

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea electrónico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

© ENRIQUE BARROS BOURIE
© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE
Carmen 8, 4° piso, Santiago
Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción N° 159.001, año 2006
Santiago - Chile
Se terminó de imprimir esta primera edición
en el mes de noviembre de 2006
IMPRESORES: Productora Gráfica Andros Ltda.
IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE
ISBN 956-10-1791-8

TRATADO DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

ENRIQUE BARROS BOURIE



CAPÍTULO II HECHO IMPUTABLE

§ 6. HECHO SUBJETIVAMENTE IMPUTABLE

27. El hecho voluntario de persona capaz como antecedente de la responsabilidad civil. a) La ley puede imponer obligaciones que tengan por antecedente un mero hecho jurídico. En ese caso no existe responsabilidad civil, sino, como señala el artículo 1437, una obligación legal. En contraste, la responsabilidad civil tiene siempre por antecedente un daño atribuido a la conducta libre del demandado.

Este principio es asumido por nuestro derecho, que establece como condición de la responsabilidad un hecho voluntario de quien resulta obligado (artículos 1437, 2284, 2314 y 2329). La ley civil acoge en esta disposición una cierta filosofía de la voluntad, en cuya virtud la responsabilidad tiene siempre por antecedente un acto libre del demandado.

b) Para que el hecho voluntario pueda ser imputado a su autor se requiere adicionalmente que éste tenga una aptitud elemental para discernir lo que es correcto y lo que es riesgoso. Por eso, la imputación subjetiva del hecho a su autor supone que éste tenga discernimiento suficiente, lo que se expresa en el requisito de *capacidad*.

28. Elemento material y subjetivo del hecho. a) El hecho voluntario puede ser descompuesto en dos elementos: uno de carácter externo, consistente en la conducta del sujeto, que expresa su dimensión material; y otro de carácter interno, que se refiere a la voluntariedad y muestra su dimensión subjetiva.

En su *dimensión material*, el hecho voluntario se expresa en un comportamiento positivo (la acción) o negativo (la omisión). Por regla general, los daños relevantes para el derecho son los producidos a consecuencia de una acción, pues el comportamiento puramente negativo, la pura omisión, está sujeto a requisitos particularmente exigentes para dar lugar a la responsabilidad: se requiere la existencia de un deber especial de actuar en beneficio de otro (*infra* § 11).

Carbonier 2000 405.



30. La capacidad como condición de imputabilidad. a) La imputabilidad subjetiva del hecho supone que el autor tenga algún grado mínimo de aptitud de deliberación para discernir lo que es correcto y lo que es riesgoso. Por eso, la capacidad constituye la más básica condición subjetiva de imputabilidad en la responsabilidad civil.

Chabas 2000 b N° 9; en Francia la incapacidad por demencia dejó de ser una excusa aceptable en el juicio de responsabilidad luego de la reforma al Código Civil introducida por una ley de 1968 (artículo 489-2); una corriente jurisprudencial tendió a expandir la idea de que la capacidad no era requisito de la responsabilidad; sin embargo, con posterioridad, el "estado de infancia" ha pasado a ser considerado al momento de apreciar la culpa (Vinay/Jourdain 1998 856).

Von Bar 1996 I 75.

§ 7. CAPACIDAD

En su dimensión subjetiva, el hecho que da lugar a responsabilidad supone que la libertad del sujeto para actuar. La conducta sólo es voluntaria en la medida en que pueda ser imputada a una persona como su acción u omisión libre. En otras palabras, la conducta debe ser atribuible al sujeto responsable como su hecho. El requisito de voluntariedad del hecho muestran un sustrato retributivo de la responsabilidad civil (*supra* N° 11): sólo se responde por actos que puedan ser subjetivamente atribuidos al demandado.

b) La subjetividad de la acción rara vez forma parte explícita del juicio de responsabilidad. En general, la atención se centra exclusivamente en la dimensión material del hecho, porque, por un lado, las reglas sobre capacidad delictual son amplias (*infra* § 7), y, por otro, porque sólo excepcionalmente puede ser excluida la responsabilidad en razón de que el acto del demandado no es voluntario (*infra* § 8).

29. Decaimiento de los elementos subjetivos de la responsabilidad. La tendencia a la objetivación de la culpa ha tenido como consecuencia una debilitamiento o la franca retirada de los elementos subjetivos de la responsabilidad. Ante todo, esta evolución se muestra en que la culpa es entendida objetivamente como ilícito civil (*infra* § 10). En algunos ordenamientos, como el francés, incluso se ha terminado por eliminar la capacidad como requisito de responsabilidad (haciendo responsable a infantes y dementes), en una evolución que ha sido entendida como el triunfo definitivo de la apreciación en abstracción de la responsabilidad.

En la mayoría de los sistemas de nuestra tradición jurídica se han conservado, sin embargo, la capacidad y la voluntariedad del hecho como los supuestos subjetivos mínimos de la imputabilidad civil, aunque la culpa, con matices que varían de un sistema jurídico a otro, haya pasado a ser generalmente concebida en términos objetivos.

§ 7. CAPACIDAD

30. La capacidad como condición de imputabilidad. a) La imputabilidad subjetiva del hecho supone que el autor tenga algún grado mínimo de aptitud de deliberación para discernir lo que es correcto y lo que es riesgoso. Por eso, la capacidad constituye la más básica condición subjetiva de imputabilidad en la responsabilidad civil.

HECHO IMPUTABLE

b) La capacidad es un concepto jurídico que se define en términos negativos. El derecho define quienes carecen de aptitud suficiente de deliberación para ser considerados responsables (artículo 2319). Al igual que en materia contractual (artículo 1446), la capacidad es la regla general en materia de responsabilidad que "no son capaces de delito o cuasidelito los menores de siete años ni los dementes". Además, "queda a la prudencia del juez determinar si el menor de dieciséis ha cometido el delito o cuasidelito sin discernimiento", en cuyo caso se le tiene por incapaz.

La comparación de las reglas de capacidad permite apreciar que los requisitos de capacidad que el Código Civil establece en materia de responsabilidad contractual son inferiores a los que rigen en materia contractual y penal. En materia penal, por regla general están exentos de responsabilidad los menores de dieciocho años. Los mayores de catorce y menores de dieciocho años, denominados adolescentes, se sujetan a un estatuto especial que regula la responsabilidad penal juvenil (artículo 10 N° 2 del Código Penal).⁵ Bajo los catorce años las personas no pueden ser tenidas por responsables en materia penal y el Estado renuncia respecto de ellas a la persecución de las conductas constitutivas de delito.⁶

La capacidad civil extrac contractual es también más amplia que la contractual, en atención a que ésta se adquiere plenamente a los dieciocho años, sin perjuicio que se pueda actuar autorizado por el representante legal a partir de la pubertad (artículo 1447), y de la capacidad especial del menor que ejerce una industria o empleo (artículo 254). En verdad, la aptitud para apreciar el riesgo, por el contrario, en sede contractual se requiere haber alcanzado una racionalidad estratégica que habilita para los negocios.⁷

c) Resulta discutible si la capacidad es igualmente relevante cuando la culpa de la propia víctima ha colaborado causalmente en el accidente (artículo 2330). En este caso se puede hablar, más que de un deber, de una

La responsabilidad penal juvenil se encuentra regulada en la ley N° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad penal de los adolescentes por infracciones a la ley. La ley establece un régimen especial por penas menores severas y medidas alternativas a las penas privativas de libertad que persiguen sancionar y favorecer el desarrollo e integración social del condenado; para un análisis del sistema de justicia penal para adolescentes, véase Barrios 2005 *passim*.

En el caso de las faltas sólo son responsables conforme a la ley N° 20.084 los adolescentes mayores de dieciséis años y exclusivamente tratándose de aquellas tipificadas en los artículos 494 N° 1, 4, 5 y 19, sólo en relación con el artículo 477, 494 bis, 495 N° 21, y 496 N° 5 y 26, del Código Penal y de las tipificadas en la ley N° 20.000. En los demás casos, las faltas cometidas por adolescentes constituyen contravenciones administrativas que para todos los efectos legales y su juzgamiento se sujetan al procedimiento regulado en el párrafo 4° de la ley N° 19.968, de tribunales de familia (ley N° 20.084, artículo 1° III; ley N° 19.968, artículo 102 A).

⁵ Alessandrini 1943 130.



31. Incapacidad del demente. a) La demencia expresa genéricamente la incapacidad que atañe a la víctima (*infra* Nº 287); en verdad, cualquiera sea la carga que soporte la víctima (*infra* Nº 287), no hay razón para no considerar su conducta objetivamente imprudente al momento de valorar la indemnización que debe recibir del demandado (*infra* Nº 283). Lo anterior no obsta a que el deber de cuidado del demandado pueda estar precisamente determinado por la presencia de niños u otros incapaces (como puede ocurrir con la conducción en una zona de escuela).

b) La noción jurídica de demencia no es necesariamente coincidente en materia de responsabilidad contractual y extrac contractual, porque, tal como ocurre en materia de edad, el umbral de delib eración exigido por el derecho puede diferir en una y en otra.

Ante todo, el decreto de interdicción no produce en materia de responsabilidad extrac contractual efectos permanentes e irreversibles como ocurre en materia de interdicción no produce en materia de responsabilidad extrac contractual efectos permanentes e irreversibles como ocurre en materia contractual? La esta sede, el decreto tiene el efecto de excluir la capacidad negocial, sin que sea posible alegar lucidez cívica en materia contractual (artículos 456 y 465 del Código Civil). Por el contrario, en materia extrac contractual tal decreto es sólo un antecedente, que podrá servir de base para una declaración judicial específica de demencia en el juicio de responsabilidad.

De hecho, una persona puede ser incapaz de manejar sus bienes y, sin embargo, no tener perturbada su capacidad para discernir el límite de lo correcto y lo incorrecto. En consecuencia, al menos retóricamente, el interdicción por demencia puede ser tenido por capaz para efectos de establecer su responsabilidad extrac contractual. Esta conclusión es consistente con la regla de que los requisitos de capacidad contractual son más exigentes que los de la responsabilidad aquiliana.

c) En principio, debe asumirse que son constitutivas de demencia las graves deficiencias en la capacidad intelectual o volitiva. Esta decisivamente afectada la capacidad intelectual si la persona carece de conciencia acerca de lo correcto o discernimiento respecto de los riesgos de la acción; lo está la voluntad si no puede ejercer un control racional sobre los propios actos. La expresión demente, en la medida que médicamente traiga consigo estos efectos, comprende condiciones tan diferentes como la imbecilidad, la esquizofrenia y los extremos estados maniaco-depresivos.

7 Así, Alessandri 1948 134; para Ducul 1956 51, el decreto de interdicción tiene el valor de una prueba pericial; en contrario, R. Rodríguez 1999 189.

8 Deusch/Ahrens 2002 70.

d) La prueba de la demencia, siguiendo la regla que hace presumir la capacidad, corresponde a quien la alega como excusa.

32. Incapacidad del menor. a) El artículo 2319 comprende dos reglas: en principio, son incapaces los niños que no han cumplido siete años; además, pueden ser tenidos por incapaces los menores de diecisiete años, si el juez prudentemente estima que han actuado sin discernimiento.

b) En circunstancias que el discernimiento requerido como condición de la capacidad expresa la exigencia elemental de que la acción pueda ser atribuida subjetivamente al menor, basta, como en el caso del demente, que el menor sea capaz de discernir la corrección y el riesgo que suponga su acción.

En la responsabilidad por culpa, el discernimiento supone la capacidad para comprender que un acto es ilícito, así como una mínima aptitud de apreciación del riesgo. La comprensión exigida puede presumirse respecto de acciones cuya incorrección es intuitivamente conocida por niños de la misma edad. A la conducción contraria llegará razonablemente el juez si se trata de riesgos que el niño no está en condiciones de valorar (como si un niño de ocho años que no ha estado sujeto a experiencia tecnológica previa presiona por curiosidad una tecla cualquiera de un computador que está a su alcance y borra información valiosa).

En definitiva, el discernimiento sólo puede juzgarse en concreto, atendiendo a las particularidades circunstanciales del niño y del riesgo. Por el contrario, una vez despojada la pregunta por la capacidad, el estándar de cuidado que debe observarse en la situación de riesgo es una cuestión que pertenece al juicio de culpa y tiende a plantearse con prescindencia de las peculiaridades subjetivas del autor del daño (*infra* Nº 42).

En verdad, el juicio de discernimiento es una facultad prudencial del juez de la causa, que es expresiva de la lib eración del derecho civil en materia de capacidad: en la duda, al menor se le tiene por responsable, salvo que se muestre su falta de discernimiento.¹⁰

9 Así, tempranamente se halló que hay responsabilidad del menor de doce años que da muerte a una persona utilizando un arma de fuego "por no haber evitado la dirección del arma cargada hacia el finado M. en el momento en que éste pasaba por su frente" (Corte de Santiago, 20.6.1861, G. de los T., 1861, Nº 1056, 666). En otro caso, se dijo que "comete cuasidelito (...) el menor de doce años de edad que atropella con el auto que maneja, sin tener la autorización competente ni la edad que requirieren los reglamentos, a una persona, causándole la muerte" (Corte de Concepción, 9.10.1889, G. de los T., 1889, 2º sem., Nº 161, 672). En el mismo sentido, Alessandri 1943 140; Ducul 1956 52.

10 El ejercicio por el juez civil de la facultad de efectuar un juicio de discernimiento es casi desconocido en la práctica. En materia penal se trata de un sistema abandonado para determinar la capacidad, por ser un mecanismo demasiado imperfecto y de muy difícil de aplicar. En la República de Chile, la deficiencia parece extensible al ámbito civil.

33. Responsabilidad por el hecho de los incapaces. a) La incapacidad excluye la responsabilidad y, en consecuencia, la víctima del accidente queda privada de acción contra quien causó el daño. Pero suelte ocurrir que el acto del incapaz se deba a la negligencia de quien lo tiene a su cargo. En esta situación, quien tiene al incapaz bajo su cuidado puede ser hecho responsable por su propia negligencia, consistente en haber fallado al cuidado debido, correspondiendo al demandante probar esa imprudencia de acuerdo a las reglas generales de la responsabilidad (artículo 2319 I).

b) La responsabilidad que grava al custodio del incapaz es distinta de la responsabilidad por el hecho ajeno, cuya regla general se encuentra en el artículo 2320 del Código Civil, y que esta sujeta a un importante régimen de presunciones de culpabilidad (*infra* § 17).

Existen dos sustanciales diferencias entre la responsabilidad por el hecho de los incapaces y la presunción de culpa por el hecho de personas capaces que están al cuidado de otra. Ante todo, salvo la regla del artículo 2321, que se aplica indistintamente a menores capaces e incapaces, la culpa en el cuidado debido al incapaz no está sujeta a una presunción de culpa (como ocurre con el hecho del dependiente capaz). Además, en la presunción de culpa por el hecho ajeno existen dos responsabilidades: la de quien actúa provocando el daño, cuya culpa debe probarse; y la de aquel que tiene al autor del daño bajo su dependencia o cuidado, cuya culpa se presume. Ambos, el principal y el dependiente, son perfectamente capaces e incurrir en responsabilidad personal (uno por el hecho propio y el otro por el hecho ajeno).¹¹ Por eso, en tales casos existe un concurso de responsabilidades: la del autor del daño y la del tercero civilmente responsable que tiene a aquel bajo su dependencia o cuidado (*infra* N° 279). En cambio, si quien comete el daño es un incapaz, sólo es responsable el custodio. Por tanto, no existe responsabilidad por el hecho ajeno, sino responsabilidad alguna (sobre la responsabilidad por hecho puntable responsabilidad personal, pues al incapaz no puede imputarse responsabilidad alguna (sobre la responsabilidad por hecho puntable responsabilidad personal, pues al incapaz no puede im-

34. Capacidad de las personas jurídicas. a) Técnicamente, las personas jurídicas tienen voluntad, la que se expresa por quienes forman parte de sus órganos o actúan como sus representantes (artículos 550 y 551). De este modo, las personas jurídicas pueden ejercer derechos y contraer obligaciones civiles. La capacidad de las personas jurídicas para contraer

11 Así se explica que la jurisprudencia haya entendido que "la responsabilidad civil de un tercero surge (...) no propiamente por el hecho ilícito ajeno, sino que por su descuido personal como cuidador que debería estar vigilante de la capacidad o correcto desempeño de las labores de sus prebendados o dependientes en el ejercicio de sus actividades respectivas o en las labores específicas que por razón del empleo se les hubieren encomendado" (CS, 29.8.1974, RDJ, t. LXXXI, sec. 4°, 261, también publicado en R. del M. 190, 181).

obligaciones civiles no sólo comprende el ámbito contractual, sino también el extrac contractual.¹² b) La capacidad de las personas jurídicas para ser responsables extrac contractualmente no es hoy objeto de controversia. Sin embargo, la materia no fue pacífica en el pasado. Entendida la culpa como un juicio de reproche subjetivo, la responsabilidad de la persona jurídica carecía de sustento, en especial si se asume la doctrina de la ficción. Así, Von Savigny consideraba a la persona jurídica incapaz de delito o cuasidelito penal y se encontraba en la ficción. La responsabilidad de la persona jurídica resultaba de una atribución que el derecho hace de los actos de sus órganos, agentes y representantes que actúan en esos centros de decisión y actividad. Por la misma razón, la persona jurídica también responde por hechos atribuibles abstractamente a su organización.

c) A diferencia de lo que ocurre con la responsabilidad penal, que sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales, el artículo 58 II del Código Procesal Penal señala que las personas jurídicas responden civilmente por el hecho de quienes hayan obrado en su nombre. A pesar de lo categorico de la regla que excluye la responsabilidad penal de las personas jurídicas, éstas quedan sujetas a responsabilidades infraccionales, que se encuentran en el límite de la responsabilidad penal.

12 Se ha fallado que "si bien es efectivo que de conformidad al artículo 545 del Código Civil las personas jurídicas son físicas y pueden ser representadas judicial y extrajudicialmente, no es menos efectivo que de acuerdo al artículo 550 del mismo Código las referidas personas tienen voluntad, al igual que las naturales, con la sola diferencia de que en aquellas la aptitud volitiva radica en sus órganos o reunión legal; por consiguiente, se perfecciona la aptitud volitiva radical que pueden contraer, directamente, las obligaciones y que se reflejan los artículos 1437 y 2284 del Código Civil, entre las cuales interesa destacar las que nacen del hecho ilícito, respecto del cual el artículo 2314 del cuerpo legal citado se limita a señalar cuál es su consecuencia jurídica -la obligación de indemnizar- sin distinguir clases de autores" (CS, 16.11.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 1°, 192). En el mismo sentido, se ha resuelto que "las personas jurídicas o naturales se encuentran obligadas a indemnizar el daño o los perjuicios sufridos por otra a causa de hechos que son de su responsabilidad" (Corte de Valdivia, 15.5.2002, confirmada por la CS [cas. fondo], 4.9.2002 y 24.7.2003, GJ 277, 99).

13 Von Savigny 1840 II § 60.

14 Sobre las doctrinas que explican la naturaleza de la persona jurídica, Lyon 2003 25.

15 Kleindeck 1997 172 y 479.



La evolución del derecho, especialmente en materias económicas, ha extendido a las personas jurídicas diversas sanciones de analogía penal.¹⁶ El efecto de esta responsabilidad infraccional es imputante en materia civil, porque si la persona jurídica es sancionada (por ejemplo, con multa), queda configurada su culpa en materia civil, de modo análogo a lo que ocurre con las condenas penales (*infra* Nº 765).¹⁷

(d) Las personas jurídicas, al igual que las personas naturales, responden civilmente por hechos que les son imputables personalmente; responden, además, por el hecho ajeno, cometido por sus dependientes.

La responsabilidad por el hecho propio tiene por antecedente, ante todo, el hecho de los órganos y representantes, cuya actuación compromete patrimonialmente en forma directa y personal a la persona jurídica (*infra* Nº 128). Pero también puede darse por constituido un hecho propio de la persona jurídica en situaciones en que no se conoce concretamente la persona natural que ha actuado con culpa, pero el comportamiento de la organización se manifiesta negligente. En organizaciones empresariales complejas esta culpa en la organización es una manera de hacer valer la responsabilidad en situaciones de incertidumbre acerca del agente individual del daño, pero en las que existe certeza de que ha habido una conducta negligente atribuible al conjunto de la organización (*infra* Nº 129).

Esta forma de responsabilidad por el hecho propio, que tiene por antecedente la culpa en la organización, hace a menudo innecesario recurrir a la culpa de la persona jurídica por el hecho de sus dependientes, de acuerdo con las reglas de los artículos 2320 y 2322. Sin embargo, cuando el acto negligente ha sido cometido por un agente individualizado, el camino para constituir la responsabilidad de aquélla será precisamente el de las presunciones de culpa establecidas por esas disposiciones (a menos que, además, se pueda imputar una culpa en la organización).

§ 8. HECHO LIBRE DEL RESPONSABLE

35. Libertad en la acción. a) Para que el hecho dañoso sea imputable a un sujeto se requiere, además de su capacidad, que su conducta sea voluntaria, esto es, que su acción u omisión le sea atribuible como un acto libre. La acción (incluyéndose en lo sucesivo la omisión en el concepto de ac-

¹⁶ La legislación sobre libre competencia contempla la posibilidad de sancionar con multas e incluso con su disolución a las personas jurídicas de derecho privado que incurran en actos monopólicos (DL 211/1973, artículo 26). Las normas sobre mercado de valores sólo establecen responsabilidad penal para las personas naturales que incurran en ilícitos (Ley de valores, artículos 58 y siguientes); pero ello no excluye las sanciones administrativas que puede imponer a la persona jurídica la Superintendencia de Valores y Seguros (véase Ley SVS, artículo 27).

¹⁷ Expresamente en ese sentido, DL 211/1973, artículo 30.

ción) es la conducta dirigida por la voluntad, de modo que puede ser atribuida a una persona.¹⁸

b) El requisito de libertad alude a los rasgos más elementales de la acción, pues basta que el sujeto haya tenido control sobre su conducta para que ésta pueda serle atribuida. Esta voluntariedad elemental, que se expresa en el mero control de la acción, tiende a agotar el elemento subjetivo de la responsabilidad civil. No es siquiera necesario que el sujeto conozca los efectos de su conducta, pues basta que controle la decisión. Sobre el particular, resulta ilustrativo un caso resuelto por la jurisprudencia alemana. El presidente de un club social, que hacía esfuerzos por apaciguar los ánimos en una acalorada discusión, rozó casualmente la espalda de uno de los contendores, quien, sintiéndose atacado, reaccionó defensivamente propinándole un codazo en el rostro. A consecuencia de ese golpe el presidente perdió un ojo. Los jueces resolvieron que la acción había sido voluntaria, en cuanto había estado gobernada por la voluntad en grado suficiente para serle atribuida al sujeto como propia.¹⁹

El juicio que califica la acción como libre aun no supone emitir un juicio sobre si la acción fue además culpable. Se trata simplemente de definir el umbral a partir del cual se puede atribuir a un agente una conducta como propia. Desde el punto de vista del derecho, ese umbral no puede ser definido positivamente por un conjunto de condiciones bajo las cuales puede afirmarse la existencia de libre albedrío, sino negativamente, en la forma de interferencias o impedimentos externos que lo excluyen. (c) Los actos que no están bajo el control de la voluntad son imputables, de modo análogo a como ocurre con los actos de los incapaces. En consecuencia, no generan responsabilidad los actos que son el resultado de reflejos, los que tienen su causa en enfermedades como la epilepsia,²⁰ o se realizan a consecuencia de un ataque cardíaco u otra perturbación equivalente.

Tampoco son libres los actos realizados bajo la sujeción a una fuerza externa suficiente para privar de voluntad, de un modo análogo a la fuerza que vicia el consentimiento en materia contractual, según el artículo 1456.²¹ En estos casos, no existe propiamente una acción u omisión, sino la actuación de una fuerza irresistible, que priva al acto de la nota de voluntariedad que caracteriza a la libertad de decisión.

¹⁸ Así se ha resuelto que para la existencia de la culpa se requiere "una acción u omisión consciente y voluntaria" (Corte de Concepción, 7.11.1985, RDJ, L. IXXXII, sec. 4º, 289); sobre el concepto jurídico de acción, Larenz/Canaris 1994 361.

¹⁹ Deusch 2002 a 122.

²⁰ En materia penal se ha fallado que el epileptico es del todo incapaz e irresponsable de los actos que ejecuta durante el ataque mismo y durante los estados de trastornos que experimenta antes y después de dichas crisis (Corte de Valdivia, 30.6.1965, RDJ, L. XLII, sec. 4º, 218). Sobre esta materia pueden consultarse además las siguientes sentencias: Corte de Santiago, 9.6.1951, RDJ, L. XLVIII, sec. 4º, 89; CS, 24.4.1952, RDJ, L. XLIX, sec. 4º, 106; y Corte de Punta Arenas, 27.7.1965, RDJ, L. LXII, sec. 4º, 315.

²¹ Alessandri 1943 606.





De lo anterior se sigue que si el acto ha sido objeto de una decisión, aunque adoptada en circunstancias extremas, está regido por la voluntad. Así, no excluye la libertad en la acción la circunstancia de encontrarse alguien en un estado de necesidad: dicha condición excluye la ilicitud, porque justifica la conducta, y no la libertad.²²

36. Imputación subjetiva del hecho y culpa civil como juicio de ilicitud. a) La tendencia a la objetivación de la culpa tiene como resultado que la capacidad sea entendida como el grado mínimo de aptitud de deliberação acerca del sentido y efectos de la acción, y la voluntariedad, en su sentido más elemental, como el simple control sobre la propia conducta. Por eso, una vez establecida la capacidad y la voluntariedad de la acción u omisión, para dar por acreditada la negligencia resulta irrelevante el conocimiento que se tenga del deber de cuidado o la falta de aptitud o de destreza (torpeza o inexperience, por ejemplo). Por lo general, lo determinante en sede de culpa es el tipo de personas al cual el agente pertenece, y no su exacta individualidad (*infra* N° 46).

b) Por eso, en el derecho civil los elementos relevantes de la acción no alcanzan a las motivaciones del demandado.²³ Así se explica que en materia de responsabilidad civil se hable de *culpa* (que tiene un referente abstracto en el patrón de conducta) y no de *culpabilidad*, que tiene que ver con el juicio individual de reproche (*infra* N° 45).

c) La objetivación de la culpa ha llevado a reducir el elemento subjetivo de la responsabilidad al componente más elemental de la libertad de la acción. Por eso, es equivocado hablar de la responsabilidad por culpa como *responsabilidad subjetiva*, en oposición a la *responsabilidad objetiva*, porque la responsabilidad por culpa usualmente la comparación de su conducta con un patrón general y abstracto.²⁴ A ello se agrega que la voluntariedad de la acción emprendida debe tenerse, en principio, como condición de cualquier tipo de responsabilidad, esto es, también se extiende a las hipótesis de responsabilidad estricta (que sólo excluyen de consideración el requisito de la culpa).

