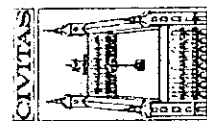


LUIS DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN
Catedrático de Derecho Civil

CONSEJO EDITORIAL

MANUEL ALONSO OLEA
LUIS DíEZ-PICAZO
EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA
JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ
ALFREDO MENÉNDEZ
GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO

DERECHO
DE DAÑOS



CAPÍTULO XV LA CAUSALIDAD EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL

I. Los problemas de la relación de causalidad

El concepto de causa y el de causalidad se utilizan en materia de responsabilidad civil, para tratar, básicamente, de dar respuesta a dos tipos de problemas: el primero es encontrar alguna razón por la cual el daño pueda ligarse con una determinada persona, de manera que se pongan a cargo de ésta, haciéndola responsable, las consecuencias indemnizatorias, para lo cual utiliza el concepto de causa el artículo 1.902 CC al imponer el deber de indemnizar a «el que causa daño a otro»; en segundo lugar, se trata de relacionar, a la inversa de lo que hacíamos anteriormente, al daño con la persona, pues el precepto, remarcando el uso de la palabra causa, dice que se indemniza «el daño causado».

Es notorio que el problema causal se plantea de manera especialmente aguda cuando se reconoce o se puede establecer que, como es normal en la vida social, todo hecho, y, por consiguiente, también los hechos dañosos, son consecuencia de la concurrencia de una extraordinaria pluralidad de circunstancias a las que a veces se denomina «concausas» o «causas adicionales». El problema de las concausas o de las causas adicionales aparece en dos tipos de hipótesis que de algún modo conviene mantener distintas. En la primera, el daño es producido por la conjunción o yuxtaposición de una serie de condiciones, de manera que sólo la suma de todas ellas determina el resultado dañoso. Puede decirse que $C_1 + C_2 + C_3 + \dots + C_n = D$. En la hipótesis anteriormente descrita es indiferente que cada una de las concausas o condiciones haya seguido con anterioridad un curso independiente o que se haya puesto en juego mediante una acción de consumo. El segundo tipo de supuestos, que se puede denominar cadena causal, aparece cuando cada una de las circunstancias o de las condiciones produce por sí misma un daño y este daño es el que a su vez es causa de un daño posterior y así sucesivamente. Por expresarlo gráficamente que $C_1 \rightarrow D_1 = C_2 \rightarrow D_2 = C_3 \rightarrow D_3 \rightarrow$

En uno y otro caso la pregunta es quién debe indemnizar, pero también hasta dónde el autor de una de las sucesivas condiciones

o daños tiene que indemnizar los subsiguientes. De esta manera, además de dar respuesta a un problema de imputación, el debate en torno a la causalidad es un debate sobre los límites del deber de indemnizar. Como ha explicado P. TRIMARCHI (1), la agudización del problema es debida a la expansión del área dentro de la cual se propagan las consecuencias dañosas de un acto ilícito o de un incidente inicial, expansión debida a los desarrollos técnicos e industriales que permiten la acumulación cada vez mayor y más frecuente de energía destructiva, unido a la continuidad física de los individuos, a la mayor amplitud de las actividades económicas y a las estrechas relaciones existentes entre éstas. Se plantea así el problema de fijar límites oportunos a la responsabilidad, el principal de los cuales es el de la selección de las consecuencias dañosas, cuya finalidad consiste en afirmar la responsabilidad en alguno de los casos y negarla en otros. Es claro, como señala el autor citado, que desde siempre se ha sentido esta necesidad que en los países de *common law* se expresa limitando la responsabilidad a las «*proximate consequences*» y excluyéndolas en aquellos casos en que se pueda entender que tales consecuencias son, respecto del hecho inicial, demasiado remotas.

Cuando para debatir estos problemas se utiliza el concepto de causa, no puede perderse de vista que en la idea de causa confluyen elementos de origen probablemente teológico y metafísico junto con otros de metodología de las ciencias. Probablemente por esta razón cuando Alfonso DE Cossío comenzaba su estudio (2) creía necesario recordar que la idea de creación, introducida por la filosofía cristiana de inspiración bíblica, había de dar una fundamental importancia al concepto de causa eficiente. En efecto, una concepción creacionista del mundo considerará al creador como causa de este último. Siendo la existencia del mundo y de todos los elementos que lo integran —añadía Cossío— puramente contingente, se llega a la conclusión de que todo ser en el tiempo es siempre un ser causado: todo ser y todo acaecer temporales se deben a una causa, la cual es, a su vez, el efecto de otra causa anterior, lo que nos hace ascender a través de una cadena ininterrumpida, hasta llegar a la causa primera. De aquí se sigue —añadía Cossío— que toda causa se halla dotada de una virtualidad interna, en cuanto contiene *in potentia* el efecto que está llamada a actualizar, o lo que es lo mismo, que entre la causa y el

(1) *Causalità e danno*, Editorial Giuffrè, Milán, 1967.

(2) *La causalidad en la responsabilidad civil*, «ADC», Tomo 19, 1966, pág. 527.

efecto se da una relación de necesidad, impuesta por la naturaleza misma de las cosas.

Añadía Alfonso DE Cossío, que este orden de necesidad tiene como origen un acto libre de su causa primera, y que, además, y, como dato significativo para el Derecho puede ser igualmente interferido por actos libres puestos por los sujetos humanos. De este modo nos encontramos ante un orden de necesidad y un orden de libertad que conviven, de manera que dentro de cada uno de ellos puede señalarse con toda precisión, la relación de la causa con su efecto.

En la *Enciclopedia de Diderot y de Alembert* (3), donde el estudio de la palabra causa se aclara diciendo que pertenece al terreno de la metafísica, el autor del artículo comienza diciendo que al ver todos los días cambiar las cosas y considerando que han tenido un momento de comienzo, adquirimos la idea de lo que se llama causa y efecto. Causa es todo aquello en virtud de cuya eficacia una cosa es; y efecto todo aquello que es en virtud de la eficacia de una causa. En cuanto por sí misma produce un efecto, la causa puede llamarse eficiente, pero como hay diferentes maneras de producción del efecto se pueden distinguir diferentes tipos de causas, pues hay causas físicas, causas morales y causas instrumentales. Se llaman causas físicas a todas aquellas que producen inmediatamente por sí mismas su efecto. Son causas morales aquellas que sólo lo producen con dependencia de una causa física, y causas instrumentales aquellas que como las causas físicas no producen el efecto por sí mismas, pero que se diferencian de estas últimas en que no están dotadas de ninguna fuerza, ni de ninguna actividad. Partiendo de estas premisas, resulta manifestado que el problema de las causas se liga con el problema mismo de la existencia de Dios o con el problema de la relación del alma con el cuerpo.

Aunque la utilización del concepto de causa por los juristas haya tenido su origen en consideraciones de orden filosófico, al trasladarlo después a un lenguaje usual, parece muy probable que la apreciación causal en materia jurídica se comenzara haciendo de una forma artesanal, de acuerdo con las normas de experiencia de que disponían. Y es verdad que en muchos casos apenas deben plantearse problemas causales, de suerte que se puede aplicar el aforismo de acuerdo con el cual *post hoc ergo propter hoc*. Es decir, si existe una proximidad temporal inmediata, el antecedente es la causa del consecuente.

(3) Vol. 13, C. 87.

Los problemas comenzaron a partir del momento en que la idea jurídica de causa en su relación con la responsabilidad civil, que es paralela—no puede olvidarse—con la causalidad en materia penal, quiso adoptar fórmulas que fueran al mismo tiempo científicas y omnicomprendivas.

II. La causa como condición *sine qua non* y la llamada teoría de la equivalencia de las condiciones

Esta doctrina fue forjada, especialmente para el Derecho penal, por Von Buri en 1855 y parece haber recibido la influencia de las ideas relativas a los métodos científicos, especialmente de Jons y de S. Mill. Es científica, porque rompe con cualquier connotación teológica o metafísica y establece un examen de los fenómenos en sí mismos considerados. Cuando un resultado aparece tras un conjunto de condiciones, el método experimental exige suprimir mental o empíricamente cada una de ellas. En este sentido, causa es la condición *sine qua non* del daño, es decir aquél de los elementos o de las condiciones, que, si hubiera faltado el resultado dañoso no se hubiera producido. Si se quita la causa, desaparece la consecuencia (*sublata causa tollitur effectus*).

