

Enrique Barros Bourie

# TRATADO DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL



c) La tendencia inicial de la jurisprudencia nacional fue a considerar el juicio de culpabilidad como una cuestión de hecho.<sup>204</sup> En la actualidad no existe un criterio uniforme en la materia, aun cuando es frecuente que la Corte Suprema entre a calificar los hechos de la causa a efectos de calificar normativamente la conducta como culpable.<sup>205</sup>

la prueba. Pero la apreciación de estos hechos, determinar si constituyen o no dolo o culpa, si revisten o no los caracteres jurídicos de un delito o cuasidelito y si engendran, por lo mismo, responsabilidad, es materia que cae de lleno bajo la censura de la casación" (Alessandri 1943 204); en el mismo sentido, Ducci 1936 84, Meza 1988 258, y Abeliuk 1993 191.

<sup>204</sup> Así, se falló que "la existencia o no de culpa o dolo en un acto determinado es materia que corresponde apreciar exclusivamente a los jueces de la instancia, salvo que ese acto haya sido reputado culpable o doloso por la ley y ello porque siendo facultad del tribunal de casación únicamente la de juzgar si la ley ha sido correctamente aplicada, está imposibilitado para emitir juicio si no hay ley aplicable a la materia decidida por el tribunal de alzada", CS, 13.6.1946, RDJ, t. XLIII, sec. 1ª, 495; véanse también, entre otras, CS, 21.4.1909, RDJ, t. VI, sec. 1ª, 393 y CS, 11.1.1960, RDJ, t. LVII, sec. 4ª, 7.

<sup>205</sup> Según Alessandri 1943 208, se habría mostrado un cambio jurisprudencial a partir de 1939, cuando el tribunal de casación, calificando los hechos determinados por los jueces del fondo, señaló que "si se atiende a que la caída del menor y el atropello que la siguió se debieron a la velocidad repentina impresa al tranvía, es evidente que hubo culpa de parte del maquinista, porque el hecho de que se trata fue el resultado de un acto consciente y deliberado de su parte cometido sin malicia o dolo; pero con manifiesto descuido o negligencia que acarrear consigo la responsabilidad civil por el daño causado a la víctima, conforme lo disponen los artículos 2314 y 2329 del Código Civil" (CS, 15.4.1939, RDJ, t. XXXVI, sec. 1ª, 544). Con todo, puede encontrarse una sentencia de 1910 de la Corte Suprema, que ya se refiere a la culpa como juicio normativo, señalando que "estos hechos que da por establecidos esa sentencia constituyen jurídicamente el cuasidelito civil a que se refiere el art. 2284 del Código Civil, por cuanto son actos ejecutados con culpa o mera negligencia que infieren daño a otro sin intención de causarlo; y de consiguiente, al declararse su existencia y las responsabilidades que origina (...) el fallo reclamado ha ajustado su decisión a lo dispuesto en dicho artículo y en los 2314, 2320 y 2339 del mismo Código" (CS, 28.7.1910, RDJ, t. VII, sec. 1ª, 454). Asumiendo que el juicio de culpabilidad supone una cuestión de derecho, se ha fallado que "la culpa, es una materia esencialmente de carácter jurídico, puesto que tiene un significado técnico y preciso que le atribuye la ley; de consiguiente, su apreciación cae de lleno bajo el control de la Corte de Casación" (CS, 7.4.1958, RDJ, t. LV, sec. 1ª, 35). No es fácil establecer una regla general respecto de la actual posición de la Corte Suprema, porque con frecuencia el pronunciamiento sobre la materia se produce al declararse la inadmisibilidad del recurso de casación (en la medida que el juicio de culpabilidad es tenido por una mera cuestión de hecho, el recurso de casación en el fondo puede ser declarado inadmisil en cuenta, según lo dispuesto por el artículo 781 II del Código de Procedimiento Civil). Sin embargo, hay un significativo número de fallos en que se entra a analizar la culpa como juicio normativo, siguiendo la tendencia de la doctrina y jurisprudencia comparadas; véanse, por ejemplo, CS, 2.7.1998, RDJ, t. XCV, sec. 4ª, 95; CS, 28.1.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 4ª, 71; CS, 30.9.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 4ª, 268; CS, 26.1.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 1ª, 36. La tendencia a calificar como cuestión de derecho la falta de servicio de órganos públicos parece consolidada; véase, por ejemplo, CS, 23.1.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 5ª, 13 y CS, 3.5.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 5ª, 87. Sobre la naturaleza jurídica del juicio relativo al funcionamiento debido de los servicios públicos, *infra* N° 354.

## § 14. PRESUNCIÓN DE CULPABILIDAD POR EL HECHO PROPIO

a. Origen y argumentos en favor de la presunción<sup>206</sup>

## 91. Antecedentes legales de la presunción de culpa por el hecho propio.

a) La presunción general de culpabilidad por el hecho propio ha sido construida en el derecho chileno a partir de la norma del artículo 2329.

La regla se compone de dos partes. La primera expresa que "todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser indemnizado por esta" (2329 I). La segunda señala tres conductas típicas en que esa regla recibe especial aplicación: el que dispara imprudentemente un arma de fuego; el que remueve las losas de una acequia o cañería en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que transitan por allí de día o de noche; el que, obligado a la construcción o reparación de un acueducto o puente que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por él (2329 II).

b) Según las notas de Bello al Proyecto de Código Civil de 1853, esta norma tiene su origen en Las Siete Partidas.<sup>207</sup> Es interesante tener presentes algunos de los ejemplos de responsabilidad enunciados en las reglas referidas en esa nota: se hace responsable de los daños causados a hombres o animales domésticos por trampas (cauas, foyas o cepos) colocadas en lugares donde circulen usualmente hombres y rebaños; de los perjuicios que producen rebaños en estampida; y, de los incendios producidos por la quema de paja o de madera "en tiempo de viento", entre otras circunstancias. En cada caso se trata de daños que inequívocamente se deben a la acción u omisión de un tercero y que en forma usual pueden ser evitados si se emplea el debido cuidado.