37. Subjetividad del dolo civil. Diferente a la culpa es la responsabilidad que proviene del *dolo o culpa intencional*. El dolo supone siempre algún grado de intencionalidad, de modo que la *acción* dolosa es inseparable de una *voluntad* dolosa. Por cierto que ello vale para la definición legal extenuadamente restrictiva del artículo 44 V, que lo concibe como la "intención positiva" de



causar daño a otro. Pero lo mismo vale para las formas más mitigadas de culpa intencional, que dan lugar al llamado dolo eventual, porque este último supone conciencia y aceptación de las consecuencias y el conocimiento de la ilicitud de la acción (aunque no se tenga la intención positiva de causar el daño). Por eso, en la culpa intencional o dolo, la voluntariedad de la acción es inseparable del juicio relativo a la culpa (*infra* N° 98).

Con todo, en la medida que el dolo civil es homologable a la culpa grave, también en materia de responsabilidad extrac contractual, existe siempre un desvío para evitar la caverna de la subjetividad del responsable: basta mostrar que el hecho se realizó, objetivamente, con grave negligencia, con completa descon sideración del interés de la víctima, para que el resultado sea análogo al dolo (*infra* N° 99).

38. Privación de la razón por actos imputables al autor del daño. La pérdida de discernimiento debida a una acción originariamente atribuible al autor no excluye la responsabilidad. Esa regla general puede ser construida a partir de lo preceptuado en el artículo 2318: "El ebrio es responsable del daño causado por su delito o cuasidelito".

La responsabilidad del ebrio o drogado, a pesar de la privación de la razón que se sigue eventualmente de su estado, se funda en que la ebriedad le es imputable, porque proviene de un acto voluntario que puede ser calificado *libera in causa*. Ello se muestra en que si se prueba que la ebriedad u otro impedimento no son voluntarios, la privación de discernimiento o voluntad puede ser alegada como excepción de imputabilidad, porque la incapacidad no tiene su antecedente en un acto voluntario del demandado.²⁵

CAPÍTULO III CULPA

§ 9. LA CULPA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL

39. La culpa: régimen común y supletorio de responsabilidad. a) La diferencia específica entre los dos regímenes básicos de responsabilidad civil es el requisito de la culpa: mientras la responsabilidad estricta u objetiva atiende al *resultado* que se sigue causativamente de la acción, bajo un estatuto de responsabilidad por culpa sólo se responde si la *conducta* de quien provoca el daño es susceptible de un juicio negativo de valor.

Este juicio negativo de valor de una conducta puede adoptar dos formas. Ante todo, es ilícita la conducta que resulta de la intención de causar el daño (en cuyo caso se incurre en *dolo* o *culpa intencional*). Pero la ilícitud puede también adoptar una forma más débil, limitada a la infracción no intencional de un deber de cuidado (que es llamada simplemente *culpa* o *negligencia*).¹ La culpa intencional y la no intencional son requisitos de la responsabilidad que poseen lógicas internas muy diferentes, lo que justifica su desarrollo por separado.

La mayor parte de los casos de responsabilidad se deben, sin embargo, a mera negligencia (por eso, la responsabilidad civil es esencialmente un derecho de accidentes). A lo anterior se agrega que la negligencia plantea en materia civil preguntas particularmente delicadas, porque es el umbral mínimo y general de los deberes de prudencia recíprocos de la vida social. En consecuencia, la parte central de este capítulo será dedicada precisamente a la culpa o negligencia.

b) La culpa da lugar al *régimen común y supletorio* de responsabilidad civil. Por el contrario, en todos los sistemas jurídicos, la responsabilidad estricta está referida a riesgos o actividades especiales. Por eso, aunque la responsabilidad estricta ocupe ámbitos relativamente amplios de la vida de

¹ En este libro se usan indistintamente los términos *culpa* y *negligencia* en oposición a *delincuencia*, según una práctica que proviene del derecho romano (Kaser 1971 II 350 con referencia a Digesto 50.16.213 y 17.2.72). El concepto de negligencia tiene la ventaja de ser el opuesto de la delincuencia, por otra parte, la idea de *culpa* tiene un significado genérico, que comprende la responsabilidad por cualesquiera ilícitos, sean dolosos o negligentes.

relación (como es el caso del derecho francés), el régimen residual es siempre la responsabilidad por culpa. En verdad, que la culpa sea constitutiva del régimen general de responsabilidad civil resulta de las exigencias de la vida en comunidad, porque es simplemente impensable un sistema de responsabilidad que nos obligue a reparar los innumerales daños que recíprocamente nos provocamos a consecuencia de nuestra actividad cotidiana (*supra* N° 6, *infra* N° 313).

40. Generalidad y concreción en el concepto de culpa. a) En el derecho moderno, la culpa es un *criterio genérico de responsabilidad*, que comprende el ilícito intencional (dolo) y el no intencional (negligencia o imprudencia). Lo característico de las dos formas de culpa es precisamente su generalidad.

b) A diferencia de lo ocurrido en las primeras etapas del desarrollo de la responsabilidad civil, donde se reconocían acciones por ilícitos específicos (por ejemplo, por la muerte injusta de un animal o un esclavo, o por la destrucción de una casa por el fuego), el derecho ha pasado a concebir acciones sobre la base de una idea genérica de culpa, que es conocida como supuesto general de responsabilidad. En verdad, esta evolución tiene sus antecedentes más remotos en el derecho romano clásico,⁴ pero adquirió su actual forma abstracta en el derecho natural racionalista,⁵ donde ha sido recogida por los códigos civiles contemporáneos, que reducen las reglas sobre responsabilidad a supuestos muy generales de daño causados por dolo y negligencia.

A esta tradición pertenece el Código chileno, que establece el sistema de responsabilidad en unas pocas disposiciones (esencialmente, en los artículos 1487, 2284, 2314, 2320 I y 2329). Por eso, las arcaicas hipótesis normativas más concretas, constituidas en la forma de hechos específicos que generen responsabilidad (artículos 2323 a 2328), quedan sumergidas en medio de esas reglas de extrema generalidad.

c) Con todo, uno de los desarrollos más interesantes del derecho de la responsabilidad civil consiste en la paulatina creación, a partir del concepto general de culpa, de reglas especiales para distintos ámbitos de la vida de relación. La generalidad de la idea de culpa ha obligado a refinar el análisis de los elementos comunes a todo juicio de negligencia.

⁴ En circunstancias que la responsabilidad estricta compare con la responsabilidad por culpa los requisitos de daño y causalidad, pero supleniendo el de culpabilidad, su estudio se realizará una vez concluido el análisis de los elementos de la responsabilidad por culpa (*Capítulo VII*).

⁵ Así, en el primer y tercer capítulo de la *lex Aquilia* (Digesio, 9.2.2 y 9.2.26). El derecho romano no conocía una obligación general de reparar el daño provocado por culpa, sino casos de daño que dan lugar a una sanción, usualmente reparatoria (Kaser 1971 I 498).

⁶ Kaser 1971 I 511.

⁷ Grocio *Dei Daccho da la Guerra y de la Paz* 2.17.1; Pufendorf *Tratado de las Libres del Hombre y del Ciudadano* 1.6.9.

clta o intencionalidad, pero también ha forzado a desarrollar criterios específicos para diversos tipos de actividades, lo que ha devenido en el desarrollo de algunos regímenes especiales de responsabilidad (*Capítulo IX*).

41. Plan de exposición. El caso más simple de responsabilidad civil por culpa está dado por el *hecho personal que causa daño*. La parte central de la exposición se referirá a este modelo de responsabilidad, cuya aplicación es general (Título I).

También existen importantes hipótesis de *responsabilidad por el hecho ajeno*. El supuesto general que tipifica esta responsabilidad es que el agente del daño esté al *cuidado* de otra persona. En tal caso, los artículos 2320 y 2322 hacen presumir la culpa de quien ejerce ese *cuidado* (Título II).

Muchos de los riesgos típicos que se generan en el tráfico social contemporáneo son provocados por empresarios organizados como personas jurídicas. Las reglas sobre responsabilidad por el hecho ajeno que establecen los códigos modernos han recibido calificaciones especialmente significativas cuando se trata de la *responsabilidad del empresario*. A su vez, la empresa organizada como persona jurídica no sólo responde por el hecho de sus dependientes, según las reglas generales de la responsabilidad por el hecho ajeno, sino también por sus propios actos debido a la culpa atribuible a sus órganos, representantes y agentes (Título III).

Finalmente, la doctrina agrupa bajo el nombre de *responsabilidad por el hecho de las cosas* ciertas normas, esencialmente provenientes del derecho romano, que establecen presunciones de culpa o supuestos de responsabilidad estricta por accidentes provocados por intervención de ciertas cosas (animales, edificios). Aunque la materia no tiene en el derecho chileno la importancia que ha adquirido en otros sistemas jurídicos (especialmente en el francés), será analizada por separado, en atención a la especialidad de los principios normativos en juego (Título IV).

TÍTULO I

LA CULPA EN LA RESPONSABILIDAD POR EL HECHO PROPIO

§ 10. LA CULPA CIVIL COMO ILICITUD DE LA CONDUCTA

a. Sentido y alcance de la culpa civil

42. La negligencia civil como un juicio objetivo de ilicitud. a) Desde el derecho romano clásico, el concepto jurídico de negligencia hace referencia a la inobservancia de las exigencias típicas y objetivas de cuidado que

debemos observar en nuestra vida de relación.⁹ Se trata de requerimientos típicos porque están referidos a estándares de conducta que debemos observar en los diversos tipos de situaciones en que interactuamos. Son objetivas, porque no atienden a las características individuales y subjetivas de cada cual, sino a un modelo de conducta. Siguiendo esta tradición, la culpa no intencional o negligencia puede ser concebida como *la inobservancia del cuidado debido en la conducta susceptible de causar daño a otros*. La culpa civil es esencialmente un juicio de ilicitud acerca de la conducta y no respecto de un estado de ánimo.⁷

b) De este concepto se sigue que en el derecho civil la culpa tiene una doble cara. Por un lado, es un requisito que expresa el principio de responsabilidad personal, porque se responde de los daños atribuibles a una conducta que contraviene un deber de cuidado, de modo que la obligación indemnizatoria sólo nace si el demandado ha incurrido en un comportamiento indebido. Por otro lado, sin embargo, la imputación de la negligencia es objetiva, con la consecuencia de que el juicio de disvalor no recae en el sujeto, sino en su conducta, de modo que son irrelevantes las peculiaridades subjetivas del agente.

En consecuencia, el juicio civil de culpa no es un reproche moral al autor del daño, sino un criterio jurídico para hacerlo responsable de las consecuencias dañosas de su acción.

43. Culpa objetiva y funciones de la responsabilidad. a) Cumplidas las condiciones subjetivas de la capacidad y de la libertad en la acción (*Capítulo II*), el derecho civil trata al autor del daño como una persona que interacciona con los demás bajo un principio de igual responsabilidad, con la consecuencia de que no puede excusarse alegando su propia inexperience o impericia.⁸

⁹ Kaser 1971 I 503. En un pasaje de Gayo, recogido en Digesto 9.2.8.(1) es ilustrativo del concepto objetivo de culpa en el derecho romano: "cuando el marido hubiese sido incapaz de retener por impericia el impuesto de las mulas, si hubiese atropellado un esclavo ajeno, se dice comunemente que responde por culpa. Se dice también lo mismo si no hubiese podido retener el impuesto de las mulas por debilidad y no parece injusto que la debilidad se impute a culpa desde el momento que nadie debe asumir un trabajo en el que sabe o debe saber que su debilidad ha de ser peligrosa a otros". Se comprueba que en el modelo clásico de la responsabilidad por culpa la capacidad y la libertad en la acción son finalmente los únicos requisitos subjetivos de la acción (*supra* § 6; una reflexión crítica en Honoré 1999 32).

⁸ Terry 1915 40. Para los fundamentos inmediatos del concepto objetivo de culpa en nuestra tradición jurídica, Pothier 1761 N° 557. Prosser/Keton *et al.* 1984 592 reconducen la objetividad de la culpa en el *common law* a decisiones del siglo XVII y, específicamente, a *Wheat v. Ward*, 1616, Hob. 134, 80 Eng. Rep. 284; el concepto adoptó su forma más precisa a principios del siglo XIX en *Vaughan v. Menlove*, 1837, 3 Bing. N. C. 467, 132 Eng. Rep. 490, donde se estimó que no era excusa el error estúpido incurrido por quien honestamente ejerció su propio mal juicio.

El carácter objetivo del ilícito civil, proveniente de épocas tempranas de la cultura jurídica, fue conservado por el derecho romano clásico, que omitió definir genéricamente la culpa, pero describió diversos tipos de situaciones de hecho. A su vez, la técnica casuística contribuyó a que se aumentaran las diferenciaciones objetivas y claras entre los ilícitos más específicos.⁹

La culpa en sentido subjetivo sólo podría tener un lugar predominante si se asumiera que la responsabilidad civil tiene una función o, al menos, una justificación retributiva (*supra* N° 11), en cuyo caso la indemnización también debería calcularse teniendo en cuenta la gravedad de la culpa del agente. Bajo un concepto subjetivo de culpa, las calidades personales del demandado constituyen un elemento decisivo de la relación. Pero si se atiende a criterios de justicia correctiva, el principio más adecuado de la responsabilidad resulta ser la infracción a un deber general de cuidado. En efecto, la justicia correctiva atiende a la posición de ambas partes en la relación de derecho privado (*supra* N° 13). Por eso, la excusa de que el demandado es particularmente inepto resulta unilateral, porque se desentendía de la víctima. Ello es contrario a la idea clásica de justicia correctiva, que llama a hacer abstracción de las características personales, tanto de quien causa el daño como de la víctima.¹⁰ Desde esta perspectiva, el concepto objetivo de culpa fortalece la confianza, porque atiende a las expectativas razonables que podemos tener respecto del comportamiento de los demás, y en la construcción de esas expectativas no puede tener cabida una discriminación sobre la base de aspectos subjetivos de cada cual. Sólo de este modo, el derecho pone a las dos partes en una posición en que sus intereses son reciprocamente considerados. Por eso, en el derecho civil se puede atribuir responsabilidad sin necesidad de efectuar un juicio de reproche personal.

b) En segundo lugar, se debe tener en cuenta el argumento pragmático-co de que la responsabilidad por negligencia, si se la compara con la responsabilidad estricta, plantea serios problemas probatorios, aumenta la incertidumbre acerca del resultado de los juicios e incrementa los costos de la administración de justicia (*infra* N° 310).¹¹ Estos problemas aumentan-

⁹ Kaser 1971 I 503; un ejemplo en ese sentido en Digesto 9.2.30.

¹⁰ Weinib 1995, 177. La idea ya aparece en Aristóteles *Ética Nicomachea* 5.4.1132 a, cuando expresa que "en las relaciones entre individuos, lo justo es, sin duda, una igualdad y lo injusto una desigualdad, pero no según [la] proporción, sino según la antítesis. No importa que un hombre bueno haya despojado a uno malo o al revés (...): la ley sólo mira a la naturaleza del daño y trata a ambas partes como iguales". En defensa de una noción subjetiva de culpa, que, sin embargo, hace más bien referencia a la exigencia de capacidad y de voluntad que a la consideración de la negligencia como juicio de imputación subjetiva, Gordley en Owen 1995 142; en Francia, el último juicio de significación que sostiene un concepto subjetivo de culpa parece ser R. Esmein, para quien "la culpa contiene un elemento psicológico y una apreciación moral de la conducta" (Esmein 1949 481); en Chile, véase R. Domínguez A. 1989 N° 23.

¹¹ Calabresi 1970 253, Epstein 1999 93.



io 44.^{to} Hay un consentimiento en adoptar, por un lado, el modelo de una persona prudente y, por otro, fijar el estándar de cuidado propio de una

En definitiva, tanto si la responsabilidad por culpa es construida sobre la base de las expectativas reciprocas de comportamiento, como si se analiza a la luz de consideraciones de justicia correctiva o de eficacia preventiva, el cuidado debido o no puede ser otro que el empleado en las circunstancias concretas por una persona razonable y el estándar debe ser la culpa leve (como dispone el artículo 44 III). Esa es también la tendencia principal del derecho comparado.¹⁰

e) El establecimiento de ese estándar de cuidado no significa prejuizar

[illegible]

19
 20
 21
 22
 23
 24
 25
 26
 27
 28
 29
 30
 31
 32
 33
 34
 35
 36
 37
 38
 39
 40
 41
 42
 43
 44
 45
 46
 47
 48
 49
 50
 51
 52
 53
 54
 55
 56
 57
 58
 59
 60
 61
 62
 63
 64
 65
 66
 67
 68
 69
 70
 71
 72
 73
 74
 75
 76
 77
 78
 79
 80
 81
 82
 83
 84
 85
 86
 87
 88
 89
 90
 91
 92
 93
 94
 95
 96
 97
 98
 99
 100
 101
 102
 103
 104
 105
 106
 107
 108
 109
 110
 111
 112
 113
 114
 115
 116
 117
 118
 119
 120
 121
 122
 123
 124
 125
 126
 127
 128
 129
 130
 131
 132
 133
 134
 135
 136
 137
 138
 139
 140
 141
 142
 143
 144
 145
 146
 147
 148
 149
 150
 151
 152
 153
 154
 155
 156
 157
 158
 159
 160
 161
 162
 163
 164
 165
 166
 167
 168
 169
 170
 171
 172
 173
 174
 175
 176
 177
 178
 179
 180
 181
 182
 183
 184
 185
 186
 187
 188
 189
 190
 191
 192
 193
 194
 195
 196
 197
 198
 199
 200
 201
 202
 203
 204
 205
 206
 207
 208
 209
 210
 211
 212
 213
 214
 215
 216
 217
 218
 219
 220
 221
 222
 223
 224
 225
 226
 227
 228
 229
 230
 231
 232
 233
 234
 235
 236
 237
 238
 239
 240
 241
 242
 243
 244
 245
 246
 247
 248
 249
 250
 251
 252
 253
 254
 255
 256
 257
 258
 259
 260
 261
 262
 263
 264
 265
 266
 267
 268
 269
 270
 271
 272
 273
 274
 275
 276
 277
 278
 279
 280
 281
 282
 283
 284
 285
 286
 287
 288
 289
 290
 291
 292
 293
 294
 295
 296
 297
 298
 299
 300
 301
 302
 303
 304
 305
 306
 307
 308
 309
 310
 311
 312
 313
 314
 315
 316
 317
 318
 319
 320
 321
 322
 323
 324
 325
 326
 327
 328
 329
 330
 331
 332
 333
 334
 335
 336
 337
 338
 339
 340
 341
 342
 343
 344
 345
 346
 347
 348
 349
 350
 351
 352
 353
 354
 355
 356
 357
 358
 359
 360
 361
 362
 363
 364
 365
 366
 367
 368
 369
 370
 371
 372
 373
 374
 375
 376
 377
 378
 379
 380
 381
 382
 383
 384
 385
 386
 387
 388
 389
 390
 391
 392
 393
 394
 395
 396
 397
 398
 399
 400
 401
 402
 403
 404
 405
 406
 407
 408
 409
 410
 411
 412
 413
 414
 415
 416
 417
 418
 419
 420
 421
 422
 423
 424
 425
 426
 427
 428
 429
 430
 431
 432
 433
 434
 435
 436
 437
 438
 439
 440
 441
 442
 443
 444
 445
 446
 447
 448
 449
 450
 451
 452
 453
 454
 455
 456
 457
 458
 459
 460
 461
 462
 463
 464
 465
 466
 467
 468
 469
 470
 471
 472
 473
 474
 475
 476
 477
 478
 479
 480
 481
 482
 483
 484
 485
 486
 487
 488
 489
 490
 491
 492
 493
 494
 495
 496
 497
 498
 499
 500
 501
 502
 503
 504
 505
 506
 507
 508
 509
 510
 511
 512
 513
 514
 515
 516
 517
 518
 519
 520
 521
 522
 523
 524
 525
 526
 527
 528
 529
 530
 531
 532
 533
 534
 535
 536
 537
 538
 539
 540

El presente informe tiene como finalidad proporcionar información sobre el estado de la gestión pública en el municipio de San Juan de los Rios, en el marco de la Ley 1712 de 2014, que establece la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. El informe se basa en los datos proporcionados por el municipio y en la información pública disponible.

En consecuencia, el artículo 1.º de la Ley 1991/1995, al disponer que el derecho de propiedad se ejerce en el territorio de la República, no puede entenderse como una limitación al derecho de propiedad, sino como una declaración de la competencia de la jurisdicción nacional para resolver los conflictos de propiedad que se produzcan en el territorio de la República. En consecuencia, el artículo 1.º de la Ley 1991/1995, al disponer que el derecho de propiedad se ejerce en el territorio de la República, no puede entenderse como una limitación al derecho de propiedad, sino como una declaración de la competencia de la jurisdicción nacional para resolver los conflictos de propiedad que se produzcan en el territorio de la República.

45. Culpas penal y culpa civil. a) Las dificultades para efectuar un juicio individual de culpabilidad, que permitan un reproche subjetivo del responsable, son también conocidas por el derecho penal. En esta disciplina, se ha estado ya hablando sobre el modo de comportarse que el sujeto debe tener para ser considerado culpable. En la medida que se le puede aplicar una pena, también puede ocurrir un reproche penal. Sin embargo, también en sede penal ocurre un reproche penal. Por eso, se ha argumentado antes que el principio de culpabilidad sea considerado como límite de la atribución de responsabilidad penal, no puede llevar a una práctica individualizada del juicio de reproche.²²

b) Aun con estas dificultades, subsiste una diferencia esencial entre la culpa como requisito de la responsabilidad civil y la penal. Mientras la primera tiene por fin por un daño, la segunda supone que el infractor de la norma sea condenado a sufrir un daño. Por eso, nada obsta para que el derecho civil imponga responsabilidades presuntamente de un juicio de culpabilidad de la conducta (responsabilidad estricta); por el contrario, en el derecho penal resulta inaceptable atribuir el perjuicio que supone la pena si el acto no es personalmente atribuible al imputado. Por eso, mientras la culpabilidad penal cumple una función limitadora de la potestad punitiva del Estado, en materia civil la culpa es una condición de responsabilidad que el derecho puede omitir, aunque responda, por lo general, a exigencias de justicia correctiva.

c) Además, la diferencia entre la culpa civil y la culpabilidad penal es conceptual. La culpa civil se puede suscribir de las condiciones subjetivas de la acción en razón de su objetivo reparatorio. Cualquiera sea la doctrina que se sostenga acerca de la función de la responsabilidad penal (como constitución de política criminal), estas suponen la atribución de una responsabilidad personal, que se se expresa en un requisito de culpabilidad independiente del juicio objetivo de reproche de la conducta. Aun en el caso de culpabilidad más estricta respecto del alcance del requisito de culpabilidad, éste tiene un referente personal: el autor o autor culpablemente conculca (todavía) podría satisfacer el efecto innovador de la norma y por tanto una capacidad de reparación de la anomalía jurídica, de modo que un comportamiento conforme a la norma le era psicológicamente accesible.²³ En consecuencia, por mucho que la doctrina discuta la posibilidad de efectuar un juicio individual de reproche, se conviene en que la sanción penal supone que otra conducta resultaría exigible respecto del imputado. Por eso, la culpabilidad penal es un requisito de responsabilidad

²² Sobre el concepto penal de culpabilidad se ha consultado Stratenwer, 1976 162, Roxin 1994 700, Karsensüller 2001 63, Jakobs 1991 566, Kaufmann 1976 *passim*, Cury 2005 585, Bustos 1995 82 89, Eichengerry 1998 1270, F. Muñoz 1984 127, Roxin 1994 700, Idem 1994 700.

