

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 eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

ENRIQUE BARROS BOURIE

TRATADO DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

© ENRIQUE BARROS BOURIE

© EDITORIAL JURÍDICA 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 956-10-1731-8

CAPÍTULO V CAUSALIDAD¹

§ 27. FUNCIONES DE LA CAUSALIDAD

241. La causalidad es requisito común a todo tipo de responsabilidad civil. a) El requisito de causalidad se refiere a la relación entre el hecho por el cual se responde y el daño provocado. En circunstancias que sólo se responde civilmente por daños, y no por conductas reprobables que no se materialicen en perjuicios, la causalidad expresa el más general fundamento de justicia de la responsabilidad civil, porque la exigencia mínima para hacer a alguien responsable es que exista una conexión entre su hecho y el daño. Sólo bajo esa condición puede darse por establecido un vínculo personal entre el responsable y la víctima de ese daño.² También desde un punto de vista preventivo se justifica el requisito de la causalidad, porque el fin instrumental de las reglas de responsabilidad es establecer incentivos para evitar daños que pueden ser provocados por el hecho humano.

b) Por eso, la causalidad es un requisito de la responsabilidad por culpa y de la responsabilidad estricta: ambas sólo tienen lugar si existe una relación causal, en el sentido que ésta es entendida por el derecho, entre el hecho del demandado y el daño sufrido por la víctima. En este capítulo se atenderá a la causalidad en la responsabilidad por negligencia; en general, lo que se dice respecto de este tipo de responsabilidad resulta aplicable en materia de responsabilidad estricta, a menos

¹ El más comprensivo estudio sobre la causalidad en las perspectivas del derecho penal y civil es Hart/Honoré 1985. Un análisis histórico y comparado en Honoré 1971; un estudio de la causalidad en el derecho civil a la luz de los desarrollos del derecho penal, en Raiser 1969 a; un excelente análisis de los problemas de causalidad en sentido estricto y de imputación objetiva de los daños al hecho que genera la responsabilidad, en Larenz 1987 431. Me parece que el más lúcido análisis en castellano de las preguntas que se plantean bajo los conceptos de causalidad e imputación objetiva se encuentra en Pantaleón 1990. En el derecho chileno, son destacables R. Domínguez Á. 2000 y, para una investigación jurisprudencial, Baraona 2003 a.

² Un análisis filosófico-jurídico de las razones para sostener el requisito de la causalidad en materia de responsabilidad civil en Rosenkrantz 1998 *passim*.

que se diga lo contrario en este capítulo o en el dedicado a ese tipo de responsabilidad.³

242. Preguntas que comprende el requisito de causalidad. a) El requisito de causalidad comprende dos preguntas diferentes: por un lado, la causalidad es *fundamento* de la responsabilidad, porque sólo se responde de los daños que se siguen como consecuencia del hecho del demandado; por otro lado, el requisito *limita* la responsabilidad, porque no se responde de todas las consecuencias del hecho, sino sólo de aquellas que en virtud de un juicio normativo son atribuibles al mismo. Buena parte de las disputas doctrinarias sobre la materia se deben a que se confunden estas dos preguntas. La doctrina contemporánea tiende a denominar *causalidad* a la primera cuestión, que pertenece al terreno de los fenómenos naturales (aunque tampoco en las ciencias naturales el concepto de causa es unívoco), e *imputación normativa u objetiva* a la segunda, pues supone un juicio de valor acerca de cuáles consecuencias dañosas son normativamente relevantes a efectos de la atribución de responsabilidad.⁴

b) Tradicionalmente, se ha sostenido por la doctrina y jurisprudencia que la causalidad exige que entre el hecho y el daño exista una relación *necesaria y directa*.⁵ Si bien estas expresiones resultan imprecisas e incompletas para resolver los casos más complejos, tienen la virtud de destacar esas dos caras de la causalidad: el aspecto natural que se expresa en una relación empírica de causa a efecto entre el hecho y el daño; y el aspecto normativo, que se expresa en la exigencia de que exista una relación de suficiente proximidad entre ambos, de modo que los efectos dañinos consecuentes del hecho del demandado sólo son atribuidos a ese hecho en la medida que exista entre ambos una relación sustancial y no meramente accidental.