92. Evolución de la doctrina y la jurisprudencia. a) Inicialmente, la doctrina consideró que el artículo 2329 sólo era una reiteración de la norma del artículo 2314, cuya única peculiaridad consistía en citar algunos ejemplos o casos de aplicación del principio general de responsabilidad por culpa.<sup>208</sup>

b) La primera explicación del artículo 2329 bajo una hipótesis de presunción de culpa fue formulada por Carlos Ducci en 1936, quien concluyó que la norma establecía una presunción de culpabilidad cuando el daño proviene de actividades caracterizadas por su especial peligrosidad.<sup>209</sup> Así

<sup>206</sup> Una síntesis de esta sección fue presentada como ponencia al Congreso Internacional en celebración del Sesquicentenario del Código Civil chileno, Santiago 2005.

<sup>207</sup> Proyecto de 1853, artículo 2493, con referencia a las Siete Partidas 7.15.6 y siguientes.

<sup>208</sup> Así, se falló que "el [artículo] 2329 en su inciso primero se limita, en verdad, a repetir en otra forma pero en términos más absolutos, la regla que se contiene en la primera parte del artículo 2314" (CS, 3.8.1932, XXIX, sec. 1ª, 549). En el mismo sentido, CS, 24.7.1905, RDJ, t. III, sec. 1ª, 60.

<sup>209</sup> Ducci 1936 134; más adelante el autor expresa que la peligrosidad es un indicio de culpabilidad (Ducci 1971 99).



parece haberlo entendido con anterioridad alguna jurisprudencia, que, de manera más bien intuitiva, hizo aplicación de la idea de peligrosidad de la acción como demostrativa de culpa.<sup>210</sup>

Alessandri, siguiendo a la doctrina francesa y especialmente a autores colombianos que postulaban una interpretación más amplia del artículo 2356 del Código Civil de ese país, extendió el ámbito de la presunción de culpa por el hecho propio, señalando que el artículo 2329 establece “una presunción de culpabilidad cuando el daño proviene de un hecho que, por su naturaleza o por las circunstancias en que se realizó, es susceptible de atribuirse a culpa o dolo del agente”, con la consecuencia, por ejemplo, de que se presume culpable un choque de trenes, pues “los trenes deben movilizarse en condiciones de no chocar”.<sup>211</sup>

<sup>210</sup> Aplicando la idea de peligrosidad de la acción pero sin referirse explícitamente al artículo 2329 del Código Civil, una sentencia declaró que los daños provenientes de un incendio que se origina en una propiedad vecina, en la que los dueños almacenan ciertos productos combustibles “deben imputarse a negligencia” de estos últimos “por la situación de peligro en que mantenían su establecimiento respecto de las propiedades vecinas”, Corte de Santiago, 4.8.1928, confirmado por la CS [cas. forma y fondo], 7.3.1929 y 20.10.1934, RDJ, t. XXXII, sec. 1ª, 93. Otros casos de aplicación implícita del mismo concepto, pueden encontrarse en las siguientes sentencias: Corte de Tacna, 21.3.1905, confirmada por la CS [cas. forma], 22.9.1905, RDJ, t. III, sec. 1ª, 125, que señala que “permitir o no impedir que los trabajadores transiten al lado de los cachuchos de salitre hirviendo, cuando éstos no están defendidos por rejas protectoras, importa negligencia de parte del dueño de la oficina o de su administrador”; Corte de Tacna, 4.9.1905, confirmada por la CS [cas. fondo], 27.11.1907, RDJ, t. V, sec. 1ª, 144, que expresa que “la negligencia de parte de la Compañía y del capitán del buque de mantener a bordo aparatos para la carga y descarga que no ofrecen seguridad al trabajador, les hace responsable del cuasidélito y de la indemnización correspondiente”; y, más explícitamente, Corte de Valparaíso, 1.5.1918, confirmado por la CS [cas. forma y fondo], 22.7.1919 y 5.11.1919, RDJ, t. XVIII, sec. 1ª, 126, que señala que “la operación que se ejecutaba [cargar y descargar carbón] es por su naturaleza peligrosa para los obreros que se ocupan en ella (...) y que por regla general los daños que puedan imputarse a malicia o negligencia de una persona deben ser reparados por ésta”. La doctrina habría sido formulada con anterioridad a la tesis de Ducci por la jurisprudencia colombiana, sobre la base de una norma idéntica al artículo 2329 (Código Civil colombiano, artículo 2356).

<sup>211</sup> Alessandri 1943 292. Ejemplos de aplicación de la presunción en materia de accidentes ferroviarios como los que señala Alessandri, pueden verse en las siguientes sentencias: Corte de Santiago, 12.10.1909, RDJ, t. IX, sec. 2ª, 25, que haciendo expresa referencia al artículo 2329, señala que “el hecho de que choquen dos trenes de la misma Empresa no sólo manifiesta que sus empleados no han cumplido sus obligaciones, sino también que no han usado la menor prudencia, pues, como lo dice el art. 186 del Reglamento General de 1884, “nada justifica el choque de dos trenes”; en un caso similar al anterior, Corte de Santiago, 1.8.1923, confirmada por la CS [cas. fondo], 11.1.1924, RDJ, t. XXII, sec. 1ª, 912; CS, 14.12.1923, RDJ, t. XXII, sec. 1ª, 785, que califica el choque de trenes como “inexcusable”; y, Corte de Santiago, 9.1.1928, RDJ, t. XXVII, sec. 1ª, 240; también se falló que la responsabilidad de la empresa sólo se excluiría por caso fortuito, con lo cual la sitúa en el límite con la responsabilidad estricta (CS, 11.8.1932, RDJ, t. XXIX, sec. 1ª, 570).