Así, no es el mismo ciudadano el exigible a un médico general, que sirve en una pequeña ciudad, donde en un caso de urgencia no puede de consultarse a un especialista, y en un hospital con todas las instalaciones requeridas.³⁰ La apreciación en concreto de las circunstancias de la conducta no se opone a la abstracción del patrón de conducta, porque no se trata de definir qué se puede esperar de un particular, considerando sus capacidades y aptitudes, sino de definir el comportamiento que se puede esperar de una persona razonable y diligente en esas mismas circunstancias. (c) Debe advertirse que la consideración de las circunstancias en el juicio de reproche de la conducta supone ciertos riesgos. Si en un cierto ámbito de acciones los jueces examinan los deberes de cuidado, se pueden raspar las fronteras entre la responsabilidad por culpa, de modo que cuando se ordena un régimen de responsabilidad estricta, es lo que en cierta medida ocurre con los llamados "obligaciones de cuidado" de los empleadores respecto a la seguridad de los empleados.³¹ En esta medida se ha establecido en materia laboral y en materia de responsabilidad del comprador por la culpa de sus dependientes.³²

1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019, 2020, 2021, 2022, 2023, 2024, 2025, 2026, 2027, 2028, 2029, 2030, 2031, 2032, 2033, 2034, 2035, 2036, 2037, 2038, 2039, 2040, 2041, 2042, 2043, 2044, 2045, 2046, 2047, 2048, 2049, 2050, 2051, 2052, 2053, 2054, 2055, 2056, 2057, 2058, 2059, 2060, 2061, 2062, 2063, 2064, 2065, 2066, 2067, 2068, 2069, 2070, 2071, 2072, 2073, 2074, 2075, 2076, 2077, 2078, 2079, 2080, 2081, 2082, 2083, 2084, 2085, 2086, 2087, 2088, 2089, 2090, 2091, 2092, 2093, 2094, 2095, 2096, 2097, 2098, 2099, 2100, 2101, 2102, 2103, 2104, 2105, 2106, 2107, 2108, 2109, 2110, 2111, 2112, 2113, 2114, 2115, 2116, 2117, 2118, 2119, 2120, 2121, 2122, 2123, 2124, 2125, 2126, 2127, 2128, 2129, 2130, 2131, 2132, 2133, 2134, 2135, 2136, 2137, 2138, 2139, 2140, 2141, 2142, 2143, 2144, 2145, 2146, 2147, 2148, 2149, 2150, 2151, 2152, 2153, 2154, 2155, 2156, 2157, 2158, 2159, 2160, 2161, 2162, 2163, 2164, 2165, 2166, 2167, 2168, 2169, 2170, 2171, 2172, 2173, 2174, 2175, 2176, 2177, 2178, 2179, 2180, 2181, 2182, 2183, 2184, 2185, 2186, 2187, 2188, 2189, 2190, 2191, 2192, 2193, 2194, 2195, 2196, 2197, 2198, 2199, 2200, 2201, 2202, 2203, 2204, 2205, 2206, 2207, 2208, 2209, 2210, 2211, 2212, 2213, 2214, 2215, 2216, 2217, 2218, 2219, 2220, 2221, 2222, 2223, 2224, 2225, 2226, 2227, 2228, 2229, 2230, 2231, 2232, 2233, 2234, 2235, 2236, 2237, 2238, 2239, 2240, 2241, 2242, 2243, 2244, 2245, 2246, 2247, 2248, 2249, 2250, 2251, 2252, 2253, 2254, 2255, 2256, 2257, 2258, 2259, 2260, 2261, 2262, 2263, 2264, 2265, 2266, 2267, 2268, 2269, 2270, 2271, 2272, 2273, 2274, 2275, 2276, 2277, 2278, 2279, 2280, 2281, 2282, 2283, 2284, 2285, 2286, 2287, 2288, 2289, 2290, 2291, 2292, 2293, 2294, 2295, 2296, 2297, 2298, 2299, 2300, 2301, 2302, 2303, 2304, 2305, 2306, 2307, 2308, 2309, 2310, 2311, 2312, 2313, 2314, 2315, 2316, 2317, 2318, 2319, 2320, 2321, 2322, 2323, 2324, 2325, 2326, 2327, 2328, 2329, 2330, 2331, 2332, 2333, 2334, 2335, 2336, 2337, 2338, 2339, 2340, 2341, 2342, 2343, 2344, 2345, 2346, 2347, 2348, 2349, 2350, 2351, 2352, 2353, 2354, 2355, 2356, 2357, 2358, 2359, 2360, 2361, 2362, 2363, 2364, 2365, 2366, 2367, 2368, 2369, 2370, 2371, 2372, 2373, 2374, 2375, 2376, 2377, 2378, 2379, 2380, 2381, 2382, 2383, 2384, 2385, 2386, 2387, 2388, 2389, 2390, 2391, 2392, 2393, 2394, 2395, 2396, 2397, 2398, 2399, 2400, 2401, 2402, 2403, 2404, 2405, 2406, 2407, 2408, 2409, 2410, 2411, 2412, 2413, 2414, 2415, 2416, 2417, 2418, 2419, 2420, 2421, 2422, 2423, 2424, 2425, 2426, 2427, 2428, 2429, 2430, 2431, 2432, 2433, 2434, 2435, 2436, 2437, 2438, 2439, 2440, 2441, 2442, 2443, 2444, 2445, 2446, 2447, 2448, 2449, 2450, 2451, 2452, 2453, 2454, 2455, 2456, 2457, 2458, 2459, 2460, 2461, 2462, 2463, 2464, 2465, 2466, 2467, 2468, 2469, 2470, 2471, 2472, 2473, 2474, 2475, 2476, 2477, 2478, 2479, 2480, 2481, 2482, 2483, 2484, 2485, 2486, 2487, 2488, 2489, 2490, 2491, 2492, 2493, 2494, 2495, 2496, 2497, 2498, 2499, 2500, 2501, 2502, 2503, 2504, 2505, 2506, 2507, 2508, 2509, 2510, 2511, 2512, 2513, 2514, 2515, 2516, 2517, 2518, 2519, 2520, 2521, 2522, 2523, 2524, 2525, 2526, 2527, 2528, 2529, 2530, 2531, 2532, 2533, 2534, 2535, 2536, 2537, 2538, 2539, 2540, 2541, 2542, 2543, 2544, 2545, 2546, 2547, 2548, 2549, 2550, 2551, 2552, 2553, 2554, 2555, 2556, 2557, 2558, 2559, 2560, 2561, 2562, 2563, 2564, 2565, 2566, 2567, 2568, 2569, 2570, 2571, 2572, 2573, 2574, 2575, 2576, 2577, 2578, 2579, 2580, 2581, 2582, 2583, 2584, 2585, 2586, 2587, 2588, 2589, 2590, 2591, 2592, 2593, 2594, 2595, 2596, 2597, 2598, 2599, 2600, 2601, 2602, 2603, 2604, 2605, 2606, 2607, 2608, 2609, 2610, 2611, 2612, 2613, 2614, 2615, 2616, 2617, 2618, 2619, 2620, 2621, 2622, 2623, 2624, 2625, 2626, 2627, 2628, 2629, 2630, 2631, 2632, 2633, 2634, 2635, 2636, 2637, 2638, 2639, 2640, 2641, 2642, 2643, 2644, 2645, 2646, 2647, 2648, 2649, 2650, 2651, 2652, 2653, 2654, 2655, 2656, 2657, 2658, 2659, 2660, 2661, 2662, 2663, 2664, 2665, 2666, 2667, 2668, 2669, 2670, 2671, 2672, 2673, 2674, 2675, 2676, 2677, 2678, 2679,

(b) Sin embargo, de otro no se sigue que el juicio acerca de la negligencia no pueda en concreto a las circunstancias externas de la acción. La formulación de la responsabilidad civil bajo una regla general de negligencia, así como la definición de la culpa sobre la base de un estándar objetivo y genérico de cuidado, tiene precisamente la ventaja de la adaptabilidad a las circunstancias del caso. Si se revisan las referencias a la culpa en el Título del Digesto dedicado a la *lex Aquilia*, se comprueba históricamente la importancia de las circunstancias para dar por establecida la ilicitud de la conducta. Por lo mismo, es insuficiente para comprender la jurisprudencia en materia de responsabilidad civil atender a los conceptos generales con que los jueces justifican sus conclusiones; las sentencias que se pronuncian sobre la diligencia adquieren sentido en el contexto de las circunstancias de hecho del caso que se decide.²⁷

22 A pesar de de las dificultades que plantea el requisito de culpabilidad respecto de los delitos culpables, se puede afirmar que aun en este caso la responsabilidad penal no puede reducirse al aspecto subjetivo de la culpabilidad (Bustos 1995 20, 89). Un excelente análisis de las diferencias entre la culpa civil y la propia de delitos penales culpables en M. Tapia 2003 a.

...que las instituciones judiciales están dispuestas para maximizar la posibilidad de que todo elemento relevante del caso concreto del juez sea sujeto a un escrutinio lo más cercano posible" (Austria 2005 182).

Por el contrario, existen situaciones en que el estándar de cuidado, en consideración de las circunstancias, tiende a acercarse a la culpa grave o al dolo. Atendidas las particularidades de la situación, el derecho suele tolerar descuidos leves. Ante todo, cuando hay un conflicto de bienes o derechos, como ocurre con la protección de la privacidad y la honra respecto de la libertad de información;³¹ con la competencia desleal en relación con la libertad para emprender;³² o con la intervención en contrato ajeno en conflicto con la libertad de contratación.³³ Enseguida, ese es también el caso cuando el autor del daño ha actuado con una disposición especial- mente favorable para la víctima, como ocurre con los daños provocados con ocasión de un rescate (*infra* Nº 61). En tercer lugar, puede ocurrir que la víctima haya asumido con conocimiento y voluntariamente el riesgo (*infra* Nº 81). Finalmente, la responsabilidad sólo puede fundarse en el abuso doloso o por completo desconsiderado del interés de los demás si quien provoca el daño puede invocar un derecho o una potestad discrecional, como ocurre con el ejercicio de las potestades de los accionistas de una sociedad anónima (*infra* Nº 79).

(d) Por eso, el estándar abstracto de cuidado, que remite a la persona diligente, prudente y razonable, aún nada dice en concreto respecto de la conducta debida. El deber concreto de cuidado sólo puede ser determinado sobre la base del contexto de la conducta (lugar, medios, riesgos, costos, naturaleza de la actividad emprendida, derechos e intereses en juego); en general, de todas las circunstancias existentes que se puede esperar que sean tomadas en consideración por una persona razonable y diligente. La diferencia entre una acción negligente (por la cual se responde) y un mero riesgo de la vida (que debe ser soportado por aquel en quien recaerá el daño) reside a menudo en esas circunstancias. Por eso, también, la manera como es entendida la culpa en un determinado sistema jurídico sólo secundariamente se refiere de las justificaciones más o menos generales que enumeran los jueces. Lo determinante es más bien la calificación jurídica de los hechos. Si bien el juicio de culpabilidad es abstracto y normativo (*infra* Nº 90), se materializa en una apreciación en concreto que atiende a la situación de hecho (*infra* Nº 84).³⁴

³¹ Capítulo VIII.

³² *Infra* § 67 b.

³³ *Infra* § 65 b.

³⁴ El tema de este párrafo ha tenido su principal desarrollo en el derecho francés en la doctrina de la *Batte 1965 passim*. El análisis en concreto de la culpa es un antiguo axioma en el *common law*, y no lo es en razón de una tradición jurídica diferente al derecho codificado, por que en uno y otro sistema la negligencia puede ser formulada en términos igualmente generales. De ello es sintomático lo que ocurre en Alemania, porque a pesar de usarse de un sistema estructurado en torno a conceptos abstractos, se acostumbra introducir en los comentarios una larga lista alfabética de situaciones de hecho en que la jurisprudencia ha diferenciado deberes concretos de cuidado, referidos a las más diversas situaciones, actividades y profesiones: artistas, arquitectos, médicos, medecamentos, piscinas y playas, construcciones, alpinismo, actos de funcionarios, demostraciones públicas, ferrocarriles, pabaje en hielo, paracaidismo, aceras

47. Circunstancias personales típicas del autor del daño. a) En todos los sistemas jurídicos se plantea la pregunta por la relevancia de ciertas *características personales típicas*, como la edad, las capacidades físicas o el nivel profesional del demandado. Las características específicas del sujeto no son en principio relevantes: por el camino de definir los estándares de conducta sobre la base de características personales típicas (esto es, comparadas por otros que se encuentran en la misma situación), se anticipa crear un estándar de responsabilidad a la medida de cada caso. La tipificación judicial de deberes de cuidado atendiendo a características del agente tiende a sublevar la responsabilidad por culpa. El estándar de la persona diligente pasa a descomponerse en el joven, el sordo o el principiante diligente. Mientras más específica sea la referencia a calidad de las personas típicas, más se aleja la responsabilidad del estándar general de debido cuidado. La consecuencia es que los tipos personales menos calificados o figurativos quedarían sujetos a estándares de conducta inferior a los estándares de los corrientes; y que los especialmente hábiles lo estarían a criterios más exigentes. Desde este punto de vista, la culpa civil tendría una dimensión objetiva, que se expresa en el estándar general de cuidado, y otra individual, que atendería a las concretas posibilidades de acción del demandado, como ocurre en el derecho penal.³⁵

b) La pregunta crítica se refiere a quién debe correr con los *riesgos de las propias debilidades*. El derecho civil establece reglas de justicia que se basan en la igualdad y no en el mérito,³⁶ con la consecuencia de que las debilidades e incapacidades deben ser soportadas, por lo general, por sus portadores. Así se explica que los ordenamientos civiles más refinados tiendan a limitar severamente la subyunción subyugada de la responsabilidad por la vía de hacer relevantes características personales típicas del autor del daño.³⁷ Por eso, la tendencia a la objetivación de la culpa tiende

personales, estadísticas de servicio, hoteles y restaurantes, inmuebles, derrames de agua, importantes, caza, espacios de recreación, vehículos motorizados, hospitales, profesores, máquinas, estantes de sustancias inflamables y corrosivas, correo, celdas, organizadores de viajes, expectan, skis, estadísticas de deportistas, explosivos, calles, acuñados, locomoción colectiva, medio ambiente (Flandin/Helmreich § 276 58); a ello se agregan los deberes que se derivan de las obligaciones especiales de contenido protector (como, por ejemplo, valores, sociedades anónimas, biología genética, libre competencia, competencia desleal) y los límites referidos a derechos de la personalidad. En una perspectiva computada, Markesinis 1997 75.

³⁵ Surawerth 1976 324, Jakobs 1991 385.

³⁶ Hayek 1959 122.

³⁷ En ordenamientos donde no se reconoce la incapacidad de los niños y de los demores, se atempera esa regla considerando un estándar de cuidado relativo a la edad o la condición; así ocurre con los niños (pero no con los enfermos mentales) en el *common law* (Jones 2002 213, Fleming 1985 24, Epstein 1999 117, Restatement/Torts II § 283 B); para Francia, Vinay/Jourdain 2001 354, sobre el derecho europeo, Von Bar 1996 II 257, con referencias a otros capítulos de la obra.



[illegible]

54 Alessandro 1948 552.

cia de la responsabilidad cuasidelictual, donde quien actúa negligentemente asume sin concurso de tercero los riesgos de su acción.⁵⁵ Hay fallos que se han pronunciado en este sentido.⁵⁶

f) La cuestión parece tener más matices. En principio, si la previsibilidad es constitutiva de toda culpa, también puede pensarse que la responsabilidad por culpa, cualquiera sea su fuente, se limita a los perjuicios previsibles. La previsibilidad es un requisito elemental de la culpa, porque la prudencia sólo comprende lo que es posible prever.⁵⁷ Sin embargo, deben ser distinguibles las preguntas por la culpa (ilicitud de la conducta) y de *causalidad* (imputación objetiva de las consecuencias del daño inicial).⁵⁸ En la pregunta por la culpa se centra la atención en la previsibilidad del daño inicial (el exceso de velocidad que puede llevar a una colisión), mientras que en sede de causalidad se refiere a la extensión de la responsabilidad por las consecuencias dañosas que se siguen del daño inicial (el accidente es atendido por un médico que incurre en un error que le provoca una incapacidad permanente).

A diferencia de lo que ocurre con la culpa, a cuyo respecto la previsibilidad permite juzgar la conducta, en materia de causalidad la pregunta se refiere a la extensión de los perjuicios por los cuales se responde. En efecto, una dificultad mayor radica en la búsqueda de criterios para determinar cuáles consecuencias subsiguientes a un hecho dañoso pueden ser atribuidas a la acción u omisión del demandado. Y uno de los criterios que se emplean en el derecho comparado para determinar el alcance de la obligación indemnizatoria es precisamente si esas consecuencias subsiguientes al daño original caen dentro del ámbito de lo previsible. Todo indica, sin embargo, que la previsibilidad del daño consecuencial no es el criterio más apropiado para la atribución de ese daño al ilícito inicial del demandado, como se verá en el capítulo de causalidad (*infra* N° 257).

49. **Negligencia y error de conducta.** a) La concepción objetiva de la culpa asocia la conducta debida a los estándares propios de ciertos roles sociales. Por eso, en la consunción judicial de los deberes de cuidado resulta necesario indagar lo que *se puede esperar* de una persona diligente. En tales condiciones, el juicio de negligencia reside en una comparación de la conducta debida con la efectivamente cumplida. Es en este contexto que debe ser analizado el mero *error de conducta*, esto es, el daño producido por un error que no puede impedirse, aun por una persona capacitada que cometa la diligencia debida.

b) Entendida la culpa como un criterio de retribución a quien ha provocado injustamente un daño, se puede concluir que la responsabilidad civil es privada de su sentido moral si se calificara como culpable el mero

⁵⁵ Mazaud/Chabas 1998 629, Carbonnier 2000 302.
⁵⁶ As. CS, 14.1.1988, RDJ, t. I, sec. 4°, 40.
⁵⁷ Tomás de Aquino *Summa Theologiae* 49.8.
⁵⁸ *Infra* § 30.

error de conducta.⁵⁹ Pero esa crítica resulta discutible si la culpa es entendida (e incluso moralmente justificada) a la luz de la justicia correctiva (*supra* N° 13) o como técnica de prevención general (*supra* N° 16).⁶⁰ En verdad, el marco de una doctrina objetiva de la culpa correspondiente de analizar si una persona prudente y diligente estaba en situación de evitar el error de conducta ejerciendo el debido grado de diligencia y disponiendo de la habilidad requerida en la actividad que realiza. Si la respuesta es negativa, el error puede excusarse al alejamiento circunstancial del resultado que se esperaba. Mal que mal, los deberes que se asocian a la idea de culpa no aseguran resultados, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la responsabilidad estricta.⁶¹

Con todo, resulta razonable que la jurisprudencia discrimine entre diversos tipos de casos. Hay situaciones en que es razonable entender los deberes de cuidado a la manera de las obligaciones de seguridad de resultado, en el cual la excusa del mero error de conducta tenderá a ser rechazada. A ese efecto suelen conducir las presunciones de culpa por el hecho propio (*infra* § 14), por el hecho ajeno (*infra* § 17), la responsabilidad del empresario por daños sufridos por los trabajadores (*infra* § 18), y la de los profesionales proveedor de una construcción según la Ley de urbanismo y construcciones (*infra* N° 566). Por el contrario, tratándose de deberes asimilables funcionalmente a las obligaciones contractuales de medios, como ocurre con los servicios profesionales que no dan lugar a obligaciones de resultado, la tendencia será a aceptar la defensa del error excusable (*infra* § 50 a).⁶²

⁵⁹ R. Domínguez A. 1989 N° 30.
⁶⁰ Posner en Owen 1995 160.
⁶¹ En Chile, la Corte Suprema ha resuelto que es inexcusable y constitutivo de culpa el

error de un banco que consignó un domicilio que no corresponde al fijado por el titular de una cuenta corriente, a resultar de lo cual no es posible notificar el protesto de unos cheques y se termina por causar daño a una persona, ya que "los errores del banco la privaron de las acciones ejecutivas y criminales derivadas de los cheques", CS, 4.9.2000, RDJ, t. XCIX, sec. 1°, 186; en el mismo sentido, se ha estimado como de culpa la conducta del dependiente de una institución bancaria que por error consignó el rol único urbanario de una persona en protocolos correspondientes a otra, incorporándose el nombre del primero a la nómina de documentos presentados, la que posteriormente es enviada al Boleín de Informaciones Comerciales de la Cámara de Comercio (CS, 24.3.2004, GJ 285, 1989).

⁶² El problema es especialmente delicado en casos de responsabilidad médica. En Fran-

cia, la tendencia de la jurisprudencia fue a hacer responsable a los médicos por sus errores (Viney/Jourdain 1998 374). Una reciente jurisprudencia desplazó el llamado riesgo terapéutico del ámbito de la responsabilidad de los médicos (casos, 1° sala, 8.11.2000, alejando en sede civil el finasima de la responsabilidad por hechos que pudieran ser técnicamente calificados de fuerza mayor). A eso se agrega una ley de 2002, que atribuyó al seguro social la indemnización por accidentes médicos que producen consecuencias graves para el paciente, como muerte o incapacidad (M. Tapia 2003 b 26). En Alemania se falló que no era responsable el médico que intervenía el nervio facial con ocasión de una operación del oído medio, porque "aun el médico más diestro no trabaja con la seguridad de una máquina y a pesar de



(c) En todo caso, la pregunta crítica para delimitar los casos en que se alega un error de conducta parece ser si éste puede ser calificado como *un hecho casual*, atribuible a la simple fatalidad, de modo que pertenezca a los riesgos generales de la vida que debe soportar quien sufre el daño.⁶⁴ Si se estima que el error de conducta no es de ese tipo de riesgos, la excusa del mero error tenderá a ser inaceptable.

c. La culpa como infracción del cuidado debido

50. La culpa como *ilicitud* o *infracción* de un deber de cuidado. a) La responsabilidad por culpa supone que el autor de un daño sólo contrae la obligación de indemnizar si ha incurrido en negligencia; de lo contrario el daño es soportado por quien lo sufre. La razón para dar lugar a la obligación indemnizatoria es la *ilicitud* de la conducta del tercero que ha causado el daño. En otras palabras, en materia civil la culpa establece el *umbra*l entre el actuar ilícito y el ilícito.⁶⁵

Según se ha señalado, la culpa se define a partir de un patrón abstracto o modelo genérico que es suficientemente flexible para precisar en cada caso la conducta debida y compararla con la conducta efectiva. Una acción es *ilícita* (y por tanto culpable) si infringe un deber de cuidado,

todas las habilidades y cuidados puede fijarse en una intervención o corte en los que usualmente el mismo médico tiene éxito" (MünchKomm § 823, 43 a). La sentencia es criticada, sin embargo, porque asumió un concepto subjetivo de culpa, que no puede tener lugar en actividades que responden a roles socialmente definidos (idem). En Chile los fallos asumen, en general, que la práctica médica importa riesgos que deben ser soportados por los pacientes, veanse, a modo de ejemplo, CS, 29.9.1998, RDJ, L XCV, sec. 1°, 15°; CS, 2.7.1998, RDJ, L XCV, sec. 4°, 95°, también publicado en R del M, 476, 1141; y Corte de Copiapó, 28.6.2002, GJ 265, 127. Un análisis del error en la responsabilidad médica en *infra* N° 475.

⁶⁴ Deutsch 2002 b 67.

⁶⁵ En este sentido, la Corte Suprema ha señalado que la culpa "tiene un carácter normativo que que la entienda con la *anijuridicidad*, ya que se incurre en ella precisamente por que se infringen deberes de cuidado impuestos por la norma, o sea, por el orden jurídico que los implanta", CS, 12.8.1981, RDJ, L LXXXVIII, sec. 4°, 120. Sin embargo, en materia civil la *ilicitud* de la conducta se juzga en razón del daño causado, porque, a la inversa, a falta de daño la negligencia no necesariamente constituye una infracción a una regla de derecho; por eso, los deberes de cuidado pueden ser calificados como cargas que debamos soportar a efectos de cauterizar bien los juicios (intereses) ajenos (así, Janssen 480). La jurisprudencia es sensible a esta relación entre daño e *ilicitud*; así, se ha sostenido que "la responsabilidad civil surge cuando se transgrede una norma jurídica que afecte el interés de una determinada persona", CS, 10.7.2002, RDJ, L XCIX, sec. 2° 83° y que "la responsabilidad por culpa supone una infracción a un deber de cuidado, de modo que la calificación reparatoria tiene por condición que el responsable haya incurrido en un hecho ilícito y de modo que por contravenir dicho deber de cuidado, el autor del hecho debe reparar los daños resultantes", CS, 28.1.2004, GJ 288, 121.

que se establecerá hipotéticamente sobre la base de una estimación de la conducta que habría tenido en esas circunstancias una persona razonable y diligente; o, en el lenguaje que proviene del derecho romano (y que recoge el artículo 44 IV), la conducta que puede esperarse de un "buen padre (o madre) de familia", que genéricamente puede ser entendido como el correcto desempeño de un rol social determinado. Establecido ese estándar, resta por resolver los deberes concretos que responden a ese estándar genérico de cuidado.

b) A diferencia del contrato, donde la responsabilidad constituye una obligación secundaria, que surge del incumplimiento de una obligación contractual principal, la responsabilidad extracontractual no supone una relación que corresponda analizar en sede de responsabilidad contractual. Sin embargo, también en materia extracontractual existen deberes previos de conducta, sólo que no tienen un *ámbito* exclusivo, como ocurre en los derechos personales que nacen del contrato. Con todo, este universo de personas cuyo respecto se tienen deberes de cuidado puede ser relativamente acotado. Así, los deberes de vecindad sólo se tienen respecto del vecino; los auditores de una sociedad anónima usualmente tienen deberes de cuidado extracontractuales respecto de los accionistas, aunque bajo ciertas circunstancias pueden también tenerlos respecto de terceros inversionistas. Cualquiera sea su alcance, sin embargo, lo característico de los deberes de cuidado extracontractuales es que no tienen por fuente el contrato, sino el derecho.

c) La determinación en concreto de los deberes de cuidado (esto es, de los límites entre el actuar ilícito y el ilícito) es tarea, ante todo, del legislador. Sin embargo, la ley se limita por lo general a ciertas actividades en que el riesgo es particularmente intenso, o susceptible de ser esquematizado (como ocurre, por ejemplo, en materia de accidentes del tránsito); y aun en tales casos, su intervención rara vez tiene pretensiones de exhaustividad. Por eso, a falta de ley que defina los deberes de cuidado, la determinación corresponde a los jueces, sea recurriendo a estándares socialmente reconocidos, sea construyendo para el caso particular la regla de cuidado según el estándar de la persona diligente.

51. La culpa como *infracción* a un deber general de cuidado definido por el juez: *ilicitud* de la conducta o *anijuridicidad* del daño? a) En los parámetros anteriores se ha definido la culpa como *ilicitud*, esto es, como la conducta contraria a derecho. En tal sentido, la culpa importa la infracción de un deber de cuidado, y así puede ser entendida su conocida definición como "la infracción a un deber preexistente".⁶⁷

Esta definición pone un énfasis correcto en que la *ilicitud* en materia civil se refiere al incumplimiento de una regla de conducta, que se supone debió ser descubierta *ex ante* por el autor del daño, aunque el deber de

⁶⁶ Pothier 1761 N° 188.
⁶⁷ Planio 1905 290.





se ha dicho que la definición presenta el defecto de suponer una regla precisamente el objeto del juicio de responsabilidad. En efecto, salvo en los casos en que el legislador ha definido positivamente los deberes de la regla que define el patrón de conducta que debió observarse en el caso concreto es construida *ex post* por el juez, sobre la base del estándar de la persona prudente y diligente.

Esta crítica es injusta si se atiende a la invocación que la culpa hace de las reglas sociales espontáneas. El deber del juez puede ser entendido como la tarea de *formular* una regla de cuidado, que el demandando debió descubrir como máxima de su acción. El derecho de la responsabilidad civil dista de ser un ordenamiento sistemático, pero tampoco es fruto de caprichos del azar. La tarea del juez al formular el juicio de culpabilidad es normativa y no discrecional, pues consiste en develar el contenido de una regla de derecho, aunque no esté positivada por la ley.⁶⁸ En tal sentido, de acuerdo con una lógica típica del derecho privado, puede afirmarse que el juez no tiene la tarea de imponer, sino de poner al descubierto el deber de cuidado.

b) En el derecho chileno, como en la generalidad de los sistemas jurídicos, al ser concebida como ilícitud de la conducta, la culpa civil no se distingue de la *antijuricidad*.⁶⁹ En verdad, no hay razones prácticas ni sistemáticas para distinguir en materia de la culpa de la antijuricidad, como muestra la doctrina más reflexiva de sistemas jurídicos donde el propio Código ha asumido que una y otra son requisitos diferentes de la responsabilidad. Así, en el BGB se distinguen los requisitos de la culpa y de la antijuricidad de la acción. La antijuricidad (*Widerrechtlichkeit*) se menciona en la lesión de un derecho subjetivo; la culpa (*Fahrlässigkeit*), en la inobservancia del cuidado socialmente debido.⁷⁰ Según la doctrina alemana tradicional, bastaba la lesión de un derecho subjetivo para calificar de antijurídica la acción (antijuricidad calificada por el resultado). Sin embargo, esta doctrina es forzada y contraria a la intuición jurídica, porque no se puede decir que actúan antijuridicamente el médico que inflige una herida al paciente, ni tampoco el comerciante que priva de parte de la clientela a sus competidores.⁷¹ Así se explica que se haya abandonado esa

⁶⁸ Barros 1991 p. 88.

