que se celebre el contrato definitivo, y durante la negociación, es frecuente que se suscriba un acuerdo en principio o acuerdo de negociación, en cuyo caso ésta se rige por las reglas de la responsabilidad contractual. Si no hay acuerdo, como será la regla general, la negociación está regida por los deberes de cuidado cuya infracción da lugar a una responsabilidad extracontractual.

(c) Nulidad: La nulidad del contrato no tiene su origen en incumplimiento contractual, sino en su ineficacia. Por ello, la indemnización de los perjuicios que se causen con motivo de la nulidad tendrá que regirse por la responsabilidad extracontractual. La responsabilidad por nulidad se puede extender solidariamente a todos los que hubieren otorgado el pacto nulo.

(d) Productos Defectuosos: Si hay una cadena de contratos entre el fabricante y el que recibe la mercadería defectuosa, se aplicará la responsabilidad extracontractual, pero, es posible aplicar la presunción de responsabilidad por el hecho propio del artículo 2329 del Código Civil para establecer una relación entre el fabricante y el consumidor, que de lugar a una inversión del peso de la prueba en favor de la víctima (como en la responsabilidad contractual).

(e) Directores de Sociedad Anónima: La acción que pertenece a los accionistas contra los directores (artículo 41 de la ley sobre sociedades anónimas) no tiene su antecedente en un contrato, sino en una relación mediata, a través de la sociedad. Por eso, por regla general se aplicará el estatuto de la responsabilidad extracontractual. Esta tendrá su origen en la infracción de un deber de cuidado que la ley establece no sólo respecto de la sociedad, sino también de los accionistas. Así, como en la responsabilidad contractual, la responsabilidad surge como reparación por incumplimiento de una obligación personal (de medios) establecida por la ley.

En principio cada accionista puede demandar los perjuicios personalmente sufridos (que serán proporcionales, en su participación accionaria, a los sufridos por la sociedad). Sin embargo, la ley ha abierto la posibilidad de que accionistas que representen el 5% del total de las acciones ejerzan las acciones que pertenecen a la sociedad por los perjuicios provocados por los directores, en cuyo caso el éxito de la acción beneficia a la sociedad (y los accionistas que ejercen la acción reciben una restitución por los gastos incurridos en una especie de acción conexas restitutoria).