Esta interpretación es la que mejor se aviene con el sentido del artículo 2329.<sup>212</sup> Además, resulta coherente con la evolución del derecho comparado en esta materia.<sup>213</sup>

c) La jurisprudencia coincide en señalar que la regla del artículo 2329 I es general y que la enumeración del segundo inciso no es exhaustiva.<sup>214</sup> Así, por ejemplo, ha considerado como reveladores de negligencia los derrumbes que durante la demolición de un edificio causan daños a terceros,<sup>215</sup> la muerte de un transeúnte causada por una línea eléctrica extendida en condiciones peligrosas,<sup>216</sup> el accidente provocado por un pozo descubierto sin señales de prevención<sup>217</sup> y el volcamiento de un carro de ferrocarril por mal estado de la vía férrea.<sup>218</sup>

**93. Argumentos para sostener que el artículo 2329 establece una presunción de culpa por el hecho propio.** La tesis de que el artículo 2329 establece una presunción de culpabilidad por el hecho propio se sostiene en argumentos que son fuertes y consistentes entre sí.

a) Desde un punto de vista exegético, son ilustrativos de la intención del legislador: i) la ubicación del artículo 2329, inmediatamente después de las normas que establecen presunciones de culpabilidad por el hecho

<sup>212</sup> La doctrina chilena posterior a Alessandri 1943 disiente en la materia. Meza 1988 266 sostuvo que el artículo 2329 I contendría el principio general de la culpa probada, mientras que el inciso segundo sería una enumeración de casos específicos en que regiría una presunción de culpabilidad; nada parece justificar, sin embargo, que el inciso primero del artículo 2329 sea leído con independencia de los ejemplos del inciso segundo. En sentido análogo, P. Rodríguez 1999 211. Corral 2003 229, asume que la interpretación del artículo 2329 como una presunción envuelve una especie de tautología, porque la presunción operaría cuando hay antecedentes para construir una presunción judicial (*infra* N° 97); por el contrario, estima que la norma puede ser construida como una presunción de causalidad (*infra* N° 272 e).

<sup>213</sup> Zweigert/Kötz 1996 655, Rohe 2001 134, Fleming 1985 148, Restatement/Torts II 328 D.

<sup>214</sup> Así se ha fallado que “este precepto no sólo cabe aplicarlo a los tres casos que enumera, pues éstos están señalados sólo a vía ejemplar y sin excluir otras situaciones”, Corte de Concepción, 25.1.2002, confirmada por la CS [cas. fondo], 7.5.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 5ª, 104.

<sup>215</sup> CS, 13.1.1937, RDJ, t. XXXIV, sec. 1ª, 201.

<sup>216</sup> CS, 14.6.1945, RDJ, t. XLIII, sec. 1ª, 26.

<sup>217</sup> Corte de Valparaíso, 3.12.1948, confirmada por la CS [cas. fondo], 4.8.1952, RDJ, t. XLIX, sec. 1ª, 281.

<sup>218</sup> Corte de Santiago, 17.6.1941, confirmada por la CS [cas. forma y fondo], 27.8.1942 y 3.12.1943, RDJ, t. XLI, sec. 1ª, 430. Asumiéndose esta interpretación se ha fallado que “el citado artículo 2329 no se limita a dogmatizar acerca de la necesidad de los elementos subjetivos de malicia o negligencia para imponer responsabilidad, sino que se anticipa a dar por establecida la concurrencia de los elementos necesarios para imponer dicha responsabilidad cada vez que una persona sufra un daño que constituya la razonable consecuencia de haberse ejecutado un hecho o dejado de cumplir un deber y tal acción u omisión es susceptible de perjudicar a terceros”, Corte de Valparaíso, 3.12.1948, confirmada por la CS [cas. fondo], 4.8.1952, RDJ, t. XLIX, sec. 1ª, 281.



ajeno (artículos 2320 y 2322) y por el hecho de las cosas (artículos 2323 a 2328), y ii) el enunciado inicial de la norma, que hace referencia a una regla general que puede ser entendida como una regla de clausura del sistema de presunciones que contempla el Código Civil. Esta es, por lo demás, la única forma de dar sentido y utilidad a la disposición, pues de lo contrario habría que aceptar que se trata de una innecesaria repetición de la regla del artículo 2314.<sup>219</sup>

b) El texto avala esta interpretación. La norma no se refiere a todo daño que haya sido causado por malicia o negligencia, sino a 'todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona'. La forma gramatical subjuntiva se refiere a una conducta cuya descripción ya incluye en principio una valoración de negligencia. Los ejemplos del artículo 2329 también contribuyen a esta interpretación, pues se refieren a hechos que por sí solos son expresivos de culpa. Así, en el caso del disparo imprudente de un arma de fuego, la circunstancia que permite inferir la culpabilidad es disparar un arma en una situación de peligro; y en la remoción de las losas de una acequia o cañería en una calle o camino, sin que haya evidencia de las precauciones necesarias, así como en el mal estado de mantención de un puente o acueducto que atraviesa un camino, son hechos que por su sola ocurrencia denotan *prima facie* negligencia.<sup>220</sup>

c) La interpretación resulta coincidente también con la experiencia y la razón. En principio, se atribuye responsabilidad a otro cuando la experiencia indica que el daño provocado en tales circunstancias se debe usualmente a culpa o dolo de quien lo causa. Es lo que en el derecho anglosajón se conoce con la expresión latina *res ipsa loquitur* ('dejad que las cosas hablen por sí mismas').<sup>221</sup>

d) La presunción de culpa por el hecho propio se justifica por razones de justicia y de economía procesal, pues resulta preferible asumir en prin-

<sup>219</sup> Se ha fallado que "tal disposición [artículo 2329] no puede constituir una repetición de la regla general contenida en el artículo 2314 del Código Civil, tanto porque ello supondría una redundancia poco frecuente en la obra del legislador civil, cuanto porque la norma se encuentra precisamente inserta al final de las presunciones de responsabilidad por el hecho ajeno y por el hecho de las cosas, lo que sugiere que ella ha querido instituir la regla general en materia de presunción de responsabilidad por el hecho propio" (Corte de Santiago, 7.9.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 2ª, 65).

<sup>220</sup> Así, se ha fallado que "al utilizarse por el legislador la expresión subjuntiva 'pueda', se está queriendo aludir, en general, a cualquier daño que sea posible, probable o racional de imputar a malicia o negligencia (...) los ejemplos que contiene la misma disposición, todos los cuales se refieren a hechos que suponen la característica antes anotada, en el sentido de que todos ellos alteran el comportamiento normal con el que se ha de proceder en cada una de las circunstancias descritas en cada ejemplo" (Corte de Santiago, 7.9.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 2ª, 65).