Como explicaba Cossío, Von Buri entendía, que la suma de todas las fuerzas que tienen alguna eficacia para el nacimiento del fenómeno, debe ser considerada como causa del mismo, porque entre las condiciones de un resultado, no se puede establecer ninguna diferencia esencial. De lo anterior se sigue que todas las condiciones *sine quibus non* son equivalentes y todas tienen el mismo valor. Basta que un acto o una omisión humana sea condición *sgn* de un resultado para que deba entenderse como causa del mismo.

Sólo hay que diferenciar entre condición *sgn* y las demás, es decir, aquellas que si son mentalmente suprimidas, el resultado sigue produciéndose. Causa es, de esta manera, toda condición sin la cual el efecto no se habría producido. Y, tratándose de omisiones, la omisión es condición *sgn* cuando producido el hecho positivo omitido, el daño no se habría producido. No lo es, en cambio, cuando no obstante la producción del hecho omitido, el daño hubiera seguido siendo el mismo.

Como ha señalado ANTUNES, la llamada teoría de la equivalencia de las condiciones, proporciona un concepto que se encuentra manifestamente basado en el molde de las ciencias naturales y

que es por ello muy del gusto de la vieja escuela positivista, pero que no tiene en cuenta las finalidades específicas del Derecho en general y del instituto de la responsabilidad civil en particular, en lo que no es de extrañar que pueda conducir a resultados prácticos que, *prima facie*, hay que rechazar. Le Tournieu (4) da cuenta de una sentencia de la Corte de Apelación de París, de 7 de julio de 1989, en que la víctima de un accidente de circulación recibió una transfusión de sangre contaminada por el virus de la denominada inmunodeficiencia adquirida o sida. Es cierto que, desde el punto de vista de la equivalencia de las condiciones, el accidente de circulación es causa o condición *sgn* de la enfermedad adquirida, pero el problema consiste en saber si tenemos que ampliar o limitar las cuestiones relativas a la causalidad.

La fórmula de la condición *sgn* peca también, sigue diciendo ANTUNES VALERA, además de por exceso, por defecto, ya que no comprende dentro del nexo de causalidad, ciertos daños que sería injusto no poner a cargo del autor de un hecho, como ocurre en la hipótesis que ha sido denominada de causalidad acumulativa o alternativa o en los daños causados por miembros indeterminados de un grupo. El miembro indeterminado de un grupo que efectúa disparos o lanza cócteles molotov, sin que de ninguno de ellos, aisladamente considerados, se pueda decir que sin él no hubiera ocurrido el daño sufrido por la víctima, no es causante del daño de manera que habría que entender que no debe ser considerado responsable en el sentido de la condición *sgn* del daño verificado. Y, al revés, sí, como ocurre en el párrafo 830 del BGB, se considera que hay autoría múltiple, el daño se está imputando a persona o personas que no lo han causado.

III. La causa como condición constitutiva de un factor sustancial

Las críticas a que fue sometida la teoría de la equivalencia de las condiciones obligaron a los autores a tratar de seguir otros derroteros, en que se realiza una valoración de las condiciones, no equivalentes entre sí para poder saber cuál ha de ser en cada caso la causa del daño. Colocados en este camino, los autores han tratado de seguir algunas de estas variantes:

(4) *Droit de la responsabilité*, Editorial Dalloz, París, 1996, núm. 823.

1. LA PREVISIBILIDAD DEL CURSO CAUSAL COMO FACTOR SUSTANCIAL

Para Von Buri, al lado de la causalidad natural y paralelo a él debe existir un nexo de voluntad que viene dado no sólo por la previsibilidad del resultado, sino también la previsibilidad de todo el desarrollo causal que conduce al evento dañoso. Entre nosotros, este punto de vista pareció aceptarlo A. Cossio (5), para quien la causalidad únicamente tiene sentido cuando haya sido prevista o fuera previsible para el sujeto, de suerte que la previsión es algo que constituye el contenido de un juicio. No se trata —según diciendo el autor citado— de un mero conocimiento o posibilidad de conocimiento, sino de un juicio que actúa directamente en la formación del poder de una manera positiva o negativa. Este juicio de previsión sobre los cursos causales no es el resultado de una valoración meramente subjetiva, sino de una valoración objetiva que debe hacerse de acuerdo con el criterio general que cualquier hombre medio se hubiera debido formar acerca de posibilidad y la probabilidad del daño que habría de originarse.

El punto de vista examinado tiene el mérito de plantear el problema como una cuestión de delimitación del ámbito de las consecuencias resarcibles excluyendo que el sujeto que pone en marcha un curso causal, tenga que responder de todas las consecuencias por muy extraordinarias y alejadas que sean. Sin embargo, el punto de vista adoptado no está exento de críticas. Como señaló TRIMARCHI, no resulta satisfactorio plantear el problema en términos psicológicos exclusivamente, olvidando considerar explícitamente la objetiva idoneidad del acto para causar daño.

El discurso sobre previsibilidad —hay que añadir— pertenece al terreno de la culpa, si se trata de un daño genérico y que hay que entender que es suficiente la previsibilidad del daño genérico para que la responsabilidad exista, de manera que una previsión o previsibilidad sobre el desarrollo de los cursos causales, tanto sobre la intervención sobrevenida de concausas como respecto de su modo de operar, no resulta necesario.

(5) *Op. cit.*, pág. 537.

2. LA CONTRAPOSICIÓN ENTRE CAUSA PRÓXIMA Y CAUSA REMOTA Y LA LLAMADA INTERRUPCIÓN DE LOS CURSOS CAUSALES

Diferente fue, como expone ANTUNES, el camino recorrido por aquellos autores interesados en distinguir conceptualmente la causa de las simples condiciones del evento dañoso, con la convicción de que entre una y otras tenía que existir, en el proceso final que conduce al daño, una diferencia objetiva o de verdadera sustancia. Siguiendo esta línea, se trajo a colación la diferencia escotástica entre causa directa y causa remota. Como ha expuesto Cossio, «la doctrina clásica, que encuentra su origen en el Derecho romano, exige que el hecho origen de la responsabilidad haya sido causa directa e inmediata del daño: *"In casibus incertis... quod re vera inducitur damnum, hoc reddatur, et non ex quibusdam machinationibus et inmodicis perversionibus, in circuitus inextricabiles redigatur: ne dum in infinitum computatio reduciatur, pro sua impossibilitate cadat"* (Cod. 7, 47). Posteriormente, Bacon afirmó que *"in iure non remota causa, sed proxima spectatur"*, idea acogida por Dumoulin y desvirtuada por Pothier». Esta idea de la separación de la causa próxima y la causa remota aparece aceptada en algunas sentencias de nuestro Tribunal Supremo, como las de 21 de marzo de 1950 y de 25 de enero de 1965. Cossio añade, además, que es una solución generalmente admitida por la doctrina y conforme con la lógica. Cuando en el curso causal interviene un hecho extraño, es este último y no el originario hecho el causante del daño y no puede afirmarse, por tanto, que sea el primero el que lo ha producido.

En un sentido parecido, en la literatura jurídica inglesa es frecuente señalar que la responsabilidad por daños debe imputarse a quien tuvo *the last clear chance* de prevenirlo, es decir, a la causa próxima, corrigiendo de este modo con un sentido pragmático el rigor naturalista de la pura proximidad natural y el rigor lógico de la doctrina de la equivalencia de las condiciones.

Sin embargo, estos esfuerzos deben considerarse como baladíes. Ante todo, ni en el plano naturalista ni en el lógico puede encontrarse una diferencia sustancial entre causa (próxima) y condición *sqn.* Además, cuando se habla de interrupción de los cursos causales por la intervención de factores extraños, el debate se sitúa en un terreno de una extraordinaria ambigüedad, pues haría falta explicar porqué un curso casual se «interrumpe» y porqué la causa adicional debe entenderse como «extraña» al curso en el que se introdujo. A todo ello debe añadirse que el intento

ofrecido parece inutilizable en aquellos casos en que, no obstante intervenir una nueva causa (proximidad del daño) ha existido una violación de un deber de conducta que tiene por objeto precisamente evitar la aparición de aquella causa. El ejemplo académico es el del acto doloso de un tercero ajeno a quien se imputa el daño (p. ej., un ladrón que robó la cosa), cuando se tenía el deber de prevenir ese resultado en virtud de una situación especial y se incurre (p. ej., se deja la puerta abierta).