c) Un caso puede ilustrar ambos aspectos de la causalidad: sobre una persona P que camina por la vereda cae un tablón desde un andamio que se encuentra en el piso superior de un edificio. P sufre heridas superficiales, que no le impiden desplazarse por sus propios medios al hospital. El médico de turno le aplica un medicamento de indicación usual para prevenir el tétano, aunque el preciso accidente no supone en particular ese riesgo concreto. A consecuencia de la inyección, P sufre una crisis alérgica severa que obliga a su internación por dos semanas en una clínica. Entre-

³ Así, en materia de imputación objetiva de los daños consecuentes, véase *infra* § 30.

⁴ Larenz 1987 432, Pantaleón 1990 56, Cane/Atiyah 1999 99; la denominación 'imputación objetiva' es usada por la doctrina para distinguirla de la imputación 'subjéctiva' que supone el juicio de culpabilidad: la culpa supone que el acto sea subjetivamente atribuible como acto libre del responsable (*supra* N° 36); la imputación objetiva atiende al daño resultante y se exige que entre el hecho del demandado y el daño por el cual se le pretende hacer responsable exista suficiente cercanía (esto es, en el lenguaje del Código Civil, que el daño sea 'directo').

⁵ Alessandri 1943 241.

tanto, P ha dejado de percibir sus ingresos como vendedor independiente y ha perdido una oportunidad de negocios que se venía gestando durante mucho tiempo y cuya materialización requería de su presencia física en una feria de productos.

La primera pregunta de causalidad se refiere, en este caso, a cuáles son los daños subsecuentes que se produjeron *porque* se incurrió en la negligencia inicial de dejar caer el tablón desde el andamio. La segunda pregunta es de naturaleza diferente, pues se refiere a cuáles de esos daños, que probadamente ocurrieron porque cayó el tablón, están en una relación suficientemente directa o cercana con el hecho inicial como para que puedan ser *normativamente* imputados a ese hecho. La primera es una cuestión de hecho, referida a la causalidad natural; la segunda es esencialmente una cuestión de derecho, que exige criterios normativos para determinar de cuáles daños se responde.

d) En verdad, la causalidad representa un problema complejo sólo en casos más bien excepcionales. Por eso, existe una cierta desproporción entre el esfuerzo que la doctrina ha dedicado a la materia y la frecuencia de los casos judiciales en que la causalidad constituye un problema difícil y determinante.⁶ Así y todo, plantea preguntas límites en la responsabilidad civil, que tradicionalmente han sido escondidas bajo la alfombra de ideas generales, como es que el daño debe ser una 'consecuencia necesaria y directa' del hecho que genera la responsabilidad.

243. Reglas legales pertinentes. a) Las normas del Código Civil no hacen referencia expresa al requisito de causalidad, aunque implícitamente lo suponen.⁷ Así, los artículos 1437 y 2314 se refieren al hecho, constitutivo de delito o cuasidelito, que ha *inferido* daño a otra persona, y el artículo 2329 señala que todo daño que pueda *imputarse* a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta. Estas normas asumen que existe una relación natural de causalidad entre el hecho y daño (causalidad en sentido natural). Asimismo, permiten discurrir los requisitos propiamente normativos, en la medida que para que haya responsabilidad por un cierto daño, este tiene que ser objetivamente imputable a la acción u omisión.

b) A su vez, al tratar de los efectos generales de las obligaciones, el artículo 1558 dispone que el deudor sólo responde de los perjuicios que son una consecuencia *inmediata y directa* de no haberse cumplido una obligación. Aunque la norma está formulada desde la perspectiva del derecho de los contratos, se ha entendido que el principio que ella expresa se aplica a materia extracontractual, porque en uno y en otro caso el daño

⁶ Prosser/Keeton *et al.* 1984 264.