⁶⁹ Así, por ejemplo, se ha fallado que "la esencia de la culpabilidad reside precisamente en que el daño sea consecuencia de una conducta antijurídica, ilegal", Corte de Santa

⁷⁰ También el Código italiano tiene una norma que exige que el daño sea injusto para que haya lugar a la responsabilidad, pero no establece, como el BGB, un listado de hechos cuya lesión da lugar a la acción reparatoria (Cód. Ital., artículo 2043); una lista de

⁷¹ El caso del competidor es útil para reducir al absurdo esta doctrina en el derecho chileno, pero, en sentido estricto, esa conducta no es antijurídica de conformidad al § 823 del BGB, porque no afecta uno de los preceptos de derechos (lo cual también explica la incesante complejidad que introduce la distinción entre culpa y antijuricidad).

idea de antijuricidad calificada por el resultado y haya sido suscitada por un concepto de antijuricidad de la acción. Sin embargo, en la responsabilidad por culpa, con frecuencia no hay siquiera indicio de antijuricidad por el mero hecho de producirse el resultado dañoso, sino sólo en razón de la ilícitud de la conducta que causa el daño.⁷² Atendiendo a estas dificultades, la doctrina alemana ha tendido a concebir la antijuricidad como la lesión de un derecho ajeno por una conducta que no ha observado el cuidado socialmente debido; esto es, la antijuricidad ha pasado a ser inseparable de la idea de culpa.⁷³

Atendidas las dificultades que ha generado en la práctica un sistema de responsabilidad, como el alemán, que está constituido legítimamente sobre la base de distinguir los requisitos de antijuricidad y de culpabilidad, la carece de sentido práctico extirpar esa distinción al derecho chileno.⁷⁴ La culpa, entendida como infracción al deber de conducta, es sinónimo de ilícitud. La antijuricidad, en materia civil, no es más que el hecho culpable que causa daño.⁷⁵

d. Determinación del deber de cuidado

52. Fuentes de determinación de los deberes de cuidado. El concepto de culpa hace referencia a un estándar genérico y flexible de la persona prudente y diligente. La determinación de la regla de conducta que habría observado esa persona en las circunstancias del caso es una tarea judicial por excelencia. Sin embargo, esos deberes pueden estar también tipificados por la ley (como característicamente ocurre con el tráfico vehicular) o por normas. A falta de ley o de usos normativos, el juez no tiene otro camino que discernir cómo se habría comportado una persona prudente en las mismas circunstancias.

En esta sección serán analizadas sucesivamente las tres fuentes de legislación, los usos normativos y el estándar genérico de la persona diligente.

1. Determinación de los deberes de cuidado por el legislador

53. La culpa como infracción de un deber de cuidado establecido por la ley: culpa infraccional. a) La culpa infraccional supone una contravención

⁷² Al respecto, véase Kötz/Wagner 2006 44, Larenz/Canaris 1994 364, Medicus 2003 b 359.

⁷³ Kötz/Wagner 2006 45.

⁷⁴ Así, sin embargo, R. Rodríguez 1999 129.

⁷⁵ Por la misma razón, las causas de justificación en materia civil sólo pueden ser cons-



de los deberes de cuidado establecidos por el legislador u otra autoridad con potestad normativa (en una ley, reglamento, ordenanza, resolución u otra regulación semejante).

La práctica común que por vía legislativa o administrativa sean reguladas actividades que presentan riesgos. Las consideraciones que sigue el legisla-

do como el tránsito de vehículos motorizados (Ley del tránsito), la seguridad de las construcciones (Ley de urbanismo y construcciones), la protección del medio ambiente (Ley del medio ambiente), el funcionamiento justo y eficiente de los mercados, en materias de la libre competencia (DL 211/1973), de mercado de valores (Ley de valores) y de protección de consumidores (Ley de consumidores). Los y otros ordenamientos legales, que regulan ámbitos de actividad muy diversos, son complementados por regulaciones administrativas o municipales que establecen deberes más precisos.

b) En principio, cuando el accidente se produce a consecuencia de la infracción de alguna de estas reglas, el acto es tenido por ilícito, esto es, por culpable, sin que sea necesario entrar en otras calificaciones.⁷⁶ Este efecto es particularmente fuerte tratándose de ilícitos penales, en virtud de la regla del Código de Procedimiento Civil que señala que "en los juicios civiles podrán hacerse valer las sentencias dictadas en un proceso criminal siempre que condenen al procesado" (artículo 178).

La jurisprudencia da cuenta de numerosos casos en que se ha hecho aplicación de este principio. Así, tempranamente se usó que habría imprudencia por el mero hecho de circular en contravención a un reglamento.⁷⁷ Hoy

⁷⁶ La temprana jurisprudencia es especialmente bondosa en materia de *accidentes ferroviarios*, por ejemplo, Corte de Santiago, 13.4.1989, confirmada por la CS [cas. fondo], 3.8.1990, RDJ, t. XXXVIII, sec. 1°, 239; Corte de Santiago, 12.8.1992, RDJ, t. XL, sec. 2°, 35; CS, 2.12.1993, RDJ, t. XLII, sec. 4°, 247. CS, 2.12.1993, RDJ, t. XLII, sec. 1°, 409; Corte de Talca, 17.9.1992, RDJ, t. XLIX, sec. 4°, 247. Se ha estimado que constituye un ilícito infraccional de un *conductor de bienes raíces*, inscribir una hipoteca sobre un inmueble respecto del cual el deudor no tiene derecho alguno, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces debió rehusar la inscripción (Corte de Temuco, 11.6.1994, confirmada por la CS [cas. forma y fondo], 11.01.1995 y 23.09.1995, RDJ, t. XXXII, sec. 1°, 589). La misma jurisprudencia es consustancial en materias de *accidentes del tránsito* (Corte de Santiago, 10.7.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2°, 83; y al reglamento para el funcionamiento y operación de *pláticas* (DS 327/1977 del Ministerio de Salud sustituido con posterioridad por el DS 209/2003 del Ministerio de Salud), Corte de Santiago, 14.1.2002, confirmada por la CS [cas. fondo], 7.1.2008, GJ 271, 96.

⁷⁷ Corte de Temuco, 11.9.1991, RDJ, t. LXXXVIII, sec. 2°, 28. Se ha fallado, citando explícitamente a Riancho y Roper, que "para prevenir los daños, la ley y los reglamentos prescriben o prohíben determinados actos. Dado que se repudia que esos cuerpos legales son conocidos por todos, su inobservancia constituye culpa", Corte de Santiago, 17.4.2002, GJ 262, 81.

⁷⁸ Corte de Temuco, 11.9.1991, RDJ, t. LXXXVIII, sec. 2°, 28. Se ha fallado, citando explícitamente a Riancho y Roper, que "para prevenir los daños, la ley y los reglamentos prescriben o prohíben determinados actos. Dado que se repudia que esos cuerpos legales son conocidos por todos, su inobservancia constituye culpa", Corte de Santiago, 17.4.2002, GJ 262, 81.

⁷⁹ Corte de Temuco, 11.9.1991, RDJ, t. LXXXVIII, sec. 2°, 28. Se ha fallado, citando explícitamente a Riancho y Roper, que "para prevenir los daños, la ley y los reglamentos prescriben o prohíben determinados actos. Dado que se repudia que esos cuerpos legales son conocidos por todos, su inobservancia constituye culpa", Corte de Santiago, 17.4.2002, GJ 262, 81.

⁸⁰ En este sentido, para el derecho norteamericano, Epstein 1999 151.

⁸¹ Larenz 1987 284.

⁸² Epstein 1999 151.

puede entenderse como doctrina aceptada que la declaración de ilegalidad de una conducta lleva implícita la declaración de que dicha actuación ha sido culpable, porque lo ilegal siempre lleva el sello de la culpa.⁷⁸

c) En la culpa infraccional se muestra claramente la diferencia que existe entre la responsabilidad civil y penal en materia de culpabilidad. En efecto, a diferencia de lo que ocurre en materia penal, la culpa civil pura-mente infraccional no requiere ser completada con una imputación subjetiva del ilícito. Por eso, el error de prohibición, que suele ser excusa suficiente en materia penal,⁷⁹ sólo excepcionalmente tiene lugar en materia civil. En la medida que la culpa es concebida como infracción a un deber de cuidado, son irrelevantes las circunstancias subjetivas en cuya virtud se produjo la contravención. Las excusas subjetivas admisibles sólo son las generales, referidas a la capacidad y libertad en la acción.⁸⁰ En principio, también resultaría aceptable la excepción del error excusable, en la medida que podría haber sido cometido, en las mismas circunstancias, que el agente, por una persona prudente y razonable.⁸¹ En todo caso, la objetividad del concepto civil de culpa debe llevar a excluir consideraciones subjetivas referidas al infractor (*infra* Nos 43 y 47).

d) De acuerdo a principios generales del derecho privado, la infracción a un deber legal también puede ser excusada alegando que al autor del daño le resultó física o moralmente imposible cumplir la regla. A lo físico-mente imposible nadie puede estar obligado, como cuando se sufre una incapacidad temporal o un lugar peligroso queda a oscuras por la acción del viento o de una acción vandálica.⁸² También puede ocurrir que la disposición legal no pueda ser observada porque existe una razón poderosa, como ocurre, en general, con las causales de justificación (*infra* § 12).

⁷⁸ Corte de Temuco, 11.9.1991, RDJ, t. LXXXVIII, sec. 2°, 28. Se ha fallado, citando explícitamente a Riancho y Roper, que "para prevenir los daños, la ley y los reglamentos prescriben o prohíben determinados actos. Dado que se repudia que esos cuerpos legales son conocidos por todos, su inobservancia constituye culpa", Corte de Santiago, 17.4.2002, GJ 262, 81.

⁷⁹ Corte de Temuco, 11.9.1991, RDJ, t. LXXXVIII, sec. 2°, 28. Se ha fallado, citando explícitamente a Riancho y Roper, que "para prevenir los daños, la ley y los reglamentos prescriben o prohíben determinados actos. Dado que se repudia que esos cuerpos legales son conocidos por todos, su inobservancia constituye culpa", Corte de Santiago, 17.4.2002, GJ 262, 81.

⁸⁰ En este sentido, para el derecho norteamericano, Epstein 1999 151.

⁸¹ Larenz 1987 284.

⁸² Epstein 1999 151.



[illegible]

1. ¹ ² ³ ⁴ ⁵ ⁶ ⁷ ⁸ ⁹ ¹⁰ ¹¹ ¹² ¹³ ¹⁴ ¹⁵ ¹⁶ ¹⁷ ¹⁸ ¹⁹ ²⁰ ²¹ ²² ²³ ²⁴ ²⁵ ²⁶ ²⁷ ²⁸ ²⁹ ³⁰ ³¹ ³² ³³ ³⁴ ³⁵ ³⁶ ³⁷ ³⁸ ³⁹ ⁴⁰ ⁴¹ ⁴² ⁴³ ⁴⁴ ⁴⁵ ⁴⁶ ⁴⁷ ⁴⁸ ⁴⁹ ⁵⁰ ⁵¹ ⁵² ⁵³ ⁵⁴ ⁵⁵ ⁵⁶ ⁵⁷ ⁵⁸ ⁵⁹ ⁶⁰ ⁶¹ ⁶² ⁶³ ⁶⁴ ⁶⁵ ⁶⁶ ⁶⁷ ⁶⁸ ⁶⁹ ⁷⁰ ⁷¹ ⁷² ⁷³ ⁷⁴ ⁷⁵ ⁷⁶ ⁷⁷ ⁷⁸ ⁷⁹ ⁸⁰ ⁸¹ ⁸² ⁸³ ⁸⁴ ⁸⁵ ⁸⁶ ⁸⁷ ⁸⁸ ⁸⁹ ⁹⁰ ⁹¹ ⁹² ⁹³ ⁹⁴ ⁹⁵ ⁹⁶ ⁹⁷ ⁹⁸ ⁹⁹ ¹⁰⁰ ¹⁰¹ ¹⁰² ¹⁰³ ¹⁰⁴ ¹⁰⁵ ¹⁰⁶ ¹⁰⁷ ¹⁰⁸ ¹⁰⁹ ¹¹⁰ ¹¹¹ ¹¹² ¹¹³ ¹¹⁴ ¹¹⁵ ¹¹⁶ ¹¹⁷ ¹¹⁸ ¹¹⁹ ¹²⁰ ¹²¹ ¹²² ¹²³ ¹²⁴ ¹²⁵ ¹²⁶ ¹²⁷ ¹²⁸ ¹²⁹ ¹³⁰ ¹³¹ ¹³² ¹³³ ¹³⁴ ¹³⁵ ¹³⁶ ¹³⁷ ¹³⁸ ¹³⁹ ¹⁴⁰ ¹⁴¹ ¹⁴² ¹⁴³ ¹⁴⁴ ¹⁴⁵ ¹⁴⁶ ¹⁴⁷ ¹⁴⁸ ¹⁴⁹ ¹⁵⁰ ¹⁵¹ ¹⁵² ¹⁵³ ¹⁵⁴ ¹⁵⁵ ¹⁵⁶ ¹⁵⁷ ¹⁵⁸ ¹⁵⁹ ¹⁶⁰ ¹⁶¹ ¹⁶² ¹⁶³ ¹⁶⁴ ¹⁶⁵ ¹⁶⁶ ¹⁶⁷ ¹⁶⁸ ¹⁶⁹ ¹⁷⁰ ¹⁷¹ ¹⁷² ¹⁷³ ¹⁷⁴ ¹⁷⁵ ¹⁷⁶ ¹⁷⁷ ¹⁷⁸ ¹⁷⁹ ¹⁸⁰ ¹⁸¹ ¹⁸² ¹⁸³ ¹⁸⁴ ¹⁸⁵ ¹⁸⁶ ¹⁸⁷ ¹⁸⁸ ¹⁸⁹ ¹⁹⁰ ¹⁹¹ ¹⁹² ¹⁹³ ¹⁹⁴ ¹⁹⁵ ¹⁹⁶ ¹⁹⁷ ¹⁹⁸ ¹⁹⁹ ²⁰⁰ ²⁰¹ ²⁰² ²⁰³ ²⁰⁴ ²⁰⁵ ²⁰⁶ ²⁰⁷ ²⁰⁸ ²⁰⁹ ²¹⁰ ²¹¹ ²¹² ²¹³ ²¹⁴ ²¹⁵ ²¹⁶ ²¹⁷ ²¹⁸ ²¹⁹ ²²⁰ ²²¹ ²²² ²²³ ²²⁴ ²²⁵ ²²⁶ ²²⁷ ²²⁸ ²²⁹ ²³⁰ ²³¹ ²³² ²³³ ²³⁴ ²³⁵ ²³⁶ ²³⁷ ²³⁸ ²³⁹ ²⁴⁰ ²⁴¹ ²⁴² ²⁴³ ²⁴⁴ ²⁴⁵ ²⁴⁶ ²⁴⁷ ²⁴⁸ ²⁴⁹ ²⁵⁰ ²⁵¹ ²⁵² ²⁵³ ²⁵⁴ ²⁵⁵ ²⁵⁶ ²⁵⁷ ²⁵⁸ ²⁵⁹ ²⁶⁰ ²⁶¹ ²⁶² ²⁶³ ²⁶⁴ ²⁶⁵ ²⁶⁶ ²⁶⁷ ²⁶⁸ ²⁶⁹ ²⁷⁰ ²⁷¹ ²⁷² ²⁷³ ²⁷⁴ ²⁷⁵ ²⁷⁶ ²⁷⁷ ²⁷⁸ ²⁷⁹ ²⁸⁰ ²⁸¹ ²⁸² ²⁸³ ²⁸⁴ ²⁸⁵ ²⁸⁶ ²⁸⁷ ²⁸⁸ ²⁸⁹ ²⁹⁰ ²⁹¹ ²⁹² ²⁹³ ²⁹⁴ ²⁹⁵ ²⁹⁶ ²⁹⁷ ²⁹⁸ ²⁹⁹ ³⁰⁰ ³⁰¹ ³⁰² ³⁰³ ³⁰⁴ ³⁰⁵ ³⁰⁶ ³⁰⁷ ³⁰⁸ ³⁰⁹ ³¹⁰ ³¹¹ ³¹² ³¹³ ³¹⁴ ³¹⁵ ³¹⁶ ³¹⁷ ³¹⁸ ³¹⁹ ³²⁰ ³²¹ ³²² ³²³ ³²⁴ ³²⁵ ³²⁶ ³²⁷ ³²⁸ ³²⁹ ³³⁰ ³³¹ ³³² ³³³ ³³⁴ ³³⁵ ³³⁶ ³³⁷ ³³⁸ ³³⁹ ³⁴⁰ ³⁴¹ ³⁴² ³⁴³ ³⁴⁴ ³⁴⁵ ³⁴⁶ ³⁴⁷ ³⁴⁸ ³⁴⁹ ³⁵⁰ ³⁵¹ ³⁵² ³⁵³ ³⁵⁴ ³⁵⁵ ³⁵⁶ ³⁵⁷ ³⁵⁸ ³⁵⁹ ³⁶⁰ ³⁶¹ ³⁶² ³⁶³ ³⁶⁴ ³⁶⁵ ³⁶⁶ ³⁶⁷ ³⁶⁸ ³⁶⁹ ³⁷⁰ ³⁷¹ ³⁷² ³⁷³ ³⁷⁴ ³⁷⁵ ³⁷⁶ ³⁷⁷ ³⁷⁸ ³⁷⁹ ³⁸⁰ ³⁸¹ ³⁸² ³⁸³ ³⁸⁴ ³⁸⁵ ³⁸⁶ ³⁸⁷ ³⁸⁸ ³⁸⁹ ³⁹⁰ ³⁹¹ ³⁹² ³⁹³ ³⁹⁴ ³⁹⁵ ³⁹⁶ ³⁹⁷ ³⁹⁸ ³⁹⁹ ⁴⁰⁰ ⁴⁰¹ ⁴⁰² ⁴⁰³ ⁴⁰⁴ ⁴⁰⁵ ⁴⁰⁶ ⁴⁰⁷ ⁴⁰⁸ ⁴⁰⁹ ⁴¹⁰ ⁴¹¹ ⁴¹² ⁴¹³ ⁴¹⁴ ⁴¹⁵ ⁴¹⁶ ⁴¹⁷ ⁴¹⁸ ⁴¹⁹ ⁴²⁰ ⁴²¹ ⁴²² ⁴²³ ⁴²⁴ ⁴²⁵ ⁴²⁶ ⁴²⁷ ⁴²⁸ ⁴²⁹ ⁴³⁰ ⁴³¹ ⁴³² ⁴³³ ⁴³⁴ ⁴³⁵ ⁴³⁶ ⁴³⁷ ⁴³⁸ ⁴³⁹ ⁴⁴⁰ ⁴⁴¹ ⁴⁴² ⁴⁴³ ⁴⁴⁴ ⁴⁴⁵ ⁴⁴⁶ ⁴⁴⁷ ⁴⁴⁸ ⁴⁴⁹ ⁴⁵⁰ ⁴⁵¹ ⁴⁵² ⁴⁵³ ⁴⁵⁴ ⁴⁵⁵ ⁴⁵⁶ ⁴⁵⁷ ⁴⁵⁸ ⁴⁵⁹ ⁴⁶⁰ ⁴⁶¹ ⁴⁶² ⁴⁶³ ⁴⁶⁴ ⁴⁶⁵ ⁴⁶⁶

§ 10. LA CULPA CIVIL COMO ILICITUD DE LA CONDUCTA

⁹⁶ No obstante esta conclusión, se ha dicho que "no está de más mencionar que es perfectamente plausible que un exceso de 10 por ciento en la velocidad imprimida a un vehículo inadaptable social y jurídicamente a los riesgos propios del tráfico vial, en términos de seguridad, no sea la situación concreta", Corte de San Miguel, 18.8.2003, GJ 276, 176. dañoso en la situación concreta", Corte de San Miguel, 18.8.2003, GJ 276, 176.

[illegible]

2. Determinación del deber de ciudadano según los usos normativos

(b) La definición legal de los deberes de cuidado presentes en la venta de la certidumbre, que en ciertas circunstancias puede tener un valor económico muy significativo, pues supone conocer de antemano y con exactitud a esa venta se agrega el beneficio adicional de disminuir la propensión a varíanate que la decisión acerca de la diligencia debida. Sin embargo, prever el futuro sobre la base de un detallado catálogo de conductas resultante por lo general imposible, y también inobjetivo, pues se arroja ex-ante la responsabilidad hipotética de negligencias en perjuicio de unas eventuales víctimas. Por eso, la regla general es que la infracción de una norma legal permite dar por acreditada la culpa, pero, *a contrario sensu*, el cumplimiento de todas las normas legales es un importante indicio, pero no una garantía, de que se ha actuado con la diligencia debida.⁵⁸

terminos restrictivos (es decir, excluyentes del establecimiento judicial de la idea de que la persona puede estar registrada por el discriminante y no sólo por la letra de la ley).

Pero un análisis de actitudes que está sujeto a extensas regulaciones de base técnica, se puede asumir que la observancia de las normas legales y reglamentarias es al menos un indicio de diligencia, como ocurre, por ejemplo, en materia de responsabilidad por accidentes del tránsito.

Yd702

conducta a la forma en que el sujeto *debe* comportarse de conformidad con una regla en cada situación?

b) En principio, las meras prácticas o usos de una determinada actividad no son vinculantes a la hora de determinar el deber de ciudadanía, pues del hecho que una conducta sea usual no se sigue que también sea correcta. Que una actividad se haya realizado siempre de cierta manera no expresa *per se* que sea diligente (como puede ocurrir, por ejemplo, con las malas prácticas profesionales).

Cuestión distinta ocurre con los *usos normativos o estándares*, esto es, aquellas reglas reconocidas espontáneamente como expresión de un buen comportamiento y de aquello que usualmente se tiene por debido y que se expresan en expectativas de seguridad dentro de cada tipo de actividad.⁹⁵ En principio, estos usos normativos pueden ser concebidos como reglas de ciudadanía condenadas por la práctica.⁹⁶ A veces, estas reglas están formuladas en códigos de ética o de conducta, como los que rigen la actividad publicitaria o la de algunos colegios profesionales.⁹⁷ Más frecuentemente se expresan en buenas prácticas profesionales o empresariales (*infra* N° 465 y 474).

c) La contravención de este tipo de reglas puede ser calificada *prima facie* de culpable, en cuanto importa infracción a un deber de ciudadanía generalmente aceptado por quienes desempeñan la propia profesión o actividad. La pregunta siguiente es si esta autorregulación puede ser desafiada ante los tribunales: sea porque establece estándares de conducta de manera condicional con sus miembros, sea por incompleta. La respuesta, cada vez más generalizada, es que nada obsta a que la regla pueda ser calificada de injusta respecto de terceros y sea sustituida por otra más estricta por el juez. El principio subyacente es que las reglas establecidas por el propio gremio o profesión, no pueden ser opuestas a terceros, porque ningún acuerdo corporativo puede limitar la responsabilidad de quienes lo adoptan.⁹⁸

⁹⁵ Palandt/Helmrich § 825 58 A, con referencia a jurisprudencia del BGH.

⁹⁶ Especialmente expresiva de esta forma de construcción del ciudadano debido es una sentencia de la Corte de Santiago que estableció que era culpable la conducta de una clínica en relación al tratamiento otorgado a un recién nacido, ya que éste no respondía a "los cuidados que éste requiera, en los términos que según la literatura médica le eran exigibles", el establecimiento de la culpa se fundó en las reglas contenidas en una "Guía Médica" y en literatura especializada en la materia. Corte de Santiago, 10.7.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2°, 88.

⁹⁷ A veces, la legislación asume las reglas profesionales; así, en Francia fueron incorporadas a la legislación en 2002 ciertos deberes que hasta entonces formaban parte del código de deontología de la profesión médica; por ejemplo, los derechos a la confidencialidad de la ficha médica y a ser informado de su estado de salud (M. Tapia 2003 c); es interesante a este respecto, en materia de mercado de valores, la interacción existente entre los reglamentos de las bolsas y las regulaciones administrativas (Ley de valores, artículo 55 i).

⁹⁸ Fleming 1985 90.

57. Valor de los usos normativos como criterios de diligencia. a) Si se concluye el derecho como una realidad social de carácter normativo, que concede el ámbito de la ley, naturalmente se tenderá a concebir los deberes de conductas como una expresión de usos normativos, de expectativas reciprocas que señalan lo que asumimos se puede exigir de los demás.⁹⁹ A falta de una norma legal que defina el ilícito, se podrá decir que la culpa consiste en infringir una regla establecida por la costumbre.¹⁰⁰ El criterio empírico de "lo normal" se puede justificar por razones de seguridad jurídica, que remiten a lo que según la costumbre se puede esperar de los demás y, en consecuencia, cautean que el derecho de la responsabilidad civil asegure la protección de la confianza.¹⁰¹ Sin embargo, siempre permanece latente que el juicio relativo a la culpa supone adoptar las perspectivas normativas de la justicia (o de la eficiencia), en cuya virtud es necesario juzgar la razonabilidad de los usos normativos, antes de darlos por aceptados.

b) Cualquiera sea la doctrina jurídica que asuman los jueces, ocurre que los usos normativos, especialmente en una sociedad tan diferenciada como la actual, son en general imprecisos y difíciles de probar. Por ello, lo usual será que el juez, a falta de reglas legales que definan el ilícito, se vea obligado a construir prudencialmente el deber de cuidado. En esta tarea, sin embargo, no se debiera olvidar que una función importante del derecho privado es dar forma al tráfico espontáneo al interior de la sociedad, de modo que difícilmente se puede prescindir de aquello que con naturalidad esperamos de los demás como conducta debida.