IV. Los juicios de probabilidad y la teoría de la causalidad adecuada

Como señala TRIMARCHI (6), que hace un resumen muy expresivo del planteamiento del problema, VON KRUS subrayó que la probabilidad entendida como frecuencia de la relación entre dos clases de eventos, es un dato a tener en cuenta a la hora de establecer relaciones causales. Hay leyes naturales —dice VON KRUS— que establecen una relación de necesaria secuencia entre dos tipos de eventos, pero otras se limitan a establecer una relación de frecuencia estadística. VON KRUS ponía de manifiesto la importante función que los juicios de probabilidad tienen en la vida práctica, pues las consecuencias probables de una acción pueden servir de fundamento para valorar la acción como útil o como peligrosa. Es lógico que cuando el derecho tiene por objeto la prevención de acciones dañosas prohíba acciones que no sólo han sido condiciones *syn* del daño, sino que aparecen como idóneas para producirlo en el sentido de que aumentan en una medida importante la probabilidad de que se verifique. Además, la fuerza de probabilidad es un juicio objetivo, que tiene en cuenta las uniformidades naturales y sociales científicamente establecidas en el momento en que el juicio se emite, de manera que éste se realiza sobre la base de una descripción generalizadora que comprenda las circunstancias del caso.

El pensamiento fundamental de la teoría de la causalidad adecuada es, de este modo, que para imponer a alguien la obligación de reparar el daño sufrido por otro, no basta que el hecho haya sido, en el caso concreto, condición *syn* del daño, sino que es necesario además que, en virtud de los referidos juicios de probabilidad resulte una causa adecuada para ello.

(6) *Op. cit.*, pág. 32.

A partir de este planteamiento, los desarrollos de la teoría, en los que tuvieron una participación muy señalada autores como RÖHMELN y TRAEGER, se centró sobre todo en dos puntos. Para establecer científicamente un juicio de probabilidad hay que elaborar una descripción del primero de los eventos y poder así establecer su probable relación con el resultado dañoso. Es claro que esta descripción puede ser más o menos completa y es claro, asimismo, que modificando la descripción se modifica también la relación de frecuencia. Si en la descripción se acumulan elementos descriptivos, la relación de frecuencia disminuye y si se acortan, aquélla puede aumentar. Como señala TRIMARCHI, el juicio de probabilidad sobre la relación entre un cierto tipo de hecho dañoso y la muerte de una persona, se realizará de modo diverso si en la descripción del supuesto se introduce el dato de que se trata de una persona hemofílica o si no se introduce esta circunstancia. No es difícil comprender las dificultades con que de este modo tropieza la teoría. Había que decidir si el juicio de probabilidad ha de fundarse sobre todas las circunstancias del caso concreto, aunque éstas sólo resultaran conocidas *a posteriori* y no hubieran sido conocidas ni cognoscibles por el sujeto que actuó o si sólo debe fundarse el juicio de probabilidad sobre las circunstancias del caso concreto existentes en el momento de la acción y conocidas por el actor. Resulta manifiesto, por otra parte, que la solución es diversa si el juicio de probabilidad se pone a cargo de la misma persona que había actuado y si se pone a cargo de una tercera persona.

Para tratar de resolver todas estas cuestiones TRAEGER propuso que el juicio de probabilidad se fundase sobre hechos conocidos y cognoscibles *ex ante* y, por otra parte, para separar lo más claramente posible la adecuación de los criterios de la culpa y de la previsibilidad objetiva, que se tuviesen en cuenta no sólo aquellos datos o elementos de hecho conocidos por el sujeto responsable, sino también todas las circunstancias que resultaran cognoscibles para un ideal observador experimentado. Sobre la base de todos estos elementos de hecho, el juicio de probabilidad se formula objetivamente tomando en consideración las características uniformes de tipo natural y social que son patrimonio de la cultura y de los conocimientos humanos en el momento en que el sujeto emite juicio de probabilidad se emite.

Como señala TRIMARCHI, la propuesta de TRAEGER tuvo éxito y fue en su momento la más seguida, ya que, por una parte, se presentaba como un punto de vista idóneo para limitar equitativa-

mente la responsabilidad y, por otra parte, aparecía como un criterio objetivo que podía aplicarse a supuestos muy diferentes.

No cabe duda que la tesis o teoría de la causalidad adecuada presentó en su momento un evidente progreso respecto de las posiciones doctrinales anteriores. Se le han opuesto, sin embargo, algunas objeciones que no son de escaso calado. Por lo que se refiere en concreto a la propuesta de TRÄGER, como recuerda TRIMARCHI, se había objetado que el juicio de probabilidad o el juicio de adecuación remitido a los conocimientos *ex ante* del ideal observador experimentado, más se parece al juego de un omnisciente, que cierra uno de sus ojos para no llegar a prever todo lo que ocurrirá. Por otra parte, se ha señalado también que el pretendido hallazgo de un criterio inevitablemente aplicable, con validez tanto para el Derecho penal como civil y dentro de éste para la responsabilidad contractual y extracontractual y que pudiera resolver incluso los problemas de la responsabilidad por culpa y de la responsabilidad por riesgo o los de la *compensatio lucti cum damno*, termina siendo una cabal ficción. En todo caso subsiste el arduo problema, más arriba señalado ya por nosotros, de los criterios con arreglo a los cuales se debe formar la descripción del supuesto de hecho, para después formular el juicio de probabilidad del resultado, pues el juicio se modifica ostensiblemente, y su implícita referencia al concepto de «probabilidad», según se sumen o se resten características o elementos caracterizables al supuesto de hecho.

Desde el punto de vista penal, la teoría de la adecuación ha sido criticada por Claus Roxin (7), diciendo que el ámbito operativo de esta teoría en lo esencial se limita a excluir los cursos causales anómalos cuando hay otras numerosas constelaciones de casos, en los cuales es posible entender que hay una causalidad adecuada, aunque se debe rechazar la imputación.

V. Causalidad e imputación objetiva: los criterios de delimitación de la imputación objetiva

Como señala el autor anteriormente citado (8), la teoría de la adecuación puso de relieve que el propósito que se persigue no es el de una genuina teoría causal, sino una teoría de la imputación.

(7) *Derecho Penal. Parte general*, traducción española, Madrid, 1997, pág. 361.

(8) *Op. cit.*, pág. 360.

Dicho de otro modo, no se busca establecer si un elemento de hecho es la causa de un resultado, sino que se intenta dar respuesta a la pregunta sobre si determinados hechos causantes deben ser considerados jurídicamente como relevantes y si permiten la imputación objetiva del hecho a una determinada persona. Si el problema se plantea en términos estrictos y genuinos de causa, no es posible salir del cerco de la teoría de la equivalencia de las condiciones o de la condición *sqr*. Si el problema es, en cambio, una cuestión de relevancia jurídica de los elementos causales, la cuestión cambia de sentido y pueden ser puestos en juego factores y razones de otro tipo. Según Roxin, el hecho de que la teoría de la adecuación no fuera *strictu sensu*, una teoría causal, sino una teoría de imputación objetiva, era algo que ya había sido reconocido desde MEZGER, quien había señalado que la única teoría causal posible, en Derecho penal, es la teoría de la equivalencia de las condiciones, mientras que la teoría de la adecuación es una teoría de la responsabilidad o, dicho de un modo más general, una teoría de la relevancia jurídica. Con un criterio parecido se ha dicho que la teoría de la imputación objetiva tiene el cometido de fijar criterios normativos por los cuales un resultado —en el que reside la lesión de un bien jurídico— es atribuible a un comportamiento (9).

El problema consiste entonces en encontrar los fundamentos de la imputación y tipificar los supuestos que permitan verficarla o excluirla a través de criterios que sean de carácter puramente normativo.

Para Roxin, un resultado causado por un agente sólo se le puede imputar a éste si su conducta ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro se ha realizado o materializado en el caso concreto. Si el resultado se presenta como realización de un peligro creado por el autor, tal resultado es por lo general imputable, aunque excepcionalmente puede excluirse la imputación, si el alcance del tipo penal, sobre lo que Roxin especula, no abarcaba la evitación de tales peligros y sus repercusiones.

