

*Texto extractado de “Código Civil 1855-2005. Evolución y perspectivas”, M. Tapia, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005 (obs. los número de las notas al pie de página no corresponden a los originales del libro).*

### (iii) Responsabilidad civil

**136. Generalidades.** Debe destacarse que para los efectos de este análisis se revisará primero la evolución de la responsabilidad civil extracontractual. Existiendo varios principios y reglas comunes a ambas responsabilidades, al final de este capítulo se enunciarán algunas particularidades de la evolución de la responsabilidad contractual<sup>1</sup>.

**137. Responsabilidad civil extracontractual en el Código Civil.** La responsabilidad civil es un juicio normativo que permite atribuir a una persona los efectos patrimoniales de un daño provocado a otra. La regla general es que cada quien soporte los perjuicios que provienen de la vida en sociedad. Sin embargo, un principio elemental de justicia (correctiva) conduce a imponer la carga de estos daños a un tercero cuando concurren ciertas circunstancias. A diferencia de la ilimitada responsabilidad moral, explicaba Jean CARBONNIER, a “*esa angustia que se extiende al infinito en el espacio y en el tiempo*”, la responsabilidad civil es restringida, impone obligaciones limitadas, permite el olvido y es, por esto, una “*gran liberadora*”<sup>2</sup>. Sin embargo, como se expondrá, la responsabilidad civil ha ido expandiendo progresivamente su ámbito de aplicación durante el siglo XX.

El Código Civil contiene una regla general y amplísima de responsabilidad civil por negligencia (arts. 2314 y s.). Esta regla es propia de la modernidad, pues en Roma, y en general en todas las civilizaciones en que la responsabilidad penal no se encontraba separada suficientemente de la civil, los ilícitos que dan lugar a reparación pecuniaria son específicos. Históricamente la responsabilidad civil siempre ha estado afectada por la *tipicidad* del derecho penal. Sólo el fortalecimiento del Estado, y de sus órganos represivos, pudo independizar estos dos tipos de responsabilidades, orientando la penal hacia la represión de las conductas antisociales y la civil hacia la reparación de los daños provocados por estas conductas. Una vez realizada esta separación de forma más perfecta (aunque nunca absoluta), y habiendo recibido el impulso del racionalismo (particularmente de GROCIO), la formulación de un principio general de responsabilidad por culpa es propio de ese mismo espíritu de abstracción y generalidad que dio también nacimiento a la noción actual de contrato. Como se entiende, la verdadera innovación es la generalidad de la fórmula empleada y no la *culpa* o *negligencia*, que como criterio de atribución de la responsabilidad civil por algunos ilícitos específicos ya estaba presente en Roma (con una connotación, por lo demás, bastante *objetiva*, tal como la actual). Recibiendo una formulación jurídica en las obras de DOMAT y POTHIER, esta regla general fue recogida solemnemente en la impecable fórmula del artículo 1382 del Código NAPOLEÓN: “*Todo hecho cualquiera del hombre, que causa daño a otro, obliga*

---

<sup>1</sup> Un gran parte de las ideas expuestas en los párrafos siguientes emanan de la obra en preparación de Enrique BARROS (*Responsabilidad civil extracontractual, op.cit.*), en la que he tenido el placer de colaborar; así como de los trabajos de François CHABAS citados en la bibliografía. También pueden consultarse otras obras generales en el derecho nacional: el clásico texto de Arturo ALESSANDRI (*De la Responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno* Imprenta Universitaria, Santiago, 1943) y, recientemente, el libro de Hernán CORRAL (*Lecciones de Responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003).

<sup>2</sup> *Essais...*, *op.cit.*, p. 299.

*a quien por cuya culpa ocurrió a repararlo*". Cabe destacar que en el *common law*, donde tradicionalmente sólo ciertos tipos específicos de ilícitos dan lugar a la responsabilidad civil extracontractual (*torts*), se formó también durante el siglo XIX una regla residual y general de responsabilidad por culpa.

Andrés BELLO, preocupado de no descuidar las referencias españolas en las fuentes del Código, afirmó que para redactar los artículos 2314 y siguientes del Código Civil tuvo presente las normas de las Siete Partidas. Pero en esta materia las Partidas eran casuísticas, como su fuente romana, y en realidad la verdadera inspiración de las reglas del Código Civil chileno se encuentra en las normas del Código NAPOLEÓN. Así, por imitación, el derecho chileno también sufrió una evolución en la codificación desde un sistema casuístico a una *cláusula general* de responsabilidad por negligencia.

El Código Civil entregaba, de esta forma, una amplísima herramienta para que la jurisprudencia pudiera extender la responsabilidad a muchas consecuencias nocivas de los comportamientos descuidados y maliciosos. En verdad, en el texto del Código figuran además, en normas específicas, varias de las hipótesis comunes en esa época de daños a terceros: los daños causados por la ruina de edificios (arts 2324 y 2324) o por las cosas que caen de éstos (art. 2328); los daños provocados por animales, importantísimo cuando el transporte era efectuado esencialmente a tracción animal (arts. 2326 y 2327); los perjuicios provenientes del uso descuidado de un arma de fuego o de los trabajos que se realizan en la vía pública (art. 2329); y, las imputaciones injuriosas que se efectúen contra una persona (art. 2331). Al momento de la redacción del Código Civil chileno, estos tipos específicos junto a las consecuencias patrimoniales de los ilícitos penales, constituían en esencia las hipótesis básicas de responsabilidad civil. Además, el Código Civil contiene, desde su redacción original, reglas que facilitan y regulan el ejercicio de la acción indemnizatoria: la solidaridad pasiva (art. 2317); la transmisibilidad de la acción (arts. 2316 y 2317); la definición de la imputabilidad en materia de responsabilidad civil extracontractual (arts. 2318 y 2319); la responsabilidad por el hecho de los menores, pupilos, discípulos, aprendices y dependientes (arts. 2320 a 2322); la determinación de la influencia de la culpa de la víctima en el daño (2330); y, la prescripción de la acción (art. 2332). Las normas de este título permanecieron inalteradas desde su redacción por Andrés BELLO, a pesar de que la evolución social y la jurisprudencia transformaron radicalmente este esquema que acaba de describirse.

**138. Evolución social.** Resultaría tedioso repetir los cambios sociales y económicos que tuvieron lugar en Chile desde la segunda mitad del siglo XIX y que han sido tantas veces aludidos en esta obra. Sin embargo, en lo que importa especialmente a la responsabilidad civil, resulta relevante destacar algunas transformaciones sociales que pudieron influir decisivamente en su evolución.

En primer lugar, y tal como sucedió en el resto del mundo, el desarrollo de la técnica introdujo las "máquinas" en dos ámbitos críticos en que interactúan peligrosamente con las personas: en la producción industrial y en el transporte. En tal sentido, dos hitos fundamentales son la masificación del motor a vapor y del motor a combustión interna. Las máquinas, si bien dirigidas o conducidas por el hombre, adquieren una vez puestas en funcionamiento una dinámica propia que se ha mostrado particularmente peligrosa para la integridad física de los operarios, pasajeros y transeúntes. Las torpezas humanas parecen estadísticamente multiplicarse y agravarse con la utilización de las máquinas. De ahí se explica que el *derecho de la responsabilidad civil* en Chile se comenzara a desarrollar jurisprudencialmente sobre la base de los problemas planteados por los

accidentes de ferrocarriles y tranvías<sup>3</sup>. En el siglo XX, la utilización de máquinas u otros instrumentos se expandió a prácticamente todas las actividades humanas y, de entre ellas, particularmente a la medicina que utiliza técnicas que, en muchos casos, sólo han abandonado recientemente el estado experimental. Todas estas máquinas e instrumentos actúan directamente sobre las personas, que los manipulan o reciben su acción. Así, la agresividad y peligrosidad que les proporciona su dinamismo afecta directamente la integridad física de los individuos. Por otra parte, debe considerarse que algunas máquinas, productos o instrumentos, y las actividades a que dieron lugar, presentan una altísima peligrosidad y pueden generar daños no sólo a una persona determinada, sino provocar una catástrofe en cadena y afectar a un gran número de individuos. Este fenómeno se produce en ámbitos muy disímiles y algunos ejemplos son los siguientes: la explotación de la energía nuclear; el transporte de hidrocarburos y de sustancias peligrosas; la aplicación de los plaguicidas; las actividades de los centros de transfusión sanguínea y de las instituciones que efectúan intervenciones biológicas en seres humanos; los daños que puede provocar un producto defectuoso lanzado al mercado, etc.

En segundo lugar, puede mencionarse como una transformación con incidencia directa en la evolución de la responsabilidad civil la concentración de la población en las grandes ciudades. La yuxtaposición de propiedades, la circulación de vehículos motorizados por estas aglomeraciones, la proximidad entre los centros habitacionales y las grandes industrias y comercios, son consecuencias de esa concentración urbana que tienen a su vez un efecto directo en la expansión de las hipótesis de responsabilidad civil.

En tercer lugar, debe señalarse un fenómeno más reciente: el desarrollo de los medios tecnológicos de comunicación social y de transmisión de información, que provoca una amenaza creciente de intromisión en la privacidad. Vinculado a esta realidad debe mencionarse el auge que tuvo en las últimas décadas la garantía constitucional de los *derechos de la personalidad*. Este fenómeno tiene varias causas que fueron aludidas en otra parte de esta obra (la menor resignación de los ciudadanos frente a los atropellos, la profundización de la democracia, etc.)<sup>4</sup>. Tales *derechos de la personalidad* encontraron en las reglas generales de la responsabilidad por culpa una tutela residual y efectiva. Por esto, podría sostenerse que este fenómeno más bien político (el acento puesto en los derechos fundamentales) tuvo un impacto en las costumbres y, en consecuencia, en el *derecho de la responsabilidad civil*.

Finalmente, también se debe destacar una causa que podría denominarse de *psicología social*. El aumento de la riqueza y la mejora en las condiciones de vida han conducido a que las personas tengan una menor tolerancia frente a los riesgos. Esta aversión a los riesgos se refleja particularmente en tres fenómenos. En primer lugar, en la discusión que se ha planteado en varios países acerca de los mecanismos de prevención de daños (en el derecho francés se habla incluso de un *principio de precaución*), que generalmente se encuentran en tensión con las necesidades de una economía activa e innovadora. En segundo lugar, en que las víctimas (y sus abogados) no vacilan en utilizar la acción de responsabilidad civil para perseguir la reparación de los daños y

---

<sup>3</sup> Los ferrocarriles en Chile cumplieron también ciento cincuenta años en 2001.

<sup>4</sup> V. párrafos 50 y s.

también, de paso, “castigar” al responsable<sup>5</sup>. En tercer lugar, la menor tolerancia frente a los riesgos conduce también a la utilización cada vez más generalizada de los seguros de responsabilidad civil. Las técnicas actuariales permiten medir los riesgos y asignarles un valor mediante las primas, distribuyendo el costo de los accidentes entre todas las potenciales víctimas. Cabe destacar que en una economía dinámica y que pretende abrirse a nuevas inversiones, el seguro es una herramienta indispensable cuya práctica, sin embargo, se ve dificultada en el medio nacional por la falta de disciplina en el otorgamiento de las indemnizaciones, como se expone más adelante.

**139. Evolución de la responsabilidad civil en el derecho nacional.** En el derecho comparado y nacional, el impacto que tuvo esta evolución social en la responsabilidad civil se debió esencialmente al trabajo de la jurisprudencia, porque el legislador sólo vino a crear algunas reglas o *seudoregimenes* especiales de responsabilidad civil (fragmentarios e incompletos) en los últimos treinta años. La evolución de la responsabilidad civil en el mundo siguió, en términos muy generales, dos corrientes expansivas distintas. Una es moderada, propia del *common law* y de otros derechos que contemplan la antijuricidad como condición de la responsabilidad, y que ha sufrido una expansión progresiva aunque no excesiva del número de potenciales responsables y de las categorías de daños reparables. En tales derechos, las responsabilidades estrictas cubren sólo algunas áreas precisas de las actividades humanas, subsistiendo la responsabilidad por negligencia como principio general. Una segunda corriente, que es seguida por Francia y otros países que recibieron su influencia en materia jurídica, tendió a expandir considerablemente el número de potenciales responsables y a fragmentar las categorías de daños reparables. En estos sistemas, las responsabilidades estrictas van en aumento y, con ellas, la utilización del seguro de responsabilidad civil como mecanismo de distribución del riesgo<sup>6</sup>.

El derecho positivo nacional, por su parte, sigue apegado a una noción de responsabilidad por negligencia y a una apreciación bastante libre de la relación de causalidad y del daño, tendencia que se ha mostrado al menos adecuada para hacer frente a las nuevas situaciones. La noción de negligencia en la jurisprudencia se objetiviza (más bien intuitivamente que en respuesta a un esquema rígido), erradicando excusas subjetivas del agente. El legislador ha aportado algunas reglas en ciertas áreas precisas, pero los problemas más graves que subsisten se vinculan a la falta de disciplina judicial en la definición y cálculo de los perjuicios reparables, que impide la comparación de las soluciones y la formación de precedentes. Para trazar brevemente esta evolución del *derecho de la responsabilidad civil* chileno conviene referirse a las tres condiciones de la responsabilidad por negligencia, que constituye el régimen general en el derecho nacional: (a) culpa, (b) causalidad y (c) daño<sup>7</sup>, efectuando algunas

---

<sup>5</sup> Como se aludirá, la responsabilidad civil, a pesar de la intención del legislador y de las declaraciones de los jueces, sigue teniendo implícitamente una función “punitiva”. V. párrafo 169.

<sup>6</sup> Una completa descripción de esta evolución de la responsabilidad civil en Francia, orientada hacia la prescindencia de la culpa como condición de la responsabilidad y hacia la expansión de los daños reparables en CHABAS François, *Cien años..., op.cit.*

<sup>7</sup> Algunos derechos comparados, como el alemán, han introducido la “antijuricidad” de la conducta como una condición de la responsabilidad civil (la acción debe lesionar alguno de los derechos subjetivos mencionados expresamente por la ley). Sin embargo, los graves problemas que ha presentado su aplicación jurisprudencial condujeron a que en la actualidad esta noción sea indisoluble de la conducta negligente. Como señala Enrique BARROS, parece bien estéril discutir sobre la existencia de este requisito de la antijuricidad en Chile, pues la ley no lo menciona entre las condiciones de la responsabilidad y porque, además, en los países que la han introducido tiene una muy difícil aplicación (*Responsabilidad*

observaciones sobre el ejercicio de la acción de responsabilidad civil (d). Posteriormente, se mencionarán los principales regímenes especiales de responsabilidad introducidos por el legislador (e) y se describirá brevemente las particularidades del régimen de responsabilidad contractual (f). Finalmente, se exponen algunas ideas sobre el estado actual de la responsabilidad civil (g). Naturalmente se trata de una visión parcial, que sólo se detendrá en aquello que se considera relevante para mostrar la evolución del derecho privado nacional en la materia, remitiéndose en lo restante a las numerosas obras generales y monográficas nacionales.

### (a) Culpa

**140. Responsabilidad por el hecho propio.** En el derecho nacional la responsabilidad civil por el hecho propio se encuentra sujeta a una regla general y supletoria de responsabilidad por culpa. Esta noción se encuentra presente en varios de los principales artículos que la regulan (1437, 2284, 2314 y 2329 del Código Civil). Como explica Enrique BARROS, la culpa civil represente el umbral del comportamiento tolerado por el derecho, un límite genérico de las acciones permitidas, que tiene en definitiva su fundamento en las expectativas legítimas de comportamiento recíproco que pueden existir en una sociedad<sup>8</sup>.

El dolo o culpa intencional exige la prueba de la intención del agente y, por eso, se aprecia en concreto y produce una serie de consecuencias particulares: no puede quedar cubierto por cláusulas de exención de responsabilidad (art. 1465); no constituye un riesgo asegurable; provoca la extensión de los perjuicios reparables (art. 1558), etc. Pero las hipótesis más corrientes de responsabilidad corresponden a la provocada por la simple negligencia, la que, por lo demás, presenta los problemas más sutiles de definición. La negligencia consiste esencialmente en que el comportamiento del agente se aparta de aquel determinado por un estándar de conducta. Tal estándar de conducta se encuentra definido en el derecho nacional contemporáneo por el patrón abstracto del hombre diligente, del buen padre de familia. Se compara la conducta efectiva con aquello que hubiera podido esperarse de un hombre diligente colocado en las mismas circunstancias externas. Por eso, los únicos elementos subjetivos del juicio de disvalor en la responsabilidad civil corresponden a la *imputabilidad* (que no se encuentra en los menores de siete años y en los dementes, según el artículo 2319) y en la *voluntariedad de la acción* (que no existe cuando el agente no tuvo el gobierno de su conducta). Indudablemente, la responsabilidad civil se encuentra históricamente vinculada a la responsabilidad penal. Por esta razón, originalmente tenía una marcada función retributiva y en el juicio de culpabilidad civil era frecuente considerar las aptitudes subjetivas del agente. De esta forma, la pena y la indemnización eran proporcionales a la gravedad de la culpa del agente. Pero esta apreciación *in concreto* de la culpabilidad civil fue cediendo paso a una apreciación *in abstracto*, en una lenta evolución cuyos orígenes pueden remontarse al derecho romano, pero que se acentuó en los últimos dos siglos. En la actualidad, como se señaló, la constatación de la negligencia se efectúa comparando la conducta real del agente con aquella que podía esperarse de un *buen padre de familia* (o del *hombre razonable*), colocado en una situación similar y con calificaciones similares a esa agente (no es un mismo comportamiento el que puede esperarse del médico del que no lo es, por ejemplo). La actuación diligente se define así

---

civil extracontractual, *op.cit.*). La antijuricidad ha sido defendida en Chile como condición de la responsabilidad civil -sobre la base de una errada extrapolación de alguna doctrina comparada- por Pablo RODRÍGUEZ (*Responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p.129).

<sup>8</sup> Enrique BARROS, *Responsabilidad civil extracontractual, op.cit.*

como la que legítimamente podían esperar los terceros de un hombre razonable colocado en una situación similar. Definido de esta forma, la jurisprudencia de desinterés del examen de las particularidades o debilidades específicas del agente (cada persona debe compensar sus debilidades con un grado de cuidado apropiado), volviendo más severo el juicio de reproche y extendiendo, en consecuencia, el número de potenciales responsables. Esta evolución se acentuó en el derecho comparado, y así en Francia se excluyó totalmente la *imputabilidad* como condición de la responsabilidad.

El estándar del debido cuidado depende esencialmente de la *previsibilidad* de los daños que se siguieron a la acción, declarando responsable al agente cuando se responde afirmativamente a la pregunta de si un hombre diligente, colocando en la misma situación y con calificaciones similares, habría debido prever la ocurrencia de ese daño y, en consecuencia, actuar de otra forma. Por esto, la jurisprudencia nacional define la culpa civil como “*una posibilidad de prever lo que no se ha previsto*”<sup>9</sup>. El hombre diligente actúa razonablemente y no puede exigírsele que conduzca su actuación dependiendo de consecuencias que no podía anticipar.