58. Definición judicial del estándar de la persona diligente. a) Por lo general, corresponde al juez la aplicación en concreto del estándar de ciudadanía. Criterios de determinación prudencial del deber de ciudadano por el juez

⁹⁹ El derecho de la responsabilidad civil puede ser visto desde la perspectiva de las expectativas normativas que el concepto de culpa, más allá del ámbito limitado de la culpa infraccional, expresa lo que se puede exigir de una persona diligente, la regla de conducta que debe mantenerse a observar los otros. El concepto de *expectativas normativas* respecto de la conducta ajena electiva contravenga lo que esperamos del tercero, es un aspecto esencial de la teoría de N. Luhmann 1981 73). La idea de culpa remite a estas expectativas normativas de comportamiento, que no se refieren a la manera cómo los demás se van a comportar, sino a un acuerdo implícito acerca de cómo cada cual debe actuar en cada tipo de situación; sobre los aspectos lógicos de estas reglas espontáneas, Wittgenstein *Investigaciones filosóficas*, en especial 201 y 202; sobre este alcance en el derecho privado y consuetudinal, Barroso 1984 80.

¹⁰⁰ Carbonnier 2000 419.

¹⁰¹ Bydinski 1996 198.

Incluso si la ley o los usos normativos establecen reglas de conducta, éstas frecuentemente no son exhaustivas, como se ha visto en los párrafos anteriores. En consecuencia, si el demandado ha observado esas reglas legales o convencionales, ello no impide que el juez declare que actuó negligentemente, por mucho que esa observancia sea usualmente un fuerte indicio de la conducta.

b) En la determinación del deber de cuidado el juez tiene la orientación general del estándar de la persona prudente, diligente y razonable. En la aplicación en concreto de ese patrón general y abstracto de conducta a los hechos de la causa el juez realiza una tarea eminentemente normativa (infra N° 90): debe describir la regla de conducta que el demandado debió observar en la situación. La ley se limita a señalar el estándar de conducta (artículos 2284, 2314 y 2329, en relación con el artículo 44). Su concreción supone que el juez aplique *críterios de diligencia*. En el fondo, el juez debe descubrir la regla de buena conducta que habría observado una persona razonablemente diligente. En esa tarea es necesario considerar la situación de hecho en que se encontraba el demandado y ponderar los diversos intereses en juego. En términos muy generales, esos intereses son, por una parte, la libertad de actuar y emprender y, por otra, la expectativa legítima de la víctima de no sufrir daños injustos.

c) De la persona diligente se espera que minimice, pero no que elimine por completo el riesgo. La culpa supone tomar un riesgo excesivo, más allá de lo razonable.¹⁰⁸ Por otro lado, el cuidado debido es un concepto normativo, también típico, referido a la manera como actuar en las circunstancias de la economía es la ciencia de la racionalidad de las decisiones, el enfoque que economista resalta especialmente fértil al momento de determinar los deberes de cuidado. La persona racional actúa tomando en consideración las consecuencias de su actuar y de los caminos de acción alternativos. Y es exactamente ese razonamiento el propio de la persona diligente.¹⁰⁹ d) A la jurisprudencia corresponde precisar paso a paso los deberes más concretos que responden típicamente al modelo de conducta. Por eso, aunque el estándar de cuidado es abstracto (la persona diligente y razonable), su *determinación se efectúa en concreto* (supra N° 46). En todo caso, la determinación de la diligencia supone valorar los intereses en juego atendiendo a su relevancia y al modo en que condicionan la concreción de otros intereses; a ello se agregan factores cuantitativos que atienden a

¹⁰⁸ Weinrib 1995 145.
¹⁰⁹ Deutsch 2002 B 900.
¹⁰⁴ Posner en Owen 1995 108 dice típicamente que en el caso de los accidentes de tránsito "la justicia correctiva puede estar en el asiente del conductor, pero la economía es requerida para decirle al conductor cuándo frenar, parar, acelerar y así sucesivamente". Pero de la circunstancia que se empleen críterios económicos en la determinación del cuidado debido no se sigue que la responsabilidad civil sea considerada a la luz de críterios de bienestar general, como pretenden los enfoques más radicales del movimiento *law and economics* un hito desarrollo de esta idea en Coleman 2001 348 y 359.

la probabilidad e intensidad de que esos intereses sean afectados en el

respectivo curso de acción.¹⁰⁷ Las circunstancias de la acción son relevantes incluso para determinar el grado de discernimiento exigible, porque bien puede ocurrir que la urgencia de la decisión que debió emprender el demandado haya sido incompatible con un razonamiento prudential (el conductor que debe esquivar un niño que se atraviesa en la calle; el médico que atiende a una persona accidentada en la calle).¹⁰⁸

d) Para ponderar el cuidado debido, los jueces utilizan en la práctica algunos críterios de sopesamiento de intereses. Por regla general, estos críterios no operan en forma aislada, porque lo normal es que en cada caso intervengan dos o más en medidas distintas, y a veces en sentidos diversos. En los párrafos siguientes serán explorados los principales críterios de racionalidad del riesgo, que asume con naturalidad una persona diligente.

59. Intensidad del daño. a) Este críterio atiende a la magnitud del daño que puede provocar una acción. Así, el descuido que se asocia a daños severos a la integridad física, por ejemplo, es juzgado en forma más estricta que aquel que sólo genera daños materiales. La amenaza de un daño muy intenso lleva a exigir que se adopten mayores precauciones para evitarlo.¹⁰⁷

¹⁰⁸ Byliniski 2004 340.

En este sentido, en un juicio de responsabilidad por accidentes del trabajo, al calificarse la conducta del trabajador como negligente y la adecuación de las medidas de seguridad en la conducta del trabajador como negligente, la Corte de Santiago sostuvo que "en un análisis posterior de los hechos acaecidos, en un ambiente de equidad y ponderación, siempre es posible encontrar conductas mejores a las que se adoptaron en el momento; las medidas de seguridad exigidas son aquellas que permiten a un individuo común actuar conforme a pautas lógicas previamente diseñadas, para el caso que deba en un lapso de tiempo escaso adoptar acciones para evitar o paliar un accidente", Corte de Santiago, 30.12.1995, Cj 234, 203.

No es común encontrar casos en que se acuerda exclusivamente a la intensidad del daño como críterio para determinar la culpa. Por lo general, ésta actúa implícitamente, en conjunto con otros críterios, como la probabilidad de su ocurrencia, y normalmente no es posible distinguir la relevancia que los jueces asignan a uno u otro, atendida la falta de consideraciones explícitas en los fallos. Un ejemplo de cómo la intensidad del daño puede ser un factor relevante para determinar el deber de cuidado es una sentencia de la Corte Suprema que se pronunció sobre el caso de un *accidente ferroviario* en que un tren arrolló a un vehículo que pasaba por un cruce, resultando muerto el conductor; la sentencia de apelación estableció que el tren viajaba con sus focos encendidos, y que al aproximarse al cruce dio los pitazos de reglamentación, no sólo la campana, y que además en el lugar existían barreras visibles por la luz de un restaurant cercano; sin embargo, la Corte Suprema estimó que la Empresa de Recorridos del Estado había actuado con culpa, siendo suficiente a su juicio la correcta visibilidad de la línea a una distancia cercana al mismo cruce que impedía la correcta visibilidad de la línea (CS, 7.4.1958, RDJ, r. LV, sec. 1, 35). En atención al mismo críterio, conociendo de un caso de *negligencia médica*, se ha fallado que "los deberes de acción relativos al cuidado de la salud y vida de las personas que incumben a los profesionales de curar, tienen, en principio, el carácter de deberes de singular jerarquía en razón del bien ju-

El punto de vista de la gravedad del daño, como el de la probabilidad de su frecuente aceptación respecto de accidentes ferroviarios durante la primera mitad del siglo veintiuno. En más de una ocasión, la rigurosa aplicación de las presunciones de culpabilidad en estos casos llevara a situar la responsabilidad por culpa en el límite de la responsabilidad estricta. Así, tratándose de la colisión de dos trenes, se dijo que ésta "se produce generalmente por imprudencia o por negligencia o descuido" (...), salvo caso fortuito, cuya existencia no se ha alegado ni probado".¹⁰⁸

b) La peligrosidad que supone el desarrollo de algunas actividades ha sido uno de los criterios determinantes para el establecimiento de estatuto

que protegen", Corte de Copiapó, 28.6.2002, GJ 268, 133. Sobre otros casos de determinación de deberes de cuidado por aplicación de este criterio, pueden consultarse las siguientes sentencias: CS, 25.7.1930, RDJ, L XXVIII, sec. 1°, 164; Corte de Talca, 25.9.1990, confirmada por la CS [quie] 9.5.1991, GJ 181, 78; y Corte de Santiago, 28.1.1993, GJ 151, 54. El criterio es especialmente útil para determinar el cumplimiento de la obligación de seguridad del empleador en materia de accidentes del trabajo, donde se ha fallado que "el empleador es un deudor de seguridad a sus trabajadores. La obligación de otorgar seguridad en el trabajo, bajo todos sus aspectos, es una de las manifestaciones concretas del deber general de protección del empleador; su cabal cumplimiento es de una trascendencia superior a la de una simple obligación de una parte en un negocio jurídico, pues ella mira a la prevención de los riesgos profesionales, lo que importa a sus trabajadores, a sus familias y a la sociedad toda, tanto para proteger la vida y salud de los trabajadores, como por razones éticas y sociales, CS, 27.5.1999, RDJ, L XCVI, sec. 3°, 89, publicada también en R. del M. 486, 851. Para precedentes que insisten en el mayor exigible al empleador en el cumplimiento de esta obligación de seguridad en razón de los bienes que busca cautelar (vida y salud), pueden consultarse las siguientes sentencias: Corte de Santiago, 7.12.1998, GJ 222, 196; Corte de Santiago, 30.12.1999, GJ 234, 203; CS, 8.8.2000, RDJ, L XCVII, sec. 3°, 152, publicada de Santiago, 16.8 y R. del M. 501, 2427; Corte de Santiago, 17.1.2000, GJ 235, 199; Corte de San Miguel, 28.5.2001, RDJ, L XCVIII, sec. 3°, 103; Corte de Santiago, 2.7.2002, GJ 265, 86; Corte de Concepción, 28.8.2002, GJ 266, 210; Corte de Antofagasta, 19.12.2002, GJ 270, 189; Corte de Santiago, 22.4.2003, GJ 274, 281; Corte de Santiago, 9.7.2002, GJ 275, 227; y Corte de Santiago, 29.8.2003, GJ 278, 282. Un análisis de la diligencia debida y los deberes de cuidado exigibles al empleador en *infra* N°s 505 y 506.

108 CS, 11.8.1932, RDJ, L XXIX, sec. 1°, 570. En un caso similar, la Corte de Santiago señaló: "Que el hecho de que choquen dos trenes de la misma Empresa no sólo manifiesta que sus cumplidos no han cumplido sus obligaciones, sino también que no han usado de la menor prudencia, pues, como lo dice el art. 186 del Reglamento General de 1884, 'nada justifica el choque de dos trenes'". La sentencia además hace expresa referencia a la presunción del artículo 2829 del Código Civil para acreditar la culpa (Corte de Santiago, 12.10.1909, RDJ, L XI, sec. 2°, 25). Sobre la misma materia pueden consultarse además las siguientes sentencias: Corte de Santiago, 1.8.1923, confirmada por la CS [cas. fondo], 11.1.1924, RDJ, L XXII, sec. 1°, 912; y CS, 14.12.1923, RDJ, L XXII, sec. 1°, 785, que califica el choque de trenes como "inevitable".

los de responsabilidad estricta (*infra* N° 308 a).¹⁰⁹ En el ámbito de la responsabilidad por culpa hay también una relación directa entre la severidad de las consecuencias previsibles de una acción y las precauciones que debe adoptar quien la emprende. Por lo mismo, la gravedad del daño es un indicio de culpabilidad, al exuremo que el hecho que lo causa es culpable, invirtiendo la carga de la prueba en perjuicio del demandado (*infra* N° 95).

60. Probabilidad del daño. a) La probabilidad de la ocurrencia y la intensidad del daño son los factores que determinan la magnitud del riesgo como promotor por una actividad. Es de toda evidencia práctica que a mayor riesgo, mayor debió ser el cuidado aplicado a la acción.

La probabilidad es una variable acotada de la previsibilidad, pues mientras esta muestra un resultado como posible, aquella mide el grado de esa posibilidad. La probabilidad es una cuestión de hecho, que sirve de antecedente para un juicio normativo acerca de la diligencia debida.

b) La jurisprudencia utiliza implícita o explícitamente el criterio de la magnitud del riesgo para definir los deberes de cuidado. Así, antes que la ley estableciera un régimen de responsabilidad estricta en la materia, se estimó que había culpa en la negligencia aérea de un predio que ocasionó daños a un predio conyugal, en atención a la probabilidad del daño, pues aquella se realizó en circunstancias notoriamente adversas (soplabva viento, resqueciaron las paredes, etc.).¹¹⁰ Más recientemente, se ha fallado que es negligente, en razón de la probabilidad del accidente, la conducta de un empresario que almacenó materiales altamente combustibles en una fábrica rodeada de casas, donde ya antes se había producido un amago de incendio.¹¹¹

¹⁰⁹ En materia de accidentes de tránsito, se ha fallado que "el legislador al establecer la responsabilidad solidaria y objetiva en el artículo 174 de la ley N° 18.290, ha tenido presente el disvalor que se genera cuando fallece un ciudadano o se ve afectado en su integridad corporal, en términos que alienta razonablemente el desarrollo de la vida y en la mayoría de los casos lo finista sus principales proyectos, como consecuencia de una colisión o choque donde participa un vehículo motorizado. Por ello, la ley ha hecho responsable objetivamente a quien decante la titularidad del derecho de dominio del vehículo", Corte de Antofagasta, 15.12.2001, GJ 273, 95.

¹¹⁰ CS, 27.11.1965, RDJ, L LXII, sec. 1°, 445. En un caso similar, se señaló que hay culpa de parte de la empresa de fumigación que aplicó un producto altamente volátil en un predio conyugal a otro en el que existe una viña, con viento desfavorable, no pudiendo menos que prever que podía causar daño a este último predio (Corte de Chillán, 5.10.1970, RDJ, L LXVII, sec. 2°, 85).

¹¹¹ Corte de Santiago, 17.7.1998, RDJ, L XCV, sec. 2°, pag. 48. En otro caso, aplicando este criterio a un accidente con consecuencias mortales, la Corte Suprema sostuvo que "lo cierto es que el accidente a que se refiere esta causa, así como sus lamentables consecuencias, fue el resultado de un conjunto de fallas del cuidado que podía exigirse a todos quienes, tanto soportada como conjuntamente, se encontraban implicados en una situación generadora de riesgos constantes, cada uno de los cuales conlleva la posibilidad de haber intervenido para controlar el peligro, evitando así el desgraciado desenlace". CS, 30.9.1999, RDJ, L XCVI, sec. 4°, 268.

o puente que atraviesa una calle o camino y lo mantienen en mal estado, realizan acciones que con significativa probabilidad pueden causar severos daños. La conjunción de ambos factores lleva al legislador, siguiendo a las Siete Partidas, a prescribir que actúa negligentemente quien realiza esas u otras acciones que envuelven riesgos excesivos.¹¹⁵

(d) La circunstancia que la probabilidad del daño sea uno de los criterios que permiten al juez determinar los deberes de cuidado, permite además confirmar que la *previabilidad* es un elemento inseparable de la culpa, pues sólo es posible medir la probabilidad del daño en la medida que resulte previsible para el actor (*supra* Nº 48). Con todo, como se ha expresado, existe una diferencia entre ambos conceptos: la previsible del daño es independiente de la magnitud de la probabilidad. Para que el daño sea previsible basta que el riesgo sea real, cualquiera sea su magnitud.¹¹⁶ La probabilidad, por el contrario, es un criterio cuantificable que es decisivo para apreciar el grado de cuidado que habría sido empleado por una persona diligente.

(e) Finalmente, conviene advertir que la información acerca de la probabilidad e intensidad del daño es relevante en caso que la víctima decida asumir voluntariamente el riesgo, y el autor pretenda con posterioridad beneficiarse de este consentimiento como causal de justificación (*infra* Nº 81). Para que pueda configurarse esta excusa, la buena fe contractual exige que el autor del daño haya informado suficientemente a la víctima sobre ambos aspectos. La información es crecientemente importante en el derecho contemporáneo de la responsabilidad civil, en especial en materias de responsabilidad profesional, de relaciones con consumidores, en los mercados de valores, atendidas las asimetrías de información que existen entre las partes.¹¹⁷ (*infra* Nºs 63 y 81 c).

61. Valor de la acción que provoca el daño. a) Para la definición del cuidado debido es relevante el valor de la actividad que genera el riesgo de daño. La razón es puramente prudencial: el ciudadano que emplea una persona diligente en la ejecución de una conducta riesgosa carece de utilidad será usualmente mayor que el aplicado a una acción valiosa que genere el mismo riesgo. Expresado en términos económicos, hay riesgos que están justificados por el beneficio que produce a la comunidad la actividad, que los genera, y a la inversa, los riesgos inútiles carecen de justificación.

115 Para los antecedentes legales de la presunción de culpa por el hecho propio establecida en el artículo 2389, *infra* Nº 91.
116 Fleming 1992 115.
117 Para los deberes de información en el ámbito profesional, *infra* Nº 466; un análisis de la responsabilidad por infracción a deberes positivos de información en *infra* § 66 y la responsabilidad por información falsa o errónea, *infra* § 66 g.



El objeto de la valoración está constituido, por una parte, por los intereses jurídicos que se ven afectados por la acción que causa el daño, y por la otra, por el valor moral o la utilidad que tiene esa actividad generadora de riesgo.¹¹⁸ En el extremo, resulta justificado establecer respecto de riesgos creados por actividades inútiles un estatuto de responsabilidad estricta, como el que establece el Código Civil respecto de los animales feroces que no reportan utilidad para la guarda o servicio de un predio (artículo 2327). b) Si la actividad es particularmente valiosa, una persona razonable, prudente o diligente estará dispuesta a asumir riesgos proporcionalmente mayores. Es lo que ocurre con el ejercicio de la libertad de información, que atendida su función constitutiva para la tutela de otras libertades tiende a ser especialmente protegido en la tradición del constitucionalismo democrático.¹¹⁹ De este modo, la protección civil de la

118 Restatement/Torts II 291, *Wrongful in Owen* 1995 264. Una aplicación implícita de esta idea puede verse en el criterio para juzgar abusivo el ejercicio de una potestad jurídica. Así, en el caso de una persona procesada por estafa y luego absuelta de dicho cargo, ca. 44, en el caso de una responsabilidad civil de los querelantes, los que finalmente fueron absueltos, se trató que fuera de los casos en que el ejercicio de la acción penal pública impone responsabilidad civil, y que se encuentran expresamente mencionados en la ley, "los tribunales, atendido el interés público vinculado a la persecución y castigo de los delitos, y la gravedad de las causales que, según el Código de Procedimiento Penal, acarrea responsabilidad por el ejercicio abusivo del derecho de cambiar la acción penal pública, deben aplicar un criterio particularmente estricto al estudiar y ponderar las actuaciones procesales en que se hace consistir el casuístico de la acción civil a que puede dar origen el ejercicio [de la acción] que compete al artículo 13 del mencionado Código", CS, 6.9.1952, RDJ, t. XLIX, sec. 1º, 305. De forma similar, procediendo de modo especialmente estricto, se ha aplicado este criterio para juzgar la imprudencia de los jueces en el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los casos de responsabilidad del Estado por error judicial, según se puede constatar, entre otros, en los siguientes fallos: CS, 6.10.1998, RDJ, t. XCV, sec. 4º, 203; CS, 28.8.1998, R. del M., 477, 1504; CS, 15.12.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 5º, 193, también publicado en GJ 294, 119; CS, 26.1.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 4º, 56; CS, 11.5.1999, GJ 227, 194; CS, 15.12.1999, GJ 284, 123; CS, 5.6.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 4º, 134, también publicado en GJ 240, 164; CS, 9.8.2000, GJ 242, 148; CS, 26.9.2000, RDJ, t. XCVIII, sec. 5º, 172; CS, 6.6.2002, R. del M., 500, 1568; y CS, 14.8.2002, R. del M., 501, 1969. Sobre la materia, *infra* Nº 363.

119 En distintas jurisdicciones se ha fallado que el valor constitutivo que tiene la libertad de expresión respecto de otras libertades públicas exige que los medios de difusión sólo respondan por los datos que causan a la hora de la verdad de lo informado (estándar de culpa con conocimiento de la verdad de lo informado) (estándar de culpa grave). Estas ideas fueron formuladas en el caso *New York Times v. Sullivan*, fallado en 1964 por la Corte Suprema de Estados Unidos, que estableció una doctrina que ha sido relevante también en otras jurisdicciones. El periódico *The New York Times* informó erróneamente que un jefe de policía de Alabama había participado en la brutal represión de una manifestación en favor de los derechos de las minorías. Los tribunales estatales de Alabama dictaron luego a una acción de perjuicios en contra de la empresa periodística. La Corte Suprema federal declaró, porque establecían una carga excesiva sobre la libertad de expresión, fijando el umbral de inconstitucionalidad en normas que sancionaban civilmente la difamación, según de los hechos de la prensa periodística. La Corte Suprema federal declaró la difamación, porque establecían una carga excesiva sobre la libertad de expresión, fijando el umbral



hora y de la privacidad tiene su límite en el valor que el ordenamiento otorga a la información, lo que plantea dudas preguntas acerca del error en la información y respecto de los límites de la privacidad y la honra.¹²⁰

Algo semejante ocurre con los daños producidos en el ejercicio de las libertades, conexas entre sí, de contar, emprender y competir: es de la naturaleza de la autonomía privada y de los mercados competitivos que cada cual pueda legítimamente perseguir su propio interés, de modo que el límite a partir del cual se responde por daños ocasionados en el ejercicio de esa libertad está dado por la omisión de deberes positivos de información.¹²¹ y por la mala fe en el otorgamiento de información falsa o errónea,¹²² y no por consideraciones de mera diligencia. Así ocurre, por ejemplo, en materia de libre competencia, donde resulta civilmente ilícito adquirir participaciones significativas de mercado, pero no lo es abusar de la posición dominante (infra § 67 a); o en materia de competencia desleal, donde es admisible mostrar las ventajas del propio producto o servicio, pero da lugar a responsabilidad respecto de la información falsa o induciva a error (infra § 67 b); o en el mercado de valores, donde cada cual puede utilizar en su beneficio la información relativa a una empresa cuyas acciones u obligaciones se comercian en el público, pero no puede aprovecharse de información privilegiada de culpa grave al que se ha hecho referencia (*New York Times v. Sullivan*, 376 US 254). En Alemania se ha fallado por el Tribunal Constitucional que el derecho a la honra denota preterito en caso de informaciones conocidamente falsas o que carecen de todo sustento razonable en caso contrario, habiendo informado al público, la libertad de información hace ex-usable el error (Palandt/Helmsch § 823 189 A). En todo caso se reconoce que el fin de la información es decisivo para efectos del sopesamiento de bienes que exige el juicio de responsabilidad (Kötz 1991 224, con referencias a jurisprudencia constitucional y civil). Una ordenación analoga parece haber tomado la Cámara de los Lords británica, tradicionalmente proclive a proteger comparativamente el honor, luego de que en 1998 se incorporara al derecho interno la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (Jones 2002 546). En otros términos, el valor de la libertad de informar es de tal modo significativo en un Estado constitucional, que su ejercicio en materias de interés público sólo impone responsabilidad en casos de negligencia inexcusable. La libertad de expresión se sostiene en una valoración de la importancia de la palabra en una sociedad que pretenda hacer valer otras libertades, de modo que aun considerando los riesgos que ella conlleva, una expresión sólo genera responsabilidad civil bajo condiciones especialmente rigurosas. En Chile, los precedentes en la materia son más bien en sede de recursos de protección, donde se ha tendido a valorar la amenaza a la honra por encima de la libertad de expresión (infra N° 373). Sin embargo, a un régimen de libertades públicas pertenece natural-mente que debe haber un razonable equilibrio entre ambos derechos, en términos que no restenjan severamente el derecho a estar informado sobre asuntos de interés general.

que ha sido obtenida en ejercicio de una función fiduciaria, como director o abogado de la sociedad, por ejemplo (infra § 66 h). En estos casos la responsabilidad civil se entrecruza con las valoraciones básicas del sistema jurídico en su conjunto, de modo que usualmente se exige algo más que la mera negligencia para que haya lugar a la responsabilidad (infra N° 100).

Más allá de estas situaciones caracterizadas por un conflicto de bienes jurídicos en juego, el valor de la acción emprendida es un elemento relevante para determinar la diligencia en toda área de actividad. Ello se muestra en ejemplos cotidianos de asunción social de riesgos. Así, el derecho no toleraría la circulación de vehículos motorizados si los accidentes estuvieran inevitablemente no tuvieran como contrapartida un aumento generalizado del bienestar (e, incluso, no se pudieran evitar muchas otras desgracias por su intermedio).¹²³

(c) También influye en la valoración de la acción emprendida si los beneficiarios de la actividad son sólo quienes la practican, como ocurre con la caza deportiva y con otras acciones riesgosas respecto de terceros, o si, por el contrario, ella favorece en proporciones significativamente equitativas, tanto a las víctimas como a los autores del daño. Por cierto que el grado de cuidado debe ser mayor en el caso de actividades que no generan *ventajas sociales reconocidas*, porque ellas suponen una especie de apropiación unilateral de los beneficios que de ellas se siguen.¹²⁴

(d) Por último, a la inversa de lo que ocurre con las actividades que sólo producen beneficio a quienes las desarrollan, este criterio permite también justificar un menor grado de cuidado cuando el demandado produce el daño con ocasión de una *acción gratuita*, actuando como el buen samaritano. En el derecho anglosajón estos casos son genéricamente denominados *rescue*. Lo cierto es que en estas situaciones hay cercanas analogías con el grado de cuidado exigido en sede contractual cuando sólo resulta beneficiado el acreedor (artículo 1547). Así, el médico que interviene espontáneamente en ayuda de la víctima de un accidente de tránsito en plena vía pública, el vecino que causa daños ajenos a la propiedad ajena con ocasión de un incendio, quien se lanza al agua para auxiliar a alguien que se ahoga, serán juzgados con un rigor atenuado si su propósito se frustra por su error de conducta (que, de lo contrario, sería calificable de culpable),¹²⁵ precisamente en atención al valor intrínseco de su acción.¹²⁶ En principio, el mismo criterio debiera ser aplicado en materia de transporte benévolo.¹²⁷

¹²⁰ En este sentido, se ha sostenido que "la conducción de cualquier vehículo motorizado crea un riesgo, el cual, sin embargo, el ordenamiento jurídico permite, en atención al valor social que implica el empleo de esos medios de transporte", CS, 12.11.2003, CJ 281, 185, también publicada en R. del M. 516, 3258.

¹²¹ Así, el inbuyente argumento de Richter 1972 597.