Más articulada es la exposición que del problema de la imputación objetiva que, con referencia al Derecho penal, hace Günther Jakobs (10). Para JAKOBS las garantías normativas que el

(9) C. SUÁREZ GONZÁLEZ y L. CANCIO MELIÁ, en *Estudio Preliminar* al libro de Günther Jakobs, «La imputación objetiva en el Derecho penal», Madrid, 1996.

(10) *Op. cit.*, pág. 96.

Derecho establece no tienen como contenido el que todos intenten evitar todos los daños posibles, porque si así fuese, se produciría una paralización inmediata de la vida social. Las mentadas garantías normativas adscriben a determinadas personas, que en un contexto de interacción social ocupan determinadas posiciones, unos ciertos cometidos, que pueden ser calificados como estándares o roles. Sólo de este modo, se posibilita la orientación social sin conocer las características individuales de las personas que actúan y se hacen posibles contactos anónimos en que no es necesario averiguar el perfil individual de la persona que tenemos enfrente, porque podemos considerarla sólo como portadora de un rol. Así, los seres humanos se encuentran en un mundo social en función de portadores de un rol o, dicho de otro modo, como personas que han de administrar un determinado segmento del acontecer social conforme a un determinado estándar. De este modo el objetivo es imputar las desviaciones respecto de las expectativas que suscita el portador del rol. Como toda defraudación de estas expectativas, en toda lesión o en todo daño, pueden participar, además de la víctima y el pretendido autor, terceras personas. La labor consiste en determinar a quién compete el acontecer relevante, es decir, quién quebrantó su rol administrándolo de modo deficiente. Si todos se comportan conforme al rol sólo queda la posibilidad de explicar lo acaecido como desgracia. Si fue la víctima quien quebrantó su rol es ella quien debe asumir el daño y sólo puede imputarse la responsabilidad a terceros, cuando sean éstos los que hubieran quebrantado o administrado deficientemente su rol.

Con estas premisas y para tratar de esbozar lo que denominamos «instituciones dogmáticas» examina Jakobs la aplicación de las reglas así obtenidas en el campo de la omisión y en el de la acción. En el ámbito de la omisión —dice Jakobs (11)—, no todos responden de la misma consecuencia lesiva que estén en condiciones de evitar. Sólo está obligado quien es titular de una posición de garantía (p. ej., el padre y la madre son garantes de la seguridad de los hijos; el Estado es garante de la seguridad interior y exterior; determinados médicos lo son del sistema inmunológico, etc.). Por esto, en el ámbito de la omisión, los límites de los roles funcionan como límites de responsabilidad y quien se mantiene dentro de los límites de su rol, no responde de un curso lesivo conducente a un daño, aun en el caso de que hubiese podido perfectamente evitarlo.

(11) *Op. cit.*, pág. 101.

De este modo, dice Jakobs, un médico debe curar la enfermedad del paciente si éste lo desea, pero si no quiere lo que suceda quedará a su riesgo. Además, sólo ha de dominar el riesgo derivado de una enfermedad y así si el paciente se inclina a morir por determinados ideales o es amenazado por una persona iracunda no es una cuestión del médico. Por último, el médico sólo está obligado a preservar al paciente de los riesgos de enfermedades en la medida en que ello corresponda con un buen estándar.

En cambio, cuando del campo de la omisión se pasa al de la comisión, se hace necesario describir los límites de los roles, de modo parecido a lo que ocurre con las posiciones de garantía, de suerte que la imputación de un curso lesivo, aún cuando haya sido causado de un modo perfectamente evitable, sólo se produce si dichos límites se han traspasado. Para proceder a esta delimitación, propone Jakobs cuatro figuras:

1.º El riesgo permitido. Existen, en toda sociedad y en todo momento de su historia, zonas de riesgo en ámbitos vitales y no forma parte del rol de cualquier ciudadano eliminar cualquier riesgo de lesión de otro.

2.º El principio de confianza. En aquellos casos de la vida social, en que los comportamientos de los seres humanos entran en contacto y se entrelazan, no forma parte del rol de cada uno controlar de manera permanente a los demás, porque en otro caso resultaría por completo imposible la división del trabajo. Toda una serie de divisiones del trabajo resultarían imposibles si cada uno tuviese que controlar absolutamente a todos los que cooperan con él. Por ejemplo, dice Jakobs, el piloto debe poder confiar en que el copiloto realizará su cometido respecto del correcto funcionamiento de los aparatos técnicos, y el cirujano que su auxiliar comprobará las compresas y los utensilios necesarios para la práctica quirúrgica.

En líneas generales, el principio de confianza no tiene nada que ver con probabilidades, estadísticas o con reglas de experiencia. Es el hecho de que otro revise la conducta de una persona responsable, lo que justifica la expectativa de que vaya a actuar conforme a su responsabilidad y lo que, por regla general, exonera de responsabilidad a quien actúa en virtud de una fundada confianza.

El principio de confianza puede presentarse bajo dos modalidades. En primer lugar si alguien genera una situación inocua, no

es responsable si puede confiar que el que actúa a continuación cumplirá sus deberes y si razonablemente puede confiar en que así ocurra (p. ej. dice JAKOBS, si alguien entrega a otro un reloj ajeno de gran valor, puede esperar que este otro no le cause daño y que lo recogerá con cuidado).

En segundo lugar, la confianza se puede dirigir a que una determinada situación preexistente haya sido preparada de un modo correcto por el tercero a quien corresponda, de manera que quien hace uso de ella si cumple sus deberes o roles, no le es imputable el daño que cause (p. ej., el cirujano puede confiar en que el material que utiliza ha sido convenientemente esterilizado).

3.ª Prohibición de regreso. La denominada teoría de la prohibición de regreso, aunque la terminología no resulte decisiva, fue un intento de reducir las ampliaciones a que conducía la teoría de la equivalencia de las condiciones, especialmente en lo que se denominaron interrupciones de los nexos causales y especialmente las intervenciones dolosas o gravemente negligentes de terceros. Conforme a ella ha de renunciarse a los resultados que se obtengan, en materia causal, de acuerdo con la teoría de la equivalencia de las condiciones, respecto de aquéllos en que se produce la mencionada intervención. Según JAKOBS, la problemática de la prohibición de regreso se subdivide en dos cuestiones parciales. En primer lugar, la de averiguar cuándo alguien que crea una determinada situación, debe ser considerado como garante de que otro no la continúe hasta producir unas consecuencias lesivas o dañosas; y, en segundo lugar, la de cuándo a alguien que es garante del desarrollo posterior de una acción, le está permitido y le es lícito confiar en que un sujeto que actúe después se comportará correctamente. Así, «prohibición de regreso», dice también JAKOBS, es el nombre que se emplea para expresar la idea de que un sujeto al actuar después no puede determinar la imputación del daño por él causado al comportamiento del que ha actuado en primer lugar, especialmente si éste se ha comportado de un modo socialmente adecuado. Si es así, no debe responder del giro nocivo que otro dé a los acontecimientos y más bien se encuentra ante ellos como cualquiera.

Los límites de la prohibición de regreso —dice JAKOBS— pueden discutirse, pero el principio tiene que ser aceptado por todos aquellos que pretenden seguir garantizando que la libertad de perseguir los propios objetivos no puede quedar ahogada en la masa de los posibles contactos sociales. Una sociedad que está necesita-

da de que se ofrezcan prestaciones estereotipadas y que requiere condiciones estereotipadas de comportamientos sociales no puede renunciar a la prohibición de regreso.

4.ª Competencia de la víctima. La configuración de un contacto social puede hacer que el control de una situación no le corresponda sólo al autor del daño, sino también a la víctima. A veces es el mismo comportamiento de la víctima el que funda que sea a ella a quien haya de imputarse una consecuencia lesiva y puede ocurrir que la víctima se encuentre en tan desgraciada situación por obra del destino o por infortunio. De esta suerte, aunque el autor conozca las consecuencias lesivas de su comportamiento, puede afirmar frente a la víctima que dichas consecuencias son asunto de ella, cuando él se ha comportado conforme a su rol. Un comportamiento del que se sabe que producirá lesiones sigue siendo conforme al rol en la medida en que la víctima no tenga derecho a que no se produzca el comportamiento (p. ej., es lícito suspender determinadas prestaciones que se realizan por medio de aparatos que conservan con vida al paciente cuando no están indicadas médicamente y aunque este acto tenga efectos causales respecto del acto de la muerte). Es lícito que cuando riega un agricultor en una ladera cierta cantidad de agua descienda por ella hasta los cultivos del vecino.