Para determinar si la conducta del agente coincide o no con la del patrón del hombre diligente algunas leyes especiales otorgan criterios aplicables a ciertos ilícitos (como ocurre en materia de urbanismo, tránsito, medio ambiente o libre competencia). Sin embargo, en la mayoría de los casos la jurisprudencia debe discernir el comportamiento diligente sobre la base de algunos criterios generales, que no se encuentran formalmente establecidos, sino que pueden inferirse de un estudio comparativo de las decisiones desde fines del siglo XIX. Estos criterios –como la intensidad del daño, su probabilidad, el valor social de la acción o los costos de prevenirlos– son utilizados de forma variable y más bien intuitivamente por los tribunales para determinar el comportamiento culpable.

**141. ¿Presunción de responsabilidad por el hecho propio?** Fue probablemente ese mismo desinterés por el estado subjetivo del agente el que condujo al legislador, y en menor medida a la jurisprudencia, a presumir el comportamiento negligente. Las presunciones de culpabilidad tienen una larga historia (*res ipsa loquitur*) y se han aplicado tanto en el ámbito de la responsabilidad por el hecho propio (daños producidos por el manejo de armas de fuego, por ejemplo), como por el hecho ajeno (responsabilidad por el hecho de dependientes, por ejemplo). En materia de responsabilidad por el hecho propio, una antigua tesis (también presente en el derecho colombiano que adoptó el Código de BELLO<sup>10</sup>) afirma que el artículo 2329 del Código Civil establece una presunción general de responsabilidad por culpa. Una parte importante de la doctrina ha insistido en la existencia de esta presunción general de culpa por el hecho propio (como Calos DUCCI<sup>11</sup>, Arturo ALESSANDRI<sup>12</sup> y Enrique BARROS<sup>13</sup>), y la jurisprudencia, después de haber considerado inicialmente que este

---

<sup>9</sup> Corte Suprema, 29 de marzo de 1962, RDJ, T. LIX, sec. 4ª, p. 21

<sup>10</sup> Aunque la jurisprudencia colombiana parece inclinarse por la teoría de que el artículo 2356 del Código Civil colombiano (art. 2329 del Código Civil chileno) contiene una hipótesis de responsabilidad objetiva en actividades peligrosas.

<sup>11</sup> En su memoria de prueba, *Responsabilidad civil (ex-contractual)*, tesis, Santiago, El Imparcial, 1936, p. 134.

<sup>12</sup> V. en especial “Une nouvelle interprétation de l’art. 2329 du Code civil chilien”, in *Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, París, Dalloz, 1939, p. 9; y, *De la responsabilidad...*, op.cit., p. 292.

<sup>13</sup> *Responsabilidad civil extracontractual*, op.cit.

artículo sólo repetía la norma del artículo 2314, ha aceptado esta interpretación en algunas sentencias<sup>14</sup>. Esta presunción de culpa se aplicaría en actividades peligrosas y en otras en que el daño no pueda sino ser atribuido a la acción del agente (*res ipsa loquitur*). Es imposible detenerse aquí en esta interesante discusión, pero cabe la pregunta de la conveniencia de insistir en establecer una presunción tan amplia en un medio jurisprudencial como el chileno, que se ha resistido sistemáticamente a disciplinar las condiciones de la responsabilidad civil. Su utilización extensiva podría incluso, al menos teóricamente, generalizar la inversión de la carga de la prueba a un extremo en que se podría preguntar si no se trata en verdad de una vía para crear una regla general de responsabilidad estricta. Así, pareciera preferible reservar esta supuesta presunción de responsabilidad para actividades peligrosas, no sujetas a regímenes especiales, y en lo concerniente únicamente a ciertos deberes de “seguridad” del agente sobre algunas cosas, cuya lógica responde a las *obligaciones de resultado* del ámbito contractual. Los ejemplos que contiene el artículo 2329 constituyen hipótesis típicas de estas obligaciones de seguridad. En todo caso, debe señalarse que esta presunción de responsabilidad por el hecho propio no parece consistente con los deberes de cuidado a que se sujetan los profesionales (como los médicos), cuyo incumplimiento debe ser siempre probado por la víctima.

**142. ¿Presunción de responsabilidad por el hecho de las cosas?** A diferencia del Código Civil francés, Andrés BELLO no introdujo la fórmula general de que se es responsable de las “*cosas que se tiene bajo custodia*” (art. 1384). Como es sabido, a partir de esta norma del Código NAPOLEÓN la jurisprudencia francesa inició una larga evolución hacia un régimen general de responsabilidad estricta por el hecho de las cosas que se tienen bajo custodia. La evolución comenzó a gestarse desde fines del siglo XIX, con el propósito de eximir a las víctimas de accidentes del trabajo de la prueba muchas veces imposible de la negligencia del empleador, y su impulso está históricamente vinculado a los estudios de Louis JOSSERAND y Raymond SALEILLES<sup>15</sup>. Esta evolución condujo a que en la actualidad cualquier daño producido por una cosa manejada por el agente (y en la mayoría de los accidentes así ocurre) se aplique este régimen estricto; cuestión que sólo ha sido sostenible en Francia gracias a la masificación (en muchos casos forzada por la ley) del seguro de responsabilidad civil<sup>16</sup>. Es discutible que tal haya sido la intención original de los codificadores franceses. En todo caso, en ausencia de esta norma en el derecho nacional, la jurisprudencia se ha mantenido en este ámbito en los márgenes de la responsabilidad por culpa. Tal vez el inciso primero del artículo 2329, que cierra en el Código de BELLO las disposiciones destinadas a los daños provocados por las cosas (en particular, arts. 2326 a 2328), pueda interpretarse, como se indicó, como una presunción general de culpa por el daño proveniente de actividades peligrosas (que implican el manejo de “cosas”).

**143. Responsabilidad por el hecho ajeno.** En cuanto a la responsabilidad por el hecho ajeno (que constituye una excelente garantía de reparación para las víctimas), la jurisprudencia nacional se ha resistido a extender las presunciones de culpa previstas en el Código Civil o a transformarlas en responsabilidades estrictas, como ha ocurrido en

---

<sup>14</sup> Puede revisarse una sentencia reciente que ha concluido claramente en este sentido: Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de septiembre de 2000, RDJ, T. XCVII, sec. 2ª, p. 65.

<sup>15</sup> JOSSERAND Louis, *De la responsabilité du fait de choses inanimées*, París, 1897, y SALEILLES Raymond, *Les accidents du travail et la responsabilité civile; le risque professionnel dans le Code civil*, París, 1898.

<sup>16</sup> V. sobre esta evolución en Francia, François CHABAS, *Cien años..., op.cit.*, p. 38.

el derecho comparado<sup>17</sup>. Así, en el derecho nacional se aplica un solo régimen de *responsabilidad por el hecho ajeno por culpa presumida*, aunque sujeto a algunos matices para los distintos casos específicos previstos por el Código Civil.

La responsabilidad por el hecho de *incapaces* (menores de siete años y dementes) afecta a quien tiene su cuidado personal (padre o madre que tenga el cuidado personal o ambos, y curador)<sup>18</sup>. La jurisprudencia nacional ha concluido que la negligencia del tercero responsable por los actos del incapaz debe por regla general probarse (art. 2319). Sin embargo, existe una presunción de culpa que afecta al padre, y a falta de éste a la madre, por los actos de los hijos menores que habitan la misma casa (art. 2320 inc. 2°). En realidad, se trata en estos casos de una presunción de la propia culpa: la falta de cuidado en su educación. Por esto, el Código Civil agrega que si los actos ilícitos del menor provienen “*conocidamente...de la mala educación, o de los hábitos viciosos que les han dejado adquirir*” (art. 2321), los padres son siempre responsables (esto es, responden prácticamente bajo un esquema de responsabilidad estricta, según lo resuelto por la jurisprudencia nacional)<sup>19</sup>.

Existen otras hipótesis específicas de responsabilidad por el hecho ajeno previstas por el artículo 2320: tutor y curador por el pupilo que vive bajo su cuidado; jefes de colegios por sus discípulos; artesanos por los aprendices; y, empresarios por el hecho de sus dependientes (arts. 2320 y 2322). El mismo artículo 2320 inciso 1° establece una especie de *presunción general de responsabilidad por el hecho ajeno*, basada en la autoridad y cuidado que se tiene sobre otra persona. Fundándose en la norma del Código NAPOLEÓN que fue el antecedente de este artículo, la jurisprudencia francesa ha extendido la responsabilidad estricta por el hecho ajeno a casos distintos a los específicamente mencionados<sup>20</sup>. Sin embargo, la jurisprudencia nacional no ha seguido ese camino.

Pero sin duda entre las responsabilidades por el hecho ajeno, es la responsabilidad del empresario por el hecho de sus dependientes la que tiene mayor importancia práctica y la que ha despertado el mayor interés en la doctrina nacional<sup>21</sup>. Fundada en dos normas de redacción bastante anacrónica (arts. 2320 y 2322, que se refieren a “*criados*” y “*sirvientes*”), y a pesar de algunas vacilaciones jurisprudenciales, se puede concluir que en el derecho nacional existen en el presente dos regímenes básicos de responsabilidad del empresario: una responsabilidad por el hecho propio sujeta a la prueba de la culpa (por actuaciones de los órganos y representantes), y un estatuto de responsabilidad presumida por el hecho de sus dependientes, que sólo puede desvirtuarse si se prueba

---

<sup>17</sup> Existen algunas excepciones en el derecho nacional, como la responsabilidad estricta por el hecho ajeno del artículo 174 de la Ley del tránsito (n°18.290), que dispone que el propietario del vehículo es solidariamente responsable por los daños que se ocasionen por el tercero que lo conduce, salvo que acredite que el vehículo fue usado sin su conocimiento o autorización.

<sup>18</sup> Respecto del cuidado personal de los hijos, v. párrafo 57.

<sup>19</sup> V. por ejemplo, Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de agosto de 1940, RDJ, T. XXXIX, sec. 2ª, p. 55).

<sup>20</sup> En efecto, en Francia la denominada *responsabilidad general por el hecho ajeno* (el famoso *arrêt Blicke* de 1991), se aplica a situaciones tan disímiles como la responsabilidad de los centros de adaptación social por el hecho de sus pacientes o de los clubes deportivos por las violencias excesivas cometidas entre jugadores. V. François CHABAS, *Cien años..., op.cit.*, p. 51.

<sup>21</sup> En particular, los estudios de Pedro ZELAYA, entre los que se destacará el principal: *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente. Naturaleza y requisitos*, Pamplona: Aranzadi, 1995.



que ejerciendo la autoridad y cuidado debidos no habría podido impedir el daño<sup>22</sup>. En el derecho comparado, sin embargo, existe una tendencia hacia la responsabilidad estricta del empresario por el hecho de sus dependientes (responsabilidad vicaria), que tiene varias justificaciones: garantizar el pago de la indemnización a la víctima (el trabajador generalmente no es solvente); obligar al que está en mejores condiciones para prevenir el daño a tomar las medidas adecuadas; impulsar a los empresarios a distribuir el costo de los accidentes mediante el seguro, etc. Si bien formalmente en el derecho nacional la excusa de la diligencia del empresario sigue siendo admitida, la jurisprudencia, como afirma Enrique BARROS, ha interpretado tan extensivamente las condiciones de aplicación de la presunción, así como restrictivamente sus posibles excusas<sup>23</sup>, que puede sostenerse que no se está muy lejos de un esquema de responsabilidad estricta. Por lo demás, las fallas anónimas en la organización empresarial son con frecuencia tratadas por la jurisprudencia como si fueran presunciones de responsabilidad por negligencia por el hecho propio<sup>24</sup>. Una noción de *culpa difusa*, que no exige singularizar el acto ilícito particular que provocó el daño, y que puede ser entendida como una de las principales innovaciones jurisprudenciales nacionales en materia de responsabilidad civil<sup>25</sup>.

En todo caso, de forma similar al derecho comparado, la jurisprudencia nacional exige para la aplicación de la responsabilidad del empresario por el hecho ajeno: una relación de dependencia entre el empresario y el agente del daño (la capacidad de “dar instrucciones” que se acredita usualmente con el contrato de trabajo); que el daño se produzca estando el dependiente bajo la vigilancia del empresario o en sus funciones (puede ser “con ocasión de las funciones”, según la jurisprudencia); y, que se acredite por la víctima un hecho culpable del dependiente que esté en relación de causalidad con el daño provocado. Si bien el derecho nacional no ha sufrido los traumáticos cambios jurisprudenciales sobre las condiciones de la responsabilidad del empresario como ha ocurrido en otros países<sup>26</sup>, puede sostenerse que la definición de criterios claros en este ámbito parece ser una condición necesaria para que un régimen de responsabilidad estricta o semiestricta genere incentivos adecuados de prevención de riesgos en la empresa y de distribución de sus costos.

## **(b) Causalidad**

**144. Noción.** La causalidad es una condición común a la responsabilidad por negligencia y estricta. A pesar de no encontrarse expresamente mencionada en el Código Civil, puede inferirse de algunos artículos (arts. 1437, 2314 y 2329) y, en todo

---

<sup>22</sup> Varias sentencias han efectuado una aplicación indistinta de ambos preceptos. V. por ejemplo, Corte de Apelaciones de Concepción, 10 de agosto de 2000, confirmada por la Corte Suprema, 24 de enero de 2002, GJ, n° 259, 2002, p. 38.

<sup>23</sup> Para descargarse de la presunción de responsabilidad por el hecho del dependiente se debe probar que aún usando la diligencia debida por un “empresario diligente” no habría podido impedir el daño. La jurisprudencia juzga muy estrictamente estas condiciones, y así se ha fallado que es necesario acreditar que el empresario efectuó actos “positivos y concretos” dirigidos a impedir el hecho culpable del dependiente. V. Corte Suprema, 29 de septiembre de 1942, RDJ, T. XL, sec. 1ª, p. 212.

<sup>24</sup> *Responsabilidad civil extracontractual, op.cit.*

<sup>25</sup> V. por ejemplo, una antigua sentencia sobre esta materia: Corte Suprema, 30 de noviembre de 1923, RDJ, T. XXII, sec. 1ª, p. 681.

<sup>26</sup> La responsabilidad del empresario ha tenido una tortuosa historia en el derecho francés (sobre todo por la noción de “abuso de función” como excusa del empresario), que François CHABAS sintetiza en su obra *Cien años..., op. cit.*, p. 57.

caso, constituye un imperativo mínimo de justicia: sólo puede hacerse responsable a alguien de las consecuencias que provienen de su acción. A diferencia de lo que ha ocurrido recientemente en el derecho comparado<sup>27</sup>, en el derecho nacional esta noción ha planteado más discusiones doctrinales que problemas prácticos<sup>28</sup>.

La causalidad es una noción proveniente de las ciencias exactas, que el derecho vuelve bastante aproximativa. La jurisprudencia no siempre respondió a las teorías elaboradas por la doctrina (*equivalencia de las condiciones*, *causalidad adecuada*, etc.), conformándose con una relación *necesaria* y *directa* entre acción y daño. En gran medida estas dos nociones (*necesaria* y *directa*), como explica Enrique BARROS, aluden a las dos funciones de la causalidad: como condición de la responsabilidad la causalidad responde a una relación *necesaria* (en el sentido físico) entre la acción y el daño; y, como medida de la responsabilidad, la causalidad atiende a una noción normativa *directa*, que exige una apreciación de qué daños el derecho considera atribuibles a una acción, elegidos de entre las muchas consecuencias inmediatas y mediatas que puede provocar un accidente.

En efecto, una revisión exhaustiva de los fallos nacionales en materia de causalidad permite concluir que la jurisprudencia considera que debe probarse que el hecho que se imputa al agente es una condición *necesaria* del daño. Pero esto no es suficiente, sino que el daño debe también poder atribuirse normativamente a la acción de la agente, para lo cual no existen respuestas categóricas, sino algunos criterios de argumentación. Entre estos criterios, pueden mencionarse los fines protectores de la norma (importante sobre todo en hipótesis de culpa infraccional), que permiten excluir de la reparación las consecuencias ignoradas por los propósitos de tales reglas. Pero sin duda el criterio más importante es la noción de daño *directo*, previsto en el Código Civil para la responsabilidad contractual (art. 1558), que la jurisprudencia estima también aplicable a la responsabilidad extracontractual. La precisión de este concepto de daño directo, que contribuye a responder la pregunta de qué consecuencias deben atribuirse a la acción del agente, se logra esencialmente en el derecho nacional mediante algunas conclusiones extraídas de la teoría de la *causalidad adecuada*, examinando el requisito de la previsibilidad del daño y sopesando los riesgos que provoca la actividad del agente.

Puede así sostenerse que la jurisprudencia nacional considera (aunque no sistemáticamente) que la víctima debe probar que el daño es una consecuencia necesaria de la acción del agente, y que éste, para descargarse de la responsabilidad, debe probar que su acción está en relación de causalidad *indirecta* con los perjuicios provocados.

---

<sup>27</sup> Existen algunas discusiones modernas en el derecho comparado acerca de nuevos perjuicios indemnizables que plantean problemas serios de causalidad. Tal es el caso del denominado perjuicio de nacer o de nacer discapacitado, en que las negligencias que se le imputan al médico que impidió el recurso al aborto a la madre muchas veces no están en relación directa con los perjuicios provocados al hijo (como es el caso del famoso *arrêt Perruche* en Francia). Lo mismo ocurre con la reparación de simples *pérdidas de una oportunidad*. V. párrafo 147.

<sup>28</sup> En el derecho nacional, el estudio de la relación de causalidad ha dado origen a varios artículos y libros. V. entre éstos, se destaca: ARAYA Fernando, *La Relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Santiago, Lexis Nexis, 2003; BARAONA Jorge, “La causa del daño en la jurisprudencia reciente”, RChD, 2003, n° 30, p. 345; Domínguez A. Ramón, “Aspectos de la relación de causalidad en la responsabilidad civil con especial referencia al derecho chileno”, Rev. Concep., 2001, n° 209, p. 7; y, VELOSO Paulina, “La previsibilidad es un requisito de la culpa y no de la relación causal”, in MARTINIC María Dora (coord.), *Nuevas tendencias...*, op.cit., p. 249. Un estudio detallado y produndizado se encontrará en el libro de Enrique BARROS, *Responsabilidad civil extracontractual*, op.cit.

En el fondo, despojada de las pretensiones científicas que quisieron darle algunas teorías, la causalidad es una condición de la responsabilidad que tiene directa relación con aquello que socialmente se considera que debe soportar el agente, de entre las múltiples consecuencias nocivas que puede acarrear su acción. Y esa valoración social es evolutiva y depende de varias consideraciones: el nivel de riqueza de la sociedad; la importancia que se le otorgue al emprendimiento individual (que implica la asunción de riesgos); la generalización del seguro en algunas áreas, etc. En efecto, en una inmensa mayoría de los casos la relación de causalidad *necesaria* se presenta con tal evidencia entre la acción del agente y el daño, que resulta muy difícil sostener que sin aquella éste de todas maneras se habría producido. Por esto, el discernimiento de la relación causal relevante para el derecho, y en definitiva la distinción entre los daños que debe reparar el responsable y aquellos que deben quedar a cargo de la víctima, es una decisión que no puede adoptarse únicamente con instrumentos técnicos.