<sup>221</sup> En el derecho inglés es líder el caso de un barril que cayó desde la ventana superior de un comerciante de harina, aplastando a un transeúnte: del hecho que ocurre un accidente de ese tipo se sigue la culpa del empresario (*Byrne v. Boadle*, 1863, 2 H & C 722, 159 ER 299, citado por Epstein 1999 171).

cipio la negligencia del demandado si los indicios permiten inferir que lo más probable es que el daño se deba a su negligencia, aunque técnicamente resulten insuficientes para construir una presunción judicial según los artículos 1712 III del Código Civil y 426 II del Código de Procedimiento Civil. Ello suele tener el efecto de inclinar la carga de la prueba hacia la parte que tiene un mayor control de los antecedentes probatorios.

#### b. Sentido y alcance de la presunción

**94. Condiciones de aplicación de la presunción.** La presunción de culpabilidad por el hecho propio del artículo 2329 del Código Civil reconoce dos grupos de casos: ante todo, las actividades particularmente peligrosas, según la interpretación original de la regla; y, además, aquellos en que las circunstancias indican *prima facie* que el daño ha sido causado por negligencia.

**95. Primera hipótesis: peligrosidad desproporcionada de la acción.** a) Aun cuando la interpretación postulada por Ducci haya sido superada por una doctrina posterior, que es más general, la inusual peligrosidad de la acción sigue siendo un elemento decisivo para aplicar la presunción de responsabilidad en caso de accidentes.<sup>222</sup> Quien actúa en ámbitos particularmente riesgosos está obligado, según se ha visto (*supra* Nos 59 y 60), a adoptar extremos resguardos para evitar que ocurra un accidente que amenaza un daño intenso y probable. Así se explica, por ejemplo, la jurisprudencia referida que tempranamente dio por establecida la culpa por el solo hecho de ocurrir un choque de trenes.

<sup>222</sup> Así, conociendo de un caso en que una compañía de gas no adoptó los resguardos necesarios para evitar filtraciones que terminaron por causar la muerte a tres personas, se falló que "la jurisprudencia de nuestros Tribunales ha sido reiterativa en cuanto a establecer una verdadera presunción de responsabilidad en el desarrollo de actividades peligrosas, concordando con la opinión de los tratadistas, como es el caso del profesor Ducci, y por ello el artículo 2329 es aplicable cada vez que una persona sufre un daño que constituye la razonable consecuencia de haberse dejado de cumplir un deber (como en el caso en estudio) y que tal omisión es susceptible de perjudicar a terceros" (Corte de Concepción, 4.11.1997, confirmada por la CS [cas. fondo], 3.11.1998, F. del M. 481, 2600); en el caso de un accidente en la ciudad de Concepción debido a un hoyo profundo, contiguo a un colector de aguas lluvias, no existiendo protección ni señalización que advirtiera del peligro a los transeúntes, la Corte Suprema sostuvo que "para rechazar el recurso bastaría tener en cuenta que la sentencia de primera instancia, que el fallo recurrido hizo suya al confirmarla, ha dado por establecida, a partir de los hechos referidos, una presunción de culpabilidad de la demandada por su hecho propio, según el artículo 2329 del Código Civil, que se infiere de la circunstancia de haber tenido la municipalidad la acera en estado de causar peligro a quienes transitaban por ella (...). Sin embargo, el recurso no dio por infringida esa norma legal, de lo que ha de concluirse que aun sin perjuicio de las consideraciones siguientes relativas a las normas que se invocan como infringidas, el fallo recurrido puede ser sostenido subsidiariamente en el referido artículo 2329 del Código Civil" (CS, 7.5.2001 RDJ, t. XCVIII, sec. 1ª, 88).

En el derecho comparado ha sido usual que las actividades peligrosas estén sujetas a un estatuto de responsabilidad estricta. En el propio derecho chileno muchos de los casos de responsabilidad estricta establecidos por la ley tienen por antecedente la peligrosidad natural de la actividad desplegada por el agente del daño (*infra* § 37). Son especialmente sugestivas las condiciones que la jurisprudencia comparada ha establecido para aceptar una responsabilidad estricta en este tipo de casos;<sup>223</sup> en esencia, tales condiciones guardan relación con los criterios para determinar el nivel de cuidado exigible (*supra* N° 58): mientras mayor sea el peligro y la probabilidad de un accidente y menor la utilidad que presenta para los demás (a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre con los accidentes del tránsito o con las intervenciones médicas), más cerca se encuentra la cosa o actividad de estar sujeta al régimen especial de responsabilidad sin culpa.<sup>224</sup>

b) En nuestro derecho se responde sobre la base de una culpa presumida, porque la circunstancia de que el peligro excesivo se haya materializado en daño permite inferir que se ha actuado con negligencia, según el artículo 2329 I. El primer ejemplo del artículo 2329 II es ilustrativo de un caso de peligrosidad en que concurren todos los factores que aumentan el deber de cuidado y, correlativamente, conducen a la aplicación de este primer criterio de operación de la presunción: disparar un arma de fuego en condiciones que pueden dañar a otro es peligroso, porque el daño puede ser muy intenso, la probabilidad no es insignificante y, además, la acción usualmente se realiza en el solo beneficio de quien la ejerce. Los otros ejemplos muestran antiguos casos de peligro, que hoy han devenido en situaciones sujetas a un régimen

<sup>223</sup> El caso que estableció la jurisprudencia inglesa en la materia tuvo su antecedente en daños causados por el agua que los dueños de una fábrica habían almacenado en un depósito construido en su propiedad. El agua se filtró y escurrió a través de una mina abandonada hasta la mina en actual operación del demandante, haciendo imposible su explotación. El tribunal supremo declaró que el uso anormalmente peligroso del agua por el demandado lo hacía responsable de los daños con independencia de su diligencia (*Fletcher v. Rylands*, 1866, LR 1 Ex. 265, analizado por Prosser/Keeton *et al.* 1984 545, Fleming 1992 334).