En el Derecho español, la distinción entre causalidad e imputación objetiva ha sido aceptada por un buen número de sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. La sentencia de 5 de abril de 1983, con referencia a la de 20 de mayo de 1981, dice que:

«La sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1981 ya ha distinguido, con la precisión posible dentro de la difícil doctrina de la causalidad, entre relación causal e imputación objetiva, como categorías independientes y sucesivas, y que para la responsabilidad penal no basta con la constancia de la relación causal —a determinar según el criterio de la equivalencia de condiciones—, sino que además se precisa la imputación objetiva del resultado, para lo que se requiere la adecuación de la causa para producir aquél, como consecuencia lógica y natural de aquélla. Es decir, como se tiene adelantado, que la imputación objetiva se sitúa en un momento anterior a la llamada imputación subjetiva. La concurrencia o no de la causalidad es algo empíricamente constatable, a determinar según los métodos de las ciencias naturales, y ésta es la base de la teoría de la equivalencia de condiciones. Pero otra cosa distinta es que para el injusto típico se requiera además

la concurrencia de una categoría puramente normativa: la imputación objetiva; es decir, que mediante criterios extraídos de la esencia y función del tipo del injusto, se pueda afirmar desde el punto de vista jurídico penal que un resultado es objetivamente atribuible, imputable a una acción. Como criterios de imputación objetiva del resultado pueden señalarse (como más frecuente) el de la adecuación, pero también pueden existir otros, como el de la relevancia, el de la realización del peligro inherente a la acción base, o los de incremento o disminución del riesgo, o el del fin de protección de la norma».

La misma distinción ha sido también recogida por Fernando PANTALEÓN (12), aunque, desgraciadamente como el autor citado dice, esta distinción no ha tenido todavía eco en la doctrina civilista española.

Para entender los denominados criterios de imputación objetiva, que la mayor parte de las veces son criterios de exclusión de la imputación, conviene no perder de vista alguno de los fundamentos de esta dirección dogmática, que implícitamente se encuentra expuesto con anterioridad. Hay que partir de que en el terreno de la causalidad la única dirección lógica y dogmática es la denominada equivalencia de las condiciones, que hace preciso excluir la imputación objetiva a una causa anterior inmediata, cuando concurren circunstancias que así lo aconsejan. Los criterios propuestos para establecer o excluir la imputación objetiva son los siguientes:

1.º *Riesgo general de la vida.* Si el curso causal que conduce a un resultado lesivo, ha sido puesto en marcha por un autor mediato, pero en él, posteriormente, han intervenido acciones de terceros que resultan modos de actualización del riesgo habitualmente ligado a la existencia natural del daño o a los que se desencadenan en la existencia humana en la forma de socialización y civilización correspondiente, no se deben imputar los daños al autor mediato. Por ejemplo, no se puede imputar objetivamente a quien causó heridas leves a otro, los daños que éste haya sufrido en un accidente de circulación en que se vió envuelto el taxi que le llevaba al hospital.

2.º *Prohibición de regreso.* Como se dijo más arriba, no deben imputarse objetivamente a quien puso en marcha un curso

(12) *Causalidad e imputación objetiva: Criterios de imputación*, en «Asociación de Profesores de Derecho civil, Centenario del Código Civil», Madrid, 1990, II, pág. 1561.

causal que condujo al resultado dañoso, cuando en éste interviene sobrevenidamente la conducta dolosa o gravemente imprudente de un tercero. En estos casos se habla de «prohibición de regreso», de «regresar» desde el tercero que doloso o culpablemente interviene causando el daño, hasta el que desencadenó el curso causal, por más que hubiera sido condición *per se* del daño.

La prohibición de regreso debe incluir aquellos casos en que la conducta dañoso de tercero se haya visto decisivamente favorecida por el autor mediato y aquellos otros casos en que el autor mediato infringiera una norma cuya finalidad consistiera en prevenir o evitar la indefensión del tercero. En este sentido hay, por ejemplo, responsabilidad del que tiene bajo su custodia una cosa determinada, si como consecuencia de haber abandonado la custodia, un tercero la roba o se apodera de ella.

3.º *El criterio de la provocación.* Ha sido desarrollado para resolver los problemas de imputación objetiva en dos grupos de casos fundamentalmente.

En el primero, una persona resulta lesionada (o lesiona a un tercero) en un accidente sufrido en la persecución de un delincuente o de un dañante que huyó del lugar de los hechos. Los daños derivados de tales lesiones son objetivamente imputables a quien huyó, siempre que pueda estimarse que la persecución fue «provocada» por él, en el sentido de poder considerarse una conducta irrazonable, atendida la condición del perseguidor (la política puede y debe asumir mayores riesgos que los particulares) y tras una ponderación *ex ante* de los riesgos reconocibles de la persecución frente a la importancia de llevarla a cabo en ese momento y manera, y las probabilidades de éxito de la misma. Se da por supuesto que el accidente sufrido por el perseguidor ha sido realización del riesgo aumentado típico de la persecución: si podría haberle sucedido igual aun no persiguiendo a nadie, la imputación objetiva quedará excluida por aplicación del criterio del riesgo general de la vida.

En el segundo grupo de casos, el daño asume el riesgo del que finalmente resulta víctima (o causa daño a un tercero) en su intento de salvar su vida, integridad física o bienes, o la vida, integridad física o bienes ajenos, de una situación de peligro cierto, creada culpablemente por el responsable. También aquí habrá que afirmar la imputación objetiva del daño, con independencia de que el intento de salvamento tenga o no éxito, salvo que el mis-

mo haya de considerarse altamente irrazonable, por existir una enorme desproporción entre el riesgo asumido y el valor del bien en peligro, en relación con la probabilidad de salvarlo. El culpable de un accidente de circulación en el que resulte incendiado un vehículo que en cualquier momento pueda explotar, responderá de la muerte de quien fallezca, al explotar el vehículo, cuando pretenda salvar a un niño atrapado en él; pero no de quien perezca cuando intentaba salvar las maletas. Junto al creador culpable de la situación de peligro, quedará obligado, en su caso, a indemnizar al dañado, el titular del bien amenazado.

4.º *El fin de protección de la norma.* No pueden ser objetivamente imputados a la conducta del autor aquellos resultados dañosos que caigan fuera del ámbito o finalidad de protección de la norma sobre la que pretenda fundamentarse la responsabilidad del demandado.

Las normas que imponen el descanso dominical, dice F. PANTALEÓN (13), no tienen por finalidad preservar la vida o la integridad física de los trabajadores que realizan sus tareas en un punto próximo a un polvorín, que explota en domingo (cfr. STS 22 de febrero de 1946). Del mismo modo, la finalidad de las normas que prohíben transportar personas en vehículos dedicados al transporte de mercancías (art. 205.I CCirc.), no es prevenir el mayor riesgo que entraña para las personas ser transportadas en vehículos que no reúnen las condiciones de seguridad, sino proteger, frente a la concurrencia, a las empresas destinadas al transporte de viajeros, por lo cual, no son imputables, por esa razón, al transportista las lesiones sufridas por viajeros en un vehículo de transporte de mercancías en un accidente de circulación.

5.º *El criterio denominado de incremento del riesgo o de la conducta alternativa correcta.* No puede imputarse a una determinada conducta un concreto evento dañoso, si, suprimida idealmente aquella conducta, el evento dañoso en su configuración totalmente concreta se hubiera producido también con seguridad o probabilidad rayana en la certeza, y si la conducta no ha incrementado el riesgo de que se produzca el evento dañoso.

La misma regla es aplicable, en los casos en que el evento dañoso se impute a una omisión, si la acción debida no hubiera impedido el resultado dañoso y tampoco hubiera incrementado el riesgo de que se produzca.

(13) *Ob. cit.*, pág. 1987.

6.º *Los supuestos de competencia de la víctima.* Aunque suelen ser examinados, desde el punto de vista de la culpabilidad, pertenecen también a los problemas de imputación objetiva. Como hemos visto más arriba, si en la configuración de un contacto social, el control de la situación corresponde a la víctima, es a ella a quien deben imputarse las consecuencias lesivas y no al comportamiento del autor mediato. Por ejemplo, si en un ascensor, en el que claramente existe un aviso que impide que entren más de cuatro personas, los tres primeros que han entrado permiten la entrada de otros tres, es competencia de todos ellos controlar la situación, salvo que existan circunstancias especiales del propietario de la máquina.