¹²² Rieming 1985 58. En Chile, en un caso en que un trabajador falleció al ejecutar una acción de rescate, la Corte de Concepción, al evaluar la culpa o imprudencia del trabajador, que era la víctima, sostuvo (siguiendo a Alessandri 1945 622) que aun aceptando la

62. Costo de evitar el accidente. Otro criterio prudencial para determinar los deberes de cuidado es el costo de prevención del daño. Si el daño pudo evitarse a un costo razonable, el deber de cuidado exigible es precisamente incurrir en las medidas necesarias para evitarlo.¹²⁷

victimiza el riesgo del daño, no ha incurrido en culpa, y, por consiguiente, la responsabilidad del demandado subsiste íntegra; se trata de los "salvadores", de las personas que, por negligencia, se exponen a un peligro: corren el riesgo de ser alcanzadas para impedir que el daño afecte a terceros; desconociendo el trabajador que el límite permisible de presencia de ácido sulfúrico era superior al permitido y que la bodega presentaba un nivel de agua de dos metros, ante la urgencia de prestar ayuda al trabajador que se encontraba en peligro, no se le podía exigir otra conducta que la de acudir de inmediato a su socorro, sin perder tiempo en buscar elementos protectores (Corte de Concepción, 20.5.2002, confiado por la CS [cas. fondo y forma], 9.12.2002, GJ 270, 160).

La errónea técnica aseguradora hace cambiar en algunos sistemas jurídicos la lógica de la responsabilidad en estos casos; así se explica que en el derecho francés se permita a las víctimas de transporte benévolo prevalecer de las normas sobre responsabilidad estérica por el hecho de las cosas, solución estimada por la creación del seguro civil obligatorio, que rige para los accidentes del tránsito (Viney/Jourdain 1998 619). En Chile, en un antiguo caso de "transporte de favor", en que resultó muerto el pasajero de un vehículo de transporte colectivo, se argumentó implícitamente sobre la base de una obligación de seguridad; señalaba la sentencia que "la circunstancia de que el señor Martín Vicuña hiciera el viaje sin que mediara un contrato de transporte o necesidades del servicio, no basta para exonerar la culpa por omisión, imputable al empresario según lo expuesto en el considerando anterior, por cuanto es un hecho de la causa que el señor Martín había sido invitado o por lo menos autorizado para hacer ese viaje, de donde debe concluirse que lo realizó con la voluntad del empresario, antecediendo que basta para crear la obligación de éste de transportar a aquel indistinto de todo daño o perjuicio previsto" (Corte Suprema, 29.9.1942, RDJ, t. XL, sec. 17, 212. Véase también, CS, 18.1.2000, RDJ, t. XCIV, sec. 47, 8).

127 Hace un siglo, la *fuerza pública* que custodiaba un puerto arrojó al mar cajones de cerceza de propiedad de un particular para impedir que cayeran en poder de unos buelguistas; la Corte de Santiago señaló que "el deber de la autoridad de mantener ante todo el orden público, no la facilita para adoptar el primer medio que se le presenta, ni la exime de la obligación de recurrir entre varios, a los que menos daños ocasionen al derecho de los particulares", Corte de Santiago, 11.1.1908, RDJ, t. V, sec. 27, 55. Si bien la sentencia citada no razona explícitamente sobre la base del "costo" de evitar el daño, subyace a ella una lógica económica similar a la que inspira el criterio anotado. Puede darse además el caso de un *problema de cheque* practicado con evidente desuido, ocasionando perjuicios al titular de la cuenta, quien la había cerrado voluntariamente para ausentarse del país, dando aviso a la institución sobre el extravío de su último talonario de cheques; durante su ausencia, uno de los cheques extraviados fue presentado a cobro y posteriormente protestado invocándose la causal de giro cuenta cerrada; en circunstancias que el cuentacorrentista se vio expuesto a un proceso criminal iniciado en su contra, demandó a la institución bancaria, la que fue condenada al discurrir sobre la culpa, la Corte Suprema hizo especial énfasis en la circunstancia de que la firma puesta en el cheque aparecía "ostensiblemente" diversa a la auténtica y "visiblemente disconforme", dando a entender así que para evitar el daño se requería la adopción de elementales medidas de resguardo y que, en consecuen-

Por más que se tengan reservas respecto del análisis puramente económico de la culpa (*infra* Nº 67), el costo de eliminar o disminuir el riesgo de accidentes es relevante a la luz del estándar de la persona diligente y razonable. Por cierto que los accidentes del tránsito se podrían disminuir sustancialmente si se eliminaran los cruces de calles al mismo nivel, si todas las carreteras tuvieran doble pista, si las curvas pronunciadas se evitasen con líneas y así sucesivamente. Y también pudieran eliminarse muchos daños personales si todos los automóviles estuviesen provistos de *airbag* y de frenos con dispositivo ABS. En uno y otro caso, sin embargo, exigir esas precauciones resulta generalmente exorbitante. Su costo dificultaría que se completara la red de carreteras e impediría a muchas personas acceder al automóvil. Mal puede estimarse entonces negligente la conducta de los conisionarios viales o de los fabricantes de automóviles que omiten esos resguardos.

Lo mismo vale para otros resguardos que no son valorizables directamente en dinero, pero que tienen un costo de oportunidad implícito. Es lo que ocurre con la velocidad que se tiene por prudente. Si se decide elevar de 50 km/hr a 60 km/hr la velocidad permitida en zonas urbanas y si en ciertas carreteras se autoriza conducir a 120 km/hr en vez de los 100 km/hr tradicionales, se está asumiendo por la autoridad un mayor riesgo, sobre la base de consideraciones de ese tipo, porque resulta evidente que si el propósito fuese eliminar o disminuir drásticamente los riesgos no se habrían aumentado las velocidades toleradas, a pesar de los adelantos tecnológicos de los vehículos motorizados y de la mejor condición de las carreteras. Sin embargo, se ha valorado como superior el beneficio que trae la posibilidad de desplazarse a mayor velocidad que el aumento marginal de accidentes que esa nueva regla puede provocar. El tiempo tiene valor y es un costo implícito de una regla más restrictiva (una sin considerar otros costos sociales, como consumo de combustible, congestión y contaminación).

Consideraciones de este tipo son también determinantes cuando el juez debe fijar el nivel de cuidado debido, porque, en definitiva, la persona diligente y razonable actúa atendiendo a los hechos relevantes, de modo que la negligencia se expresa en "la presenencia de una dificultad, que puede subsanarse por un hombre prudente".¹²⁸ La consideración de los

cia, la institución librada actuó culpablemente al omitir cuidados que no suponían costos exorbitantes (CS, 20.10.1954, RDJ, t. LI, sec. 17, 509). En el mismo sentido, razonando implícitamente en torno al limitado esfuerzo de evitar el daño, se ha estimado culpable la conducta de la entidad bancaria que omite comprobar la exactitud del domicilio que da el cuentacorrentista al abrir la cuenta corriente, producido de lo cual no es posible la *notificación de los protestos de los cheques* y se produce la pérdida de las acciones para obtener su cobro, CS, 4.9.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 17, 186; y CS, 26.1.2004, GJ 283, 121.

¹²⁸ Corte de Concepción, 7.11.1985, RDJ, t. LXXXII, sec. 47, 288.



costos reitera el principio práctico de que no todo riesgo debe ser preven-

63. Tipo de relación entre el autor del daño y la víctima. Hay ciertos casos en que el tipo de relación entre el autor del daño y la víctima contribuye a determinar la intensidad de los deberes de cuidado. Aunque la relación personal entre el acreedor y el deudor es característica de las obligaciones contractuales, también en materia extrcontractual muchos deberes de cuidado nacen o son modificados en razón de la naturaleza de la relación del autor del daño con la víctima.

Ya se ha mencionado el rescate como un caso típico en que la posición relativa de la víctima frente al autor del daño contribuye a disminuir el deber exigible. A la inversa, ocurre que una cierta relación previa, como la negociación de un contrato, puede imponer deberes de lealtad recíprocos, aunque por definición las partes de una negociación no tengan obligación de llegar a un acuerdo¹²⁹ (infra § 66 c). Las mismas relaciones de confianza y lealtad, incluso respecto de terceros desconocidos, son determinantes de la mayoría de los deberes de cuidado que impone la Ley de valores, respecto del público que invierte en valores de oferta pública (infra N° 816) y la Ley de sociedades anónimas, en protección de los accionistas respecto de actos ilícitos de directores y gerentes (infra § 56 d).

En el derecho chileno (como en la mayoría de los sistemas jurídicos romano-germánicos, incluido el francés) no es necesario que exista un deber de cuidado específico respecto de la víctima para que haya lugar a la responsabilidad.¹³⁰ Con todo, para quien administra una piscina pública, un andamiado en la nieve o un parque de diversiones, no sólo surgen deberes contractuales, sino también deberes generales de cuidado relat-

129 Corte de Santiago, 25.8.1946, RDJ, I, XLVI, sec. 2°, 48.
130 El principio contrario rige en el *common law*, que exige la infracción de un deber de cuidado respecto de la víctima (Pleming 1988 36, Weir 2002 29). Es obvio que en la parte de los casos el deber se tiene respecto de conjuntos amplios de personas (como ocurre con los deberes del tránsito, por ejemplo). Sin embargo, hay hipótesis de accidentes en las que la víctima no pertenece al ámbito del autor del daño. Un famoso caso notoriamente se refiere al accidente provocado por un funcionario de ferrocarriles que ayudó, contra los reglamentos, a un pasajero para que subiera a un tren en marcha, con el resultado de que cayó al andén un paquete con fuego artificial que llevaba el pasajero, los que se activaron con el golpe y salieron disparados, hiriendo seriamente a una persona que se encontraba en la estación. El tribunal de Nueva York denegó la acción indemnizatoria porque el funcionario no tenía un deber de cuidado respecto de la víctima (*Palsgraf v. Long Island Railroad*, 1928, 248 NY 339, 162 NE 99, en Kelson/Kelson 1977 352). En el Reino Unido, sobre la base de consideraciones semejantes la Cámara de los Lords ha desechado acciones indemnizatorias interpuestas por víctimas de shocks nerviosos producidos por presencias un accidente (Pleming 1988 37). Casos de este tipo pueden calificarse entre nosotros en sede de causalidad, bajo la pregunta acerca de si es directo el daño sufrido por la víctima, lo que es expresivo de la flexibilidad que tienen los instrumentos doctrinarios para consuntivar los casos en el derecho de la responsabilidad civil.

vamente precisos respecto de aquellos que están propiamente en riesgo por

64. Actividades de expertos. En principio, los deberes de cuidado son diferentes a la calidad profesional del demandado, porque el estándar de conducta asume un medio entre el sujeto inepto y el extraordinariamente calificado. Sin embargo, son mayores las expectativas de prudencia que se tienen respecto de actividades que requieren de una organización industrial especializada.

La regla de negligencia es suficientemente flexible para hacerse cargo de las circunstancias objetivas en que el demandado realiza su actividad (infra N° 44). Esa mirada en concreto de las circunstancias provoca inevitablemente que las expectativas del público acerca del cuidado sean mayores en actividades sujetas a especiales requerimientos profesionales (infra N° 47 c). Es el caso, por ejemplo, de productos de uso o consumo masivo, de servicios de utilidad pública o de medios de transporte colectivo, cuya especial competencia damos por supuesta. En circunstancias que los deberes de cuidado están determinados por las expectativas normativas, relativas precisamente a los deberes de cuidado que requiere cada tipo de actividad, el grado de profesionalismo asociado a su ejecución es también relevante en la determinación del cuidado exigible.¹³²

65. Concepto de diligencia. Lo propio de la persona prudente no es evitar absolutamente el riesgo, sino distinguir entre aquel que es consecuencia razonable de su acción y el que impone una carga excesiva para los demás. La diligencia es comparable con asumir una cuota de riesgo, teniendo en cuenta criterios como el valor de la acción emprendida, la intensidad del daño y la probabilidad de que éste ocurra. En la práctica, por razones de prudencia, consideraciones de utilidad ocupan un lugar importante (e inevitable) en la decisión relativa al comportamiento razonable.

La lógica interna de la responsabilidad por culpa plantea el estándar de una persona que no es especialmente heroica, pero sí respetuosa. Ese

131 Según un reiterado criterio jurisprudencial, las instalaciones abiertas al público deben encontrarse en las condiciones adecuadas para su uso normal. Así, en el caso de un menor que sufrió un golpe en la cabeza, que le causó la muerte, a resultas de la caída de un mástil ubicado en un parque (Corte de Concepción, 31.8.1999, RDJ, I, XCIV, sec. 5°, 59); en un accidente ocurrido en un estadio municipal de fútbol debido a la ausencia de labores en las gradas, a consecuencias de lo cual se produjo la caída de un espectador al vacío (Corte de Concepción, 28.11.2002, confirmado por la CS [cas. fondo y forma], 4.4.2003, RDJ, I, XCIX, sec. 5°, 77); el mismo criterio para juzgar la conducta de quien administra un parque de diversiones en CS, 15.11.1999, R del M, 492, 2600, y para quien administra una piscina pública, en Corte de Santiago, 14.1.2002, confirmado por la CS [cas. fondo], 7.1.2003, CJ 271, 96.

132 Estas conclusiones son coincidentes con la temprana evolución de la responsabilidad por actividades industriales bajo una regla de negligencia, según muestra el estudio de casos del siglo XIX en los estados norteamericanos de Schwarzt 1981 b.



133 La fórmula proviene del caso *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947), y aparece citada en Posner 1992 156. La expresión simbólica de la fórmula es que hay negligencia cuando $p \times b > c$ (donde p es la probabilidad que ocurra el accidente; b la intensidad del daño que el accidente supone y c el costo de prevención).

134 Modelo explicativo tomado de Kötz 1991 47.

66. La conducta socialmente óptima como criterio de diligencia. a) El análisis económico de la responsabilidad por culpa busca establecer los criterios socialmente óptimos de prevención de accidentes, para lo cual no resulta racional un nivel excesivo de cuidado. Este nivel excesivo estaría dado por costos de prevención que exceden los daños que se evitan. Viéndolo desde el criterio del costo de prevención con la magnitud del riesgo, el juez norteamericano Learned Hand elaboró en 1947 una fórmula aritmética para determinar la culpa, según la cual una persona actúa en forma negligente si el costo de evitar un accidente es menor que el daño susceptible de ser producido por la actividad de que se trata multiplicado por la probabilidad de que ocurra.¹³³

En el fondo, esta fórmula define la culpa como un umbral de eficiencia de la comparación del costo de prevención con el costo del daño accidental. A su vez, como se ha visto, el costo del daño accidental es función del riesgo, medido sobre la base de la intensidad del daño. Así, si con cada unidad adicional de gasto en prevención se ahorran costos del daño accidental superiores a esa unidad, es exigible que se incurra en ese costo. Habrá, sin embargo, un punto en que la unidad marginal de gasto preventivo tendrá por efecto una disminución de los daños inferior a ese costo. En este umbral la inversión en prevención deja de ser eficiente y no resulta exigible respecto de quien desarrolla la actividad. La tabla siguiente resulta ilustrativa de lo expresado.¹³⁴

c. Análisis económico de la culpa

estándar exige que nadie haga soportar a los demás riesgos que superen lo que exigen las circunstancias. Por eso, la construcción de los deberes de cuidado específicos tiene más de prudencial que de excocto, pues importa ponderar los bienes e intereses jurídicos en conflicto en el contexto de la acción. En consiguencia, criterios generales para apreciar la diligencia de cada caso concreto es que por lo general resultan relevantes para efectuar un

§ 19. LA CULPA CIVIL COMO ESTRUCTURA DE LA CONDUCTA

Costo	Costo	Costo
0	60	60
5	30	35
10	20	30
15	17	32
20	15	35

TABLA DE ÓPTIMO CUIDADO

Costo	Costo	Costo
0	60	60
5	30	35
10	20	30
15	17	32
20	15	35

culpa

En el ejemplo, si un industrial que desarrolla un producto invierte 5 en prevención, actúa culpablemente, porque los daños esperados de 30 superan un costo social de 35, que es superior al óptimo de 30; por el contrario, si invierte 15, está actuando más allá del cuidado debido, porque el costo total es de 32, que, por la razón inversa, también es superior al óptimo de 30. Se comprueba que este análisis de la negligencia asume los supuestos marginalistas y de eficiencia que subyacen tras el análisis económico del derecho: "los costos esperados y los costos reales de los accidentes deberán compararse en el margen, midiendo los costos y los beneficios de pequeños incrementos de la seguridad y dejando de invertir en más seguridad en el punto en que otro peso gastado genere sólo un peso o menos de seguridad adicional".¹³⁵

b) El enfoque económico de la culpa (como de la responsabilidad civil en general) reclama para sí un mayor grado de precisión de las premisas necesarias para una decisión racional. En efecto, la fórmula de Hand, con las correcciones que sean aconsejables,¹³⁶ otorga un esquema analítico que permite hacer conmensurables los factores que determinan el nivel racional de cuidado. Aunque los elementos de la ecuación resultan unitarizados desde el punto de vista de la víctima, se podrá decir que la economía permite una cierta *arbitrariedad de la prudencia*. Además, el análisis económico tiene la ventaja del discernimiento incremental (esto es, marginal) del cuidado, que permite juzgar la racionalidad de las medidas de cuidado adicionales, que podrían haber impedido el accidente, en vez de confiar en juicios globales e imprecisos acerca del cuidado debido.

67. Límites del análisis económico de la culpa. a) A pesar de sus ventajas, los límites del análisis económico surgen, con todo, ya en el terreno conceptual: el enfoque del derecho civil tiene sus raíces en una idea de justicia correctiva o comunitaria, que atiende a lo que a cada cual corresponde en la relación privada entre partes. Por eso, no es menor el cambio de transformar individuos como la culpa a la luz de una racionalidad que atiende a fines sociales generales y a los medios apropiados para obtenerlos (*supra*

135 Posner 1992 157.

136 Por ejemplo, Coote/Ulen 1997 400.



- 157 Coleman 2001 16.
158 Coleman en Postema 2001 206.
159 Rietmeyer 1992 119.
160 Weirich 1995 149, Coleman 1992 368.
161 Koz 1991 50, Cordley en Owen 1995 151.
162 Un hecho analizado de los correctivos que la economía de las instituciones y el estudio de las conductas efectivas introducen al modelo del *homo oeconomicus*, con referencias al derecho de obligaciones, en Eidenmiller 2005 a 216.

Nº 16). En la perspectiva de la justicia correctiva, concebir la responsabilidad como una técnica social significa desentender que "el núcleo estructural del derecho de la responsabilidad civil está representado por el juicio de caso en que la víctima específica persigue reparación de ciertos perjuicios de parte de aquel que ella estima responsable".¹⁵⁷

Por lo mismo, no parece justo un discernimiento de la diligencia debida que iguale artificialmente los costos de prevención a los costos que la actividad provoca a las víctimas de los accidentes, en particular en situaciones en que no existe reciprocidad en los riesgos (*supra* Nº 16). La fórmula de Hand, desde esta perspectiva, es radicalmente unilateral, porque supone que quien realiza la actividad tiene el derecho a comparar el valor que atribuye a su acción con el riesgo que provoca sólo en razón de los costos de precaución, de modo que ignora (como es usual en el análisis económico de la responsabilidad) la relación de bilateralidad entre el autor del daño y la víctima.¹⁵⁸ En otras palabras, la fórmula fracasa porque es injusta, al no hacerse cargo de la asimetría de riesgos y beneficios entre el autor del daño y la víctima. A ello se suma la dificultad de comparar costos propiamente económicos con valores no patrimoniales, como la vida, la privacidad o la libertad.¹⁵⁹

En verdad, desde el punto de vista de la justicia correctiva, puede argumentarse que la existencia de un riesgo anormalmente elevado es razón suficiente para estimar negligente la conducta, cualesquiera sean los costos para reducir el riesgo, lo que explica que las actividades sean los casos más peligrosos en regímenes de responsabilidad estricta o a presunción de culpa muy difíciles de contrarrestar.¹⁶⁰

b) Finalmente, el análisis económico parece especialmente pertinente en actividades donde predomina el cálculo racional (como, por ejemplo, en la responsabilidad en el ámbito de los negocios), pero difícilmente da cuenta de la realidad práctica allí donde las decisiones son instantáneas o simplemente impulsivas.¹⁶¹ En verdad, uno de los más interesantes desarrollos críticos del análisis económico del sujeto racional consiste en un cuestionamiento del modelo abstracto del sujeto racional que persigue maximizar su propio bienestar.¹⁶² A diferencia de la base de información que ha sido recogida con algunos sesgos: tendemos a dar relevancia a datos que son coincidentes con nuestros intereses y principios (lo que produce una especie de disonancia cognitiva);

tendemos a considerar la información 'a la mano', lo que nos lleva a ignorar algunos hechos relevantes. En sede de culpa ello se manifiesta en la dificultad para juzgar luego del accidente las provisiones racionales que debió adoptar *ex ante* el demandado; a su vez, el patrón no suele ser el mismo cuando se juzga a los demás que cuando se valoriza el propio comportamiento. A ello se agregan las dificultades que se tienen en las actividades generadoras de riesgo para procesar información, en especial cuando ella es excesiva.

Por otro lado, no sólo en relación con la información requiere de correctivos el modelo del *homo oeconomicus*, tampoco el proceso de decisión se corresponde con un concepto universal de racionalidad, en razón del conservadurismo asociado a la aversión al riesgo y al apego a lo que ya se tiene. Aunque este aspecto de 'irracionalidad' es especialmente relevante en materia de contratos, también lo es en materia de culpa extracontractual, porque la persona razonable de carne y hueso actúa en un marco deliberativo que incluye prácticas y valoraciones que no responden a un concepto radical de racionalidad instrumental.

c) Aunque las consideraciones anteriores nos permiten tomar distancia crítica frente al análisis económico más ideologizado, conviene tener presente que un enfoque pragmático de la responsabilidad tiene la ventaja de dar en el centro de la responsabilidad por negligencia, en la medida que nos alerta sobre algo que sabemos con naturalidad en la vida cotidiana, como es "que para obtener una cosa debemos renunciar a otra, y nos enseña a comparar lo que obtenemos con lo que perdemos y a discernir qué estamos haciendo cuando decidimos".¹⁶³ Pareciera que esta forma de pensar no es ajena a la prudencia de la persona diligente. Aunque esta última parece ser más sensible al contexto de la acción que a modelos puramente cuantitativos, los esquemas de análisis desartificados por la economía permiten descomponer las variables constitutivas del cuidado debido, contribuyendo a un control racional de la argumentación (que, al contrario, suele ser puramente intuitiva).¹⁶⁴

- 163 Holmes 1897 474.
164 Los extraños que en el desarrollo del modelo de la persona diligente y razonable no

se haya explorado más profundamente la virtud de la prudencia, que precisamente tiene que ver con la sabiduría práctica, esto es, con la capacidad de considerar en la decisión las circunstancias de la acción (Aristóteles *Ética Nicomachea* 6.5; Tomás de Aquino *Summa Theologiae* ca 49.4 y 54.2). En parte, este olvido de Aristóteles y Tomás de Aquino puede deberse al excesivo énfasis en una moral de reglas, especialmente en la tradición eclesial positivista. En la tradición analítica jurídica de negligencia, tal como tiende a ser construida por los jueces en las diversas jurisdicciones, parece más comprensible a la luz de esa antigua tradición de la filosofía práctica (Cordley en Owen 1995 145).

§ 11. CULPA POR OMISIÓN

a. Planteamiento

68. Diferencias entre la acción y la omisión como fuentes de responsabilidad. a) Cuando la ley habla del daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona (artículo 2329) o del hecho culpable cometido sin intención de dañar (artículo 2284 IV), incluye, sin distinciones, tanto la culpa por acción como por omisión. En consecuencia, la negligencia que genera responsabilidad puede expresarse en haber actuado imprudentemente o en no haberlo hecho cuando existía el deber de hacerlo.

b) La acción y la omisión pertenecen genéricamente a la categoría de los actos libres. En tal sentido, acción y omisión pueden ser incluidas dentro del concepto genérico de la acción humana (*supra* Nº 35).

Así y todo, es correcta la imitación de que existe una diferencia significativa entre el sentido normativo de la actividad y de la inactividad. La razón fundamental radica en que mientras la acción genera por sí misma el riesgo de un daño, la omisión se refiere a la posibilidad de evitar un riesgo cuyo origen es independiente de la persona premeditadamente responsable.¹⁴⁶

A ello se suma el principio normativo de libertad, que es especialmente importante en el derecho privado. La libertad se expresa esencialmente en reglas que establecen límites negativos a nuestra acción, pero que no procuran el bien de los demás. Por otra parte, un sistema jurídico que impusiera el deber de ocuparnos de evitar el mal que pueden sufrir los demás exigiría establecer un aparato compulsivo formidable, que resultaría incompatible con la libertad personal. Desde esta perspectiva, el papel esencial del derecho civil es establecer reglas de responsabilidad por las consecuencias que se siguen de nuestros actos conforme a la justicia correctiva, pero no deberes positivos para asegurar el bienestar de los demás (según un concepto de justicia distributiva).

Así se plantea, en principio, una diferencia fundamental entre la benevolencia moral del buen samaritano y el ámbito más limitado de los deberes legales. Como lo expresó un célebre juez inglés, "la regla de que usted debe amar a su vecino, deviene en el derecho en que usted no debe molestar a su vecino".¹⁴⁶ Esa consideración expone ejemplarmente las diferencias entre las virtudes morales más exigentes, que aspiran a la perfección, y las más elementales exigencias de justicia correctiva, que son características del derecho civil. Sin embargo, existen situaciones en que el derecho ordena actuar, de modo que se sigue responsabilidad de la omisión. Ante todo, la distinción

entre la omisión y la acción y la omisión como fuentes de responsabilidad pueden daban al vecino, Fleming 1985 35.

146 *Donoghue v. Stevenson* (1932) a.c. 562, donde, paradójicamente, luego se hace referencia a las acciones y omisiones que deben ser evitadas porque presumiblemente

están en juego un problema de causalidad, porque frente a cualquier daño el conjunto de los inactivos que pudieron impedir el hecho tiende hacia el infinito (ídem 22).

146 Doussch/Ahrens 2002 19, quienes estiman, además, que en el caso de las omisiones

b. Omisión en la acción

entre acción y omisión no resulta simple en el caso de acciones complejas, donde la omisión se plantea, en verdad, como un defecto de la acción (*infra* Nº 69). Despejada esa cuestión más bien lógica de la omisión en la acción, se analizarán grupos de casos en que la omisión propiamente tal puede ser fuente de responsabilidad (Nº 70 y siguientes).