En realidad, los problemas que plantea la causalidad en la práctica nacional son más bien excepcionales. Estos problemas se presentan en materias tales como la determinación de la influencia causal de un tercero que interviene en la producción del daño; la definición del rol atribuible a las predisposiciones de la víctima o a su acción negligente; la obligación y la contribución a la deuda en caso de que varios agentes hayan provocado el daño, etc.<sup>29</sup>. Por lo demás, la pregunta de qué consecuencias mediatas, de entre las muchas que produce el accidente deben ser atribuidas a la acción del agente, se trata en la jurisprudencia nacional como un problema de determinación del *daño reparable*.

### (c) Daño

**145. Condiciones del daño reparable.** El daño es una condición común a todas las responsabilidades civiles (por culpa y estricta) y constituye al mismo tiempo el objeto del juicio de responsabilidad. La producción de un daño es uno de los fundamentos y al mismo tiempo es la medida de la reparación. La determinación de la noción y de la extensión del daño reparable es una decisión que cada sistema jurídico adopta según sus costumbres y el grado de desarrollo económico. El daño relevante para el derecho no siempre coincide exactamente con la totalidad de las molestias y perjuicios sufridos por la víctima como consecuencia del acto ilícito. Como se expuso al comienzo de este subtítulo, la evolución social en materia de responsabilidad civil ha conducido a una progresiva, aunque no muy sistemática, expansión del daño reparable. Ahora bien, como el examen del daño reparable ha dado lugar en el derecho nacional a interesantes estudios en el último tiempo<sup>30</sup>, en los párrafos siguientes sólo se intentará efectuar una rápida referencia a la evolución que ha tenido esta noción en el derecho privado nacional, deteniéndose en algunas cuestiones que se consideran particularmente relevantes.

---

<sup>29</sup> Una descripción detallada de estos problemas, con abundantes referencias al derecho comparado, en Enrique BARROS, *ibidem*.

<sup>30</sup> Entre los que se destacan los siguientes: DIEZ S. José Luis, *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997; DOMÍNGUEZ A. Ramón, “Consideraciones en torno a la noción de daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista”, *Rev. Concep.*, 1990, n° 188, p. 125; DOMÍNGUEZ H. Carmen, *El daño moral*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000; y, JANA Andrés y PEÑA Carlos, *Reparación del daño extracontractual, Edición, jurisprudencia y doctrina*, texto preparado con la participación de los ayudantes Claudio GUTIÉRREZ y Francisca ROMÁN, Santiago, Universidad de Chile, 2002. Un completo examen del daño reparable en el derecho nacional se encontrará en: BARROS Enrique, *Responsabilidad civil extracontractual*, *op.cit.*

Siguiendo a la jurisprudencia francesa, la jurisprudencia nacional considera que constituye un daño toda lesión a un interés legítimo de la víctima, ya sea de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial (y no solamente a sus derechos subjetivos)<sup>31</sup>. De esta forma, para que sea susceptible de repararse (o compensarse) mediante la indemnización de perjuicios, el interés lesionado debe ser *legítimo y relevante*. Asimismo, es necesario que el perjuicio provocado a estos intereses sea *directo* (que es un requisito vinculado a la *relación de causalidad*, como se expuso), *cierto* y afectar *personalmente* a la víctima. Por su importancia, se analizarán brevemente estas condiciones del daño reparable y, en seguida, las dos categorías principales de daño: patrimonial y moral.

**146. Legitimidad y relevancia del interés lesionado.** Siguiendo una corriente del derecho francés, Arturo ALESSANDRI justificó en esta regla de la *legitimidad* del interés el rechazo de la acción de indemnización en beneficio de la concubina, pues ésta se opondría a las buenas costumbres<sup>32</sup>. Pero ya se expuso en otra parte de esta obra la evolución que ha tenido el concepto de buenas costumbres y el mayor reconocimiento legal del concubinato, producto de las transformaciones sociales en materia de familia<sup>33</sup>. Aunque no puede identificarse una tendencia jurisprudencial categórica en este sentido, algunos fallos han aceptado recientemente la indemnización del daño provocado al conviviente por la muerte de su pareja<sup>34</sup>. En el derecho comparado los casos más complejos de legitimidad del interés provienen en la actualidad de la reparación del denominado *perjuicio de nacer o de nacer discapacitado*.

En cuanto a la exigencia de que el interés lesionado debe ser *significativo* para dar lugar a la reparación, la jurisprudencia nacional lo ha acogido expresamente como criterio para excluir a las molestias *normales* en materia de vecindad<sup>35</sup> y el legislador lo incluyó como requisito del daño ambiental<sup>36</sup>. Pero las preguntas más difíciles en esta materia se presentan al tratar de discernir la relevancia del daño moral (sobre todo del perjuicio de agrado) como condición de su indemnización.

En todo caso, la consagración constitucional de los *derechos de la personalidad* y su expansión en las últimas décadas (que fue revisada en otra parte de este libro), provocó un aumento considerable del número de intereses legítimos y relevantes que se protegen por la acción de responsabilidad (lo que influyó sobre todo en la expansión del daño moral).

**147. Certidumbre del daño. La pérdida de una oportunidad en el derecho nacional.** La exigencia de la *certidumbre* del daño ha sido utilizada por la jurisprudencia nacional para excluir la reparación de daños puramente hipotéticos. El problema se presenta particularmente en los daños *futuros*, respecto de los cuales se exige generalmente una probabilidad razonable de ocurrencia, esto es, que el daño sea la prolongación natural del estado de cosas (como ocurre con el lucro cesante). Por esto, la determinación de la certidumbre del daño es una cuestión prudencial y aproximativa, cuya definición es

---

<sup>31</sup> V. por ejemplo, Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de junio de 1973, RDJ, T. LXX, sec. 4ª, p. 65.

<sup>32</sup> *De la responsabilidad...*, op.cit., p. 212.

<sup>33</sup> V. párrafos 130 y 65.

<sup>34</sup> Corte de Apelaciones de Concepción, 4 de diciembre de 2000, confirmada por la Corte Suprema, 5 de marzo de 2002, RDJ, T. XCIX, sec. 1ª, p. 27.

<sup>35</sup> V. párrafo 97.

<sup>36</sup> Ley n° 19.300, *sobre bases generales del medio ambiente* (art. 2° letra e y 11 letra e).

entregada a los jueces sobre la base de la valoración de la probabilidad de la realización del daño. En el derecho nacional, se tiende a considerar que la denominada *pérdida de una oportunidad* constituye un daño eventual y, por tanto, excluida de la reparación en virtud del requisito de la certidumbre. La *pérdida de una oportunidad* es la frustración de una expectativa de obtener una ganancia o de evitar una pérdida. Es un perjuicio que se encuentra entre el daño cierto y el daño eventual<sup>37</sup>. La hipótesis es de una víctima que tenía oportunidades de obtener un bien *aleatorio* que estaba en juego y el agente, al cometer el hecho ilícito, destruyó ese potencial de oportunidades. Un ejemplo típico es la imposibilidad de acceder a una profesión cuando la víctima, con estudios avanzados, tenía oportunidades serias de ejercerla<sup>38</sup>. Como en este daño interviene un fuerte elemento aleatorio, su reparación es siempre *parcial*, es decir, no puede ser igual al valor de la ganancia esperada o de la pérdida sufrida, sino a una suma que se obtiene multiplicando el monto de esa ganancia o pérdida por el porcentaje de oportunidades que tenía la víctima. En la jurisprudencia chilena la pérdida de una oportunidad es una noción tratada implícita y vagamente, en gran medida producto de la confusión de la doctrina. Citando a autores franceses de la primera mitad del siglo XX, que rechazaban o ignoraban esta teoría, Arturo ALESSANDRI sostuvo que la privación de una expectativa no es un daño indemnizable por no ser cierto<sup>39</sup>. Pero esta opinión, en esa época (1943) estaba lejos de ser unánime (como el mismo autor reconoce) y se funda en supuestos equivocados. En primer lugar, para Arturo ALESSANDRI en estos casos no habría una *certeza* de obtener la ventaja; pero evidentemente si tal certeza existiese correspondería no sólo reparar la pérdida de una oportunidad, sino la integridad del daño. En segundo lugar, los fallos citados por el autor para sostener su posición son las típicas hipótesis en que se rechaza la reparación de la *pérdida de una oportunidad* por existir una probabilidad demasiado baja de obtener la ganancia (como conjeturas sobre una posible vida profesional futura). Por último, el error principal es sostener que en estos casos la víctima tiene derecho a demandar la totalidad de la ganancia perdida, pues la reparación de la *pérdida de una oportunidad* es siempre parcial, corresponde sólo a un porcentaje de la ganancia esperada. Y esta solución parece ser la más adecuada, porque la reparación completa del daño sufrido o la ausencia total de reparación pueden implicar una solución excesivamente injusta para alguna de las partes.

Con excepción de un lúcido comentario de Ramón DOMÍNGUEZ A.<sup>40</sup>, la doctrina chilena moderna no ha contribuido demasiado a disipar las confusiones de la jurisprudencia, que asimila la pérdida de una oportunidad al lucro cesante para rechazar totalmente su reparación<sup>41</sup>. Esto es un error. Ambos son daños futuros, pero la *pérdida de una*

---

<sup>37</sup> Su reparación es admitida ampliamente por la doctrina y jurisprudencia francesa. V. CHABAS François, *Cien años...*, *op.cit.*, p. 76.

<sup>38</sup> V. en el derecho chileno, justificando la indemnización de la *pérdida de una oportunidad* en caso de estudiantes muertos en un accidente: JANA Andrés y PEÑA Carlos, *op.cit.* Acerca de la pérdida de una oportunidad en materia médica, v. TAPIA Mauricio, “Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales”, *Rev. Austral*, 2003, vol. XV, p. 104.

<sup>39</sup> *De la responsabilidad...*, *op.cit.*, p. 218.

<sup>40</sup> “Consideraciones en torno a la noción de daño...”, *op.cit.*, p. 150.

<sup>41</sup> Algunos estudian la *pérdida de una oportunidad* como si fuese un tipo de lucro cesante: v. PABLO RODRÍGUEZ, que transcribe, en el capítulo que destina al lucro cesante, el comentario de Ramón DOMÍNGUEZ A. sobre la pérdida de una oportunidad (*Responsabilidad extracontractual*, *op.cit.*, p. 292). Por su parte, José Luis DIEZ se refiere a este daño, afirmando que es una noción desconocida actualmente para los tribunales chilenos (*El daño...*, *op. cit.*, p. 60 y s). Finalmente, Hernán CORRAL alude brevemente

*oportunidad*, a diferencia del lucro cesante, involucra siempre un fuerte elemento aleatorio y, por esto, justifica la reparación parcial y no completa de la ganancia perdida. Razonando en términos de lucro cesante, como hace la jurisprudencia chilena, se termina inevitablemente por negar a la víctima toda reparación<sup>42</sup>.

**148. Carácter personal del daño.** Sólo la víctima del daño puede demandar la reparación de los perjuicios. Esta regla no excluye la posibilidad que tienen los herederos de la víctima o las víctimas por rebote de exigir la reparación, pues en el primer caso se trata de la misma acción de la víctima y, en el segundo, se está demandando una lesión a un interés personal (el *perjuicio de afección*). Esta regla del daño personal permite excluir la reparación de daños *difusos*, que afectan a un número indeterminado de personas. Para demandar la reparación de estos intereses difusos existen dos modelos en el derecho comparado: entregar legalmente la representación de los intereses a algún organismo (sindicatos, asociaciones de consumidores, etc.), o permitir que las propias víctimas se organicen para exigir la reparación (es el mecanismo de las célebres *class actions*). El derecho privado nacional ha sido reacio a reconocer la representación colectiva de intereses y, más aún el mecanismo de las *class actions*, y la regla del carácter personal del interés para exigir la reparación era absoluta hasta hace algunos años. Si embargo, recientemente el legislador incorporó dos importantes excepciones.

En primer lugar, en la responsabilidad por daño ambiental se ha reconocido en favor de organismos públicos (municipalidades y Estado) una acción para perseguir la reparación del daño causado a la *naturaleza* en general (art. 54 ley n°19.300). Pero la acción indemnizatoria por los daños ambientales causados a una persona en particular sigue sometida a las reglas generales de la responsabilidad personal.

En segundo lugar, la reforma de la ley del consumidor (ley n°19.955, actuales arts. 50 y s. de la ley n°19.496) introdujo un derecho en favor del Servicio Nacional del Consumidor, de las asociaciones de consumidores y de grupos de consumidores (superiores a cincuenta), para entablar acciones en protección del interés de los consumidores de carácter *colectivo* (que afectan derechos de un grupo determinado o determinable de consumidores unidos a un proveedor por un vínculo contractual) o *difuso* (que afectan los derechos de un grupo indeterminado de consumidores).

Finalmente, existen algunas reglas aisladas en leyes especiales que facultan la representación de los intereses colectivos de un grupo de personas para entablar la acción de indemnización, pero su fundamento se encuentra más bien en la figura del *mandato voluntario* (expreso o tácito). Tal es el caso de la representación que puede ser ejercida por las entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual (ley n°17.336, arts. 96 y 101), por la administración de la quiebra (ley n°18.175, art. 67) o por la administración de un condominio (ley n° 19.537, art. 23).

**149. Daño patrimonial.** En la práctica nacional se ha generalizado el denominado principio de *reparación íntegra del daño*, de inspiración francesa, y que justifica la

---

a algunas reglas de la reparación de este daño formuladas por la doctrina francesa (*Lecciones...*, *op.cit.*, 142).

<sup>42</sup> Así, en el caso de un joven y destacado estudiante muerto en un accidente, se demandaron los ingresos que habría recibido trabajando (le faltaban dos años de estudios), tomando en cuenta sus capacidades, relaciones sociales y la esperanza promedio de vida. Una corte de apelaciones rechazó la reparación de ese *lucro cesante*, por considerar que se trataban de *meras conjeturas*, faltando antecedentes ciertos sobre su capacidad de trabajo y sus posibles actividades futuras. Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de mayo de 1944, RDJ, T. XLI, sec. 2ª, p. 41.

indemnización de todos los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales, con el objeto de colocar a la víctima en la situación probable en que se encontraría de no haberse producido el acto ilícito<sup>43</sup>. Este principio presenta varias dificultades de aplicación en materia de daño moral, aunque relativamente pocos tratándose del daño patrimonial. La responsabilidad civil persigue ante todo compensar en dinero la pérdida patrimonial sufrida por la víctima, y a este daño se refieren en esencia las disposiciones del Código Civil.

Según la regla del artículo 1556 del Código Civil –que la jurisprudencia estima categóricamente aplicable a la responsabilidad extracontractual–, el daño patrimonial puede definirse como aquel que tiene valor de mercado, *presente* en el caso del deterioro o de la destrucción de una cosa corporal y de los gastos incurridos con motivo del accidente (daño emergente) o *futuro*, cuando se pierden ganancias esperadas (lucro cesante). Su determinación se efectúa apreciándolo *in concreto*, analizando el estado anterior y el posterior del patrimonio de la víctima. La indemnización de estos daños patrimoniales está sujeta a una serie de reglas técnicas que la jurisprudencia nacional ha establecido de un modo más bien implícito. Sin embargo, existen también algunos problemas en la práctica nacional respecto de su determinación<sup>44</sup>. Uno importante se refiere al lucro cesante. La jurisprudencia somete con frecuencia la indemnización del lucro cesante a una prueba prácticamente de certidumbre absoluta, lo que termina por excluir injustamente toda reparación a la víctima (o a indemnizarlo mediante una noción genérica de daño moral)<sup>45</sup>. Otra pregunta complicada se refiere al *daño puramente patrimonial*, que consiste en pérdidas en dinero directas sin que se haya provocado un daño a un bien o a la integridad física de la víctima. Es el caso de un daño provocado por una información errónea que lleva a adoptar una decisión de negocios equivocada, o los generados por una negociación contractual conducida de mala fe para impedir al otro contratante aprovechar una oportunidad de negocio. La reparación de este daño presenta serias objeciones en el derecho comparado, particularmente en los sistemas que no prevén el principio de reparación íntegra del derecho francés. El argumento es que en una sociedad abierta y competitiva el daño puramente patrimonial parece ser más bien la consecuencia natural de la actuación de los agentes económicos. El límite naturalmente se encuentra impuesto por la intención dolosa o por la vulneración de las buenas prácticas comerciales (que puede entenderse implícita en el concepto de buenas costumbres). En la práctica nacional, fundada en la *cláusula general* de responsabilidad prevista por el Código Civil, existen algunas herramientas que puede utilizar la jurisprudencia para limitar la reparación de estos daños, como afirma Enrique BARROS. Así ocurre con la exigencia de la certidumbre del daño y el requisito de que éste se encuentre en relación directa con la actividad ilícita del agente<sup>46</sup>.

Pero sin dudas los mayores problemas teóricos y prácticos se plantean en materia de daño moral.

**150. Daño moral o extrapatrimonial.** La definición amplia de daño reparable del derecho nacional provocó que la discusión acerca de la reparación del daño moral, así

---

<sup>43</sup> Este principio fue tempranamente invocado por la jurisprudencia, v. por ejemplo, Corte Suprema, 18 de diciembre de 1926, RDJ, T. XXIV, sec. 1ª, p. 567.

<sup>44</sup> Un análisis detallado se encontrará en: BARROS Enrique, *Responsabilidad civil extracontractual*, op.cit.

<sup>45</sup> Por ejemplo, entre los innumerables fallos, Corte de Apelaciones de Concepción, 23 de agosto de 1999, RDJ, T. XCVI, sec. 4ª, p. 199.

<sup>46</sup> V. *Responsabilidad civil extracontractual*, op.cit.

como de los límites de su reparación, haya tenido una evolución bastante tortuosa. El daño moral afecta aspectos de la personalidad no avaluables en dinero, aunque susceptibles de ser comparados entre sí para establecer sus valores relativos. Por esto, la indemnización que se concede a la víctima de un daño moral sólo puede lamentablemente compensar las consecuencias muchas veces irreversibles del accidente con otras satisfacciones que le pueda brindar el dinero. Así, la determinación de los parámetros de valoración del daño moral resulta indispensable desde el punto de vista de los responsables (para medir las consecuencias de sus actos y adoptar las medidas preventivas) y de las víctimas (para conocer los daños que se serán cubiertos y poder efectuar gastos en vistas de su recuperación).

La cuestión de la reparación del daño moral ha sido particularmente examinada por la doctrina comparada y nacional en las últimas décadas<sup>47</sup>. Para los fines de este libro, sólo se mencionarán aquí los aspectos más relevantes de su evolución en el derecho positivo nacional y del estado actual de su tratamiento en la jurisprudencia.