Fuera de estos criterios, y para resolver los problemas que no encuentren solución a través de ellos, F. PANTALEÓN propone utilizar todavía, como criterio de imputación, el de la adecuación en la fórmula de TRÄGER, que define diciendo que no se puede imputar objetivamente un concreto resultado dañoso a la conducta del autor cuando la producción de este evento hubiera sido descartada como extraordinariamente improbable, por un observador experimentado, que hubiera contado con los especiales conocimientos del autor y hubiese enjuiciado la cuestión *ex ante*, es decir, en el momento en que el autor se dispuso a realizar la conducta que desembocó en el resultado dañoso de cuya imputación se trata.

3

3

8º) Hecho de la víctima: Aunque en ambas responsabilidades si el daño es atribuible a un hecho de la víctima desaparece la responsabilidad del autor material, en la responsabilidad extracontractual es posible la llamada "compensación de culpas", de modo que se permite al juez rebajar la indemnización si se comprueba que la víctima se expuso imprudentemente al daño (art. 2330).

9º) Cláusulas modificatorias de responsabilidad: Estas cláusulas son más usuales en la responsabilidad contractual que en la extracontractual. Por ello algunas de estas cláusulas son excluidas en los contratos de adhesión. Así lo establece expresamente la Ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos del Consumidor, en su art. 16, letra e.

10º) Competencia judicial: La responsabilidad contractual puede sujetarse antes de su surgimiento a un juicio arbitral. No parece procedente esto en materia de responsabilidad extracontractual, en la que el autor del delito o cuasidelito y la víctima no tienen relación jurídica entre sí. A falta de compromiso, la acción de responsabilidad contractual debe ejercerse ante los jueces de letras de jurisdicción civil y si se reclama una indemnización dineraria, deberá conocer el juez del lugar que las partes hayan estipulado en el contrato y, a falta de estipulación, el del domicilio del demandado (art. 138 COT). La acción de responsabilidad extracontractual se interpondrá ante el juez letrado con jurisdicción civil, pero del lugar del domicilio del demandado (art. 134 COT). En los casos en que el ilícito es castigado penalmente, ambos tipos de responsabilidad pueden hacerse valer ante el juez del crimen competente según las reglas del proceso penal. Si el ilícito es contravencional de conocimiento de los juzgados de policía local, estos serán competentes para conocer de las demandas civiles de indemnización.

11º) Ley aplicable: La determinación de la ley aplicable, sea en cuanto al territorio o en cuanto al tiempo, tiene matices diferentes según se trata de responsabilidad derivada de contrato o de responsabilidad por ilícitos extracontractuales. La responsabilidad del contrato se rige por la ley vigente en el lugar y tiempo en que fue otorgado (arts. 16 del Código Civil y 22 Ley

sobre Efecto Retroactivo de las Leyes²⁶), salvo que se trate de un contrato otorgado en el extranjero, caso en el cual si la responsabilidad se hace valer ante los tribunales chilenos, deberá acogerse a las leyes chilenas, en conformidad con el inciso 3º del art. 16. La responsabilidad por un delito o cuasidelito civil se rige por la ley del lugar y tiempo en que se hubiere cometido el hecho ilícito.²⁷

12º) Prescripción de la acción: En la responsabilidad contractual se aplican las reglas comunes de la prescripción (art. 2515); en la responsabilidad extracontractual se establece una prescripción especial de cuatro años (art. 2332).

d) Interconexiones entre responsabilidad contractual y extracontractual

d.1) Cúmulo o concurso de responsabilidades

La doctrina y los tribunales se han preguntado si un mismo hecho puede dar lugar a responsabilidad civil contractual y extracontractual a la vez, y cuál de las regulaciones debería aplicarse. Al menos tres posturas pueden distinguirse al respecto:

a) La teoría de la no acumulación (el *non cumul* de la jurisprudencia francesa), según la cual existiendo contrato las reglas de la responsabilidad contractual excluyen la aplicación de las normas de la responsabilidad delictual; b) La teoría del cúmulo opcional o concurso de acciones (seguida por la jurisprudencia italiana), de acuerdo con la cual la víctima dispondría de dos acciones y podría optar entre ejercer una u otra; y c) La teoría del concurso de normas, en virtud de la cual la acción es una sola: la petición de reparar los perjuicios, por lo que perfectamente pueden ser aplicables al supuesto de hecho normas propias de la responsabilidad contractual en ciertos aspectos y

²⁶ La excepción que contempla el art. 22 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes respecto a que "las penas para el caso de infracción a lo estipulado en ellos" se regirán por las leyes vigentes a la fecha de comisión de la infracción, no se refiere a la responsabilidad civil, ya que ésta no tiene el carácter de pena.

²⁷ ALESSANDRI, A. ob. cit., N° 26, p. 51.

normas de la responsabilidad extracontractual para otros.²⁹ Esta elección puede considerarse un derecho de la víctima, la que elegiría las normas más favorables (se habla entonces de cúmulo amplio o efectivo) o reservarse a la interpretación judicial.

En general, el "cúmulo efectivo" es considerado una posición demasiado extrema. Se discute, en cambio, la procedencia del "cúmulo de opción" o la del concurso de normas sujetas a interpretación judicial. La cuestión tiene alcance práctico, ya que las reglas de una y otra responsabilidad son diferentes, y bien podría a la víctima convenir más una que otra (por ejemplo, para acreditar la culpa, para evitar la excepción de prescripción, para eludir una limitación del grado de culpa o del monto indemnizable pactado en un contrato, etc.).

La doctrina chilena, en su mayor parte, se pronuncia por la teoría de la no acumulación fundada en la obligatoriedad y primacía de la voluntad de las partes expresada en el contrato.

Escribe Alessandri: "Cuando las partes o la ley, supliendo o interpretando la voluntad de aquéllas (art. 1347), han determinado la culpa de que responderá el deudor, lo han eximido de responsabilidad o han limitado ésta en tal o cual forma, esa voluntad es ley (art. 1345). Admitir que el acreedor pueda prescindir del contrato y perseguir la responsabilidad del deudor fuera de sus términos con arreglo a los arts. 2314 y siguientes del Código Civil, sería destruir la fuerza obligatoria de la convención...".³⁰ Sólo admite el cúmulo de opción cuando las partes así lo hayan convenido y cuando la infracción al contrato constituye un delito o cuasidelito penal. Igual piensan Carlos Duccini³¹ y Abelituk.³² En contra, se pronuncia Orlando Tapia,³³ y más recientemente, Rodrigo Borcia.³⁴

²⁹ Cfr. CAVANILLAS MUCCI, A. SANTIAGO, y TAPIA FERNÁNDEZ, ISABEL, *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, pp. 59 y ss. Los autores se decantan por aplicar al derecho español la teoría de la confluencia indistinta de normas de acuerdo a la finalidad teleológica de cada una de ellas.

³⁰ ALESSANDRI, A., ob. cit., N° 46, p. 84.

³¹ DUCCHI CLARO, CARLOS, *Responsabilidad civil (extracontractual)*, Empresaria Periodística El Imparcial, Santiago, 1986, p. 13.

³² ABELITUK, RENE, ob. cit., t. II, N° 935, pp. 834-835.

³³ BORCIA LEHMANN, RODRIGO, "Algunas consideraciones sobre el principio de responsabilidad", en ALVY, *Instituciones Modernas de Derecho Civil. Homaje al profesor Fernando Fajó Laner*, Comosur, Santiago, 1996, pp. 362 y ss.

La jurisprudencia chilena ha sido reacia a aceptar el cúmulo. Algunas veces esto va en beneficio de las víctimas, ya que se entiende que las reglas de la culpa bastando con acreditar el incumplimiento (C. Sup., 30 de junio de 1915, *RDJ*, t. XIII, sec. 1°, p. 110; C. Sup., 1° de diciembre de 1917, *RDJ*, t. XV, sec. 1°, p. 302). En otras funciona en perjuicio del demandante, ya que le impide el resarcimiento del daño moral, que, en esta época, es considerado propio de la responsabilidad aquiliana y no de la contractual (C. Sup., 18 de abril de 1950, *RDJ*, t. XLVII, sec. 1°, p. 127). Existe, empero, una antigua sentencia que recayó en un proceso de responsabilidad por daños causados en un accidente ferroviario y que, implícitamente, acogió la tesis del "cúmulo efectivo", ya que calificó el hecho como cuasidelito, y no obstante lo cual aplicó la presunción de responsabilidad del porteador prevista en el Código de Comercio para el contrato de transporte (C. Sup., 13 de diciembre de 1920, C. 1920, 2° sem., N° 67, p. 357).