69. La negligencia como descuido en la acción. a) Hay omisión en la acción cuando ésta se produce en el ámbito más extenso de una acción positiva, es decir, cuando quien ejecuta la acción omite tomar las precauciones necesarias, exigidas por las circunstancias, para evitar el daño.¹⁴⁷ Podría decirse que la omisión en la acción es la negligencia en sentido estricto, consistente en omitir el cuidado debido cuando se realiza una acción (a diferencia de la negligencia en sentido amplio, que es sinónimo de culpa).

Quando uno conduce un automóvil está sujeto a innumerables deberes posibles de conducta que se relacionan con la acción de conducir: se deben señalizar los giros; se debe detener el automóvil ante un disco "Paro"; se debe disminuir la velocidad en ciertas zonas preestablecidas o donde existe una situación de peligro, y así sucesivamente. En verdad, la culpa en la acción está usualmente asociada a omisiones negligentes de quien ha emprendido la actividad.¹⁴⁸

b) La omisión en la acción es una forma típica de negligencia. Así, se ha resuelto que actúa negligentemente quien no coloca señales para prevenir el peligro que representan los hoyos abiertos en la vía pública con motivo de las reparaciones que ejecuta, ni cierra el sitio en que éstas se practican,¹⁴⁹ quien olvida reponer la tapa de un pozo en el que efectúan reparaciones, que además carecen de señales que prevengan de su existencia,¹⁵⁰ el dueño de un edificio dañado por un temblor que omite efectuar en el las reparaciones necesarias,¹⁵¹ el anestesista que abandona a su

¹⁴⁷ Alessandrini 1945 199.

¹⁴⁸ Ídem.

¹⁴⁹ Corte de Valparaíso, 20.4.1908, confirmada por la CS [cas. fondo], 21.4.1909, RDJ, l. VI, sec. 1º, 393. En la jurisprudencia más reciente sobre responsabilidad del Estado, especialmente de los municipios, es frecuente encontrar referencias a supuestos de omisión en la señalización del peligro que implica transferir por las vías públicas en razón del mal estado de las mismas o de la realización de reparaciones (Ley del tránsito, artículo 174 V; al respecto, *infra* § 52 d).

¹⁵⁰ Corte de Valparaíso, 3.12.1948, confirmada por la CS [cas. fondo], 4.8.1952, RDJ, l. XLIX, sec. 1º, 281.

¹⁵¹ En este caso se aplica además la presunción del artículo 2323 del Código Civil, Corte de Santiago, 10.9.1940, confirmada por la CS [cas. fondo], 26.8.1941, RDJ, l. XXXIX, sec. 1º, 203. Véase también un caso en que se estableció la responsabilidad del propietario de una

tercera de un edificio que al omitir efectuar las reparaciones necesarias causó perjuicios a los locales que se encontraban en los pisos inferiores, Corte de Santiago, 16.3.1998, GJ 213, 102.



71. Omisión dolosa. a) Ante todo, la absención genera responsabilidad cuando está fundada en la intención positiva de dañar, en virtud del principio de que es un ilícito *per se* querer y producir el mal ajeno (infra Nº 98).¹⁵¹ Formulado con esta generalidad, la regla no genera controversia alguna. Los casos en que se logra probar que una omisión *solo* tuvo por finalidad causar daño a otro corresponden, en verdad, a la forma más general e individualizada de abusos de derecho (infra Nº 449).¹⁵²

[illegible]

154 En opinión de Carbonnier 2000 404, este es el único caso en que la omisión pura y
155 simple de derechos individualmente responsables...

156 El derecho francés se suele remitir al caso de una pareja judía divorciada, don-
157 de el marido se resista, sin interés personal alguno, en entregar la carga de reputación,
158 permitiendo a la mujer contraer nuevo matrimonio (cass. civ. 2^a, 1972, citada por Vaincy/
159 Jourdan 1998 336; Carbonnier 2000 417).

160 Alersandri 1949 201.

161 Es el caso del *commun law*, aunque con algunas calificaciones (fons 2002 50, Esp-
162 en 1993 287).

c. Omission propiamente tal

182 CS, 4.10.1984, RDJ, c. LXXXI, sec. 4.^o 2006. En el mismo ámbito, se ha fallado que una política actual culpablemente si causa daños "por no realizar actividades o gestiones que le obli- gaban a una mantención continua y periódica del equipo utilizado en la operación de la vóltima", Corte de Santiago, 19.7.2002, confirmada por la CS [cas. fondo], 2.4.2003, GJ 274, 194.

183 Corte de Santiago, 12.1.1966, RDJ, c. LXXXV, sec. 2.^o. Bases los humanos ca- sos de culpa por omisión en la acción pueden verse las siguientes sentencias CS, c. de los XII, sec. 1.^o, 306; CS, 8.8.1906, RDJ, c. III, sec. 1.^o, 403; CS, 22.7.1913, RDJ, XLI, sec. 1.^o, 306; CS, 4.8.1919, RDJ, c. XXX, sec. 1.^o, 824; CS, 29.9.1942, RDJ, c. XL, sec. 1.^o, 112; Corte de Santiago, 10.1.1958, RDJ, c. I, sec. 2.^o, 1.^o; CS, 21.1.1968, c. LXXXV, sec. 4.^o, 1.^o; Corte de Santiago, 28.1.1993, GJ 151, 5.^o; Corte de Concepción, 4.11.1997, confirmada por la CS [cas. fondo], 3.11.1998, E del 4.^o, 2800; Corte de Santiago, 17.7.1998, RDJ, c. XCIV, sec. 4.^o, 83; Corte de San Miguel, 19.7.1999, GJ 229, 153; Corte de Santiago, 28.12.1999, GJ 270, 133; y Corte de Santiago, 22.4.2003, GJ 274, 281.

184 Corte de Santiago, 22.4.2003, GJ 274, 281; Corte de Antofagasta, 13.12.2002, GJ 270,

ese tipo: ¿por qué puede verse en situación de asumir responsabilidad quien no tiene inferencia causal en el accidente; ¿cómo se identifica a la persona que tiene el deber; si, como en el caso babilónico, son varios los que están en condiciones de prestar socorro; ¿es necesario transformar la benevolencia en regla de deberes indeterminados de conducta en protección de terceros?

Todo indica, sin embargo, que la regla penal chilena tiene calificación nes suficientes para evitar que el deber de socorro se expanda sin control, aunque se admita en derecho una aplicación extensiva a casos análogos; como el del médico de una zona carente de servicios que rehúsa sin justificación atender un paciente grave, el cual conocidamente requiere urgente atención, o el hotelero que se niega a recibir a un viajero gravemente amenazado por condiciones climáticas extremas.¹⁴⁹ Más allá de estas situaciones extremas, no puede asumirse un deber general de ciudadano que tenga por objeto prevenir que un daño sea causado a terceros.¹⁵⁰

(c) De lo anterior se sigue que la responsabilidad por omisiones sólo procede, además de los casos en que la ley establece un deber positivo de conducta, cuando existe una *razón especial para que el responsable deba cuidar de la víctima*. Estas razones se reflejan esencialmente a una especial relación entre la víctima del accidente y quien omite el cuidado que habría evitado el daño. Desde luego que no se trata de una relación contractual, porque en tal caso la responsabilidad estaría sujeta a otras condiciones. Se trata de vínculos que no dan lugar a relaciones obligatorias, pero que generan un especial deber de respeto hacia los intereses del tercero.

Los casos más obvios son las relaciones de analogía contractual, como los deberes que tiene el propietario de una casa o de un establecimiento de comercio respecto de quienes acceden a ellos como servidores o clientes; quien realiza negociaciones contractuales respecto de la otra parte; el fabricante de un producto que luego de ponerlo en el mercado descubre

¹⁴⁹ Alcamandí 1943 200, citando a los hermanos Mezeaud. Un interesante caso de responsabilidad médica por omisión de servicio, fallado con fundamento en el artículo 490 N° 1 del Código Penal, se refiere a un médico de turno en el Hospital de Concepción, quien ante un llamado de un paramédico ante una urgencia se negó a asistir al hospital durante la noche y visitado en su casa por los padres del menor enfermo también rechazó atenderlos, con la consecuencia de que una enfermedad médicamente tratable produjo la muerte del niño (CS, 28.1.1999, RDJ, L XCVI, sec. 4°, 71). En el caso parece determinarse que el condenado por la omisión estaba de turno en el hospital; descartada esa circunstancia, ¿hasta dónde llega la privacidad de los médicos; ¿está un médico obligado a atender cualquier urgencia; ¿establece su profesión deberes jurídicamente exigibles de servicio universal? Es interesante constatar que las Siete Partidas tendían a connotar negativamente estas preguntas, porque sólo hacían responsable al médico una vez que éste había comenzado a medicar a la persona o animal (Siete Partidas 7.15.9).

¹⁵⁰ Así fue formulada la regla por Lord Goff en un caso en que se reclamaban perjuicios del propietario de un teatro que estaba cerrado y a la espera de su demolición, por no haber cuidado que se introdujeran pandilleros que luego provocaron un incendio causado por Jones 2002 52).

un defecto que puede provocar daño a los consumidores; el capitan de un barco con los pasajeros invitados; el administrador de un centro deportivo respecto de los niños que lo visitan. También vínculos afectivos como la amistad pueden generar deberes especiales de cuidado, como ocurre cuando dos amigos son asaltados y uno de ellos omite los cuidados que impone la muerte del otro.

Asimismo se tiene por razón suficiente para un deber de protección haber intervenido sin imprudencia en un accidente que deja a uno de los participantes en grave estado: aunque no haya habido culpa en la generación del riesgo, se entiende que existe un deber de socorro que surge de las especiales circunstancias.

También existe ese deber cuando el tercero se encuentra exclusivamente en una situación capaz de impedir un mal grave (como ocurre con el médico que circunstancialmente participa en un accidente).

Lo típico en estos casos es la existencia de una especial relación, aunque no esté fundada en un contrato, que confiere la expectativa legítima de la víctima de ser debidamente protegida. Puede decirse que existen deberes positivos de información con ocasión de la celebración de un contrato. a) La autonomía privada tiene su ámbito más fecundo de aplicación en materia contractual. Ello se muestra en que, mientras no haya consentimiento, no hay contrato, ni obligaciones recíprocas entre las partes. El principio de libertad negativa, que autoriza para contratar, pero no obliga a hacerlo, es dominante en la doctrina jurídica del contrato. En principio, el derecho de los contratos sanciona con la rescisión la acción dolosa y positiva orientada a obtener el consentimiento. El dolo contractual da lugar, además, a acciones indemnizatorias y resolutorias (artículo 1458 II).

b) La doctrina tradicional del contrato fue recuente a reconocer deberes positivos de conducta durante la negociación de un contrato. Sin embargo, la doctrina de los vicios redhibitorios establece un formidable fundamento en esa dirección (artículos 1858, 1861, 1992, 1993, 2192, 2203). Uno de los más importantes desarrollos del derecho de las obligaciones reside precisamente en la definición de deberes positivos de conducta durante la negociación contractual. La materia pertenece a la responsabilidad extrcontractual (porque los ilícitos no consisten en incumplimiento de contrato), pero está estrechamente relacionada con la doctrina del contrato, pues se refiere a deberes que surgen durante la formación del consentimiento. Atendida la importancia de la materia en

¹⁵¹ Kleischer 2001 574. Véase respecto de los criterios de cercanía para determinar los deberes, Palandt/Helrich § 249 84, Deusch/Ahrms 2002 18, Restatement/Torts II § 14 A, Epstein 1999 295, Frank/Rabin 2001 139, Jones 2002 59.

El derecho de obligaciones, en una sección especial se hará una breve reseña de esta responsabilidad precontractual, con énfasis en los deberes positivos de información (*infra* § 66 f.).

§ 12. CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN

75. Causales de justificación y juicio de libertad. a) En general, las causales de justificación niegan la función de excluir la antijuridicidad del acto. Como se ha señalado, en el ámbito civil la culpa cubre los requisitos objetivos que debe cumplir el acto del demandado para que haya lugar a la responsabilidad (imputación a un deber de cuidado). Por eso, quien dice que un acto es culpable, dice también que es antijurídico, y viceversa. X en circunstancias que las causales de justificación han sido construidas como excusas, que puede hacer valer quien ha cometido una conducta que es ilícita en principio, su lugar sistemático más correcto en el derecho civil es precisamente como factores excluyentes de la culpa.

A efectos de claridad conviene exponer en la culpa.
presumiente como los factores excluyentes de la culpa.
b) La culpa excluyente es aquella que no admite la responsabilidad, a menos que de ella se desprenda la culpa.
(pero) estas se distinguen en la culpa de la culpa, por cumplimiento diferente de la pregunta por los elementos de la responsabilidad civil).
Por consiguiente, debe oírse como el hecho de que se atribuya la culpa y la ausencia de culpa.
Por lo demás, no es necesario que se atribuya la culpa a un sujeto, sino que puede atribuirse a un sujeto o a un bien ajeno o no es aún indicio de responsabilidad, el solo daño a un bien ajeno o no es aún indicio de responsabilidad, a menos que se atribuya la culpa.
c) La culpa excluyente es aquella que no admite la responsabilidad, a menos que de ella se desprenda la culpa.
(pero) estas se distinguen en la culpa de la culpa, por cumplimiento diferente de la pregunta por los elementos de la responsabilidad civil).
Por consiguiente, debe oírse como el hecho de que se atribuya la culpa y la ausencia de culpa.
Por lo demás, no es necesario que se atribuya la culpa a un sujeto, sino que puede atribuirse a un sujeto o a un bien ajeno o no es aún indicio de responsabilidad, el solo daño a un bien ajeno o no es aún indicio de responsabilidad, a menos que se atribuya la culpa.

b) Las causas de justificación no están reguladas por la ley civil, como ocurre en el derecho penal (Código Penal, artículo 10). En verdad, su reconocimiento se desprende de los principios generales de nuestro derecho. En el ámbito del derecho civil, sin embargo, debe considerarse que las causas de justificación no excluyen la pena, sino la obligación de indemnizarla, con el efecto de que si la víctima quien debe soportar el daño no es un sujeto a reparar. Esta diferencia es relevante, tanto en cuanto a la configuración en concreto de las causas, como a sus efectos.

En el mundo de hoy, la información es el recurso más valioso. La información es el combustible que impulsa el crecimiento económico y el desarrollo social. Sin embargo, la información también puede ser utilizada para el mal. La información puede ser utilizada para manipular a las personas, para dañar a las empresas y para perjudicar a la sociedad. Por lo tanto, es importante que la información sea utilizada de manera responsable y ética. La información debe ser utilizada para mejorar la vida de las personas y para promover el bienestar social. La información debe ser utilizada para crear oportunidades y para reducir la desigualdad. La información debe ser utilizada para construir un mundo más justo y más equitativo. La información debe ser utilizada para crear un futuro más brillante y más prometedor. La información debe ser utilizada para crear un mundo mejor.

[illegible][illegible]

76. Justificación de la conducta y *sopesamiento* de bienes de la víctima y de la sociedad.

(a) Las causas de justificación permiten neutralizar el juicio de ilicitud de la conducta.

(b) Por consiguiente, en principio es culpable, quien ha actuado de modo que una excusa poderosa *sopesa* los intereses de la víctima y de la sociedad. En el fondo, las causas de justificación se fundan en un *sopesamiento* de bienes jurídicos: es cierto que no se debe causar daño a la persona de otro disparando un arma de fuego, pero es admisible hacerlo si se obtiene de un asalto, es como si la acción tiene por fin salvar una vida humana; es ilícito privar a otro de la libertad, pero no lo es si se actúa en cumplimiento de un deber.

(c) Ocurre, sin embargo, que también es propio del juicio de culpabilidad.

ilícitos.¹⁷⁵ En estos casos, el límite de licitud está dado por los deberes de cuidado que rigen cada tipo de actividad. Por eso, sólo la infracción a esos deberes, y no la lesión producida, será indicativa del ilícito civil.¹⁷⁶

80. Obediencia debida. a) Más compleja es la justificación de haber observado órdenes emanadas de autoridad competente (*obediencia debida*), porque estos no actúan *per se* como eximentes de responsabilidad. Por regla general, la circunstancia de actuar en cumplimiento de una orden de autoridad opera directamente contra a derecho. En otros términos, el límite está dado por la "illegitimidad manifiesta de la orden".¹⁷⁷ Quien actúa en cumplimiento de una orden que está dotada de apariencia de legitimidad o cuyo contenido anfitrión no es discernible con toda evidencia por el subordinado, actúa bajo una apariencia de legitimidad. En estos casos, la obediencia a la orden puede ser concebida como una presunción de error inculpable.¹⁷⁸

b) Particularmente delicada es la situación de quien recibe una orden manifiestamente ilegítima, que, sin embargo, se ve en la necesidad de obedecer. Si ha operado, atendidas las circunstancias, una fuerza irresistible, o se ha puesto al subordinado en situación de inexigibilidad,¹⁷⁹ la acción no es imputable, porque no puede ser subjetivamente atribuida como un acto libre de quien causa el daño.¹⁷⁸ Descartada esa hipótesis de fuerza irresistible, todo

cente para separar en dos conceptos el juzgamiento civil de la licitud de la conducta, que atiende a todos los aspectos relevantes (finlido, como en el caso del médico, que la conducta sea socialmente aceptada como legítima). Ello resulta necesario en el derecho penal en atención a la función limitada que debe la culpa en la construcción jurídica del hecho ilícito (supra Nº 45).

175 En verdad, en estos ejemplos se muestra cómo en nuestra tradición jurídica la antijuricidad es inseparable de la licitud de la conducta: el ejercicio proporcionado de un derecho forma parte de juicio de valor relativo a la conducta, que es constitutivo de la culpa civil (supra Nº 76).

176 Así, Alessandri 1943 604: "el funcionario público o municipal, y aun el simple particular, que ejerce un acto en cumplimiento de órdenes emanadas de la autoridad administrativa o judicial, por ilegales que ellas sean, no responde del daño que así cause, a menos que la ilegalidad o ilicitud del acto sea tal que un hombre prudente se habría abstenido de ejecutarlo o que el daño provenga de la forma como se cumplió la orden, por ejemplo, causándolo o agravándolo innecesariamente o con manifiesto descuido o negligencia".

177 Cury 2005 460.
178 Bustos 1989 224.

179 En materia penal es excusa aceptable que quien resulte responsable material del delito cometido por funcionarios públicos haya obrado por orden de sus superiores a quienes debe obediencia disciplinaria (Código Penal, artículo 159). La Corte Suprema, en fallo dividido, ha declarado que esa norma debe interpretarse de modo que excluya órdenes manifiestamente ilegales; el interesante voto de minoría declara que debe aplicarse estrictamente la eximente, sin perjuicio de razonar que esa norma es injusta porque atenta contra las deberes que su condición impone a los funcionarios (CS, 29.3.2000, GJ 249, 118). En circunstancias que el principio de legalidad no rige en materia civil del modo que en el

parece indicar que quien ejecuta una acción ilegal que afecta severamente un derecho ajeno no puede excusarse en razón de la obediencia, salvo que haya llegado la fuerza irresistible es una cuestión de hecho que debe ser evaluada en concreto.

81. Consentimiento de la víctima y aceptación de riesgos. a) En materia de responsabilidad civil extracontractual no existe, por lo general, una relación previa entre la víctima y el autor del daño. El daño surge usualmente de un encuentro espontáneo y no convenido. Sin embargo, nada obsta a que puedan existir acuerdos previos entre el potencial autor del daño y la eventual víctima, sea en la forma de autorizaciones unilaterales o pactos de responsabilidad (infra § 70), por medio de los cuales, por ejemplo, se acepta un cierto riesgo, se modifican las condiciones de responsabilidad o se limitan los daños indemnizables (*volenti non fit iniuria*).

b) Cuando la víctima potencial voluntariamente acepta el riesgo que su pone a la ejecución de un acto de tercero que puede causarle daño, realiza un acto de disposición, que está sujeto a los límites establecidos por las reglas generales que rigen la validez de los actos jurídicos. Así, el consentimiento no puede validar un acto ilegal o contrario a las buenas costumbres (artículo 1461). En consecuencia, la autorización no puede importar condonación de dolo futuro (artículo 1465),¹⁸⁰ y no puede significar la renuncia a derechos indisponibles (como la vida o la integridad física), en virtud de lo dispuesto en el artículo 12 del Código Civil.

Con todo, aun respecto de esos bienes indisponibles, es distinta la renuncia a derechos indisponibles (como la vida o la integridad física), en virtud de lo dispuesto en el artículo 12 del Código Civil.

En principio, sólo puede hablarse de un acto de disposición en el caso de renuncia, y en consecuencia, sólo a ésta se aplican los límites ya señalados. Puede afirmarse que si la probabilidad del daño hace que el riesgo devenga en temerario, debiera entenderse que en verdad existe un acto de disposición respecto de bienes o derechos irrenunciables. Aun así, todo parece indicar que el principio de autonomía no obliga a la víctima al mismo nivel de cuidado respecto de sí misma que respecto de terceros. Por eso, con la restitución amovida, el acto debe entenderse autorizado, aun cuando se reñera a bienes indisponibles, si se trata de la simple aceptación de un riesgo. Así ocurre, por ejemplo, con el piloto de pruebas y con quienes se someten a experimentos con fármacos en desarrollo.

derecho penal, todo indica que la representación y la negativa de cumplir, en su caso, es un deber de conducta, salvo circunstancias extraordinarias o disposición legal expresa.

178 El Código de Justicia Militar dispone que queda exculpada el militar que cumple una orden de servicio que supone un hecho punible si ha suspendido su ejecución y ha representado previamente al superior la ilegalidad (Código de Justicia Militar, artículo 214). En el mismo sentido Alessandri 1943 656, con referencia a la equivalencia de la culpa grave con el dolo.

En definitiva, la asunción de un riesgo por la víctima supone considerar el efecto que tiene en sus acciones el resultado dañoso, de modo que si realmente ha intervenido un hecho de tercero, el problema es típico de negligencia concurrente del hecho de la víctima y del tercero cuya negligencia se invoca (*infra* N.º 294).

e) De particular importancia es el consentimiento presunto cuando la víctima no estaba en condiciones de prestarlo. Es una situación típica en materia de responsabilidad médica. Puede asumirse en la materia una regla de la conducta hipotética de una persona asexualizada de la siguiente manera: si la víctima hubiera decidido de manera espontánea y libre de presiones, no habría estado en condiciones de hacerlo, se daría por presunta su

181 Carbonífer 2000 426.
182 La regla es de gran importancia en materia de responsabilidad por productos de-
fectuosos, especialmente cuando se trata de productos peligrosos (*infra* N.ºs 550 y 552).
183 Sobre el consentimiento del riesgo en materia médica, *infra* N.ºs 485 y 486.

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE 138

83. Legítima defensa. La legítima defensa opera en el derecho civil de modo análogo que en el penal. Así, actúa en legítima defensa quien ocasiona un daño o daña un bien de su persona o derechos, a condición de que: 1) la agresión sea actual e ilegítima;¹⁸⁹ 2) no haya mediado provocación.

184 Alexandri 1949 610.
185 Un ejemplo de ne-

197 En el derecho alemán, donde el estado de necesidad es regulado en el BGB, son más fuertes los requisitos para el estado de necesidad (agresivo (político actual), que para el agresor (político que amenaza)). Véase § 32 del BGB, respectivamente.

198 Así también P. Rodríguez 1999 157, pero calificando la acción como indemnizatoria.

199 Desde el punto de vista de la culpa es suficiente que la agresión sea puntable, esto es, que la defensa este basada en una creencia de un peligro, sin que en ello medie negligencia (Deutsch 2002 p. 47). En el derecho penal la defensa frente a una agresión aparece da-

ción suficiente por parte del agente;¹⁹⁰ (ii) se dirija contra el agresor; y) el daño se haya proporcionado a consecuencia del acto de defensa.

Salvo el requisito de daño, que es propio de la responsabilidad civil, las demás condiciones de la causal de justificación son las que se reconocen en el derecho penal (Código Penal, artículo 10 N° 4). Por consiguiente, lo discutido por la doctrina penal es también aplicable en materia civil. Sin embargo, en la medida que el demandado oponga la legítima defensa como causal eximente de responsabilidad penal, en el juicio en que se investigue dicha responsabilidad, la absolución no producirá efectos de cosa juzgada en materia civil, en virtud de lo dispuesto en el artículo 179 del Código de Procedimiento Civil (*infra* N° 766).

§ 13. PRUEBA DE LA CULPA

84. Objeto de la prueba. En el proceso civil, la prueba de la culpa comprende dos objetos diferentes. Ante todo, el demandante debe probar el hecho (acción u omisión) del demandado. Si este hecho es calificado como ilícito por la ley, ello bastará para dar por establecida una culpa infraccional; en ese caso, sólo surgirán nuevos problemas probatorios si se argumeta una justificación o surgen preguntas respecto a la causalidad. Pero si la ley no califica de ilícito el hecho, la prueba comprende, en segundo lugar, todas las circunstancias que permitan al juez formular un juicio acerca de la diligencia o negligencia del demandado. Con ese fin, es necesario que el juez califique normativamente la conducta efectiva del demandado, para lo cual ésta es comparada con un estándar de comportamiento debido.

Esta calificación plantea a menudo importantes cuestiones probatorias: ¿actuó con negligencia el médico que no aplicó un cierto coagulante, que podría haber salvado la vida del paciente? ¿o el fabricante que entregó al mercado un producto farmacéutico que produce un efecto colateral inesperado en cierto tipo especial de consumidores? ¿o el auditor que no advirtió a un antecesor en la reflexión en la contabilidad y que le habría permitido descubrir un fraude? Los casos más difíciles en el ámbito de la responsabilidad civil plantean un amplio horizonte probatorio, que no sólo comprende el hecho que causa el daño, sino, muy especialmente, las circunstancias que permiten aplicar en la práctica los criterios de diligencia (*supra* N° 58).

lugar a un error sobre los presupuestos fácticos de la causal de justificación, que puede excluir la ilicitud (Kokkin 1994 826); esas hipótesis pueden ser consideradas sin más como justificaciones en el derecho civil, sin perjuicio de las acciones resolutivas que proceden (de modo análogo a lo que ocurre con los efectos del estado de necesidad).

190 Como ocurre si se culpa físicamente a quien fuma en un sector restringido de un restaurant (Deusch 2002 3 47).

191 Sobre ausencia de proporcionalidad entre el ataque y el medio empleado para defenderse, véase CS, 8.1.1979, R. del M. 244, 93 y CS, 4.4.2001, GJ 250, 151.