⁷ Se ha fallado que los artículos 2314 y 2329 establecen expresamente el requisito de causalidad (Corte de Santiago, 31.12.2002, confirmado por la CS [cas. fondo], 30.4.2003, GJ 274, 212).



indirecto no puede ser objetivamente imputado al hecho que da lugar a la responsabilidad.⁸

En los párrafos siguientes se tratará primeramente el requisito de causalidad en su sentido natural (§ 28) y luego en su sentido normativo (§§ 29 y 30).

§ 28. ELEMENTO NATURAL: EL HECHO DEL DEMANDADO COMO CONDICIÓN NECESARIA DEL DAÑO

244. Principio de la equivalencia de las condiciones o *condictio sine qua non*. a) La doctrina⁹ y jurisprudencia¹⁰ están de acuerdo en que para dar por acreditada la causalidad debe mostrarse que el hecho por el cual se responde es una *condición necesaria* del daño. Y un hecho es condición necesaria de un cierto resultado cuando de no haber existido la condición, el resultado tampoco se habría producido (el hecho es *condictio sine qua non* del daño). El requisito de causalidad exige que haya una diferencia entre dos estados de cosas: el que existiría si el hecho no hubiese ocurrido y el efectivamente existente.

Esta exigencia mínima de la responsabilidad es conocida como la *doctrina de la equivalencia de las condiciones*. Más que una doctrina jurídica, que compite con otras, debe ser considerada como expresión de un requisito general de que el hecho por el cual se responde sea causa necesaria del daño. Que una causa sea necesaria para que se produzca un resultado no significa que también sea suficiente, esto es, que pueda producirlo sin intervención de otras causas. Lo usual será precisamente que diversas causas intervengan en un accidente. Por eso, todas las causas del accidente son equivalentes, en la medida que individualmente sean condición necesaria para la producción del resultado dañoso.

b) Un buen método para determinar si un hecho es condición necesaria del daño consiste en intentar su *supresión hipotética*: si eliminado men-

⁸ Alessandri 1943 234, con referencia crítica a un antiguo fallo que estimó que en sede extracontractual se responde incluso del daño indirecto, con fundamento en una lectura literal del artículo 2329, que, en un contexto diferente al de la causalidad, expresa que "todo daño que pueda ser imputado a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta".

⁹ Alessandri 1943 241, Ducci 1936 210, Abeliuk 1993 209, P. Rodríguez 1999 371, Corral 2003 183.

¹⁰ Así, por ejemplo, CS, 16.10.1954, RDJ, t. LI, sec. 1ª, 488; Corte de Concepción, 7.11.1985, RDJ, t. LXXXII, sec. 4ª, 288; Corte de Santiago, 14.7.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 2ª, 58; CS, 2.9.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 1ª; CS, 25.4.2000, GJ 238, 105; Corte de Talca, 3.6.2000, confirmada por la CS [cas. fondo], 19.12.2000, GJ 246, 122; Corte de Santiago, 21.6.2000, confirmada por la CS [cas. fondo], 30.11.2000, GJ 245, 39; Corte de Concepción, 7.8.2000, confirmada por la CS [cas. fondo], 29.11.2000, GJ 245, 132; Corte de Concepción, 28.11.2001, confirmada por la CS [cas. forma y fondo], 4.4.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 5ª, 77; Corte de Santiago, 17.4.2002, GJ 262, 81; Corte de San Miguel, 18.6.2003, GJ 276, 176; CS, 27.11.2003, GJ 281, 64.

talmente el hecho, el daño no se habría producido, tal hecho es causa necesaria de ese daño. Al revés, si suprimido el hecho, el daño igualmente se habría producido, la causalidad no puede darse por establecida.¹¹ De este modo, si en un resultado dañoso interviene una secuencia de causas necesarias, como en caso de lesiones sufridas en un accidente del tránsito que devienen mortales por un erróneo tratamiento médico, cada una de ellas por separado da lugar a un vínculo causal a efectos de determinar las responsabilidades civiles por la muerte de la víctima.