**151. Evolución de la reparación del daño moral.** En el derecho romano, la *ley del talión* fue codificada en la Ley de las XII Tablas, reservándose, sin embargo, la posibilidad de que se convenga una solución pacífica mediante una compensación pecuniaria. El derecho pretoriano extendió tales compensaciones pecuniarias a daños morales sin incidencia física y en la época justiniana ya se admitía la indemnización del daño moral por un amplio número de perjuicios. Como se indicó, las Siete Partidas contienen una definición amplia de daño, que parece comprender la compensación de las lesiones corporales. Sin embargo, los inspiradores de la codificación decimonónica (DOMAT y POTHIER), tal vez sobre la base de un conocimiento imperfecto de las fuentes romanas, ignoraron el daño moral y lo mismo ocurrió en los códigos civiles<sup>48</sup>.

En el siglo XX, la indemnización del daño moral se consolidó en el derecho comparado. En algunos sistemas jurídicos se produjo una evolución controlada y atenta a los límites del daño reparable y a los montos de las indemnizaciones, excluyendo el daño moral por rebote, estandarizando los montos de las indemnizaciones, etc.<sup>49</sup>. Sin embargo, el derecho francés, y varios de los países que han seguido su *principio de reparación integral*, conceden indemnización por todo tipo de daños morales, inmediatos y por rebote, introduciendo subdistinciones al interior de cada tipo de perjuicio<sup>50</sup>.

En el caso chileno, el Código Civil no contiene una definición de daño moral y la única norma que indirectamente se refiere a la materia excluye su reparación (art. 2331). Siguiendo a la práctica francesa, en nuestro derecho el daño moral fue una creación eminentemente jurisprudencial. Desde la entrada en vigencia del Código Civil y hasta principios del siglo XX la jurisprudencia entendía que sólo era indemnizable el daño patrimonial del artículo 1556 y se mostró contraria a conceder una reparación por

---

<sup>47</sup> V. en particular, BARROS Enrique, *Responsabilidad civil extracontractual*, op.cit.; DOMÍNGUEZ H. Carmen, *El daño moral*, op.cit. En el derecho francés, v. la excelente síntesis de François CHABAS, *Cien años...*, op.cit., p. 79.

<sup>48</sup> En el Código Civil francés no se considera la reparación del daño moral, aún cuando éste no es excluido expresamente. Sin embargo, desde 1833 la Corte de Casación francesa comenzó a reconocer la procedencia de la indemnización de este daño.

<sup>49</sup> Como ha ocurrido, con varios matices, en el *common law* y en los derechos español, italiano y alemán.

<sup>50</sup> La lista de daños reparables en el derecho francés comienza a volverse surrealista cuando se considera que también se ha reparado el sufrimiento moral de una empresa sujeta a un largo proceso; el impacto emocional de recibir una noticia falsa; la decepción que sigue a la creencia de una ganancia ilusoria; el perjuicio de afección por la pérdida de un “animal querido”; etc.



perjuicios morales (por la imposibilidad de apreciar pecuniariamente derechos o intereses inmateriales). Sin embargo, ello no impidió que algunas sentencias, sobre todo en materia de accidentes causados por tranvías y ferrocarriles, indemnizaran daños corporales con incidencia patrimonial y extrapatrimonial (muerte o lesiones del padre de familia o de un hijo menor), avaluándose los perjuicios en una suma global. El cambio definitivo de la tendencia jurisprudencial se produjo por una sentencia de la Corte Suprema de 1922, que argumenta extensamente en favor de la indemnización del daño moral y cuya relevancia es destacada por la mayor parte de la doctrina nacional<sup>51</sup>. Con posterioridad, la jurisprudencia asumió que el daño moral era indemnizable, agregando ocasionalmente nuevos argumentos. Asimismo, esta corriente jurisprudencial se ha visto alentada por la creciente valoración de los bienes de la personalidad, como se ha expuesto en otra parte de este libro<sup>52</sup>.

En la actualidad, no está en discusión la procedencia de la indemnización del daño moral (incluso en materia contractual<sup>53</sup>), salvo en lo que respecta al que puedan sufrir las *personas jurídicas*. Una sentencia solitaria de la Corte de Concepción (1989) dio lugar a la indemnización del daño moral (honra) de una persona jurídica<sup>54</sup>. Pero la misma Corte afirmó, posteriormente, que el crédito o prestigio de las personas jurídicas no tiene la misma jerarquía que el honor u honra de las personas naturales y que no queda protegido por la garantía constitucional<sup>55</sup>. Es imposible detenerse en este punto, pero cabe preguntarse si en vez de forzar la aplicación de un concepto de daño moral desarrollado en atención a las facultades espirituales de las personas naturales, no resulta preferible avaluar el perjuicio de la persona jurídica de acuerdo a los criterios patrimoniales del lucro cesante o de la *pérdida de una oportunidad*. Después de todo, una empresa difamada no pierde en el sentimiento de autoestima, sino que pierde clientes y oportunidades de negocios, que se traducen en lucro cesante y en menor valor de su explotación.

**152. Estado actual de la reparación del daño moral en el derecho nacional.** Al menos respecto de las personas naturales, la evolución descrita produjo que en el derecho nacional se indemnice en la actualidad una amplia variedad de perjuicios extrapatrimoniales. En efecto, la jurisprudencia comenzó a indemnizar el daño moral (década de 1920) sobre la base de una definición próxima al *pretium doloris*, que ha

---

<sup>51</sup> La decisión recayó en un caso de daño moral reflejo sufrido por un padre a consecuencia de la muerte de su hijo de ocho años, atropellado por un tranvía. El fallo sintetiza los argumentos tradicionales para apoyar la reparación del daño moral: (a) El artículo 2329 el Código Civil prescribe que “*todo daño*” debe ser reparado, sin distinguir su naturaleza, comprendiendo “*los de orden inmaterial o psíquico*”; (b) “*Que la consideración de que la muerte sea un mal irreparable... no excluye la responsabilidad establecida por la ley*”; (c) Que “*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*”; y, (d) Que “*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 dispone el legislador, pero que ello no se concluye que “*deba dejar de aplicarse la sanción... como represión o reparación de los actos ilícitos*”. Corte Suprema, 16 de diciembre de 1922, RDJ, T. XXI, sec. 1ª, p. 1053.

<sup>52</sup> V. párrafo 50.

<sup>53</sup> V. párrafo 175.

<sup>54</sup> Rev. Concep., 1991, n° 190, p. 148. Se trataba del daño moral que sufrió una empresa comercial por el desprestigio que le provocó la publicación en el Boletín Comercial del protesto de una letra de cambio oportunamente pagada. La sentencia parece haber querido castigar una conducta en extremo torpe del banco o indemnizar un lucro cesante difuso.

<sup>55</sup> Corte de Concepción, 17 de abril de 2002, confirmado por la Corte Suprema, GJ n° 265, p. 33.

tendido a mantenerse. Esta asimilación no ha impedido, sin embargo, que se conceda ocasionalmente indemnización por daños morales denominados en la práctica comparada (particularmente francesa): *perjuicios estéticos* (como las quemaduras en el rostro o las cicatrices de intervenciones transformadas en necesarias por el accidente); *pérdida de los goces de la vida* o *perjuicio de agrado* (privación de la posibilidad de acceder a estudios, placeres normales, etc.) y *perjuicio sexual* (imposibilidad, transitoria o permanente, de mantener relaciones sexuales). Por otra parte, varias sentencias consagran implícitamente el denominado *daño corporal*, que constituye más bien una categoría funcional utilizada para agrupar las consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales de atentados a la integridad física o psíquica (para efectos de facilitar su avaluación o su cobertura por seguros). Asimismo, diversos atributos de la personalidad (como la honra, la intimidad vida privada o la imagen) o intereses relacionados con la calidad de vida en general (ruidos molestos, malos olores o daños ecológicos) dan también lugar a la reparación. Finalmente, a esta lista debe agregarse el *daño por rebote*, esto es, la reparación del daño patrimonial y moral que sufren los parientes cercanos de la víctima directa lesionada o muerta en el accidente.

En todo caso, la utilización de un concepto de *pretium doloris* de contornos imprecisos, la escasa argumentación de los fallos y la práctica de asignar una indemnización global sin atribuir un valor separado a los distintos perjuicios, provoca que en el derecho nacional estas categorías resulten en la mayoría de los casos implícitas y que sólo un examen atento de los hechos de la causa permita inferir que se repararon diversos tipos de perjuicios. Por esto, la doctrina nacional contemporánea, deplorando la imprecisa concepción del daño moral de la jurisprudencia, ha instado a que se declare explícitamente cada una de las categorías de daños que se reparan y su avaluación, siguiendo en gran medida la práctica francesa. Esto con el propósito de obtener una argumentación más acabada y una valoración más “objetiva” del daño, obstaculizada por la práctica jurisprudencial de otorgar una indemnización global<sup>56</sup>.

En efecto, una mayor *ventilación* de las categorías de daños que se reparan y su justificación en los hechos de la causa permitiría una comprensión más acabada de las razones que fundan la decisión; facilitaría la construcción de precedentes que tiendan a garantizar una cierta igualdad de tratamiento entre las víctimas; incentivaría los controles de la adecuación de la indemnización al daño; facilitaría la comparación y la normalización de los montos de indemnización; y, finalmente, conduciría a una previsión razonable de los costos de determinados accidentes, estimulando así la reducción de las primas y la expansión del seguro.

Varias razones prácticas detienen una evolución en ese sentido en nuestra jurisprudencia. En primer lugar, la Corte Suprema deja a los jueces de fondo la facultad de avaluar libremente los daños morales, prescindiendo incluso de cualquier prueba. De esta forma, no existen incentivos para que las jurisdicciones justifiquen y disgreguen las categorías de daño reparable, pues tienen la certeza de la ausencia de control sobre ese aspecto. En segundo lugar, aquellas jurisdicciones de fondo que ocasionalmente optan por fundar y disgregar el daño reparable arriesgan una censura de sus resoluciones al exponer sus fundamentos, cuestión que genera, evidentemente, incentivos a redactar fallos lacónicos. En efecto, con demasiada frecuencia tales jurisdicciones avalúan el perjuicio (sobre todo el daño moral) teniendo en cuenta no sólo la medida del daño, sino que también y de forma indebida: la gravedad o la ligereza de la culpa, los recursos

---

<sup>56</sup> Es la conclusión, por ejemplo, del extenso estudio de Carmen DOMÍNGUEZ, *El daño moral*, op.cit., p. 701.

económicos de las partes, la voluntad de ejemplificar, la existencia de un seguro, el simple recurso a la equidad, etc. Por lo demás, una escueta resolución esconde muchas veces las dudas de los jueces acerca de la existencia de una relación causal relevante. Más aún, la elevada complejidad técnica de algunos casos de responsabilidad conduce a algunas jurisdicciones a omitir extensas justificaciones que la expongan a cometer errores, contentándose con avaluar globalmente, sobre la base de una malentendida equidad, la totalidad del perjuicio. En todos estos casos, una acabada justificación y la disgregación de los daños reparados dejaría en evidencia las falencias y haría procedente la casación del fallo como se indicó.

Según la experiencia comparada, pareciera que la forma más adecuada de disipar estas reticencias, y generar incentivos a una mayor justificación y fragmentación de los daños reparables, es estimular el uso de *baremos* para algunas categorías de perjuicios<sup>57</sup>. Confeccionados con la ayuda de expertos (médicos, jueces, etc.) y sobre la base de ciertos antecedentes (precedentes judiciales, pólizas de seguro, etc.), los *baremos* permiten una cierta valoración objetiva de los daños (sobre todo de los daños corporales). Estas tablas son recogidas por la legislación (como para los accidentes de la circulación en España) o constituyen prácticas judiciales respaldadas por publicaciones científicas (como es el caso francés, donde las cortes de apelaciones poseen tablas indicativas recogidas periódicamente, entre otras, por la Gazette du Palais). En ambos casos, los *baremos* obligan a desglosar en las sentencias las categorías de daños reparados y el valor que se les otorga, contribuyendo a la obtención de las ventajas ya descritas (en particular, a una mayor igualdad entre las víctimas, a volver razonablemente previsibles los costos de los accidentes y a estimular el seguro). Evidentemente, su utilización debe acompañarse de una obligación legal o autorización oficial, pues de lo contrario al fallo podría objetársele el recurrir a antecedentes exógenos al mérito de la causa. Con todo, la utilización de *baremos* tiene ciertas limitaciones: la inconmesurabilidad de los bienes de la personalidad que se intentan avaluar, la complejidad y la diversidad de los diversos casos de responsabilidad, y el consiguiente riesgo de arbitrariedad.

Por otra parte, debe tenerse también presente que la fragmentación del daño moral en diversas categorías y subcategorías tiene un grado de artificialidad, pues los bienes de la personalidad, a diferencia de los patrimoniales, poseen una naturaleza que impide divisiones demasiado categóricas<sup>58</sup>. Es así que una cicatriz (*perjuicio estético*) se puede traducir esencialmente en una pérdida de la autoestima (*perjuicio de agrado*) y en sufrimientos físicos y morales (*pretium doloris*); que una mutilación de un órgano sexual (*perjuicio sexual*), genera sufrimientos (*pretium doloris*) y perturba el desarrollo social del individuo (*perjuicio de agrado*); etc. De esta forma, el riesgo que se corre, una vez asumida la práctica de fragmentar el daño, es que su aplicación excesivamente formalista conduzca a la reparación de un daño que ya lo ha sido en virtud de otra categoría, vulnerando el principio que prohíbe conceder una indemnización por un daño ya reparado y generando también otros efectos negativos (como el desincentivo de ciertas actividades, el aumento del costo de los seguros o el retiro de las aseguradoras de algunas áreas). Este fenómeno puede constatarse claramente en la noción de *perjuicio*

---

<sup>57</sup> “Baremo” es un galicismo aceptado por la Real Academia (con origen en el nombre del matemático François Barrême), que consiste en un cuadro o lista de tarifas utilizados para avaluar algunos daños (sobre todo corporales).

<sup>58</sup> Una crítica a esta fragmentación en MAZEAUD Henri, Léon y Jean, y CHABAS François, *Leçons de droit civil, Obligations, Théorie générale*, T. 2, vol. 1, Montchrestien, París, 1998, 9ª ed. de François Chabas, p. 425.

*de agrado*. En Francia, por ejemplo, una tendencia jurisprudencial ha expandido las fronteras de este perjuicio (todos los placeres normales de la vida), a tal punto que su noción ha llegado a absorber casi por completo al daño corporal<sup>59</sup>. Aunque esta evolución se inspire en Francia en las particularidades de su régimen de cobertura social, muestra de todas formas el nivel de elasticidad de estos conceptos y la cercanía entre las diversas categorías de daño<sup>60</sup>. Por eso, en el derecho nacional, Enrique BARROS, acentuando la artificialidad de esta fragmentación, ha propuesto distinguir el daño moral derivado del daño corporal en dos categorías esenciales, emulando lo que ocurre en materia patrimonial: la aflicción física y moral, y la pérdida de los placeres de la vida<sup>61</sup>.

La práctica de los *baremos* mencionada, al asignar tarifas a perjuicios precisamente descritos (un brazo roto, un dedo cortado, etc.), permite disminuir el riesgo de doble indemnización. Sin embargo, la principal herramienta para evitar este riesgo sigue siendo la adecuada justificación de las decisiones judiciales, que permite verificar la singularidad de los daños reparados, comparar su valoración y posibilitar su control por instancias superiores.

#### **(d) Ejercicio de la acción de responsabilidad civil**

**153. Generalidades.** Las tres nociones descritas (culpa, causalidad y daño) determinan las condiciones de aplicación de la responsabilidad civil. Sin embargo, el ejercicio de la acción de responsabilidad civil también ha sido objeto de varios cambios en estos ciento cincuenta años de historia, que han sido detenidamente estudiados en las obras generales sobre la materia<sup>62</sup>. Esta evolución ha afectado también a dos acciones vinculadas con la acción de indemnización: la destinada a prevenir un daño contingente y la que persigue reparar en naturaleza el perjuicio sufrido.

En cuanto a la prevención del daño, debe tenerse presente que junto a las antiguas acciones posesorias y a la acción por daño contingente que concede el Código Civil (arts. 939, 932, 2333 y 2334), el recurso de protección ha constituido en la actualidad una herramienta adicional para prevenir o evitar el agravamiento de un daño, manteniendo el estado de cosas hasta el pronunciamiento de fondo de los tribunales. En otra parte de este libro se han tratado los excesos en la utilización del recurso de protección en materia civil, y se ha mencionado que su empleo se explica por la ausencia en el derecho nacional de una acción de urgencia adecuada para estas situaciones<sup>63</sup>. En todo caso, es importante destacar el rol del recurso de protección en la prevención de daños en el derecho actual, que en gran medida responde a una preocupación presente también en el derecho comparado<sup>64</sup>.

---

<sup>59</sup> V. CHABAS François, *Cien años...*, *op.cit.*, p. 79.

<sup>60</sup> Según una ley francesa (1973) la víctima, aún recibiendo prestaciones de terceros pagadores (seguros o cajas sociales), conserva una acción para perseguir al responsable sobre la parte del perjuicio de carácter “personal”. Para aumentar las posibilidades de reparación de la víctima, la jurisprudencia ha interpretado cada vez más extensivamente ese perjuicio “personal”, en particular, su componente de contornos más ambiguos: el *perjuicio de agrado*.

<sup>61</sup> *Responsabilidad civil extracontractual*, *op.cit.*

<sup>62</sup> V. por ejemplo, ALESSANDRI Arturo, *De la responsabilidad...*, *op.cit.*, p. 451; DIEZ José Luis, *El daño...*, *op. cit.*, p. 151; CORRAL Hernán, *Lecciones...*, *op.cit.*, p. 315.

<sup>63</sup> V. párrafo 85.

<sup>64</sup> V. acerca del rol preventivo de la responsabilidad civil, párrafo 169.

En cuanto a la reparación en naturaleza, sólo debe destacarse que ésta es una opción de la víctima en el derecho nacional, no importando que su realización sea significativamente más gravosa para el agente que la indemnización de perjuicios (el sólo límite podría encontrarse en el *abuso de derecho*).

Finalmente, en cuanto a la acción de indemnización de perjuicios, la legislación nacional no contempla ni la reajustabilidad ni la producción de intereses por la deuda de reparación. Originalmente, sin los graves problemas de inflación del siglo XX, este vacío no resultaba tan grave. La evolución económica condujo a la jurisprudencia, desde la década de 1970 y fundada en el principio de reparación integral, a conceder reajustes e intereses por la deuda de reparación. Sin embargo, la jurisprudencia ha tenido serios problemas para fijar el momento preciso en que éstos comienzan a devengarse y en el instante en que se detienen. En cuanto a la fecha de inicio, se han sostenido como criterio: la época del ilícito, la presentación o notificación de la demanda, la dictación del fallo de instancia o de alzada, el momento en que queda ejecutoriada la sentencia, etc. En cuanto a la fecha de término, se afirma que ella corresponde a la del fallo definitivo, al día de la liquidación por el secretario del tribunal, al momento del pago efectivo, etc. Frente a estas vacilaciones, pareciera preferible distinguir entre los daños patrimoniales y los morales para los efectos del cálculo. En términos muy generales, la naturaleza de los primeros puede servir de argumento para que comiencen a devengarse desde su requerimiento y, aquella de los segundos justifica que corran desde que son avaluados judicialmente por la sentencia; corriendo unos y otros hasta el pago efectivo<sup>65</sup>.