En 1951 la Corte Suprema vuelve a reafirmar la tesis de la separación de responsabilidades, pero juzga que si las partes han pactado en el contrato (de transporte) la aplicación del régimen de responsabilidad extracontractual, debe estarse a lo pactado (C. Sup., 3 de julio de 1951, *RDJ*, t. XLVIII, sec. 1°, p. 252). No parece haber problemas tampoco para acoger el cúmulo de opción, cuando la infracción contractual constituye a la vez un ilícito penal (C. Sgo., 19 de agosto de 1983, *RDJ*, t. LXXX, sec. 2°, p. 79).³⁵ En los últimos años existe una cierta indecisión: hay pronunciamientos categóricos en contra de la posibilidad de la opción y que imponen la aplicación de la normativa contractual (C. Sgo., 14 de julio de 1994, *RDJ*, t. XCII, sec. 2°, p. 85; C. Sgo., 8 de septiembre de 1992, *RDJ*, t. LXXXIX, sec. 2°, p. 129; C. Sup., 30 de julio de 1991, *RDJ*, t. LXXXVIII, sec. 1°, p. 40; C. Sgo., 4 de noviembre de 1999, *RDJ*, t. XCVI, sec. 2°, p. 100). Pero en otras sentencias se abre la posibilidad de recurrir a la vía extracontractual, no obstante la presencia de un contrato: la Corte de Santiago, en fallo de 1993 en el que se analizaba la responsabilidad de una clínica en el tratamiento de un enfermo, ha dicho que

³⁵ Señala el fallo: "Se ha estimado por la doctrina y la jurisprudencia que cuando la inexecución de una obligación contractual constituye, a la vez, un delito o un cuasidelito penal, el acreedor puede invocar la responsabilidad contractual o la delictual o cuasidelictual, a su arbitrio, conforme a lo previsto en el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, en relación con los artículos 2314 y siguientes del Código Civil..." (C. Sgo., 19 de agosto de 1993, *RDJ*, t. LXXX, sec. 2°, p. 79). Como es lógico, se advierte que para que prospere la acción civil de responsabilidad extracontractual deberá acreditarse la responsabilidad penal en el proceso criminal correspondiente.

"La existencia de una relación contractual no impide al actor demandar la indemnización de daños conforme a las reglas de la responsabilidad extracontractual" (C. Sigo., 23 de enero de 1993, C.f. N° 151, p. 54). No obstante, la misma Corte, esta vez tratándose de un contrato de obra pública, ha dicho que "siendo el fundamento de la demanda la responsabilidad contractual (contrato de obra pública) de la parte demandada, no procede que al mismo tiempo se dirija acción en su contra por la responsabilidad extracontractual o delictual que nacería de los mismos hechos" (C. Sigo. 8 de septiembre de 1992, *R.D.f.* t. LXXIX, sec. 2ª, p. 129). Una sentencia más reciente de la Corte de Apelaciones de Concepción, no casada por la Corte Suprema, reconoce que la existencia de un contrato entre empleador y trabajador no excluye la posibilidad de que éste demande por la vía extracontractual (C. Sup. 17 de marzo de 1997, *R.D.f.* t. XCIV, sec. 3ª, p. 26).

En nuestro criterio, procede el concurso de responsabilidad cuando prescindiendo del contrato, el daño causado sería igualmente indemnizable por generar responsabilidad extracontractual. No vemos por qué esto sólo podría ser aplicable, como sostiene la doctrina tradicional, únicamente cuando el hecho sea sancionable penalmente.³⁶ Lo mismo debiera aplicarse, por imperativos lógicos, cuando el ilícito es sancionado por normas civiles o contravencionales o por violación del principio general del *neminem laedere*. Ahora bien, si el comportamiento dañoso es ilícito con prescindencia de la norma contractual, tendremos configurado el presupuesto normal de procedencia de la acumulación de regímenes reparatorios. Pero es necesario avanzar un poco más: pensamos que, no obstante lo anterior, el cúmulo no será admisible y deberá aplicarse imperativamente el régimen contractual cuando las partes lo hayan expresamente establecido en el contrato o cuando, a falta de estipulación expresa, el sometimiento a la distribución de los riesgos previstos en el contrato es una cláusula que emana de la naturaleza de la relación contractual o es impuesta por el principio de buena fe. En efecto, si existen cláusulas contractuales que regulan la distribución de ciertos daños previsibles en ejecución del contrato, sería contrario a la buena fe que se admitiera a una

³⁶ Pueden verse las críticas que a esta posición formula MAZEAUD, H., ob. cit., p. 71.

de las partes eludir esas cláusulas invocando las normas de responsabilidad extracontractual.³⁶ Esta especie de presunción de que las partes han valorado y asumido los riesgos propios de la ejecución del contrato será aplicable para aquellos acuerdos en los que ambas partes han libremente determinado su contenido. No puede decirse lo mismo respecto de los contratos de adhesión o predispuestos, en los que sería irreal estimar que las personas o consumidores han realizado una valoración de la carga de los riesgos al contratar.³⁷

En los casos en los que procede, la opción de acciones corresponde, a nuestro juicio, al demandante, y debe ejercerla al momento de interponer la demanda. No procede que demande nuevamente por la otra responsabilidad; en tal caso podría ser procedente la excepción de litispendencia para evitar el doble juicio. Si una de las demandas ha sido fallada, no podría interponerse una nueva acción fundada en la otra forma de responsabilidad (se ha fallado que si la responsabilidad contractual ha sido materia de un contrato de transacción, procede la excepción de cosa juzgada frente a la demanda que, fundándose en los mismos hechos, pretende indemnización por

³⁶ Cfr. DIEZ-PICAZO, L., ob. cit., pp. 266-267, señala que la opción no puede tener lugar en aquellos casos en los que el contrato contiene reglas específicas distribución de los riesgos o incluso reglas contractuales sobre la distribución de los daños previsibles. Comenta el ejemplo de Monateri consistente en que los organizadores de un raid aéreo con antiguos aeroplanos habían acordado con los periodistas que asistieran a cubrir el evento que no responderían de los riesgos de accidentes. Al caer un aeroplano murió uno de los periodistas, y para evitar la cláusula de asunción de riesgos del contrato, se pretendió invocar la responsabilidad extracontractual. Tal demanda fue correctamente desestimada. MAZEAUD, H., ob. cit., pp. 63 y ss., excluye la posibilidad del cúmulo toda vez que las partes han previsto en el contrato la responsabilidad en la que se incurrirá en caso de incumplimiento o cuando pactan que se apliquen reglas de responsabilidad menos severas que las contempladas para la responsabilidad extracontractual.

³⁷ YZQUIERDO, M., ob. cit., p. 105: "Cuando los contratantes tienen la ocasión de pactar, de asumir los riesgos conscientemente, de 'verse las caras', en una palabra, la regulación por ellos querida desplazará a las normas extracontractuales, y allí sí es lógico seguir manteniendo la dualidad de sistemas ... Pero tanto más nos alejemos del modelo de la autonomía contractual, tanto más recomendable será unificar las esferas, no ya sólo desde el punto de vista metodológico, sino también en el orden de las consecuencias prácticas".

la vía extracontractual: C. Sigo., 4 de noviembre de 1999, *RDJ*, t. XCVI, sec. 2ª, p. 100).³⁸

Interpuesta la acción elegida, habrá de estarse plenamente a su régimen jurídico, sin que le sea admitido al actor invocar beneficios jurídicos que correspondan al régimen de la acción no deducida. La tesis del concurso normativo parece presentar demasiados frentes abiertos a la discrecionalidad y conlleva una desnaturalización por conmixión de los regímenes de responsabilidad, que, siendo diferentes, deben mantener su regulación en todos los supuestos regidos por ellos.