c) Aplicando este criterio, si en la producción del daño han intervenido como condición necesaria otros hechos ilícitos atribuibles a terceros, la persona obligada a indemnizar podrá repetir contra sus autores por la parte que a cada uno corresponda, pero frente a la víctima estará obligada a responder íntegramente por el daño causado (*infra* N° 263).¹² Asimismo, si las demás condiciones necesarias para la producción del daño han correspondido a circunstancias fortuitas o desligadas del hecho inicial, el autor soportará la reparación total del mismo, a menos que normativamente se pueda asumir que el hecho dejó de tener influencia sustantiva en el daño en razón de estas circunstancias posteriores (*infra* N° 264 y siguientes).

d) La exigencia de una relación de causa necesaria se aplica por extensión a la causalidad puramente *psicológica*, que puede operar desde el punto de vista del autor del daño o de la víctima. Así, se entiende que es causante del daño quien ha instigado a otro para que realice la acción dañosa; y, a la inversa, que es consecuencia de un hecho culpable el *shock* nervioso o el daño moral que provoca en la víctima directa o en un tercero.¹³ Aunque en

¹¹ Aplicando esta doctrina, se ha fallado que "si los daños se han podido producir aun en ausencia del delito o cuasidelito civil, éste no ha sido el origen de aquéllos y, por el contrario, (...) existe relación de causalidad si los perjuicios requieren como antecedente necesario el hecho culpable cometido" (CS, 16.10.1954, RDJ, t. LI, sec. 1ª, 488); la jurisprudencia es unánime en este sentido.

¹² "Respecto de la relación causal entre el hecho negligente o culpable y los daños producidos debe dejarse dicho que corresponde evaluarlos en forma independiente de acuerdo a los diferentes partícipes, con el objeto de precisar la causa determinante o la que sin su concurrencia no se hubiera producido el hecho que originó el daño. Sin embargo, quien sufrió el daño puede dirigir su pretensión contra uno o todos los posibles responsables" (Corte de Santiago, 17.4.2002, GJ 262, 81, también publicado en RDJ, t. XCIX, sec. 2ª, 31).

¹³ El daño moral es de naturaleza análoga al daño psiquiátrico (*shock* nervioso). Las sutilezas del derecho hacen que la diferencia entre ambos sea decisiva en algunos sistemas jurídicos, que otorgan acción amplia por el daño a la salud y una mucho más restringida para el mero sentimiento de dolor, pena o sufrimiento espiritual (como ocurre en Alemania, Italia, Inglaterra y Estados Unidos). En Chile, como en general en los países románicos, se reconoce una acción general por daño moral (*supra* N° 192). En consecuencia, la pregunta por el límite de la responsabilidad se plantea al tratar la extensión de los daños consecuentes que debe indemnizar el autor del daño inicial (daño directo). El daño psiquiátrico y el daño moral que se siguen de modo reflejo para personas diferentes a la víctima inmediata son tratados al analizar este tipo de daño moral (*supra* § 25 b).

el ámbito psicológico no existe causalidad puramente natural, la relación entre el hecho y su efecto puede inferirse a la luz de la experiencia.¹⁴

245. Causalidad en las omisiones. La causalidad en sentido natural expresa la relación entre la conducta humana y los hechos del mundo exterior. En la responsabilidad por culpa, la causalidad expresa la relación entre el hecho culpable y el daño provocado. El hecho puede ser una acción o una omisión. La condición, sin embargo, es que la omisión sea culpable, lo que resulta más excepcional que en el caso de la acción, porque supone que haya existido un deber positivo de actuar, cuyo ámbito es más restringido que el principio negativo que nos prohíbe dañar a otros (*supra* N° 68).