#### **(e) Algunos regímenes especiales de responsabilidad civil**

**154. ¿Regímenes especiales?** Las condiciones de la responsabilidad civil que se acaban de resumir conforman el esquema clásico de la responsabilidad por negligencia, que sigue siendo la regla general en nuestro sistema jurídico. No existe en el derecho nacional una regla general de responsabilidad estricta o por riesgo, pero sí regímenes especiales que regulan algunas de las condiciones de la responsabilidad, resultándoles aplicables supletoriamente las normas del Código Civil. En realidad, el Código Civil ya contemplaba algunos artículos especialmente aplicables a ciertos tipos de daños (provenientes en su mayoría de los ilícitos del derecho romano), y que exigen como único requisito una relación de causalidad entre la acción del agente y el daño, como ocurre con la caída de objetos desde la parte superior de un edificio (art. 2328) y con el daño causado por animales fieros (artículo 2327). Sin embargo, el surgimiento de nuevos y graves riesgos, vinculados a la industrialización, a la masificación de la economía y al desarrollo de los medios de transporte, dio nacimiento a regímenes especiales de responsabilidad que en su mayoría contemplan una responsabilidad estricta (a veces sujetas a limitaciones legales) y la obligación de suscribir un seguro de responsabilidad. Estos regímenes especiales se deben a la obra del legislador y también de la jurisprudencia. En alguna medida puede sostenerse que en materia de responsabilidad civil se pasó del casuismo del derecho antiguo a la generalización de la codificación, volviendo nuevamente en la actualidad a una proliferación de estatutos particulares (aunque manteniéndose como regla supletoria y general la negligencia). Pero más que regímenes especiales de responsabilidad con lógicas autónomas, estas reglas en su mayoría sólo hacen excepción al requisito de la culpa (presumiéndola o descartándola como condición de la responsabilidad) y establecen límites de

---

<sup>65</sup> V. Sobre estas cuestiones el análisis de José Luis DIEZ S., *El daño...*, *op.cit.*, p. 192 y 258; y, BARROS Enríque, *Responsabilidad civil extracontractual*, *op.cit.*

responsabilidad y seguros obligatorios, pero remitiéndose a las normas del Código Civil respecto de las demás condiciones de la responsabilidad. En particular, la causalidad y el daño reparable se sujetan casi invariablemente a las normas del Código Civil. Por lo demás, la mayoría de estos denominados regímenes especiales abren a las víctimas el recurso subsidiario a la responsabilidad por negligencia del Código Civil por daños no cubiertos por sus normas (como ocurre, por ejemplo, en materia de accidentes del trabajo y de accidentes aéreos).

En todo caso, una descripción de la evolución de la responsabilidad civil en el derecho privado nacional no sería completa si no se mencionan brevemente los principales regímenes especiales: responsabilidad del Estado; responsabilidad por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales; responsabilidad civil por accidentes de la circulación; responsabilidad médica; responsabilidad ambiental; responsabilidad de directores y gerentes de sociedades; y, la responsabilidad por infracción a algunos *derechos de la personalidad*.

**155. Responsabilidad del Estado.** Tal vez la hipótesis más importante de entre estos regímenes especiales es la denominada *responsabilidad del Estado* que, a diferencia de otros sistemas jurídicos, se encuentra sujeta en el derecho nacional a la jurisdicción de los tribunales ordinarios y, por esto, estrechamente vinculada a la responsabilidad civil. La evolución de la responsabilidad de los órganos públicos en el derecho nacional ha sido bastante tortuosa y no corresponde aquí referirse a ella en detalle (irresponsabilidad, distinción entre actos de autoridad y de gestión, falta de servicio, etc.)<sup>66</sup>. Lo importante es destacar que en la actualidad la responsabilidad del Estado se funda en la denominada *falta de servicio* y tiene un sustento legal relativamente claro aunque incompleto: la Constitución (arts. 6,7 y 38), la ley de bases generales de administración del Estado (n°18.575, arts. 4 y 42), la ley orgánica de municipalidades (n°18.695), y la ley sobre régimen de garantías en salud (n°19.966, art. 38). Una parte de la doctrina nacional ha interpretado la noción de falta de servicio como el reconocimiento de una responsabilidad estricta a cargo del Estado, que agregaría a la causalidad y al daño sólo un requisito de *antijuricidad* (esto es, que no sea un perjuicio que la víctima debe soportar). Pero los fundamentos normativos de esta doctrina son dudosos, su base teórica es discutible (sobre todo porque esa noción de “antijuricidad” invierte el peso argumentativo del juicio de responsabilidad), sus resultados parecen inequitativos y altera la racionalidad del gasto público (por ejemplo, de seguir esta doctrina, los hospitales públicos terminarían siendo responsables de forma más severa que las clínicas privadas). Pero, sobre todo, esta teoría no es consistente con la práctica judicial nacional que para comprobar la existencia de una falta de servicio aprecia la conducta del órgano público, el funcionamiento negligente del servicio (tal como ocurre con la culpa civil)<sup>67</sup>. Esta tesis se confirma con la última de las leyes citadas, que dispone expresamente que *la falta de servicio* debe acreditarse y que alude a la conducta *imprudente* o *dolosa* del funcionario que participó en la acción (art. 38 ley n°19.966). En todo caso, debe destacarse que la responsabilidad del Estado, a diferencia de aquella de las personas jurídicas de derecho privado, es una responsabilidad personal y directa, y no por el hecho ajeno de sus funcionarios o dependientes.

---

<sup>66</sup> V. el capítulo que destina a esta materia Enrique BARROS en su libro de responsabilidad; capítulo en el que colaboró José Miguel VALDIVIA (*Responsabilidad civil extracontractual*, *op.cit.*).

<sup>67</sup> V. en materia de responsabilidad de los servicios de salud los casos citados en TAPIA Mauricio, “Responsabilidad civil médica...”, *op.cit.*, p. 100.

Existen también algunas responsabilidades del Estado particulares, como aquellas que se refieren al error judicial (art. 19 n° 7 letra i de la Constitución). En todo caso, la responsabilidad del Estado es un estatuto parcelario, al que le resultan aplicables supletoriamente las reglas de la responsabilidad civil, como lo ha resuelto expresamente la jurisprudencia nacional<sup>68</sup>.

**156. Accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.** Los accidentes del trabajo y enfermedades profesionales (ley n°16.744) no están sujetos a un régimen de responsabilidad estricta, sino que a un contrato forzoso de seguro, que se suscribe por el sólo hecho de ser contratado el trabajador. Este seguro está sujeto a una administración pública o privada, se financia con cotizaciones de los empresarios, beneficia al trabajador (o a su cónyuge sobreviviente, concubina e hijos) y cubre algunas hipótesis definidas por la ley: los *accidentes del trabajo* (lesión sufrida a causa o con ocasión del trabajo y que produce incapacidad o muerte) y las *enfermedades profesionales* (causadas de manera directa por el trabajo, y que producen incapacidad o muerte). Como se sabe, luego de la industrialización, fue en este ámbito donde la responsabilidad por negligencia se mostró ineficaz para reparar los gravísimos daños que pueden provocarse al trabajador, quien no se encuentra en una buena posición para demostrar la negligencia del empleador<sup>69</sup>. Por esto, en la mayoría de los países existe un régimen de responsabilidad estricta por estos accidentes o bien un sistema de seguro (social o privado) obligatorio. En el derecho nacional, además del seguro obligatorio, el empleador puede adicionalmente ser objeto de una acción de responsabilidad civil fundada en las obligaciones de cuidado que le impone la ley en la relación laboral (art. 69 ley n°16.744 y 184 del Código del Trabajo). Así, para exigir por ejemplo la indemnización del daño moral, las víctimas directas o por rebote deben dirigirse contra el empleador utilizando las reglas generales de la responsabilidad por negligencia del Código Civil (responsabilidad contractual).

**157. Accidentes de la circulación.** La responsabilidad por los accidentes de circulación ha dado lugar a varios debates en el derecho comparado en los últimos treinta años. El número creciente de vehículos, de aglomeraciones urbanas y, por tanto, de potenciales víctimas, provocó un drástico aumento de la tasa de estos accidentes. Es precisamente en este ámbito donde se ha discutido en las últimas décadas las ventajas de un sistema de responsabilidad estricta y de un seguro obligatorio de responsabilidad civil, que permita lograr óptimos de prevención de accidentes, de reparación de daños y de distribución de sus costos<sup>70</sup>.

A diferencia de otros países (particularmente europeos), en el derecho nacional la responsabilidad por accidentes provocados por vehículos motorizados está sujeta al estatuto general de responsabilidad por culpa (art. 170 de la ley n° 18.290). Más allá del deber general de diligencia del derecho común, esta ley reconoce varias reglas de conductas, que en el fondo establecen un sistema de culpa infraccional (art. 172). Paralelamente, la ley contempla una regla limitada de responsabilidad estricta que afecta al propietario del vehículo, por los daños ocasionados por el conductor (art. 174). Finalmente, también se prevé un sistema de seguro obligatorio, que cubre los daños

---

<sup>68</sup> V. Corte Suprema, 7 de noviembre de 2000, F. del M., n°504, 2000-2002, p. 4126.

<sup>69</sup> Fue este problema el que hizo surgir en Francia, por ejemplo, la responsabilidad estricta por el hecho de las cosas sobre la base de una interpretación jurisprudencial del artículo 1384 del Código Civil.

<sup>70</sup> En este ámbito, aún antes de declararlo obligatorio, en numerosos países la conducción de vehículos motorizados con el respaldo del seguro se había impuesto como una práctica generalizada.

personales causados por vehículos motorizados (nº 18.490) y por daños a pasajeros de la locomoción colectiva (ley nº 16.426)<sup>71</sup>.

**158. Responsabilidad civil en la construcción.** En otra parte de esta obra se ha mencionado que la construcción, y en general el derecho inmobiliario, ha sido objeto de varias regulaciones especiales y que en el derecho comparado esta tendencia se ha acentuado convirtiendo a este ámbito en una disciplina particular del derecho. Así también en materia de responsabilidad civil la legislación ha introducido reglas especiales, algunas de las cuales se encuentran en el propio Código Civil. En primer lugar, los constructores (y otros profesionales como arquitectos e ingenieros) responden contractualmente por la ruina o defecto del edificio (por un plazo de cinco años desde la entrega), que se deba a vicios de construcción, a vicios del terreno que el empresario debió conocer y a vicios de los materiales proporcionados por el empresario (arts. 2000, 2003 y 2004 Código Civil)<sup>72</sup>. En cuanto a su responsabilidad extracontractual, le resultan aplicables las reglas generales de la negligencia. En esta materia extracontractual, el Código Civil sólo contiene una regla específica que hace responsable a los propietarios de la ruina de sus edificios, acaecida por la negligencia en el cuidado (art. 2323).

Sin embargo, la *Ley general de urbanismo y construcciones* (según las reformas de las leyes nº 19.472 de 1996 y 20.016) establece una responsabilidad estricta que recae sobre el propietario primer vendedor por los vicios de la construcción, permitiendo incluso el denominado *levantamiento del velo societario*, con el objeto de perseguir esta responsabilidad en sus representantes si la sociedad se encuentra disuelta (actuales arts. 18 y 18 de la *Ley general de urbanismo y construcciones*, y arts. 1.2.1 y s. de su Ordenanza). La responsabilidad también se extiende a los *errores* cometidos por los proyectistas y constructores y, subsidiariamente, por los profesionales que hayan actuado supervisando las obras (revisores independientes e inspectores técnicos). Esta responsabilidad se encuentra sujeta a plazos de prescripción especiales: diez años si las fallas o defectos afectan la estructura “soportante” del inmueble; cinco años si éstos afectan a elementos constructivos o de las instalaciones; y, tres años, si afectan elementos de terminación de las obras.

**159. Responsabilidad por productos defectuosos.** La masificación de la economía y la mundialización de los intercambios agravaron los problemas que puede generar un defecto de seguridad de un producto. Estos defectos del producto (que se miden en relación a su modelo de fabricación) pueden ocasionar daños graves a los consumidores que, por su parte, se enfrentan a la dificultad de probar el “defecto” según las reglas generales de la responsabilidad por negligencia. Esta materia ha dado lugar a una gran producción dogmática y a la intervención del legislador en el derecho comparado (en particular, existe una importante *Directiva* de la Unión Europea de 1985 sobre la materia). La tendencia mundial ha sido erradicar la condición de la negligencia y limitar las categorías de daño reparables (excluyendo, por ejemplo, los puramente patrimoniales). El derecho nacional cuenta –como afirma Enrique BARROS- con dos

---

<sup>71</sup> Esta materia ha dado origen a varios estudios monográficos. V. en particular: BELMAR Carolina y GONZÁLEZ Gabriela, *Seguro obligatorio de accidentes personales. Ley nº 18.490, ¿quién es el beneficiado?*, tesis de grado, Universidad de Chile, 2001; y, CONTARDO Eduardo, *El seguro obligatorio de accidentes personales causados por la circulación de vehículos motorizados*, tesis de grado, Universidad Católica de Valparaíso, 1993.

<sup>72</sup> En el caso que los materiales hayan sido proporcionados por el dueño del terreno, el empresario es responsable si debió conocer el defecto en razón de su profesión.



mecanismos útiles para mitigar estos problemas que presenta la responsabilidad por productos defectuosos: la noción de *culpa difusa* que evita la prueba de una negligencia concreta que haya generado el defecto del producto, y la presunción de responsabilidad por el hecho propio prevista, como se expuso, particularmente para hipótesis de actividades peligrosas. La ley sobre derechos de los consumidores no consagró un régimen especial de responsabilidad por productos defectuosos. Sus disposiciones mencionan los “*defecto o vicios ocultos*” de un producto, como una causal de indemnización de los perjuicios sufridos por el consumidor (art. 20), pero la fundan en las reglas generales de la culpa (como puede inferirse del art. 22). Una situación distinta ocurre con los productos declarados oficialmente “*peligrosos*”, sujetos a una presunción de culpa que sólo puede desvirtuarse probando que se siguieron los cuidados legales (art. 47)<sup>73</sup>.

**160. Responsabilidad por daño ambiental.** Esta es una disciplina de moda y pueden consultarse varios estudios en el derecho nacional<sup>74</sup>. En otra parte de esta obra se mencionó cómo ha crecido la preocupación por la conservación del *patrimonio ambiental*, cuestión que en gran medida se materializa legalmente en la declaración expresa de la responsabilidad en que se incurre al dañarlo intencional o culposamente (art. 3° ley n°19.300). Esta ley confirma el régimen general de responsabilidad civil por negligencia (art. 51), aunque establece algunas hipótesis de culpa infraccional cuando se vulneran las reglamentaciones y planes ambientales (art. 52), y una acción de *restitución en naturaleza* del daño ambiental, sujeta a un estatuto de responsabilidad estricta (art. 53). Por lo demás, como se expuso, esta ley permite a algunos organismos públicos perseguir la reparación del medio ambiente dañado (art. 54).

Relacionado con la protección al medio ambiente, existe un tratado, ratificado por Chile, relativo a daños provocados por derrames de hidrocarburos u otras sustancias contaminantes al mar<sup>75</sup>. Los principios de responsabilidad establecidos por ese tratado se recogieron en el DL n° 2.222 de 1978 (ley de navegación), que establece una regla de responsabilidad estricta por el solo hecho del derrame, que afecta solidariamente al dueño, armador y operador de la nave (art.144). La ley permite bajo ciertas formalidades (esencialmente la creación de un fondo) la limitación de la responsabilidad, y se prevé también un seguro obligatorio para las naves de más de tres mil toneladas (art. 146).

Asimismo, se vinculan con el medio ambiente las normas especiales previstas para los daños nucleares. La ley n° 18.302, sobre seguridad nuclear, establece un régimen de responsabilidad estricta y limitada (art. 49). Esta responsabilidad se aplica al explotador de una instalación, planta, centro, laboratorio o establecimiento nuclear, por los daños ocasionados por un accidente nuclear ocurrido en tales recintos. La responsabilidad alcanza incluso a daños provocados por caso fortuito o fuerza mayor (salvo conflicto armado exterior, insurrección o guerra civil, art. 56). En cuanto al límite de la responsabilidad, éste se encuentra fijado originalmente en setenta y cinco millones de

---

<sup>73</sup> V. sobre esta responsabilidad especial, v. BARROS Enrique, *Responsabilidad civil extracontractual*, op.cit.

<sup>74</sup> V. entre los múltiples trabajos, se destacarán los siguientes: BARROS Enrique, “Responsabilidad civil en materia de medio ambiente”, in *Derecho del medio ambiente*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Conosur, 1998; y, BANFI Cristián, “De la responsabilidad civil como instrumento de protección ambiental”, Rev. Fuego, 2004, n°2, p. 19.

<sup>75</sup> Convenio Internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, de 29 de noviembre de 1969, aprobado por el DL n° 1.808 de 1977.

dólares, pero se reajusta automáticamente en la forma que señala la ley (art. 60). El sistema se completa con un seguro obligatorio que debe ser tomado por el límite máximo de indemnización (art. 62).

Finalmente, puede señalarse como una responsabilidad especial por daños vinculados directa o indirectamente al *medio ambiente*, aquellos provocados por la aplicación de plaguicidas. Estos se sujetan a un régimen de responsabilidad estricta por los daños que causen de “*forma accidental o como consecuencia inevitable de la aplicación*”, y cuya acción prescribe en plazo de un año contado desde que se detecten los daños (art. 36 DL n° 3.557 de 1980).

**161. Responsabilidad civil médica.** La medicina es una de las profesiones más expuestas a causar perjuicios a terceros, porque la ejecución de los servicios de estos profesionales exige una intervención directa sobre la integridad física del paciente. Como sostiene Jean CARBONNIER, tal como hacia mediados del siglo XX la preocupación principal del derecho de la responsabilidad era la seguridad en materia de accidentes de la circulación (cuestión que está lejos de lograrse), el paso hacia el siglo XXI parece estar dominado por la búsqueda de una seguridad sanitaria absoluta, testimonio del interés que nuestra época presta a la vida y a la salud<sup>76</sup>. Diversas razones explican el aumento de la litigiosidad en materia médica: la aceptación generalizada de la reparación del daño moral por daños corporales; una menor tolerancia frente a los riesgos de la vida; los avances de la medicina, que aumentan exponencialmente los riesgos de error; la despersonalización de la relación entre el médico y el paciente, que debilita el antiguo vínculo de confianza con el *médico de cabecera* y el abandono correlativo del respeto reverencial que el paciente debía al profesional; la progresiva tipificación de derechos del paciente, cuyo cumplimiento puede ser exigido ante los tribunales (por ejemplo, a ser tratado con dignidad, a la confidencialidad de su expediente, a adoptar decisiones informadas, etc.<sup>77</sup>); y, el incentivo de los abogados a plantear acciones de baja probabilidad de éxito pero respaldadas por convenios de *quota litis*, pues la entidad de los perjuicios que se siguen de daños corporales crea expectativas de indemnizaciones cuantiosas. Por la importancia práctica de esta materia en la actualidad, es necesario efectuar algunas observaciones.