No hay propiamente cúmulo de responsabilidades si un hecho reviste las características de incumplimiento contractual para una persona y al mismo tiempo genera un daño para otra persona no vinculada por el contrato. Así, por ejemplo, si por negligencia de un empleado bancario un banco protesta indebidamente unos cheques de una sociedad, y ello causa un daño a la persona natural que es representante de la persona jurídica, se acepta que se interpongan conjuntamente las acciones de responsabilidad contractual (de la sociedad contra el banco) y de responsabilidad extracontractual (de la persona natural afectada contra el mismo banco). Las acciones diversas pueden acumularse en vía principal, ya que pueden emanar de los mismos hechos (en la terminología procesal estaríamos frente a un litisconsorcio voluntario simple).

No hay tampoco cúmulo cuando se imputa a uno de los contrantes haberse puesto voluntariamente en la imposibilidad de cumplir el contrato, como parece sostenerlo el fallo de la C. Sup., 26 de enero de 2000, *RDJ*, t. XCVII, sec. 1ª, p. 36, al estimar acreditada la responsabilidad extracontractual de un promitente vendedor que se pone en imposibilidad de cumplir con la promesa por la enajenación a un tercero del bien prometido. El hecho ilícito aquí no es la enajenación en sí, sino el incumplimiento contractual en el que se resuelve la conducta. Hay por tanto responsabilidad contractual y no extracontractual.

³⁸ Sobre la aplicación de la cosa juzgada a los supuestos de concursos de acciones, cfr. ROMERO SEGUEL, ALEJANDRO, *La cosa juzgada en el proceso civil chileno. Doctrina y jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, pp. 83-87.

d.2) Ejercicio conjunto de acciones de responsabilidad contractual y extracontractual

En los casos en los que se admite el cúmulo, puede preguntarse si es admisible que se ejerzan simultáneamente por la víctima en un mismo proceso la acción de responsabilidad contractual y la de responsabilidad extracontractual. En la medida en que concordemos en la procedencia del cúmulo de opción, el demandante podrá deducir ambas acciones, pero una en subsidio de la otra, ya que ambas deben entenderse incompatibles entre sí (art. 17.2 CPC).³⁹

Cuando un mismo hecho importa responsabilidad contractual para las partes y extracontractual para un tercero, no habrá inconvenientes en admitir la acumulación procesal de ambas acciones, en conformidad al art. 18 CPC, ya que las acciones proceden directa e inmediatamente del mismo hecho.

La Corte de Santiago declaró que, si bien el problema del cúmulo de opción de responsabilidades en nuestro Derecho es cuestión discutida, "no es la que se ha ejercido en autos. En el caso en que nos ocupa, quien mantuvo y mantiene una relación contractual con el banco ha demandado la indemnización de los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato de cuenta corriente mientras que ... [un] tercero ajeno a la relación contractual ha demandado la indemnización de perjuicios que se le han causado conforme a las normas de responsabilidad extracontractual. Ambas peticiones no se contraponen y pueden, como se ha dicho, interponerse en forma simultánea y no en subsidio una de otra" (C. Sigo., 27 de diciembre de 1996, *C.J.* N° 198, p. 55).

d.3) Derecho común en materia de responsabilidad

Tradicionalmente se ha sostenido en Chile que las normas de responsabilidad contractual son el derecho común en la materia, mientras que las de responsabilidad extracontractual cons-

³⁹ Se trataría de lo que la doctrina procesalista llama "acumulación eventual de acciones". Cfr. ROMERO SEGUEL, ALEJANDRO, *La acumulación incidental de acciones (Artículos 17 y 18 del Código de Procedimiento Civil)*, Conosur, Santiago, 2000, pp. 80 y ss.

tituirían la excepción (Claro Solar,⁴⁰ Alessandri,⁴¹ Abeliuk⁴²). De esta manera, la responsabilidad derivada del incumplimiento de obligaciones cuasicontractuales y de obligaciones simplemente legales se regiría por los principios y criterios normativos de la responsabilidad contractual. Se cita en apoyo de esta tesis el contenido de los arts. 201, 250, 391, 427, 2308 y 2288, que hablan de culpa leve, de buen padre de familia y culpa levisima, etc. (graduaciones de culpa admisibles sólo en el terreno contractual), no obstante referirse a obligaciones legales o cuasicontractuales. En oposición a este criterio, Ducci defiende que las normas supletorias son las de los arts. 2314 y siguientes relativas a los delitos y cuasidelitos civiles.⁴³

En Francia, en cambio, prevalece la opinión de que la responsabilidad extracontractual constituye el régimen general.⁴⁴ En Italia, De Cupis postula que en la denominación de daño contractual debe considerarse todo incumplimiento de una obligación preexistente, aunque no sea de origen contractual.⁴⁵

En un fallo reciente la Corte de Apelaciones de Santiago, sin plantearse el problema de manera explícita, parece seguir la tesis tradicional, pues afirma que la prescripción que se aplica a la responsabilidad generada por el incumplimiento de una obligación de origen legal, no es la del art. 2332, sino la general aplicable a las acciones contractuales (art. 2515).⁴⁶

⁴⁰ CLARO SOLAR, L., ob. cit., t. XI, N° 1067, pp. 521-523.

⁴¹ ALESSANDRI, A., ob. cit., N° 28, p. 54.

⁴² ABELIUK, R., ob. cit., t. II, N° 929, pp. 761-762.

⁴³ DUCCHI, C., *Responsabilidad...*, cit., pp. 8 y ss.

⁴⁴ MAZEAUD, H., ob. cit., pp. 7-10; CARBONIER, JEAN, *Droit Civil*, Paris, 1972, t. IV, N° 113, p. 424.

⁴⁵ DE CUPIS, ADRIANO, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, trad. A. Martínez Sarrión, Bosch, Barcelona, 1975, pp. 133 y ss.

⁴⁶ La Corte de Apelaciones de Santiago, en relación con la obligación del Fisco dispuesta por la Ley N° 8.886, de 7 de octubre de 1949 (que autoriza al Presidente de la República para entregar a un particular terrenos fiscales), rechazó el criterio del juez de primera instancia que había acogido la excepción de prescripción aducida por el Fisco en virtud del artículo 2332 del Código Civil. La Corte modifica la sentencia y, reconociendo expresamente que se trata de una obligación *ex lege*, declara la prescripción, pero en virtud del art. 2515 del Código Civil. Debe notarse, sin embargo, que recomienda al Presidente de la República cumplir la obligación como natural (C. Stgo., 17 de junio de 1991, *RDJ*, t. LXXXVIII, sec. 2°, p. 68).

A nuestro juicio, las normas comunes en materia de responsabilidad por hechos ilícitos son las del título XXXV del libro IV del Código Civil, esto es, las de responsabilidad por obligaciones no convencionales. El argumento de que existen artículos que tratándose de obligaciones no contractuales emplean conceptos aplicables a la responsabilidad contractual es demasiado literalista para resultar convincente. Por otro lado, está claro que las reglas de responsabilidad contractual fueron dispuestas para su aplicación en el marco de una relación contractual y no corresponde una aplicación extensiva.⁴⁷

Tal vez, quepa propiciar una solución intermedia, distinguiendo el tipo de obligación: si se trata de obligaciones derivadas de un cuasicontrato, asemejándose éste a la regulación convencional, pueden aplicarse las normas de la responsabilidad contractual (y por lo cual resultarían congruentes los arts. 2287, 2298 y 2308, que suponen la graduación de la culpa); pero si se trata de obligaciones legales, la normativa a aplicar será la de la responsabilidad extracontractual, destinada justamente a regular los casos de violación de un principio jurídico general, como el de no dañar a otro injustamente.⁴⁸

d.4) Responsabilidad precontractual

La solución que se dé al problema anterior sirve para determinar cuál es el régimen de la llamada responsabilidad precontractual, esto es, la que se genera por el daño causado en las fases preparatorias que aún no han concluido en la celebración de un contrato. Fue Rudolf von Ihering quien forjó la teoría de la culpa *in contrahendo* asentando que la diligencia propia del contrato no sólo se exigía en las relaciones ya establecidas, sino también a las relaciones contractuales en vías de formación.

⁴⁷ Sobre los argumentos de una y otra posición, cfr. BORCIA, R., ob. cit., pp. 559-560.

⁴⁸ MAZEAUD, H., ob. cit., p. 8, rechaza esta posibilidad, sostenida en 1891 por Rouard de Card, por considerar que parte de la errada concepción de que los cuasicontratos son asimilables a los contratos. Es evidente, sin embargo, que la obligación de los cuasicontratos son obligaciones que se aproximan a las contractuales no en la génesis (donde no hay consentimiento), pero sí en su estructura.

()

()