Al tratar el asunto desde el punto de vista de la causa, se muestra la imposibilidad de establecer una responsabilidad general por omisiones. En efecto, si alguien sufre un daño *porque* no recibió oportuna atención, suele ocurrir que el conjunto de los causalmente responsables es ilimitado, porque comprendería a todos los que estuvieron en situación de prestarle ayuda. Por eso, la relación entre la culpa y el daño es particularmente intensa en el caso de las omisiones: la responsabilidad supone que el accidente se haya producido *porque* quien estaba obligado a actuar no lo hizo.

En el derecho chileno existen aplicaciones de este principio, especialmente en materia de responsabilidad de municipalidades.¹⁵ La tarea jurisprudencial, sin embargo, es definir con creciente precisión estos deberes positivos de cuidado, atendida la imposibilidad de una causalidad genérica por meras omisiones.¹⁶ Una vez definidos los deberes positivos de cuidado, se requiere probar que el daño se debe a la omisión incurrida, de modo que si el demandado hubiese actuado en cumplimiento del deber, el perjuicio no se habría producido.¹⁷

246. Certeza y probabilidad en la determinación de la causa. La pérdida de oportunidades. a) A pesar de tratarse de un requisito empírico por naturaleza, la causalidad natural está construida sobre una base meramente hipotética: ¿qué habría pasado si el demandado no hubiese incurrido en el hecho negligente?

Por lo general, la respuesta se funda en la experiencia y ni siquiera suscita problemas de prueba. En casos más complejos puede que la disputa se reduzca precisamente a un asunto probatorio, cuyo objeto es indagar si el hecho culpable fue *causa necesaria* del accidente. Esa prueba puede

¹⁴ Deutsch/Alrens 2002 22.

¹⁵ Véase, por ejemplo, Corte de Concepción, 28.11.2001, confirmada por CS [cas. fondo y forma], 4.4.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 5°, 77, en que se declaró la responsabilidad municipal por falta de servicio por mantener un estadio de su propiedad en condiciones de causar daño a los espectadores (el fallo, sin embargo, asume erróneamente, incluso de acuerdo con sus propias premisas, que habría una responsabilidad basada en la mera causalidad).

¹⁶ Así, Corte de Talca, 21.10.1998, confirmada por la CS [cas. fondo], 28.1.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 4°, 71.

¹⁷ CS, 15.11.1999, F. del M. 492, 2600.

ser en extremo difícil, como usualmente ocurre en materias médicas. A veces, se deberán construir presunciones judiciales a partir de los antecedentes de hecho probados en el juicio o de pública notoriedad. Pero el asunto sigue siendo un problema de prueba de la causa efectiva del daño (*infra* N° 271). La cuestión se traduce en una alternativa de todo o nada: si se da por probada la causa, la víctima tiene derecho a ser indemnizada por el total de los daños; por el contrario, si no se lo hace, el demandante nada obtiene.¹⁸

b) Sin embargo, también hay importantes casos de incertidumbre acerca de la causa precisa del daño, porque sólo es posible efectuar una estimación de la *probabilidad* de que el daño se deba a un hecho por el cual el demandado sería responsable. En casos de contaminación cancerígena (radiaciones, asbestos u otros similares), por ejemplo, es posible probar el *incremento del riesgo* de contraer la enfermedad que tiene la exposición a esos agentes, pero, en el caso particular, no es posible determinar con exactitud si ese agente potencial fue efectivamente la causa que produjo el daño. Algo parecido ocurre en materia de diagnóstico médico equivocado (incluido el tratamiento erróneo): puede que el enfermo hubiese tenido una probabilidad mayor de sobrevivir de haber sido oportunamente tratado del modo que exigía el correcto ejercicio de la medicina. Aunque el problema de la causa como probabilidad se presenta especialmente en casos médicos y ambientales, la pregunta se puede extender a otros tipos de riesgos, como, por ejemplo, en productos defectuosos (*supra* N° 154).