Ante todo, debe señalarse que existen algunos problemas de calificación de esta responsabilidad en el derecho nacional, pues no siempre puede establecerse claramente una relación contractual entre el médico y el paciente. Esta cuestión ha sido latamente tratada por la doctrina nacional, pero más allá de su interés teórico, esta distinción parece progresivamente irrelevante porque en ambos tipos de responsabilidad el profesional se somete condiciones de aplicación similares. A pesar de que existe un relativo acuerdo en la doctrina de que se trata de una responsabilidad contractual, los tribunales con frecuencia la resuelven en sede extracontractual para evitar la antigua discusión acerca de la procedencia del daño moral en materia contractual (importantísima en materia médica, pues los daños relevantes causados al paciente son esencialmente extrapatrimoniales) y porque generalmente la acción indemnizatoria se

---

<sup>76</sup> V. *Droit civil, Les obligations...*, *op.cit.*, p. 374.

<sup>77</sup> Esta idea ha inspirado en Chile, siguiendo al derecho comparado, un proyecto de ley sobre derechos y deberes de las personas en materia de salud, que, entre otras materias, recoge los derechos de los pacientes relativos al trato digno, privacidad, confidencialidad, no discriminación y acceso a la información (Mensaje del Presidente de República, de 12 de junio de 2001, a la Cámara de Diputados, Boletín N° 2727-11; indicación sustitutiva de 19 de noviembre de 2002).

interpone accesoriamente en el juicio de responsabilidad penal<sup>78</sup>. Ahora bien, los médicos responden en la prestación de sus servicios por culpa. Por esto, en definitiva, para distribuir la carga de la prueba de la culpa importa poco el carácter contractual o extracontractual de la responsabilidad: en ambos casos deberá probarse de que se infringió un deber de cuidado (la *lex artis*). VOLTAIRE sostenía que “*un médico promete cuidados y no la recuperación; hace sus esfuerzos y por ello se le paga*”<sup>79</sup>. En efecto, el deber esencial del médico es poner a disposición del paciente sus capacidades profesionales con el fin de lograr su recuperación. Siguiendo la conocida clasificación creada por René DEMOGUE, se trata de una obligación *medios* y no de *resultado*<sup>80</sup>, como concluyó también tempranamente en el derecho nacional Orlando TAPIA<sup>81</sup>. Por ello, para determinar si el médico ha incumplido su obligación y ha actuado negligentemente es necesario que el paciente acredite que el comportamiento efectivo del médico se alejó no de la conducta de un *buen padre de familia* cualquiera, sino de aquella que podía esperarse de un profesional competente y diligente (culpa leve, art. 1547 del Código Civil). Este juicio de reproche de la conducta del médico se efectúa en abstracto, comparando el comportamiento efectivo con el esperado de un médico prudente, pero considerando también las circunstancias externas en que intervino. Por esto, la conducta que puede esperarse de un médico que opera a un paciente en un hospital de provincia de pocos recursos o bien en una situación de urgencia, es diferente de aquella que se puede exigir de un médico que planifica una operación en una clínica especializada con medios sofisticados<sup>82</sup>.

Lamentablemente, la jurisprudencia con excesiva frecuencia, y con el afán de proteger a las víctimas, tiende a confundir en este ámbito el comportamiento negligente con el simple error de conducta (inadvertencias, faltas de atención, reacciones desgraciadas que no implican ninguna elección y que pudo haber cometido cualquier buen profesional). Respecto de estas situaciones no hay soluciones unívocas en el derecho comparado. Sin embargo, por una parte, es perceptible una tendencia a asegurar excepcionalmente algunos resultados al paciente, no aceptándose la excusa del error o de la diligencia por parte del médico (obligaciones de *resultado* médicas); y, por otra parte, algunos accidentes médicos graves, en cuyo origen pudo haber estado o no una inadvertencia médica inevitable, tienden a quedar fuera del ámbito de las obligaciones

---

<sup>78</sup> Cuestión que debería cambiar con las restricciones al ejercicio de la acción civil impuestas por la reforma procesal penal (Código Procesal Penal, artículo 59).

<sup>79</sup> *Diatribes du docteur Akakia*.

<sup>80</sup> V. sobre esta clasificación, párrafo 166.

<sup>81</sup> *Op.cit.*, p. 383. En Francia, la distinción entre obligaciones de *medios* y de *resultado* fue utilizada por primera vez precisamente a propósito de un contrato médico, en el célebre *arrêt Mercier*: el contrato médico involucra “*la obligación, si bien no de sanar al enfermo como es evidente, al menos de proporcionarle cuidados concienzudos, atentos y, salvo en caso de circunstancias excepcionales, conforme a los conocimientos adquiridos de la ciencia*” (*Chambre civile de la Cour de cassation*, 20 de mayo de 1936, D. 1936, I, p. 88, *rapport* Josserand). Recientemente en Francia, la *ley n°2002-303 de 4 de marzo de 2002, sobre los derechos de los enfermos y la calidad del sistema de salud*, confirmó la regla, extraída por la jurisprudencia, que hace recaer sobre el médico una *obligación contractual de medios* (actual art. L. 1142-1. I del Código de la salud pública).

<sup>82</sup> Así, por ejemplo, la Corte Suprema ha resuelto que existiendo un solo cardiovector en el hospital público de Puerto Natales, no era necesario que estuviera en la sala donde se intervenía al paciente, que presentaba condiciones normales antes de la operación, Corte Suprema, 2 de julio de 1998, RDJ, T. XCV, sec. 4<sup>a</sup>, p. 95.

del médico, sujetos en ciertos casos a un sistema de socialización del riesgo (*riesgo terapéutico*).

En primer lugar, las obligaciones de *resultado* a cargo del médico que se han reconocido en la práctica comparada son excepcionales. Esto porque establecer una obligación de *resultado* a la carga del médico equivale a hacerlo responsable bajo el esquema de la responsabilidad estricta. Ahora bien, la intervención de un fuerte elemento aleatorio en la prestación médica (la posibilidad que tiene el paciente de recuperar la salud) excluye como regla general toda garantía de resultado. La voluntad de la partes puede conferir a la obligación del médico el alcance de una obligación de *resultado* (por ejemplo, el cirujano plástico que promete la obtención de un determinado resultado “geométrico” facial). Otras obligaciones de resultado pueden emanar de la naturaleza de la prestación, pero son eminentemente limitadas, como ocurre con el deber de informar al paciente, el deber de *normalidad* (ausencia de vicios) de los materiales, prótesis y productos empleados, y la exactitud de los exámenes o análisis de laboratorio que no presentan ningún elemento aleatorio. Fuera de estas obligaciones excepcionales de *resultado*, el médico sólo responde por sus actos negligentes.

En segundo lugar, una cuestión que se ha planteado en la última década es quién debería responder por daños ocasionados con motivo del acto médico, pero que no pueden atribuirse ni a la culpa ni al incumplimiento de una de estas obligaciones de *resultado*. Este es el problema del *riesgo terapéutico* o *accidente médico*. En efecto, la atribución de responsabilidad por el riesgo terapéutico es quizá la cuestión más debatida en la actualidad en materia médica, y en la que ha existido una mayor evolución jurisprudencial, completada, en varios países, por la intervención legislativa. Este debate puede interesar al medio nacional, pues la Corte Suprema ha resuelto recientemente algunos casos de accidentes médicos. El accidente médico es un daño causado a la integridad física o psíquica del paciente, ocurrido con ocasión de la ejecución de una prestación médica y producto de una causa específica que generalmente permanece desconocida. Es un suceso eventual, excepcional (por esto se denomina “riesgo” o “accidente”), provocado en ausencia de todo acto negligente del médico. Ejemplos de riesgos terapéuticos son las infecciones intrahospitalarias (contraídas por el paciente, en el pabellón de operaciones o por el hacinamiento en las salas); algunas afecciones iatrogénicas que provocan daños al paciente (sobre todo, las reacciones inusuales a un tratamiento o a un medicamento); una parálisis total o graves trastornos nerviosos generados por una operación inofensiva; el deceso consecutivo a la aplicación de una anestesia, etc.

Estadísticamente estos riesgos terapéuticos son en cierta medida previsibles: ocurren, desgraciadamente, a un determinado número de pacientes cada año; pero, en el estado actual de la ciencia médica, parecen simplemente inevitables. Como se trata de sucesos eventuales, escapan al dominio o control del médico y, por ello, un accidente médico puede producirse con ocasión de un error inevitable de conducta de éste. La intervención del azar en la realización de estos accidentes se demuestra porque generalmente sus efectos se presentan como *anormales*, esto es, no dicen relación con el estado anterior del paciente o con su evolución previsible, y son diversos a aquellos que habría provocado el simple fracaso del tratamiento. Por esto, François CHABAS ha concluido que el *riesgo terapéutico* es simplemente un accidente debido no al comportamiento culpable del médico sino a la *fatalidad*. Así, como señala este autor, cabe preguntarse si al volver responsable al médico de estos accidentes se pone a su

cargo ya no una obligación de *resultado* sino los efectos de la *fuerza mayor*<sup>83</sup>. Una solución como ésta sólo sería factible bajo algunos supuestos: utilización sistemática de la obligación *in solidum* entre hospitales y médicos; distribución del riesgo por un seguro de responsabilidad generalizado o, mejor aún, obligatorio; desvinculación de la acción penal y civil, que impida que profesionales competentes sean conducidos a un proceso penal por hechos que no pudieron controlar, etc. Se pueden imaginar otras dos soluciones para atribuir el peso de estos accidentes. En primer lugar, pueden dejarse a cargo de los *pacientes*, y que así como la vida en sociedad expone a ciertos riesgos (por ejemplo, el uso del automóvil), así también estos accidentes deberían soportarse como una externalidad negativa de la medicina en el estado actual de los conocimientos científicos. Pero los efectos desastrosos que tienen estos accidentes en las víctimas hacen insostenible esta solución. Únicamente, ello podría ser factible con una práctica de seguro directo de personas, un seguro de pacientes. Por último, pueden someterse estos accidentes a un estatuto particular, a una *garantía colectiva* mediante un fondo público, fondos de garantía, logrando a su vez un automatismo de la reparación sin pasar por las muchas veces engorrosa identificación de un responsable. Es la solución del derecho francés. Una ley del año 2002<sup>84</sup>, dispone que en el caso de ser imposible establecer una responsabilidad de médicos y clínicas respecto del accidente médico, opera subsidiariamente una indemnización a cargo de un fondo de garantía.

En el derecho nacional, el riesgo terapéutico no es un tema que haya preocupado a la doctrina, y fuera de algunos casos de infecciones intrahospitalarias, existen pocos fallos nacionales en que se discuta abiertamente la existencia de un accidente médico. En efecto, en un caso resuelto en 2002<sup>85</sup> y en otro resuelto en 2003<sup>86</sup>, se hizo responsables a los servicios de salud (y no a los médicos) por las *infecciones intrahospitalarias* contraídas por los pacientes con motivo de una intervención (un caso típico de accidente médico en la práctica comparada), aunque acentuando los descuidos que provocaron tales accidentes. La cuestión presentará sin dudas problemas en el futuro, pero cabe destacar que al menos una de estas sentencias rechazó formalmente la existencia de una responsabilidad estricta por estos accidentes médicos a la carga de los servicios de salud públicos, solución completamente razonable y que ha sido confirmada recientemente por la ley n°19.966.

Por otra parte, la intervención de clínicas, de hospitales (o incluso mutuales), y de médicos que actúan por cuenta de éstos, provoca también incertidumbres en la calificación de las relaciones que se crean con el paciente víctima del daño. Asimismo, la intervención de hospitales públicos en gran parte de los actos médicos en Chile plantea, ciertamente, la cuestión de la definición de la responsabilidad del Estado por falta de servicio, prevista expresamente en este ámbito en la actualidad en la ley n°19.966 (art. 38). En la práctica, es necesario determinar si es posible singularizar al profesional negligente: si ello es factible, la víctima podrá accionar contra éste directamente, demandar la responsabilidad por el hecho ajeno del hospital o clínica (que naturalmente dispondrá de más recursos que el dependiente para asegurar la reparación), o bien, intentar perseguir solidariamente a ambos (solución usual en el derecho

---

<sup>83</sup> “La réparation des conséquences de l’aléa thérapeutique”, JCP G 2001, II, 10493.

<sup>84</sup> Ley n°2002-303 de 4 de marzo de 2002, sobre los derechos de los enfermos y la calidad del sistema de salud.

<sup>85</sup> Corte Suprema, 24 de enero de 2002, GJ, 2002, n°259, p. 49.

<sup>86</sup> Corte Suprema, 30 de abril de 2003, GJ, 2003, n°274, p. 59.

comparado). En cambio, si el autor directo del daño causado en el establecimiento permanece anónimo, a la víctima sólo le queda demandar la responsabilidad directa, contractual o extracontractual, del hospital o clínica. En este último caso, debe recordarse que la jurisprudencia nacional, para hacer aprovechar a la víctima de la responsabilidad por el hecho ajeno, ha aceptado la noción de *culpa difusa*, según la cual la negligencia se atribuye a la organización empresarial en su conjunto, sin necesidad de identificar el autor concreto del daño<sup>87</sup>.

Las otras condiciones de la responsabilidad médica se extraen de las reglas generales de la responsabilidad civil. En particular, cabe destacar que generalmente la negligencia médica provoca *daños corporales*, consistentes en atentados a la integridad física que originan perjuicios patrimoniales (pérdida de ingresos, gastos de recuperación, etc.) y perjuicios morales (sufrimientos, pérdida de placeres, etc.).

**162. Responsabilidad por accidentes aéreos.** El Código Aeronáutico (ley n°18.916) establece dos ámbitos de responsabilidad estricta respecto del explotador de una aeronave (y que siguen las directivas fijadas por el tratado de Varsovia de 1929 y el protocolo de La Haya de 1955). La ley presume que el propietario es el explotador, y si son personas distintas, o el transportador es una tercera persona, entre ellos existe solidaridad pasiva. Una primera regla de responsabilidad estricta es contractual (que opera como una verdadera “garantía”) y comprende los daños corporales (muerte o lesiones) ocasionados a los pasajeros durante su permanencia a bordo de la nave o durante las operaciones de embarque o desembarque (art. 143), con un límite de cuatro mil unidades de fomento por cada pasajero (existen también algunas presunciones de culpa y límites de indemnización por daños al equipaje y mercaderías transportadas en los arts. 147 a 149). Una segunda regla de responsabilidad estricta es propiamente extracontractual y se refiere a los daños ocasionados a terceros en la superficie, a consecuencia de la acción de una aeronave en vuelo, o por aquello que de ella caiga o se desprenda (art. 155 y s.). Esta última responsabilidad solo admite como excusa algunos casos de fuerza mayor definidos en la misma ley, y el monto de las indemnizaciones está sujeto a un límite determinado según el peso de la aeronave (art. 158).

Pero el Código Aeronáutico autoriza expresamente a demandar el total de los perjuicios, más allá de estos límites, si se probare que el transportador o explotador, o sus dependientes, han actuado con dolo o culpa (art. 172). Así, la responsabilidad estricta prevista constituye una garantía mínima que puede ser completada con el régimen general de responsabilidad por culpa del Código Civil.

**163. Responsabilidad de directores y gerentes.** En otra sección de este libro se ha descrito la existencia de un orden público de protección en beneficio de accionistas minoritarios y, en general, del público inversionista. Si se tiene en cuenta que los principales emisores de títulos de oferta pública en nuestro país son las sociedades anónimas, se entiende entonces por qué el respecto de ese orden público atañe particularmente a los directores y gerentes de esas personas jurídicas (en particular, por actos que perjudiquen el interés social o el interés particular de los accionistas o inversionistas). Por esto, en el presente se trata la responsabilidad de los directores y gerentes como un régimen especial de responsabilidad civil<sup>88</sup>. Naturalmente, se trata de una responsabilidad individual que es independiente de la que pueda derivar de

---

<sup>87</sup> V. párrafo 143.

<sup>88</sup> V. por ejemplo, CORRAL Hernán, *Lecciones...*, op.cit., p. 285.

actuaciones de los órganos representantes de la sociedad o de sus dependientes, sujetos a las normas de responsabilidad por el hecho propio y por el hecho ajeno ya aludidas.

En verdad, este régimen tiene muy poco de especial, pues la regulación del mercado de valores y de sociedades anónimas impone a estos dirigentes (y a otras personas que les son asimiladas) deberes de conducta definidos según el estándar general del *buen padre de familia*, la diligencia que emplea un hombre juicioso en sus negocios propios (art. 41 ley n°18.046, art. 9° ley n°18.045). En efecto, el patrón del hombre diligente, que define la responsabilidad por negligencia, es la regla general utilizada en este ámbito para discernir la responsabilidad (solidaria) de estos dirigentes. Sin embargo, con una técnica bastante defectuosa, las leyes sectoriales establecen algunas reglas especiales sobre la prueba de la culpa, y sobre la titularidad y ejercicio de la acción de responsabilidad.