<sup>224</sup> Restatement/Torts II §§ 519, 520 y 520 A. De particular interés es el § 520, que define 'actividades anormalmente peligrosas': "Para determinar si una actividad es anormalmente peligrosa se deben considerar los siguientes factores: a) existencia de un alto grado de riesgo de causar algún daño en la persona, tierra o demás bienes de otro; b) probabilidad de que el daño resultante sea significativo; c) imposibilidad de eliminar el riesgo mediante el ejercicio de cuidado razonable; d) que la actividad no sea de ejercicio generalizado; e) impropiedad del lugar donde se desarrolla la actividad; y f) extensión en que el beneficio a la comunidad es sobrepasado por los peligros de la actividad". Sobre la responsabilidad por actividades peligrosas en el *common law*, Fleming 1992 338, Jones 2002 394, Epstein 1999 171. En el derecho francés la evolución fue más radical: a partir de una norma que se refiere a las presunciones de culpabilidad (Código Civil francés, artículo 1384), la jurisprudencia ha establecido una regla general de responsabilidad estricta por el hecho de las cosas (Mazeaud/Chabas 1998 555, Carbonnier 2000 460, Flour/Aubert 2001 228, Viney/Jourdain 1998 601). En Alemania e Inglaterra no se ha establecido un régimen general de responsabilidad estricta, sino sólo estatutos legales específicos, pero la jurisprudencia ha establecido un conjunto de presunciones de culpabilidad, como en el caso chileno (Kötz/Wagner 2006 197).

de responsabilidad por falta de servicio presumida de la Administración Pública (*infra* N° 370). Siguiendo esta línea se ha fallado que una quema autorizada puede presumirse culpable si el fuego se expande al predio vecino por efecto del viento, en una zona donde es usual que éste se levante y atendido el peligro que ello significaba para los predios forestales colindantes.<sup>225</sup>

#### 96. Segunda hipótesis: control de las circunstancias y rol de la experiencia.

a) La regla de presunción de culpa por el hecho propio tiene su antecedente más general en una máxima fundada en la experiencia: el solo hecho del accidente puede ser indicio *prima facie* de la culpa de quien desarrolla la actividad. La máxima latina *res ipsa loquitur*, dejad que las cosas hablen por sí mismas, que se emplea en el *common law*,<sup>226</sup> es expresiva de la condición de aplicación más general de la presunción: la experiencia enseña que en ciertos casos el daño puede ser más bien atribuido a negligencia que a un hecho que escapa al cuidado del agente.<sup>227</sup>

b) Para que se aplique la presunción bajo este concepto resulta necesario, ante todo, que la cosa o la actividad hayan estado bajo el control del demandado, pues no puede presumirse la culpa si el daño ocurre fuera de su ámbito de cuidado. De hecho, uno de los campos contemporáneos de mayor importancia en la aplicación de la presunción son los daños resultantes de procesos industriales o provocados por cosas sujetas al control del demandado (como en el caso británico del barril que cae de la ventana superior de un establecimiento de comercio o de un producto defectuoso que causa daño a un consumidor).<sup>228</sup> En el caso de las empresas que comprenden diversas actividades, aunque no se conozca individualmente a quien incurrió en la culpa, puede asumirse que el control se radica en la organización en su conjunto (como puede ocurrir con la muerte producida en un hospital por la inoperancia de un sistema de información clínica acerca del paciente).

La idea de control de la fuente de daño por parte del demandado excluye, como es natural, que el daño pueda haberse debido a alguna acción de la propia víctima. Por lo mismo, la presunción no puede operar si la víctima, de conformidad con los hechos de la causa, pudo razonablemente haber tenido un rol decisivo en el accidente.

<sup>225</sup> Corte de Concepción, 23.7.1993, referido por Baraona 2003 a 376.

<sup>226</sup> Fleming 1985 148, Prosser/Keeton *et al.* 1984 242, Markesinis/Deakin *et al.* 2003 182.

<sup>227</sup> En el derecho alemán se habla en estos casos de 'prueba por apariencia' (*Anscheinsbeweis*), y en el francés de culpa virtual (Deutsch/Ahrens 2002 238; Mazeaud/Chabas 1998 465, con referencia a los incumplimientos contractuales por obligaciones de medios que hacen presumir la culpa; la regla es aplicable, por las mismas razones, a la responsabilidad extracontractual).

<sup>228</sup> Son notorias las analogías con las condiciones para que opere la responsabilidad estricta por el hecho de las cosas en el derecho francés, donde se exige que el responsable tenga objetivamente el uso, la dirección y el control sobre la cosa que interviene en la producción del daño: "es necesario que el custodio tenga el poder de supervigilar y dominar todos los elementos de la cosa (incluyendo, tal vez, sus secretos internos), porque sólo así está en condiciones de prevenir el daño" (Carbonnier 2000 463).

Por otro lado, la idea de control es decisiva en un sentido diferente, porque la regla tiene usualmente la función de desviar el peso de la prueba hacia la parte que está en mejor condición de explicar las causas precisas del accidente. Mientras el demandado no demuestre que el accidente se debió (o pudo razonablemente deberse) a una causa distinta a su propia culpa, su negligencia puede ser presumida. La presunción puede evitar a la víctima una *prueba diabólica*, en circunstancias que la otra parte tiene el control de los hechos.<sup>229</sup>

c) El control del riesgo por el demandado supone que éste estaba bajo el deber de cuidado de quien se pretende negligente. En consecuencia, el control constituye el fundamento causal de la presunción. Sin embargo, ello no es suficiente para asumir la culpa, porque bien puede ocurrir que en la producción del daño haya intervenido efectivamente el demandado, pero que no le sea atribuible culpa alguna (como ocurre frecuentemente en los juicios por responsabilidad profesional). Por eso, además del control que el demandado debe tener sobre la actividad o la cosa que provoca el accidente, es necesario que se cumpla el requisito, destacado desde los orígenes de la doctrina, de que *el accidente sea de aquellos que en el curso ordinario de los acontecimientos no ocurren en ausencia de negligencia*.<sup>230</sup>

Si se analizan los ejemplos del artículo 2329 II se constata que ambos requisitos son comunes al disparo de un arma de fuego, a la calle o camino cuya acequia o cañería amenaza a los que la transitan y al puente en

<sup>229</sup> En verdad, en estos casos la cuestión más significativa es de distribución de la carga de aportar antecedentes probatorios. Es interesante el caso líder alemán, donde a falta de una regla como la contenida en el artículo 2329 del Código Civil, en un caso de vacunación de las aves del demandante, que murieron masivamente en el tiempo subsiguiente, asumiéndose que ello ocurrió por un defecto indeterminado de las vacunas, se estimó que "el que ha causado el daño más que quien lo sufrió se encuentra en la situación de explicar cómo pudo producirse el resultado sin que interviniera su propia culpa" (BGH 51, 91, 1968, citado por Medicus 2003 a 60). La jurisprudencia posterior ha extendido la presunción a la responsabilidad por emisiones dañinas (ídem 62). Sobre la función estratégica de la presunción en materia de accidentes atribuibles a empresas, en atención a la dificultad de la víctima de probar el hecho preciso que provocó el accidente, Shavell 1987 56 y Fleming 1985 319 y 322.