c) El incremento del riesgo puede ocurrir en forma positiva, si el hecho del demandado *aumenta la probabilidad de un daño* (como ocurre con las sustancias contaminantes que estadísticamente producen daño ecológico o a la salud); o en forma negativa, si la negligencia *impide aprovechar una oportunidad de evitar el daño* (como ocurre en casos de negligencias en el diagnóstico médico o con errores terapéuticos). En uno y otro caso la negligencia tiene una cierta probabilidad de que sea causa del daño efectivamente acaecido, pero no se puede determinar con certeza si es así.¹⁹

d) Desde un punto de vista lógico, existen tres posibilidades para resolver estos casos: ante todo, si se asume una exigencia fuerte de certeza, se concluye que mientras no esté probada la causa precisa del daño no puede haber responsabilidad; en seguida, bajo las reglas de las presunciones

¹⁸ Precisamente en un caso de responsabilidad médica, el tribunal discurre sobre la base de un concepto de 'causalidad potencial' (Corte de Copiapó, 25.3.2002, confirmada por la CS [cas. fondo], 8.7.2002, CJ 265, 127).

¹⁹ En el derecho francés se ha desarrollado una abundante doctrina y jurisprudencia respecto de la *pérdida de una oportunidad*, pero no respecto de la creación positiva de un riesgo (Viney/Jourdain 1998 197). Distinto es el caso en el derecho anglosajón, donde ambos grupos de casos son tratados en conjunto (Cane/Aiyah 1999 93, Epstein 1999 251). La diferencia radica, probablemente, en una equivocada calificación que la jurisprudencia francesa hace de la pérdida de una oportunidad, evitando tratarla como un típico problema de causalidad incierta (Viney/Jourdain 1998 197, Carbonnier 2000 378).

judiciales, podría estimarse que si las probabilidades son superiores a un umbral (el 50%, por ejemplo), se debe dar por establecida la causa y negada en caso contrario; finalmente, se podría aplicar la probabilidad en el cálculo de la indemnización, de modo que ésta cubriera el porcentaje de incremento del riesgo. Nada informa el derecho vigente sobre la materia, de modo que la solución queda entregada al discernimiento doctrinario y judicial.

Un camino es calificar estos casos a la luz de una exigencia fuerte de certidumbre para que el daño sea indemnizable, de modo que ante una mera probabilidad de que el daño se deba a la negligencia del demandado, no habría lugar a responsabilidad del eventual causante y la víctima del accidente debiera correr con el riesgo. Esta solución es consistente con la antigua doctrina de que "un daño eventual, hipotético, fundado en suposiciones o conjeturas, por fundadas que parezcan, sea presente o futuro, no da lugar a indemnización".²⁰ Sin embargo, el camino no resulta prometededor, porque el requisito de certidumbre del daño se refiere más bien a su materialidad y sólo extensivamente puede entenderse que comprende la pregunta de causalidad que aquí se analiza (*supra* N° 152). Y en la medida que se trata de una cuestión de causalidad, conviene hacerse cargo de que envuelve siempre un juicio hipotético acerca del desarrollo que habrían tenido los acontecimientos de no haber ocurrido el hecho ilícito.

En diversos ordenamientos civiles la jurisprudencia tiende a aceptar la responsabilidad que se funda en una significativa probabilidad.²¹ Y hay buenas razones para ello. Ante todo, es injusto que quien haya creado un riesgo sustancial, sin incurrir en el cuidado debido, jamás sea responsable, a pesar de que la materialización de ese riesgo en un cierto porcentaje de víctimas resulte comprobable; si así fuere, la balanza se inclina sin justificación en perjuicio de las víctimas. También desde un punto de vista preventivo se justifica aceptar la causalidad basada en la probabilidad: sólo así quien provoca el riesgo tiene incentivos proporcionales para evitarlo. Todo indica, en consecuencia, que a falta de norma expresa, la probabilidad significativa de que el daño se deba a la negligencia del demandado puede dar lugar a responsabilidad.²²

e) Queda abierta, con todo, la pregunta por el criterio para hacerse cargo de la probabilidad. La respuesta suele ser diferente en los sistemas

²⁰ Alessandri 1943 217.