En cuanto a la prueba del comportamiento negligente, la ley reconoce algunas presunciones de culpa aplicables a la actuación de los directores, gerentes y ejecutivos principales, en las siguientes hipótesis: si la sociedad no lleva libros o registros; si se reparten dividendos provisorios existiendo pérdidas acumuladas; si la sociedad ocultare sus bienes, reconociere deudas supuestas o simulare enajenaciones; si estos directivos se benefician en forma indebida, directamente o través de otra persona natural o jurídica, de un negocio social que, a su vez, irroque perjuicio a la sociedad; y, si la sociedad es disuelta por sentencia judicial ejecutoriada o revocada por resolución fundada de la Superintendencia (arts. 44, 45, 46, 55 y 106 ley n° 18.046). Se trata de una responsabilidad solidaria que afecta a todos los directores, gerentes y ejecutivos que participaron en la realización de estos actos o en la adopción de los acuerdos respectivos. Más que presunciones de culpa, estas reglas establecen en su mayoría *obligaciones de resultado* a cargo de estos dirigentes (no llevar libros es el caso típico), pues en su ejecución no intervienen elementos aleatorios. La prueba de la diligencia será imposible o muy difícil, y la sola excusa efectiva será la intervención de una causa eximente o la prueba de que el director no participó en el acuerdo. Una cuestión distinta ocurre en el caso de la infracción de las normas de la autocontratación o de negociación incompatible (que establecen obligaciones de prudencia, pero no una prohibición absoluta). En estas hipótesis la ley contempla expresamente las formas de probar la diligencia del dirigente que autocontrató: acreditar que el contrato se ajustó a las condiciones de mercado o que las condiciones de la negociación reportaron beneficios a la sociedad (art. 44 inc. final ley n°18.046, según la reforma de la ley n°19.705). Se encuentra también sujeta a una obligación general de prudencia la determinación del contenido de la información que deben entregar al público y a los inversionistas (arts. 46 ley n°18.046 y 9° ley 18.045). En efecto, una cuestión es que la ley obligue a entregar información y otra es determinar cuál es la información que un *hombre juicioso* debe estimar como esencial para sus decisiones de inversión y que debe divulgarse oportunamente<sup>89</sup>. Por otra parte, la ley de sociedades anónimas también contempla una regla general que parece establecer una amplísima culpa infraccional, declarando responsable a estos dirigentes, solidariamente entre ellos y con la sociedad, en caso de infracción a las normas aplicables a estas personas jurídicas que haya provocado daños a terceros (art. 133 ley n°18.046). En todo caso, frente a daños provocados por infracciones no expresamente previstas por alguna de estas normas, la responsabilidad de los directores de todas formas puede ser perseguida sobre la base de los principios generales del derecho de la responsabilidad por negligencia. Vinculado a esta

---

<sup>89</sup> V. en contra, Hernán CORRAL que sostiene que esta obligación de información está sujeta a una presunción de responsabilidad (*Lecciones...*, op.cit., p. 289).

responsabilidad, se encuentra una materia que ya ha sido tratada en otra parte de esta obra, y que dice relación con la utilización de información privilegiada<sup>90</sup>. La ley presume que los directores y gerentes tienen acceso a esta información privilegiada “*capaz de influir en la cotización de los valores emitidos*”, prohibiéndoles su divulgación y utilización (arts. 164 y s. ley n°18.045, según la reforma de la ley n°19.301). La infracción de estas obligaciones hace nacer una acción para demandar los perjuicios, que prescribe en un año desde la divulgación al mercado de la información

En segundo lugar, las leyes sectoriales establecen algunas normas especiales en relación a la titularidad de estas acciones. Los actos ilícitos descritos, ejecutados por directores y gerentes, pueden causar perjuicios a un accionistas, a terceros o a la misma sociedad. Si se trata de perjuicios que afectan a un accionista o a un tercero, éstos disponen de la acción indemnizatoria del derecho común, como lo confirman estas leyes (arts. 133 ley n°18.046 y 172 ley n°18.045). Sin embargo, si las actuaciones de estos directores o gerentes perjudican los intereses de la sociedad, existen incentivos fuertes y evidentes para que la acción de responsabilidad civil no sea ejercida por tales representantes de la sociedad. En estos eventos, la ley prevé la posibilidad de que los accionistas (que representan al menos el 5% de las acciones emitidas) o alguno de los directores, interpongan la denominada *acción derivativa o subrogatoria* en contra de los responsables, en nombre y beneficio de la sociedad (art.133 bis ley n°18.046). Asimismo, en caso de negociación incompatible la ley otorga a los accionistas el derecho a demandar los beneficios obtenidos por el director o gerente de la operación ilícita (enriquecimiento sin causa, art. 44 ley n°18046).

**164. Responsabilidad civil por infracción a la privacidad.** En otra parte de este libro se ha estudiado cómo el auge de los *derechos de la personalidad*, luego de su reconocimiento constitucional, ha conducido a que su protección se asegure por las reglas de la responsabilidad civil. En efecto, la infracción de los *derechos de la personalidad* se somete a las reglas generales del estatuto de responsabilidad por culpa, como lo confirma la ley n°19.733 respecto de los ilícitos que pueden cometerse en el ejercicio de la libertad de prensa (art. 40.1), y la ley n°19.628 en caso de tratamiento “indebido” de datos personales (art. 23). La importancia de estudiar los *derechos de la personalidad* en sede de responsabilidad civil (particularmente, la honra y privacidad) es percibir las sutilezas del acto ilícito, del comportamiento culpable en estos casos, así como destacar la influencia de estos *derechos de la personalidad* en la generalización de la reparación del daño moral (materia en la que existen bastantes estudios<sup>91</sup>). Más allá, puede también plantearse la duda de si algunos de las infracciones tipificadas en esas leyes especiales establecen hipótesis excepcionales de responsabilidad estricta. Así ocurre, por ejemplo, con la difusión por un medio de comunicación social de aspectos que atañen a la esfera íntima de las personas, como los relativos a su vida sexual, conyugal, familiar o doméstica, en que la *exceptio veritatis* es improcedente (art. 30 ley 19.733). El ilícito, en tales casos, parece constituirse *per se* por el sólo hecho de la difusión de alguno de estos aspectos de la esfera íntima de una persona.

Con todo, la responsabilidad civil por culpa si bien no es el único sistema de reparación de daños como lo demuestran estas reglas especiales, permanece como una regla supletoria aplicable en ausencia de estatutos especiales y sus ventajas se perciben en numerosas áreas de actividad (por ejemplo, en las profesiones), porque tiene un firme

---

<sup>90</sup> V. párrafo 127.

<sup>91</sup> V. en especial, “Privacidad y honra”, in *Responsabilidad civil extracontractual*, op.cit.



fundamento en las expectativas reciprocas de comportamiento (en la conducta del *hombre razonable* o del *buen padre de familia*).

#### (f) Responsabilidad contractual

**165. Generalidades.** Históricamente, una parte considerable de las reglas de la responsabilidad civil tienen un origen en el estatuto contractual (como ocurre con la definición tripartita de la culpa de los artículos 44 y 1547 del Código Civil). El Código Civil, como se sabe, contiene varias reglas generales sobre la responsabilidad civil entre las normas relativas a los efectos del contratos (como los artículos 1547, 1556, 1557 y 1558). Por esto, tal vez sería más consistente tratar las reglas generales de la responsabilidad contractual y luego las excepciones impuestas por el estatuto extracontractual. Sin embargo, en la actualidad, la triste relevancia social de los accidentes (de ferrocarriles, de automóviles, médicos, etc.) ha invertido en gran medida la importancia relativa de estos dos órdenes. Y esto a pesar de que algunas invenciones doctrinales y jurisprudenciales comparadas han pretendido extender las reglas de la responsabilidad contractual cuanto sea posible a los accidentes (como ocurrió con la utilización de la *estipulación por otro*), con el objeto de hacer beneficiar a las víctimas de ciertas ventajas procesales de este estatuto que finalmente no resultaron ser tan evidentes. Pero, en términos generales, como señalara Jean CARBONNIER, las tragedias son de la competencia de la responsabilidad extracontractual y no cabe hacerlas entrar en los contratos<sup>92</sup>. Esto explica la importancia que la práctica y la dogmática le asignan en la actualidad a la responsabilidad extracontractual.

Desde luego, debe tenerse presente que existe una diferencia esencial entre ambos estatutos de responsabilidad. En la responsabilidad contractual existe un antecedente, una obligación que ha sido convenida por las partes y que delimita sus intereses y, por tanto, sus efectos. Esta obligación original, prevista por el acuerdo, da lugar a un derecho alternativo para el acreedor en caso de incumplimiento: exigir el cumplimiento forzado de la obligación (que no exige la culpa del deudor) o la indemnización de perjuicios (que exige culpa, causalidad y daño). En cambio, en materia extracontractual existe sólo una obligación, aquella que se deriva del incumplimiento del deber general de cuidado. Por esto, la indemnización de perjuicios en materia contractual es una obligación de segundo grado, que se encuentra determinada por aquella de primer grado. Esto es, la obligación original acordada por las partes en el contrato define el ámbito de expectativas de las partes y, en consecuencia, los perjuicios de que se deberá responder en caso de incumplimiento. Es por esto que la regla de la previsibilidad de los daños, que en definitiva se aplica a ambas responsabilidades, tiene su justificación en materia contractual en esa obligación primaria que determina el ámbito de riesgos que anticiparon las partes<sup>93</sup>. Por esto, Jean CARBONNIER afirmaba que “*esto que llamamos responsabilidad contractual debería ser concebido como una cosa muy limitada: la obligación de procurar al acreedor el equivalente del interés (pecuniario) que esperaba del contrato*”<sup>94</sup>.

Fuera de esta diferencia esencial, ambos estatutos de responsabilidad presentan varias divergencias, pero que se han ido diluyendo con el tiempo. Desde luego, existen diferencias formales evidentes y que permanecen: como la capacidad contractual, que está sujeta a reglas más estrictas que la extracontractual, y los plazos de prescripción

---

<sup>92</sup> V. *Droit civil, Les obligations...*, op.cit., p. 520.

<sup>93</sup> V. En este sentido las explicaciones de Enrique BARROS, *Responsabilidad civil extracontractual*, op.cit.

<sup>94</sup> *Droit civil, Les obligations...*, op.cit., p. 520.

(arts. 1447, 2319, 2332 y 2515). Más allá, tradicionalmente se sostenía que las diferencias de fondo entre ambas responsabilidades eran las siguientes: la culpa contractual admite gradación y se presume, mientras que en materia extracontractual se respondería de toda culpa y siempre debería probarse por la víctima; la solidaridad entre los coautores sólo existiría en sede extracontractual; en el ámbito extracontractual se respondería por el hecho ajeno bajo la modalidad de presunciones de culpa, mientras que en materia contractual el deudor responde como propios de los hechos de quienes participan en la ejecución de la obligación; existirían diferencias en cuanto a la extensión de los perjuicios reparables (daños “previsibles” y daños morales); y, las convenciones de responsabilidad serían sólo válidas en materia contractual.

Algunas de estas diferencias de fondo permanecen, como la relativa a la diversa naturaleza de la responsabilidad por hecho ajeno en materia contractual y extracontractual. Pero otras antiguas diferencias sustantivas tienden a desaparecer, provocándose un acercamiento entre los estatutos contractual y extracontractual. Así, la prueba de la negligencia es exigida cada vez que se trata de una obligación de prudencia con independencia del estatuto de responsabilidad aplicable; en materia de solidaridad, la tendencia comparada es exigir que los responsables, en virtud de un contrato o de un deber general de diligencia, hayan efectuado una contribución indivisible a la realización del daño para aplicar la obligación *in solidum*<sup>95</sup>; la necesidad de proteger a los *consumidores*, conduce también a invalidar en los contratos de consumo cláusulas limitativas o eximentes de responsabilidad<sup>96</sup>; y, por último, los daños reparables dependen más de su previsibilidad que del tipo de acción que entabla la víctima, indemnizándose actualmente el daño moral por incumplimiento de contrato en el derecho chileno. Por lo demás, también existen razones de justicia para argumentar en favor de la aproximación de estos dos ámbitos de la responsabilidad civil. Por ejemplo, en las responsabilidades profesionales, como la proveniente de la actividad médica, las diferencias entre estos estatutos resultan particularmente odiosas, pues el incumplimiento de los deberes profesionales acarrea en ocasiones daños tanto a pacientes “clientes” como a terceros, y ¿cómo puede justificarse que esta situación afecte las condiciones o la extensión de la responsabilidad del médico si se trata de una misma prestación profesional?; ¿puede sostenerse acaso que los deberes fundamentales de prudencia y de diligencia del médico son distintos si interviene a un cliente o si trata a un desconocido que es ingresado inconsciente?<sup>97</sup> Aparentemente no existe una justificación suficiente para estas discriminaciones que son percibidas por las víctimas como injusticias y, en la actualidad, las diferencias entre estos órdenes de responsabilidad, especialmente tratándose de responsabilidades profesionales, tienden a

---

<sup>95</sup> En el derecho francés tal conclusión parece asentada en la jurisprudencia desde la década de 1950: v. Geneviève VINEY, *Introduction à la responsabilité, Traité de droit civil, bajo la dirección de Jacques GHESTIN*, París, L.G.D.J., 1995, 2ª ed, p. 309. En el derecho chileno, Pedro ZELAYA ha afirmado la existencia de una solidaridad pasiva entre el hospital y el médico que intervino, y cita una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 1993, que condenó solidariamente a una clínica privada y a un anestesista. “Responsabilidad civil de hospitales y clínicas. (Modernas tendencias jurisprudenciales)”, *Rev. Concep.*, 1997, n°201, p. 39.

<sup>96</sup> La ley n°19.496 *sobre protección de los derechos de los consumidores*, considera cláusulas abusivas en tales contratos: las que atribuyen al consumidor el efecto de deficiencias, omisiones o errores administrativos inimputables (art. 16 letra c), y las limitaciones absolutas de responsabilidad del empresario (art. 16 letra e). V. sobre estas cláusulas abusivas: TAPIA Mauricio y VALDIVIA José Miguel, *Contrato por adhesión...*, *op.cit.*, p. 101.

<sup>97</sup> V. en este sentido: André TUNC, *La responsabilité civile*, París, Economica, 1989, 2ª ed., p. 40.

diluirse<sup>98</sup>. Por eso, una tendencia doctrinal importante del derecho comparado efectúa un tratamiento conjunto de ambas responsabilidades<sup>99</sup>. Es necesario destacar, por último, que la jurisprudencia nacional rechaza la opción o cúmulo de responsabilidades<sup>100</sup>, si bien en algunos ámbitos (como en materia médica) tiende a aplicar el estatuto extracontractual aún cuando la existencia de un contrato parece indiscutida<sup>101</sup>.

No cabe aquí estudiar en detalle las condiciones y efectos de la responsabilidad contractual. Por lo demás, si se considera el acercamiento entre los estatutos que acaba de mencionarse, aunque teniendo en cuenta la diferencia esencial entre ambos ámbitos, muchas de las reglas revisadas para la responsabilidad civil extracontractual resultan aplicables a la responsabilidad contractual. En este sentido, se debe destacar solamente dos evoluciones importantes en el ámbito contractual, que muestran este acercamiento y la transformación que ha tenido su tratamiento en el derecho chileno. La primera se refiere al reconocimiento de las obligaciones de medios y de resultado, y será tratado a continuación. La segunda se refiere al reconocimiento del daño moral en materia contractual, materia donde ha existido un estrecho diálogo entre las decisiones de justicia y lo expuesto por la doctrina, y por esto se tratará en el capítulo siguiente<sup>102</sup>.

**166. Obligaciones de medios y de resultado.** Se atribuye generalmente a René DEMOGUE esta clasificación entre obligaciones de medios y de resultado, que depende de la forma de constatar su incumplimiento<sup>103</sup>. Para los efectos de este estudio resulta interesante referirse a esta clasificación en el derecho nacional, porque muestra que las diferencias en la acreditación de la culpa en la responsabilidad contractual y la extracontractual no son tan efectivas. Una obligación contractual de *medios*, también denominada *obligación general de prudencia y diligencia*, exige solamente emplear la diligencia debida para intentar obtener el resultado perseguido (un típico ejemplo es el deber del abogado de obtener una sentencia favorable para el cliente). Una obligación contractual de *medios* equivale, por ello, a las que en materia extracontractual se denominan obligaciones sujetas al deber general de prudencia y diligencia. Por el contrario, en una obligación contractual de *resultado* el deudor asegura la obtención de un objeto determinado, la obtención de un resultado concreto (la entrega material de una cosa, por ejemplo). En la obligación de *medios*, la prueba del incumplimiento del contrato supone efectuar un juicio de valor acerca de la diligencia empleada por el deudor; en cambio, en la obligación de *resultado*, el incumplimiento queda demostrado si se prueba simplemente que el resultado no se obtuvo<sup>104</sup>. Por ello, sólo en éste último caso es plenamente aplicable la presunción de culpa en materia contractual (art. 1547 Código Civil), pues en una obligación de *medios* la constatación del incumplimiento exige que la víctima pruebe la negligencia del deudor.

---

<sup>98</sup> V. sobre el acercamiento de estos regímenes de responsabilidad en el derecho francés actual: VINEY Geneviève, *Introduction...*, *op.cit.*, p. 423.

<sup>99</sup> En este sentido, la obra de los MAZEAUD. V. una explicación reciente en CHABAS François, *Cien años...*, *op.cit.*

<sup>100</sup> Corte Suprema, 18 de abril de 1950, RDJ, T. XLVII, sec. 1ª, p. 127.

<sup>101</sup> V. sobre esta cuestión TAPIA Mauricio, “Responsabilidad civil médica...”, *op.cit.*, p. 85.

<sup>102</sup> V. párrafo 175.

<sup>103</sup> *Traité des obligations en général*, París, Arthur Rousseau, 1923-1931, T. V, n°1237 y T. VI, n° 599.

<sup>104</sup> Sobre las obligaciones de *medios* y de *resultado* en el derecho francés actual: MAZEAUD, Henri, Léon y Jean, y CHABAS François, *Leçons de droit civil, Obligations, Théorie générale*, *op.cit.*, p. 13 y 369.

Esta clasificación de las obligaciones ha ido siendo paulatinamente aceptada en el derecho chileno<sup>105</sup>. No obstante, y como señaló Arturo ALESSANDRI, el obstáculo principal a su adopción es la generalidad de los términos del artículo 1547 del Código Civil: “*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*”, y por esto concluye que será siempre el deudor quien deberá acreditar que no incurrió en negligencia<sup>106</sup>. Diversas soluciones se han ideado para sortear este obstáculo. Por ejemplo, en materia de responsabilidad médica (ámbito propicio para las *obligaciones de medios*, según se expuso), algunos autores junto con aceptar la clasificación de obligaciones de *medios* y *resultado*, afirman que esta presunción sólo se aplicaría si el médico no efectúa la intervención y no cuando lo haga defectuosamente, en atención a que en el primer caso incumpliría un deber contractual y en el segundo un deber legal (extracontractual)<sup>107</sup>; otros, enigmáticamente declaran aplicable la regla del artículo 1547 a la responsabilidad del médico y al mismo tiempo exigen la prueba del “*incumplimiento mediante la acreditación de la negligencia*”...<sup>108</sup>.

Sin duda, resulta difícil soslayar los términos generales de esa disposición. A pesar de ello, y aún cuando no se aceptare formalmente la distinción entre obligaciones de *medios* y de *resultado*, es evidente que existen ciertas obligaciones que por su misma naturaleza exigen un juicio de valor para apreciar su cumplimiento o incumplimiento, como es el caso precisamente del las prestaciones a que se obliga un profesional. Por lo demás, en términos de justicia, como se indicó no existe justificación para discriminar entre personas que reciben una misma prestación obligando, por ejemplo, al paciente que ingresa en estado de inconciencia a probar la negligencia (porque al no existir contrato, no se aplicaría la presunción de culpa del artículo 1547), y a eximir de ella al paciente que, por estar conciente, pudo aceptar los tratamientos que se le propusieron. Con todo, atendiendo a que el ámbito más importante de la responsabilidad profesional en la actualidad (la médica) se resuelve en el derecho chileno preferentemente en sede extracontractual, tal como se indicó, estos problemas no se presentan con demasiada frecuencia, siendo generalmente la víctima la que prueba la negligencia. Así, por ejemplo, la Corte Suprema afirmó en 1998, en sede extracontractual, la existencia de una obligación de *medios* por culpa probada del médico, al concluir que no resulta establecida la negligencia: si no se acredita que una agravación del estado inicial del paciente se debía a la deficiente atención médica recibida<sup>109</sup>, o si no se probó que la anestesia había sido mal administrada<sup>110</sup>.