<sup>230</sup> Lúke 2002 278. Es interesante a este respecto el concepto de *daño desproporcionado* que ha desarrollado la jurisprudencia española para inferir la culpa (Vicente en Reglero 2002 a 204). Aplicando este criterio, en Chile se ha fallado que "cualquier perjuicio que provenga de haberse alterado el normal, rutinario y consecuencial desenvolvimiento de un determinado quehacer, trabajo o actividad, debe presumirse que proviene de dolo o culpa del agente; en materia de excavaciones profundas que se realizan para la construcción de edificios en zonas urbanas, sobre todo en los suelos adyacentes a una construcción, la normalidad está constituida por el hecho de que no se produzcan daños en las construcciones colindantes con la excavación y la anormalidad está constituida por la producción de dichos daños (...). De esta manera, es posible presumir, al tenor de la norma descrita [artículo 2329], que si se produjo daño en la construcción de la demandante, es debido a que la Constructora demandada no actuó con la debida diligencia, debiendo ella probar que se adoptaron las medidas adecuadas según lo habría hecho aquel que debe imprimir a su actuar aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios" (Corte de Santiago, 7.9.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 2ª, 65).

mal estado que atraviesa un camino haciéndolo susceptible de causar daño.<sup>231</sup> Un caso típico de aplicación de la presunción en el derecho comparado ocurrió a propósito de la responsabilidad por productos defectuosos: acreditado el daño y el defecto del producto, se puede presumir, en principio, que la causa del daño fue el defecto del producto (*infra* N° 556) y que el defecto se debió a culpa del fabricante o productor.<sup>232</sup> Sobre la

<sup>231</sup> Además de la jurisprudencia citada en notas anteriores, se estimó aplicable la presunción en un caso en que los empleados de la municipalidad olvidaron reponer la tapa de un sumidero de aguas en el que efectuaban reparaciones, y que además carecía de señales para prevenir a los transeúntes, que se "hallan grave y constantemente expuestos atendida la ubicación de dicho sumidero"; la sentencia señala que a la corporación demandada "le afecta la presunción de culpa resultante del artículo 2329 del Código Civil", agregándose que el citado artículo "se anticipa a dar por establecida la concurrencia de los elementos necesarios para imponer dicha responsabilidad cada vez que una persona sufra un daño que constituya la razonable consecuencia de haberse ejecutado un hecho o dejado de cumplir un deber y tal acción u omisión es susceptible de perjudicar a terceros" (Corte de Valparaíso, 3.12.1948; confirmado por la CS [cas. fondo], 4.8.1952, RDJ, t. XLIX, sec. 1ª, 281); así también en un caso de incendio de una viña situada en los márgenes de la línea férrea, donde a la Corte le bastó que "la Empresa no ha justificado que la locomotora llevara canastillo en condiciones de evitar que las chispas cayeran más allá, donde pudieron ocasionar perjuicios" (CS, 5.10.1929, RDJ, t. XXVII, sec. 1ª, 557); un antiguo caso similar en Corte de Santiago, 5.10.1904, RDJ, t. II, sec. 2ª, 86; en el mismo sentido, en un fallo pronunciado en contra de la Municipalidad de Concepción, en que una persona tropezó con las baldosas de la acera de una calle que sobresalían varios centímetros, se resolvió que "en relación a las características, ya anotadas, de la acera en que acaeció el accidente del demandante, resulta indefectible que el hecho de haber mantenido la citada arteria en mal estado y sin resguardo alguno, es una circunstancia que por su naturaleza ínsita es susceptible de atribuirse a lo menos a culpa del agente, porque con un razonamiento medio no puede sino concluirse que el mismo estaba en situación de provocar caídas de los peatones y, por ende, denota sin duda culpabilidad del autor, o, lo que es lo mismo, se trata de un hecho de aquellos que provienen ordinariamente de negligencia. Esto no significa otra cosa, entonces, que en el caso sub júdice procedería aplicar la presunción de culpabilidad que establece el artículo 2329 del Código Civil" (Corte de Concepción, 25.1.2002, confirmada por la CS [cas. fondo], 7.5.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 5ª, 104). De este fallo, así como de los citados en el párrafo precedente, se comprueba que la actual tipificación de estos casos bajo la forma de una falta de servicio (*infra* N° 349) no constituye en la práctica un cambio demasiado radical respecto de estas decisiones construidas en la forma de presunciones de culpabilidad.

<sup>232</sup> En Chile, en un caso de responsabilidad empresarial por falta de medidas de precaución, se ha fallado que "la no adopción de tales medidas mínimas de precaución es constitutiva de culpa de la sociedad demandada, sin que sea necesario que la demandante acredite la existencia de acción u omisión alguna de los dependientes de la demandada. No estamos aquí en presencia de un caso de responsabilidad del amo por actos de sus dependientes, sino en presencia de un caso de responsabilidad por omisión propia, en el que la sociedad demandada, a través de sus órganos societarios, debió adoptar las medidas de precaución pertinentes y no lo hizo" (Corte de Santiago, 17.7.1998, RDJ, t. XCV, sec. 2ª, 48). El mismo criterio se ha aplicado a la negligencia médica y hospitalaria cuando se trata de servicios de atención médica empresarialmente organizados; así, se ha dicho que "la jurisprudencia ha señalado que no es necesario que la víctima identifique y demande al concreto dependiente o agente sanita-

base de argumentos semejantes se puede dar por establecida la presunción cuando está acreditado que el demandado (usualmente un profesional) ha incurrido en un error que sea por sí mismo indicio *prima facie* de negligencia (*infra* N° 475), sin perjuicio de que puede probarse por el demandado lo contrario.

d) Mirada desde la perspectiva de la víctima, la presunción de culpabilidad por el hecho propio es un importante correctivo al sistema de responsabilidad por culpa. Sin embargo, su aplicación indiscriminada puede minar las bases del régimen general de responsabilidad por culpa probada, por lo que resulta necesario que las condiciones de aplicación y sus efectos sean justificados con cuidado por la jurisprudencia.