85. Carga de la prueba: principio y excepciones. a) Atendidas las tareas que puede plantear la prueba de la culpa, es decisivo, desde un punto de vista estratégico, a quién corresponde el peso de la prueba.

lo alega, por aplicación de la regla del artículo 1698 del Código Civil, toda vez que la culpa es uno de los supuestos de la obligación de indemnización.¹⁹² El mismo principio rige respecto del daño (*infra* N° 169, 170 y 214) y la causalidad (*infra* N° 271). El principio probatorio se funda en la idea de que sólo es correcto aplicar a alguien la obligación de indemnizar si se acreditan las razones que lo justifican.¹⁹³

c) En la práctica, en el juicio de responsabilidad ambas partes colaborean en la prueba de los hechos. La disputa acerca de la negligencia se traduce en una demostración que intenta hacer el demandante de la falta de cuidado y en la prueba inversa que pretende producir el demandado. Si se discute sobre la conducta del calculista de un edificio que ha colapsado, do a consecuencia de un terremoto de intensidad previsible, el demandante intentará mostrar de qué manera ha fallado a las reglas de la profesión y el ingeniero pretenderá excusarse alegando que la falla no se debió a sus cálculos erróneos o que el mismo tenía características imprevisibles.¹⁹⁴ La prueba es un diálogo entre la culpa cuasidelictual o aquiliana correspondiente al demandante, y la de irresponsabilidad (*CS, 16.10.1954, RDJ, I, L, sec. 1, 488*); en el mismo sentido, se ha resuelto que "variándose de la responsabilidad extracontractual, el caso de la víctima, de manera que debe acreditarse cada uno de los presupuestos de hecho necesarios para que ésta surja" (*CS, 29.9.1998, RDJ, I, XCIV, sec. 1, 157*); asimismo se ha fallado que "el artículo 1698 del Código Civil, en la especie, hace de cargo del demandante probar la existencia de la obligación de reparar y del demandado acreditar su extinción" (*CS, 26.9.2000, RDJ, I, XCIV, sec. 1, 169*); también que "el dato no genera responsabilidad sino a condición de que sea imputable a dolo o culpa, la que debe ser demostrada por el que la alega" (*CS, 16.10.2000, GJ 244, 61, también publicada en R. del M. 503, 3477*); finalmente, se ha sostenido que "es la víctima que reclama la correspondiente indemnización quien debe probar el hecho dolo o culpable que imputa al demandado, salvo que la ley presuma la culpabilidad de éste" (*Corte de Concepción, 20.5.2002, confirmada por CS [cas. fondo], 4.9.2002 y 24.7.2003, GJ 277, 99 y CS, 21.8.2002, R. del M. 501, 1890*).

192 La prueba de la culpa cuasidelictual o aquiliana corresponde al demandante, y la de irresponsabilidad (*CS, 16.10.1954, RDJ, I, L, sec. 1, 488*); en el mismo sentido, se ha resuelto que "variándose de la responsabilidad extracontractual, el caso de la víctima, de manera que debe acreditarse cada uno de los presupuestos de hecho necesarios para que ésta surja" (*CS, 29.9.1998, RDJ, I, XCIV, sec. 1, 157*); asimismo se ha fallado que "el artículo 1698 del Código Civil, en la especie, hace de cargo del demandante probar la existencia de la obligación de reparar y del demandado acreditar su extinción" (*CS, 26.9.2000, RDJ, I, XCIV, sec. 1, 169*); también que "el dato no genera responsabilidad sino a condición de que sea imputable a dolo o culpa, la que debe ser demostrada por el que la alega" (*CS, 16.10.2000, GJ 244, 61, también publicada en R. del M. 503, 3477*); finalmente, se ha sostenido que "es la víctima que reclama la correspondiente indemnización quien debe probar el hecho dolo o culpable que imputa al demandado, salvo que la ley presuma la culpabilidad de éste" (*Corte de Concepción, 20.5.2002, confirmada por CS [cas. fondo], 4.9.2002 y 24.7.2003, GJ 277, 99 y CS, 21.8.2002, R. del M. 501, 1890*).

193 Fleming 1985 147.

194 Demostreada del cardcter comparatido de la prueba en el juicio de responsabilidad es una sentencia de la Corte Suprema dictada en un juicio de supuesta negligencia hospitalaria, en que una menor falleció producto de un TBC, se resolvió "que no se acreditó que la TBC, principal causante del deceso, haya sido producido por quien responde la demandada, ni que regina persona determinada o indeterminada por quien responde la demandada, ni que regina las características adecuadas para ocultar negligencia médica (...) y en cambio, que se pondrá a acciones realizadas conforme a la *Lex Artis Médica*, en todas las diversas etapas de tratamiento de la menor", *CS, 29.9.1998, RDJ, I, XCV, sec. 1, 157*.

195 Flour/Aubert 2001 111



b) A pesar de que el poder vinculante de las asociaciones profesionales o gremiales es débil en el derecho vigente, los códigos de las asociaciones mas respetadas siguen constituyendo estándares de conducta reconocidos, en la medida que no resulten contrarios a otros principios o reglas del derecho vigente. La consecuencia es que tienden a facilitar la carga probatoria, en analogía con la culpa infraccional. Ello no excluye, como se ha visto, que la conducta sea valorada por el juez de acuerdo con criterios generales de diligencia, porque no puede entenderse que los códigos corportativos agoten los deberes para con terceros que supone el ejercicio de cada profesión o actividad (*supra* N° 56).

88. Prueba de la culpa cuando el deber de cuidado debe ser construido por el juez. a) Si el ilícito no está definido por la ley (culpa infraccional), ni por los usos normativos, el demandante debe probar, además del hecho material, cuál es la conducta que habría observado una persona diligente, atendida las circunstancias del caso.

b) La determinación de la culpa por el juez es el resultado de un juicio prudencial y, en consecuencia, el demandante debe probar todas las circunstancias que permitan calificar el acto como negligente (es decir, contrario al deber de cuidado). Para efectuar ese juicio normativo acerca de la conducta debida, el juez considerará cuestiones de hecho que resultan determinantes en la conducta de una persona diligente y razonable (como la peligrosidad de la acción, la probabilidad del daño, el valor social de la acción, el costo de evitar el accidente, la proximidad de la relación entre el autor del daño y la víctima, y los demás que resulten relevantes). La prueba comprenderá, en consecuencia, el conjunto de hechos más o menos completos que permitan apreciar cómo se habría comportado una persona razonable en tales circunstancias (*supra* N° 58).

89. Medios de prueba y valoración. a) Para probar la culpa pueden emplearse todos los medios probatorios previstos por la ley. A diferencia de lo que ocurre en materia de contratos, no rige la limitación de la prueba testimonial contemplada en los artículos 1708 y siguientes del Código Civil. La ley sólo establece límites cuando el actor estuvo en condiciones de procurarse *ex ante* una prueba escrita, lo que sólo puede ocurrir tratándose de los actos jurídicos.

b) La prueba es valorada por el juez de acuerdo con las reglas generales (Código Civil, artículos 1700 y siguientes; Código de Procedimiento de Santiago, 23.3.2001, RDJ, L XCVIII, sec. 2°, 24; Corte de Iquique, 9.1.2002, confirmada por la CS [cas. fondo], 2.4.2003, CJ 274, 194; Corte de Concepción, 6.3.2002, confirmada por la CS [cas. fondo], 30.4.2002, CJ 274, 59; Corte de Copiapó, 25.3.2002, confirmada por la CS [cas. fondo], 8.7.2002, CJ 265, 127; y Corte de Copiapó, 28.6.2002, CJ 268, 133. En general, sobre la responsabilidad médica, *infra* § 50.

101. Art. Alessandri 1943 515, Corral 2003 217; en el mismo sentido, CS, 5.10.1929, RDJ, L XXVII, sec. 1°, 557.

Civil, artículos 355, 384, 398 y siguientes, 408, 425, 426 y siguientes y 429). Dentro del marco de eficacia probatoria que la ley otorga a cada medio de prueba, el juez tiene una facultad prudencial para sopesar la prueba relevante (Código de Procedimiento Civil, artículo 428). En consecuencia, salvo que se incurra en el error jurídico de dar por acreditado un hecho por un medio que la ley estima insuficiente, la valoración de la prueba no es objeto de control por medio del recurso de casación.²⁰²

90. Naturaleza jurídica del juicio de culpabilidad. a) El juicio de culpabilidad se refiere a la conducta infractora de un deber de cuidado. A su vez, la determinación judicial del cuidado debido se apoya en circunstancias de hecho, tales como el riesgo de la acción, el costo de evitar el accidente o los estándares de debida práctica profesional admitidos como obligatorios. La prueba de estos hechos corresponde a la víctima, a menos que resulte aplicable alguna presunción de culpabilidad o una inversión subjetiva de la carga de proveer prueba (*supra* N° 85).

b) Por el contrario, el juicio que se pronuncia acerca de si el demandado actuó en infracción a un deber de cuidado es eminentemente normativo, pues supone comparar su conducta efectiva con una regla de conducta, que expresa el estándar que debía observar el autor del daño. Aun en presencia de normas sociales espóndicas que contruyan a la determinación del deber de cuidado, el juicio de culpabilidad exige del juez que discrimine entre las meras prácticas y los usos propiamente normativos. En definitiva, cada vez que el juez declara que ciertos hechos constituyen negligencia o diligencia actúa en aplicación de uno de los conceptos normativos más importantes de la ley civil, como es el de culpa (artículos 44, 1437, 2284, 2314 y 2329 del Código Civil).

La calificación del juicio de culpabilidad como una cuestión de derecho, susceptible de control por la Corte Suprema, se justifica también desde el punto de vista del desarrollo armónico del derecho de la responsabilidad civil. Atendida la generalidad del concepto legal de culpa y su referencia a un estándar abstracto de conducta, el derecho comparado muestra que es una importante tarea de la jurisprudencia superior definir propositivamente el contenido de los deberes de cuidado en situaciones típicas.

La doctrina nacional se manifiesta en forma unánime por estimar que la calificación de una conducta como culpable es una cuestión normativa, susceptible de ser revisada por la Corte Suprema mediante el recurso de casación en el fondo.²⁰³

202 La Corte Suprema ha resuelto sistemáticamente que no es admisible el recurso de casación en el fondo si el recurrente intenta la modificación de los hechos establecidos en el fondo, toda vez que pretende la irresponsabilidad de su parte por la inexistencia de culpa acausa la valoración de la prueba, modificación que no puede prosperar por esa vía.²⁰⁴ Los jueces del fondo establecen soberanamente los hechos materiales de donde se pretende derivar la responsabilidad delictual o cuasidelictual civil. La Corte Suprema no podría alterarlos o modificarlos, a menos que se hubieran violado las leyes reguladoras de





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 el engendran, por lo mismo, responsabilidad, es materia que cae de lleno bajo la censura de la casación" (Alcázar, 1943 204); en el mismo sentido, Ducet 1996 84, Méza 1988 258, y Abeljak 1993 191.

294 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 repudiado 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, esta imposibilidad 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. 1°, 495; véase también, entre otras, CS, 21.4.1909, RDJ, t. VI, sec. 1°, 399 y CS, 11.1.1960, RDJ, t. LVII, sec. 4°, 7.

295 Según Alcázar, 1943 208, se había mostrado un cambio jurisprudencial a partir de 1939, cuando el tribunal de casación, calificando los hechos declarados por los jueces de instancia, señalaba que "si se admite a que la culpa del menor y el supelito que la siguió se debieron a la voluntad repudiada impresa al través, es evidente que que hubo culpa de parte del maquinista, porque el hecho de que se usara fue el resultado de un acto consciente y deliberado de su parte cometido sin malicia o dolo; pero con manifiesto descuido o negligencia que acarrea 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. XXXCVI, sec. 1°, 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 consignan, jurídicamente el cuasidelito civil a que se refiere el art. 2284 del Código Civil, por cuanto son actos efectuados con culpa o mora negligencia que imputan daño a otro sin intención de causarlos, al declararse su existencia y las responsabilidades que que origina (...)" el fallo reclamado ha ajustado su decisión a lo dispuesto en dicho artículo en los 2314, 2320 y 2329 del mismo Código" (CS, 28.7.1910, RDJ, t. VII, sec. 1°, 454). Asimismo, 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 talmente de carácter jurídico, su apreciación cae de lleno bajo el control de la Corte de Casación" (CS, 7.4.1938, RDJ, t. LV, sec. 1°, 39). 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 (con 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 inadmisiblemente 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, significando la tendencia de la doctrina y jurisprudencia comparadas; véase, por ejemplo, CS, 2.7.1998, RDJ, t. XCVI, sec. 4°, 95; CS, 28.1.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 4°, 71; CS, 30.9.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 4°, 268; CS, 26.1.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 1°, 36. La tendencia a calificar como cuestión de derecho la falta de servicio de organismos públicos parece consolidarse; véase, por ejemplo, CS, 23.1.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 5°, 13 y CS, 3.5.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 5°, 87. Sobre la naturaleza jurídica del juicio relativo al fundamento debido de los servicios públicos, véase *infra* Nº 354.

(c) La tendencia inicial de la jurisprudencia nacional fue a considerar el juicio de culpabilidad como una cuestión de hecho.²⁹⁴ En la actualidad no existe un criterio uniforme en la materia, aun cuando es frecuente que la Corte Suprema entrecalle los hechos de la causa a efectos de calificar normativamente la conducta como culpable.²⁹⁵

§ 19. PUEBLO DE LA CULPA

CULPA

§ 14. PRESUNCIÓN DE CULPABILIDAD POR EL HECHO PROPIO

a. Origen y argumentos en favor de la presunción²⁹⁶

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

a) La presunción general de culpabilidad por el hecho propio ha sido constituida 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 dispusiera imprudentemente un arma de fuego; el que remueve las cosas de una acera o calle o que transitar por allí de día o de noche; el que, obligado a la construcción o reparación de un acceduto o puente que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el (2329 II).

b) Según las notas de Bello al Proyecto de Código Civil de 1858, esta norma tiene su origen en Las Siete Partidas.²⁹⁷ 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 (cañas, foyas o cepos) colocadas en lugares donde circulan usualmente hombres y rebaños; de los perjuicios que producen rebaños en estancias; 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 involucramente 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.²⁹⁸

b) La primera explicación del artículo 2329 bajo una hipótesis de presunción de culpa fue formulada por Carlos Ducet en 1936, quien concluyó que la norma establecía una presunción de culpabilidad cuando el daño proviene de actividades caracterizadas por su especial peligrosidad.²⁹⁹ Así

²⁹⁶ Una síntesis de esta sección fue presentada como ponencia al Congreso Internacional en colaboración del Secuestro de la Códigos Civil chileno, Santiago 2005.

²⁹⁷ Proyecto de 1858, artículo 2493, con referencia a las Siete Partidas 7, 15, 6 y siguientes.

²⁹⁸ 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, XXXIX, sec. 1°, 549). En el mismo sentido, CS, 24.7.1905, RDJ, t. III, sec. 1°, 60.

²⁹⁹ Ducet 1936 134; más adelante el autor expresa que la peligrosidad es un indicio de culpabilidad (Ducet 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.²¹⁰

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".²¹¹

98. 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, 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

99. Argumentos para sostener que la regla del artículo 2329 puede interpretarse en la que mejor se aviene con el sentido del artículo 2329.²¹² Además, resulta coherente con la evolución del derecho colombiano en esta materia.²¹³

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

210 La doctrina chilena posterior a Alessandri 1948 difiere en la materia. Meza 1988 sostiene que el artículo 2329 contiene 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 analógico, R. Rodríguez 1999 211, Corral 2003 229, asume que la interpretación del artículo 2329 como una presunción envuelve una especie de taxonomía, porque la presunción opera cuando hay antecedentes para concluir una presunción judicial (*infra* N° 97); por el contrario, esbma que la norma puede ser constituida como una presunción de causalidad (*infra* N° 22 c).

211 Zweigert/Kötz 1996 655, Rohs 2001 134, Fleming 1985 148, Restatement/Torts II §28 D.

212 Así se ha fallado que "este precepto no sólo cabe aplicarlo a los tres casos que enumera, pues éstos están señalados sólo a vía ejemplo y sin excluir otras situaciones", Corte de Concepción, 25.1.2002, confirmada por la CS [cas. fondo], 7.5.2002, RDJ, r. XCIX, sec. 5°, 104.

213 CS, 14.6.1945, RDJ, r. XLIII, sec. 1°, 26.

214 CS, 13.1.1937, RDJ, r. XXXIV, sec. 1°, 201.

215 CS, 17.6.1941, confirmada por la CS [cas. forma y fondo], 27.8.1942 y 3.12.1943, RDJ, r. XLI, sec. 1°, 430, Asumiéndose esta interpretación se ha fallado que "el juego de malicia o negligencia para imponer responsabilidad, sino que se antecipa 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, 5.12.1948, confirmada por la CS [cas. fondo], 4.8.1952, RDJ, r. XLIX, sec. 1°, 281.

210 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, confirmada por la CS [cas. forma y fondo], 7.3.1929 y 20.10.1934, RDJ, r. XXXII, sec. 1°, 93. Otros casos de aplicación implícita del mismo concepto, pueden encontrarse en las siguientes sentencias: Corte de Tacna, 21.5.1905, confirmada por la CS [cas. forma], 22.9.1905, RDJ, r. III, sec. 1°, 125, que señala que "permite o no impedir que los trabajadores transiten al lado de los cachuchos de salitre hirviendo, cuando éstos no están defendidos por rejillas 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, r. V, sec. 1°, 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 cuasidelicto y de la indemnización correspondiente", y, más explícitamente, Corte de Valparaíso, 1.6.1918, confirmada por la CS [cas. forma y fondo], 22.7.1919 y 5.11.1919, RDJ, r. XVIII, sec. 1°, 126, que señala que "la operación 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 había sido formulada con anterioridad a la tesis de 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, r. IX, sec. 2°, 27, 29, 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, r. XXXI, sec. 1°, 912; CS, 14.12.1923, confirmada por la CS [cas. fondo], 9.1.1928, RDJ, r. XXXVII, sec. 1°, 246; también se falló que la responsabilidad de la Empresa sólo se excluye por caso fortuito, con lo cual la sítia en el límite con la responsabilidad estricta (CS, 11.8.1932, RDJ, r. XXXIX, sec. 1°, 570).

ajeno (artículos 2320 y 2322) y por el hecho de las cosas (artículos 2323 y 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 2314.²¹⁹

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 acera o cañería en una calle o camino, sin que haya evidencia de las precauciones necesarias, así como en el mal estado de mantenimiento de un puente o acueducto que atraviesa un camino, son hechos que por sí solos la ocurrencia deotan *prima facie* negligencia.²²⁰

c) La interpretación resulta 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* ('dejado que las cosas hablen por sí mismas').²²¹

d) La presunción de culpa por el hecho propio se justifica por razones de justicia y de economía procesal, pues resulta preferible asumir en principio el hecho ajeno y por el hecho de las cosas, lo que sugiere que ella ha quedado instituida por el legislador civil, cuanto porque ello supondría una reducción poco frecuente en el artículo 2314 del Código Civil, tanto porque ción de la regla general contenida en el artículo 2314 del Código Civil, no puede constituir una repel-

²¹⁹ Se ha fallado que "al disposición [artículo 2329] no puede constituir una repel- ción de la regla general contenida en el artículo 2314 del Código Civil, tanto porque supondría una reducción poco frecuente en el artículo 2314 del Código Civil, tanto 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 quedado instituida de Sandaño, 7.9.2000, R.J., L. XCVII, sec. 2.º, 65).
²²⁰ 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 carencia antes anotada, en el sentido de que todos ellos aliteran el comportamiento normal con el que se ha de proceder en cada una de las circunstancias descritas en cada ejemplo" (Corte de Sandaño, 7.9.2000, R.J., L. XCVII, sec. 2.º, 65).
²²¹ En el derecho inglés se alude al caso de un baril que cayó desde la ventana superior de un comerciante de hachas, apilando a un transeúnte; del hecho que ocurre un accidente de ese tipo se sigue la culpa del empresario (*Bryne v. Boodie*, 1863, 2 H & C 722, 159 ER 299, citado por Epstein 1999 171).

b. Sentido y alcance de la presunción

ció 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.

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 originaria 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 Ducet 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.²²² Quien actúa en ámbitos particularmente riesgosos está obligado, según se ha visto (*supra* N.º 59 y 60), a adoptar extremos resguardos para evitar que ocurra un accidente que amenace a un daño intenso y probable. Así se explica, por ejemplo, la jurisprudencia referida que temerariamente dio por establecida la culpa por el solo hecho de ocurrir un choque de trenes.

²²² Así, conociendo de un caso en que una compañía de gas no adoptó los resguardos necesarios para evitar filtraciones que ocasionaron 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 Ducet, 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 de 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, R. del M. 481, 2600); en el caso de un accidente en la ciudad de Concepción debido a un hoyo profundo, conlleva a un co- lector 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 conlamar- la, ha dado por establecida, a partir de los hechos referidos, una presunción de culpabili- dad de la demandada por su hecho propio, según el artículo 2329 del Código Civil, que se refiere a quienes transitaran por ella (...)". Sin embargo, el recurso no dio por infirmada esa norma legal, de lo que ha de concluirse que aun sin perjuicio de las consideraciones significativas 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 R.J., L. XCVIII, sec. 1.º, 88).

En el derecho comparado ha sido usual que las actividades peligrosas estén sujetas a un estatuto de responsabilidad estricta. En el propio derecho civil existen muchos de los casos de responsabilidad estricta establecidos por la ley tienen por antecedente la peligrosidad natural de la actividad deslegada por el agente del daño (*infra* § 37). Son especialmente sugerentes las condiciones que la jurisprudencia comparada ha establecido para aceptar una responsabilidad estricta en este tipo de casos,²²⁵ en esencia, tales condiciones guardan relación con los criterios para determinar el nivel de culpabilidad que la jurisprudencia comparada ha establecido para aceptar una responsabilidad especial de responsabilidad sin culpa.²²⁶

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, 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 de responsabilidad especial de responsabilidad sin culpa.²²⁷

c) 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, 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 de responsabilidad especial de responsabilidad sin culpa.²²⁸

El caso que estableció la jurisprudencia inglesa en la materia tuvo su antecedente en datos causados por el agua que los dueños de una fábrica habían almacenado en un depósito de ciudad en su propiedad. El agua se filtró y escapó 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 (*Fidder v. Rylands*, 1868, L.R. I Ex. 255, analizado por Prosser/Keeble *at al.* 1984 545, Fleming 1992 334).

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, bienes o demás bienes de otros; 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 sobrecompensado 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 regla general de responsabilidad estricta por el hecho de las cosas (Mazaud/Chabas 1998 555, Carbonnier 2000 460, Roubert/Hubert 2001 228, Virey/Jourdain 1998 601). En Alemania e Inglaterra no se ha establecido un régimen general de responsabilidad estricta, sino sólo en casos específicos, pero la jurisprudencia ha establecido un conjunto de presunciones de culpabilidad, como en el caso chileno (Katz/Wagner 2006 197).

de responsabilidad por falta de servicio presunta de la Administración Pública (*infra* Nº 370). Siguiendo esta línea se ha fallado que una quebra 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.²²⁹

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*, dejada que las cosas hablen por sí mismas, que se emplea en el *common law*,²³⁰ 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.²³¹

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. 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 baril que cae de la ventana superior de un establecimiento de comercio o de un producto defectuoso que causa daño a un consumidor).²³² En el caso de las empresas que comprenden diversas actividades, aunque no se conozca individualmente a quien incurrió en su conjunto (como asumiéndose que el control se radicó en la organización en su conjunto) 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 excusar, 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.

225 Corte de Concepción, 23.7.1993, referido por Barzona 2003 a 376.

226 Fleming 1985 148, Prosser/Keeble *at al.* 1984 242, Markesinis/Delkin *at al.* 2003 182.

227 En el derecho alemán se habla en estos casos de "prueba por apariencia" (*Auscheinens*), y en el francés de culpa virtual (*Deutsch/Abrens* 2002 258; Mazaud/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).

228 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 supervisar 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: *mil causas el demandado no demuestra que el accidente se debió (o pudo) originarse de manera diferente (deceñere) a una causa distinta a su propia culpa, su negligencia puede ser presumida. La presunción puede evitarse a la víctima una prueba ^{en} *inversa* *inversa* en circunstancias que la otra parte tiene el control de los hechos.*

(c) El control del riesgo por el demandado supone que éste estaba bajo el deber de cuidado de quien se pretende negligente. Sin embargo, el control constituye el fundamento esencial de la presunción. Sin embargo, ello no es suficiente para asumir la culpa, porque bien puede ocurrir que en la producción del daño haya participado el demandante y el demandado por igual (como ocurre frecuentemente en los juicios por responsabilidad profesional). Por eso, además del control, el juez debe determinar si el acusado padeció una culpa que puede ser valorada, es necesario, y el requisito, de que el accidente en sí mismo no sea el curso normal de los acontecimientos, sino una manifestación de negligencia.⁹⁰ Si se analizan los ejemplos del artículo 2329 II se constata que ambos requisitos son comunes a los que se le da un arma de fuego a la calle o a un cuyu a alguien o cañería amenza a los que la transitar y al puente en

En verdad, en esos casos los cuestionamientos más significativos es de distribución de la carga de aportar antecedentes probatorios. Es interesante el caso *Höfer alemán*, donde a falta de una regla como la contenida en el artículo 2529 del Código Civil, en un caso de vacación de las aces del demandante, que en un momento manifestaron al tiempo insuficiente, asumiendo el juez un rol activo y definitivamente opuesto de las vocaciones, se expresó que "al que no se opusiera el dolo que quien lo sufrió se encuentra en la situación de expiar cómo pudo producirse el resultado sin que interviniera su propia culpa" (BGH RI 51, 91, 1966, citado por Mederos 2000 a 60). La misma demanda posterior ha extendido la presunción a la responsabilidad por negligencia (idem 66). Sobre la función científica de la presunción en un mundo de accidentes múltiples a empresas, en atención a la dificultad de la obtención de pruebas (hecho probatorio más conocido de la empresa), Schaubl (1987) ya afirmaba en 1987 que "la

[illegible][illegible][illegible]

327 En Chile, con un caso de responsabilidad empresarial por falta de medidas de precaución de la culpa de la sociedad demandada, sin que sea necesario que la conducta sea negligente o imprudente, sino que basta con que la conducta sea culpable. En el caso de responsabilidad por falta de medidas de precaución de la culpa de la sociedad demandada, no es necesario que la conducta sea negligente o imprudente, sino que basta con que la conducta sea culpable. En el caso de responsabilidad por falta de medidas de precaución de la culpa de la sociedad demandada, no es necesario que la conducta sea negligente o imprudente, sino que basta con que la conducta sea culpable.