Como puede concluirse, la aceptación progresiva de esta clasificación, o de otra similar, podrá conducir a incrementar el acercamiento entre estos ámbitos de la responsabilidad, como también lo demuestra la aceptación de la reparación del daño moral en materia contractual<sup>111</sup>.

---

<sup>105</sup> La recepción de esta clasificación en el derecho chileno reciente ha sido objeto de un interesante examen en la tesis de Carlos PIZARRO, *Etude critique...*, op.cit., p. 126.

<sup>106</sup> *De la responsabilidad...*, op.cit., p. 53, nota 2.

<sup>107</sup> V. TAPIA Orlando, op.cit., p. 384.

<sup>108</sup> CORRAL Hernán, *Lecciones...*, op.cit., p. 281.

<sup>109</sup> 28 de septiembre de 1998, RDJ, T. XCV, sec. 1ª, p.157.

<sup>110</sup> 2 de julio de 1998, RDJ, T. XCV, sec. 4ª, p. 95.

<sup>111</sup> V. párrafo 175.

Para cerrar este capítulo, cabe referirse brevemente al estado actual de la responsabilidad civil, que es con frecuencia denunciada como una institución en crisis.

#### **(g) Estado actual de la responsabilidad civil**

**167. Generalidades.** La evolución que se describió de la responsabilidad civil muestra en todo caso una tendencia hacia la expansión, particularmente en materia de daños reparables. Esta expansión, y la supuesta insuficiencia de la responsabilidad civil fundada en la negligencia, condujo a algunos autores comparados a denunciar una supuesta “crisis” de la responsabilidad civil y, en todo caso, a efectuar un análisis más reflexivo acerca de las finalidades de esta institución<sup>112</sup>. Inspirada directamente en la experiencia comparada, la descripción de la evolución de la responsabilidad civil en el derecho nacional no sería completa sin referirse a estas críticas y reflexiones.

**168. ¿Crisis de la responsabilidad civil?** Para quienes hablan de “crisis”<sup>113</sup> de la responsabilidad civil, ésta estaría provocada por la “*decadencia de la responsabilidad individual*”<sup>114</sup>, tal como se la conoce al menos desde la codificación: un agente que debe indemnizar si su comportamiento negligente se encuentra en relación de causalidad directa con el daño provocado. Según algunos autores, este tipo de responsabilidad sería insuficiente para administrar riesgos cada vez más graves y frecuentes por efecto de los progresos técnicos: la utilización de nuevas máquinas e instrumentos que estadísticamente provocan accidentes (automóvil, equipos médicos, etc.). Como prueba de esta insuficiencia se mencionan ciertas *transformaciones* de la responsabilidad, como por ejemplo, la multiplicación de estatutos de responsabilidad estricta y las condenas a reparar daños alejados causalmente del comportamiento del actor. Estos análisis generalmente imputan al seguro de responsabilidad ser una de las causas principales de esta crisis, porque al introducir una lógica dirigida a la reparación de la víctima en todo evento, habría provocado graves “deformaciones” en la responsabilidad civil<sup>115</sup>.

El fenómeno es mucho más complejo de lo que pueden ilustrar estas notas, y aunque el diagnóstico de crisis sea parcialmente acertado, es también un poco alarmista. En realidad, la queja acerca de la crisis de la responsabilidad civil esconde algunas falacias. Sostener que la responsabilidad se ha transformado y que está en crisis quiere decir que existía un estado anterior, por decirlo de algún modo “original”, de contornos claramente delimitados, que se perdió con estas mutaciones. ¿Pero cuál sería ese estado inicial?: ¿la responsabilidad civil subjetiva, cercana a la penal, de los primeros siglos?; ¿las reglas identificadas por los primeros interpretes en las escasas normas del Código?; ¿la responsabilidad fundada en una negligencia abstracta e impersonal del siglo XX?, etc. Para quienes denuncian esta crisis, este panorama no sería tan caótico si existiera acuerdo sobre un nuevo fundamento de la responsabilidad civil (riesgo, precaución, etc.). Pero un cambio de fundamento requiere de una lenta evolución, que se efectúa a fuerza de avances y de retrocesos. Después de todo, el sistema de responsabilidad civil

---

<sup>112</sup> Una descripción del estado de la responsabilidad civil en el derecho comparado en: DOMÍNGUEZ A. Ramón, “Aspectos contemporáneos de la responsabilidad civil”, Rev. Concep., 1989, n°185, p. 107.

<sup>113</sup> V. por ejemplo, TUNC André, *La responsabilité...*, op.cit., p. 6; VINEY Geneviève, *Introduction...*, op.cit., p. 22.

<sup>114</sup> VINEY Geneviève, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, LGDJ, París, 1965.

<sup>115</sup> Acerca de la influencia del contrato de seguro en la expansión de la responsabilidad civil, v. TAPIA Mauricio, “El contrato de seguro y el exceso de responsabilidad civil”, in *Los contratos en el derecho privado. Estudios de derecho colombiano y comparado*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2005 (en prensas).

tiene fuentes en el derecho romano y es parte de ese derecho común civil que, como sostenía PORTALIS, “*se hace con el tiempo, pero, para ser más exactos, en realidad no se hace*”<sup>116</sup>. Ese derecho común, contenido en categorías y reglas flexibles, se adapta lentamente, aunque sin mayores problemas, a los cambios. El mejor ejemplo es la *culpa civil*, borrada de algunos estatutos especiales de responsabilidad por el hecho de las cosas en el derecho comparado y en algunos regímenes especiales en el derecho nacional, pero que vuelve con fuerza en materia de responsabilidad profesional (como la responsabilidad médica)<sup>117</sup>.

Existe una última razón para no abordar la evolución de la responsabilidad sobre este esquema de crisis. Los conceptos que subyacen a esta disciplina (responsabilidad individual, por culpa, por riesgo, como garantía, etc.) no son más que teorías, más o menos aproximativas, formuladas sobre la base de miles de decisiones de justicia que construyeron a través de los siglos el derecho de la responsabilidad, sobre la base de principios de justicia. Pero estas teorías siempre han tenido problemas para dar cuenta íntegramente de una realidad mucho más compleja que las generalizaciones. De esta forma, esa crisis, puede ser percibida simplemente como el proceso natural de adaptación de ese antiguo derecho común a las nuevas situaciones. Así, la transformación de esos conceptos o teorías, en gran medida provocado por la acción de la jurisprudencia, sería la condición natural del *derecho de la responsabilidad civil*.

**169. Fines de la responsabilidad civil.** En todo caso, más allá de esta supuesta crisis, en la actualidad es perceptible una mayor reflexión acerca de los diversos fines o funciones que se atribuyen a la responsabilidad civil. Y esto se debe también a algunas nuevas teorías, que explican la evolución de la responsabilidad civil o que pretenden modelarla. El examen de los distintos fines que persigue la responsabilidad civil en la actualidad da cuenta de una historia compleja, una evolución social que muchas veces ha asignado a esta institución principios y funciones contradictorios. Esto es particularmente evidente en el sistema nacional donde la responsabilidad civil se comenzó construyendo desde fines del siglo XIX sobre la base de miles de decisiones en el ámbito de los accidentes de tranvías y ferrocarriles, y en que la reparación en muchos casos suplía los vacíos de las ayudas asistenciales y cumplía en definitiva claros fines redistributivos. El mismo desarrollo inorgánico de la reparación del daño moral en el derecho nacional -el escaso control, comparación y motivación de los montos de indemnización otorgados por este concepto-, abren una puerta para que diferentes fines de la responsabilidad civil puedan concurrir en la fijación de la indemnización: el castigo ejemplar del culpable, la prevención de ilícitos similares, etc.

La responsabilidad civil se encuentra ante todo ligada a la idea de *justicia* como finalidad. Sin lugar a dudas, la indemnización de perjuicios nació unida a la *pena*, a la responsabilidad criminal, e históricamente las primeras indemnizaciones tenían más por fin sancionar el *pecado* del culpable (justicia retributiva), privándolo de alguno o todos sus bienes, que restituir a la víctima o a sus familiares a la situación en que se encontrarían si el ilícito no se hubiese cometido. Si bien la responsabilidad civil se independizó de la penal, subsisten en la actualidad algunos resabios de esa antigua unión. Uno de ellos es la incorporación en la evaluación de los perjuicios morales de la consideración de la gravedad del ilícito, que parece ser una práctica denunciada

---

<sup>116</sup> “Discours préliminaire...”, *op.cit.*, p. 48.

<sup>117</sup> LE TOURNEAU Philippe, “La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou la relativité de son déclin)”, *Revue trimestrielle de droit civil*, París, 1988, p. 505.

frecuentemente en Chile, aunque no examinada en detalle. El grave problema de esta práctica es el pronunciamiento de una *pena pecuniaria*, sin las garantías impuestas por el sistema jurídico para el establecimiento de las sanciones penales. Otra subsistencia de esa antigua unión entre las responsabilidades es la autoridad que las sentencias penales tienen en materia civil, que plantea la pregunta de si en definitiva la negligencia penal y civil son tan radicalmente distintas como muchos estudios lo afirman<sup>118</sup>.

En el otro extremo, la responsabilidad civil puede percibirse como un mecanismo de *compensación* de todos los perjuicios sufridos, de socorro de la víctima que ha visto lesionados sus derechos subjetivos. Llevado hasta el límite, el acento puesto en la compensación conduce a la dilución de las condiciones de la responsabilidad civil, a transformar la indemnización en una especie de garantía para la víctima, independientemente de la conducta del agente. En el derecho comparado, como el francés, esta posición ha conducido a la responsabilidad a las fronteras de la seguridad social, y ha sido inspirada por una doctrina que confía desmesuradamente en los mecanismos colectivos de distribución del riesgo (el seguro) y, en definitiva, en la garantía estatal. En efecto, el derecho francés actual proporciona ejemplos de las exuberancias que puede sufrir la responsabilidad civil si se le extrapola la lógica del seguro, como parecen sostener directa o indirectamente algunas corrientes doctrinales. Denunciando una supuesta *decadencia* absoluta de la culpa como criterio de la responsabilidad civil, una parte de la doctrina francesa, seguida parcialmente por la jurisprudencia, ha instado a que ésta invada las funciones del seguro y de la seguridad social. Tal es el efecto de una tesis que sostiene que la víctima posee una verdadera *garantía objetiva* a la indemnización del daño corporal y material (excluyéndose el daño moral y el daño puramente económico), sin que sea necesario acreditar que el autor cometió un hecho culposo<sup>119</sup>. Asimismo, desde la década de 1960 se ha sostenido en Francia, con una fe desmedida en los mecanismos colectivos de reparación, que la designación del responsable debe efectuarse considerando quién se encontraba antes de la producción del daño en la mejor posición para contratar un seguro que garantizara ese riesgo, con independencia de la constatación de la negligencia del agente; esto es, atribuir el peso de la indemnización a quién da más garantías de pago a la víctima. El acento puesto en la garantía de la compensación que proporciona el seguro lleva indebidamente así a una laxitud en la determinación de la responsabilidad (por razones juzgadas erróneamente *humanitarias*), con el fin de asegurar la reparación de los perjuicios. Naturalmente, esta posición tiene mayor legitimidad cuando se trata de guiar las decisiones legislativas en determinadas áreas de la responsabilidad civil (siempre que se consideren adecuadamente las implicancias económicas de tales decisiones), como ha ocurrido en muchos países con los accidentes de la circulación (en que es el propietario el que se encuentra en mejores condiciones de asegurar este riesgo). Sin embargo, tal legitimidad se desvanece cuando esta posición se pretende aplicar a la actividad judicial, sobre la base del sistema general de responsabilidad, como ocurre con

---

<sup>118</sup> Acerca de las cercanías entre la culpa penal y civil: TAPIA Mauricio, “Décadence et fin éventuelle du principe d’identité des fautes pénale et civile”, Gaz. Pal. 7-8 de marzo de 2003, p. 2.

<sup>119</sup> Es una parte esencial de la tesis de Boris STARCK, que se completa con la idea de que la responsabilidad civil cumple también una función de *pena privada*, particularmente cuando se indemnizan los daños morales y puramente económicos (tal es el título de la tesis de este autor: *Essai d’une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, L. Rodstein, París, 1947).

la tesis defendida insistentemente en Francia por Geneviève VINEY<sup>120</sup>. Aunque se pretenda utilizar esta teoría de la “*aptitud para el seguro*” como una explicación de la conducta de los jueces, su formulación solemne y sin prevenciones pareciera al menos legitimar estas prácticas contrarias a los criterios de la responsabilidad, y cabe la pregunta de en qué medida influyó en la extensión desmedida de la responsabilidad civil en Francia, y en su adopción, un tanto irreflexiva, por autores que escriben en sistemas jurídicos radicalmente distintos al francés. Como sostuvo André TUNC, “*este punto de vista evidentemente no puede ser transformado en regla jurídica*”<sup>121</sup>.

Por otra parte, como afirma Enrique BARROS, la relación de derecho privado que plantea la responsabilidad civil puede también reconducirse adecuadamente a la noción aristotélica de *justicia correctiva*. Esta persigue restituir la igualdad rota por el ilícito, llegar a un justo medio representado por la reparación sólo del daño injustamente causado. Esta noción permite, a diferencia de las que se exponen a continuación, una aproximación de la relación particular de derecho privado y no desde el punto de vista social. La justificación y finalidad de la responsabilidad civil aparece diseñada aquí por la particular relación entre las partes, por la producción de un perjuicio en infracción de un deber de conducta, que debe ser reparado para restituir el equilibrio entre ellas. En el fondo, esta idea evoca una noción antropológica de *reciprocidad* implícita en nuestras conductas, similar a la que existe en los intercambios voluntarios<sup>122</sup>. La noción de justicia correctiva permite explicar reflexivamente la conducta de los jueces, que usualmente comparan el ilícito y el daño, y dar una estructura racional al régimen de responsabilidad civil. Así, esta noción explica, por ejemplo, la consideración de la importancia del ilícito y de la intensidad del daño en la determinación de los deberes de cuidado, la consideración del carácter peligroso de una actividad para establecer un sistema de responsabilidad estricta, etc.<sup>123</sup>

Finalmente, a la responsabilidad civil también puede atribuírsele un fin más general, destinado a guiar las conductas de los individuos, desde un punto de vista que atiende más bien al cumplimiento de ciertas políticas públicas. La instrumentalización de la responsabilidad civil tiene por antecedente aquella del derecho efectuada desde el utilitarismo de BENTHAM, pero en las últimas décadas tuvo un nuevo impulso con el *análisis económico del derecho*. Para este enfoque, el *derecho de la responsabilidad civil* puede ser percibido como un conjunto de incentivos y desincentivos para orientar el comportamiento de los sujetos. En su aspecto descriptivo, el *análisis económico del derecho* intenta explicar el comportamiento de los jueces, que en la apreciación de las condiciones de la responsabilidad suelen tomar en cuenta argumentos económicos (así ocurre, por ejemplo, cuando se considera la probabilidad de la ocurrencia del daño en la determinación de los deberes de cuidado). En su aspecto normativo, el *análisis económico del derecho* se plantea la pregunta acerca de las orientaciones de conducta a futuro que otorgará la regla de responsabilidad que se establezca. En tal sentido, el fin no es perseguir una prevención absoluta de los daños, sino la optimización de los recursos previniendo la ocurrencia de los accidentes hasta el punto en que los costos de

---

<sup>120</sup> V. especialmente, *Le déclin...*, *op.cit.*, p. 215. Una tesis similar de “responsabilidad por asegurabilidad” ha sido sostenida en España por Ricardo DE ANGEL, *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1993, 3ª ed., p. 1030.

<sup>121</sup> *La responsabilité...*, *op.cit.*, p. 77.

<sup>122</sup> V. párrafo 111.

<sup>123</sup> V. BARROS Enrique, *Responsabilidad civil extracontractual*, *op.cit.*



prevención sean superiores a los costos de los accidentes<sup>124</sup>. Así, esta aproximación acentúa las funciones *preventivas* que cumplen las regulaciones administrativas y las reglas generales de la responsabilidad civil, intentando guiar la conducta de las personas hacia utilidades más racionales de los recursos. Y en tal sentido, las reglas de la responsabilidad por negligencia, como las previstas en el derecho nacional, han sido defendidas como incentivos adecuados, porque el patrón de debido cuidado sería suficientemente amplio como para contemplar esta noción de óptimo de prevención<sup>125</sup>.

En definitiva esta finalidad preventiva asignada a la responsabilidad por el *análisis económico del derecho* instrumentaliza al derecho privado como lo hacen también otras posiciones que, desde otras perspectivas distintas, acentúan los propósitos distributivos que tienen sus reglas. Efectivamente, desde un punto de vista que atiende a la sociedad y no a la relación entre el agente y la víctima, se ha sostenido que la responsabilidad debe *distribuir* el costo de los accidentes. En definitiva, éste es el efecto que provocan las ideas de algunas corrientes doctrinales ya aludidas, que confían en los mecanismos de socialización del riesgo (seguro y asistencia social). Desde esta perspectiva, la pregunta no es cuál es el nivel óptimo de la prevención de accidentes, sino quién es el más indicado para distribuir su costo mediante estos mecanismos. En el extremo, la responsabilidad civil deja de ser una relación de derecho privado, para transformarse simplemente instrumento de políticas públicas (preventivas o distributivas). En todo caso, en algunos accidentes, particularmente graves y aleatorios, un imperativo de justicia parece exigir la toma de decisiones colectivas en favor de mecanismos distributivos (como el seguro obligatorio), como ha ocurrido históricamente, y en el mismo orden, con los accidentes del trabajo, de la circulación y médicos.

En verdad, la oposición entre estos fines de la responsabilidad civil es más teórica que práctica. La responsabilidad es una relación de derecho privado, gobernada por los principios de justicia correctiva, pero en la que también están presentes (muchas veces intuitivamente en las decisiones judiciales) consideraciones compensatorias, preventivas o distributivas. Aunque no puede desconocerse que el particularismo asignado típicamente a las relaciones de derecho privado (que se explican por esa idea de justicia correctiva), se ajusta muy bien a la fragmentación de las decisiones en una economía de mercado (a ese “orden espontáneo” de las relaciones económicas). Una gran parte de los artículos del Código Civil en materia de responsabilidad civil dan cuenta de esas relaciones privadas, de reglas de reparación de algunos tipos de daños injustos que fueron formándose desde Roma y que permitieron las generalizaciones modernas. Esto explica por qué, a pesar de las radicales transformaciones económicas, la *cláusula general* de responsabilidad por culpa sigue respondiendo adecuadamente, con los correctivos que han sido descritos, a los conflictos que plantean los accidentes en el mundo contemporáneo.

---

<sup>124</sup> Tal es el célebre análisis efectuado por CALABRESI Guido, *El coste de los accidentes análisis económico de la responsabilidad civil*, Barcelona, Ariel, 1984.

<sup>125</sup> V. en este sentido, la obra de POSNER Richard, *El análisis económico del derecho*, traducción de Eduardo L. Suárez, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 156.