**97. Efectos de la presunción.** a) La presunción construida a partir del artículo 2329 presenta ciertas particularidades que usualmente han sido desatendidas. Para analizarlas es conveniente revisar los elementos de la doctrina jurídica sobre las presunciones.

Las presunciones consisten en inferencias de hechos que se pretenden probar a partir de otros hechos conocidos. La diferencia esencial entre las presunciones legales y las judiciales reside en la manera cómo se construye esa inferencia. En las presunciones legales la inferencia está realizada por la ley, que expresa la consecuencia probatoria que se sigue *ipso iure* del antecedente de hecho que la propia ley describe. En las judiciales, por el contrario, el juez debe construir un razonamiento basado en la experiencia y articulado lógicamente, que le permita establecer la relación entre dos hechos, uno conocido y otro que es inferido de aquél. Aunque, por lo general, la construcción de las presunciones judiciales es calificada como una cuestión de hecho, existen fallos que han establecido la doctrina, que parece ser correcta, en el sentido de que el juez sólo puede inferir hechos de otros hechos a condición de que muestre *razonadamente* que se cumplen los requisitos legales de *gravedad* (esto es, de proximidad a la certeza), *precisión* (esto es, de inequívocidad) y *concordancia* (esto es, de coherencia) que la ley exige (Código Civil, artículo 1717; Código de Procedimiento Civil, artículo 426 II).<sup>233</sup>

rio que con dolo o culpa causó el daño respectivo. Para condenar civilmente al Hospital demandado no es necesario acreditar cuál fue el específico dependiente culpable del daño, pues basta probar que alguien dentro de la organización hospitalaria incurrió en culpa y que dicha negligencia fue la causa del daño" (Corte de Concepción, 10.8.2000, confirmada por la CS [cas. forma y fondo], 24.1.2002, GJ 259, 38). Tras estos fallos tal vez se encuentre implícito el concepto de daño desproporcionado que ha desarrollado la jurisprudencia española en casos análogos para inferir la culpa (Vicente en Reglero 2002 a 204).

<sup>233</sup> Sobre el control judicial del razonamiento que lleva a la construcción de una presunción judicial de culpa, CS, 26.10.1922, RDJ, t. XXI, sec. 1°, 947. La omisión de una argumentación razonada a partir de los hechos que permiten construir la presunción puede constituir un incumplimiento del artículo 170 N° 4 del Código de Procedimiento Civil, que, a su vez, puede dar lugar a una casación en la forma (artículo 768 N° 5).

b) A la luz de estos criterios generales en materia de presunciones, resulta evidente que la norma del artículo 2329 I establece una inferencia más bien indeterminada. En los párrafos anteriores se ha intentado discutir las condiciones de aplicación de esa regla; sin embargo, aunque se hagan avances en el intento de introducir criterios más precisos, resulta obvio que la nitidez del antecedente del cual se infiere la consecuencia, no es equiparable a otras presunciones legales. Por otro lado, tampoco se trata de reproducir las exigencias más rigurosas a que están sujetos los jueces para construir presunciones judiciales, porque con ello desaparece la función natural de una presunción legal como es evitar esa inferencia circunstanciada.

c) Atendidas estas circunstancias, en el derecho comparado se discute si la presunción referida no debe ser entendida más bien como una *prueba en principio*, consistente en la *aparición de culpa*, que se basa en la experiencia de que tal tipo de accidentes usualmente se deben a negligencia del demandado. En tales circunstancias, la presunción sólo alteraría el peso de la prueba mientras el demandado no muestre una explicación más razonable acerca de cómo pudo ocurrir el accidente por una causa distinta a su propia negligencia. Desbaratada de esa manera la presunción *prima facie*, la prueba de la diligencia correspondería al demandante, según las reglas generales; por el contrario, si el demandado no logra mostrar que hay razones para pensar que el daño ocurrió sin su culpa, resultaría responsable sobre la base de la prueba *prima facie* que permite la presunción.<sup>234</sup> La regla establece esencialmente una alteración del riesgo de la prueba: si nada nuevo se logra probar, el efecto será que el demandante habrá acreditado la negligencia.

d) Esta interpretación tiene la ventaja de ser consistente con el texto del artículo 2329 I, que parece aludir a una *prueba en principio* basada en la experiencia, más que a una *presunción de efectos más radicales*. Así, por ejemplo, si alguien es herido por un disparo de un arma de fuego, a falta de prueba que desvirtúe la presunción, se entenderá que se trata de un acto negligente; pero mostrado por el demandado que lo hizo con ocasión de un asalto, lo que podría justificar su acción, la prueba de la negligencia correspondería al demandante.

Asimismo, esta interpretación establecería un adecuado equilibrio entre las partes, que resulta más apropiado al sistema de responsabilidad por culpa: *ante* una evidencia en principio de que el demandado es culpable, la víctima no se ve en la necesidad de enfrentar, eventualmente, una *prueba diabólica* para mostrar la culpa del autor del daño; pero si el demandado está en condiciones de desbaratar esa prueba en principio, el efecto

<sup>234</sup> Kötz 1991 97, Jones 2002 219. Esta interpretación de la regla se hace cargo de la crítica de Corral 2003 229, de que la interpretación del artículo 2329 como una presunción legal tiende a caer en una tautología, pues de lo que se trata es de alterar la posición estratégica de las partes a la luz de que el hecho, bajo circunstancias ordinarias, puede ser tenido por culpable.



natural es que se vuelva a la situación originaria en materia probatoria, esto es, que la prueba en adelante le corresponda a quien pretende hacer valer la responsabilidad.

e) Un análisis más detallado del artículo 2329 muestra que en materia probatoria, como en la valoración de la culpa, más que distinciones categóricas, existen progresivas distinciones, cuyos contornos deben ser delimitados evolutivamente por la jurisprudencia.

## § 15. DOLO O CULPA INTENCIONAL

### a. Concepto de dolo

**98. El dolo civil como intención.** a) La ley hace referencia al dolo y a la culpa como condiciones alternativas de la responsabilidad civil, dando lugar en el primer caso a delitos civiles y en el segundo a cuasidelitos (artículos 1437, 2284 y 2314). En circunstancias que en materia civil la culpa y el dolo son, por lo general, requisitos equivalentes de responsabilidad, la discusión doctrinaria acerca del concepto de dolo carece de la importancia relativa que tiene en materia penal. Aun en los casos en que haber actuado intencionalmente hace la diferencia (*infra* N° 100), la definición precisa del dolo no tiene la significación práctica que tiene para los penalistas atendida la equiparación que la ley civil hace de los efectos del dolo y de la culpa grave.<sup>235</sup>

b) El artículo 44 del Código Civil define dolo como "la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro". Si la regla es entendida restringidamente, de modo que lo determinante para que el acto sea calificado como doloso es la intención precisamente dirigida al daño, el ámbito de aplicación de la regla sería muy estrecho, pues ni siquiera sería dolosa la conducta del agente que realiza conscientemente el dolo como un medio para obtener un beneficio.<sup>236</sup>

En verdad, ese concepto de dolo supera las exigencias que el derecho penal ha definido para el dolo directo, la forma más fuerte de intencionalidad. En efecto, desde el punto de vista del autor, el elemento volitivo del dolo penal directo se satisface cuando el resultado dañoso es un presupuesto o un estado intermedio para alcanzar la meta que el autor se propone con su acción.<sup>237</sup>

<sup>235</sup> Cury 2005 304.

<sup>236</sup> Alessandri 1943 163. Aplicando esta definición estricta de dolo, se ha fallado que éste debe consistir en "actos o manifestaciones de la voluntad positivos y formalmente determinados a causar el daño que se reclama" (Corte de Santiago, 1.1.1925, confirmada por la CS [cas. fondo], 3.3.1927, RDJ, t. XXV, sec. 1ª, 117). Otros ejemplos de esta especie de dolo en CS, 15.11.1927, RDJ, t. XXV, sec. 1ª, 501, donde los hechos analizados muestran con elocuencia la intención de dañar; Corte de Santiago, 21.4.1993, RDJ, t. XC, sec. 2ª, 57, donde se sanciona un caso de simulación absoluta cometida en perjuicio de un acreedor de los demandados.

<sup>237</sup> Stratenwerth 1976 106.

Todo indica que la definición civil de dolo no puede ser entendida de una manera tan restringida, que sólo comprenda el propósito dirigido principalmente a dañar (esto es, la intención maligna basada en el resentimiento y no en el interés). A pesar de su definición tan estricta del dolo, Alessandri parece aceptar que éste se extiende a situaciones en que la intención final es el propio provecho, aunque de paso se cause un daño, incluido el fraude.<sup>238</sup> Así, es inequívocamente dolosa la conducta de quien realiza una simulación absoluta en perjuicio de acreedores, aunque la finalidad haya sido evitar la ejecución forzada y no causar a aquéllos un mal.<sup>239</sup>

Es interesante a este respecto que Bello designe a Pothier como fuente de la norma del artículo 44.<sup>240</sup> En efecto, según Pothier, el dolo civil se refiere a la conducta "maligna", que es resultado de la reflexión, pero que en ningún caso está limitada al propósito exclusivo de causar daño, sino también a la intención que se limita a aceptar el daño como consecuencia de la acción (el daño como "externalidad" negativa aceptada por el autor, diría un economista). Por lo demás, Pothier tiene claro que los límites civiles del dolo, gracias a la identificación con la culpa grave, se extienden hasta la mala fe, esto es, la conducta contraria al decoro y a las buenas costumbres que deben regir la actividad que amenaza con dañar a los demás.<sup>241</sup>

c) Lo común del dolo, entendido como culpa intencional, resulta ser la *utilización voluntaria del otro para los propios propósitos*.<sup>242</sup> En tal sentido, el concepto civil de dolo no sólo comprende la intención de dañar en sentido estricto, sino la aceptación voluntaria del ilícito con conciencia de la antijuridicidad de la acción,<sup>243</sup> donde la intención se puede referir tanto a los fines como a los medios.<sup>244</sup> Sólo en forma excepcional lo querido es el

<sup>238</sup> Alessandri 1943 164.

<sup>239</sup> Corte de Santiago, 21.4.1993, RDJ, t. XC, sec. 2ª, 57.

<sup>240</sup> Proyecto de 1853, nota a los artículos 42 y 43, que corresponden al artículo 44 vigente; A. Bello se refiere a las observaciones generales que Pothier formula al fin de su Tratado de las Obligaciones (Pothier 1761 N° 553).

<sup>241</sup> Pothier, en el texto citado en la nota precedente, se refiere esencialmente a la clasificación tripartita de la culpa, que A. Bello, a diferencia del código francés, acoge en el código chileno. Lo interesante es que cuando se refiere al dolo contractual, expresa que para los romanos el dolo "comprende no solamente la malicia y el deseo de perjudicar, sino también la falta grave, lata culpa, como está opuesta a la buena fe requerida (...) y es en ese sentido que las leyes dicen que *lata culpa comparatur dolus, lata culpa dolus est*". De este modo, la asimilación del dolo a la culpa grave permite extender el concepto de dolo desde la intención exclusiva de dañar hasta la simple mala fe, esto es, la conducta contraria a la decencia y a las buenas costumbres del tráfico (Pothier 1761 N° 554). Cuando se refiere al dolo en el cuerpo principal de su tratado, Pothier lo define, en sede contractual, como "cualquiera clase de artificio de que uno puede servirse para engañar a otro" (ídem N° 28), y en sede delictual civil, simplemente como malignidad, que asocia luego a la idea de reflexión (esto es, de conocimiento y voluntariedad), en oposición a la imprudencia usualmente irreflexiva e inconsciente.

<sup>242</sup> Finnis en Owen 1995 244.

<sup>243</sup> Palandt/Heinrichs § 276 11.

<sup>244</sup> Finnis en Owen 1995 229.