²¹ Von Bar 1996 II 473; sobre la exigencia de la jurisprudencia española y francesa de que se trate de una probabilidad real y seria, Vicente en Reglero 2002 a 214, M. Tapia 2003 c 105.

²² R. Domínguez Á. 1990 154, M. Tapia 2003 c 105, criticando a Alessandri 1943 217. La idea de probabilidad está, por lo demás, siempre latente en la responsabilidad patrimonial por lucro cesante (*supra* N° 153 b). Incluso el interés en obligaciones de dinero tiene un componente de riesgo de insolvencia del deudor, que el derecho usualmente ignora. Conviene tener presente que entre la causalidad probabilística y el daño probable hay una diferencia de objeto: mientras la primera se refiere a si el hecho fue la causa efectiva del daño, la segunda interroga si ese daño es suficientemente cierto.

jurídicos.²³ Existen argumentos para sostener que la cuestión debe ser de 'todo o nada': superada una probabilidad de 50% debiera darse el total de la indemnización y nada en caso contrario: evita costos probatorios, disminuye la propensión a litigar y, ante el riesgo, aumenta la posibilidad de una conciliación exitosa.²⁴ Por el contrario, parece más cercano a la idea de riesgo creado por la acción negligente, que la indemnización sea calculada atendiendo al *incremento del riesgo*: si una persona que sufría un cáncer habría tenido un 40% de probabilidades de supervivencia si los exámenes ordenados por el médico hubiesen detectado oportunamente la enfermedad, frente a un 10% que tenía en la época posterior a que la enfermedad le fuera descubierta, la indemnización más justa y eficiente por ese error no es el daño completo (o ninguno), sino el porcentaje de éste que puede ser imputado a la negligencia del laboratorio.²⁵ Así, la pérdida de una cierta oportunidad de sanarse daría lugar a una indemnización equivalente al riesgo agregado por la negligencia del demandado.

En el derecho comparado se tiende a seguir alternativamente uno u otro camino, aunque la doctrina parece inclinarse crecientemente por la tesis de la probabilidad.²⁶ Ante este desarrollo perfectamente racional,

²³ Markesinis/Deakin *et al.* 2003 323, Von Bar 1996 II 474.

²⁴ Shavell 1980 117; Fleischer 2001 772 explica que la cuestión tiende a ser resuelta como una de 'todo o nada' si es planteada como una pregunta procesal (relativa a si se tuvo por probado el hecho), y como una probabilidad si se radica en el terreno sustantivo del daño indemnizable; como cuestión probatoria surge siempre la limitación de que la atribución de responsabilidad tiene por fundamento el daño efectivamente causado y no un mero peligro.

²⁵ Epstein 1999 253 propone una fórmula para efectos del cálculo de la indemnización por negligencia médica que atiende al cambio en las probabilidades de sanarse del enfermo. En un caso de error médico en que las probabilidades de supervivencia bajan de un 40% a un 10% no es correcto simplemente restar una cifra de la otra (esto es, reconociendo a la víctima el 30% del daño total), porque así no se mide precisamente el *cambio de probabilidades* de recuperación. El efecto preciso de la negligencia (bajo el supuesto de que están correctamente determinados los porcentajes de supervivencia con culpa y con diligencia) surge de *i)* restar al porcentaje de posibilidades de muerte que tenía el paciente atendida la negligencia (p_{mn}), el porcentaje de posibilidades de muerte que habría tenido gracias a un tratamiento diligente (p_{md}) y *ii)* dividir el resultado de esa resta por el porcentaje de posibilidades de morir que tuvo atendida la negligencia (p_{mn}) [(p_{mn}-p_{md}):p_{mn}]. En este caso el riesgo de muerte por el cual tendría que responder quien actuó con negligencia sería un tercio (33,3%) del daño efectivo provocado por la muerte del paciente, en vez de un 30%.

²⁶ En los derechos del *common law* la discusión doctrinaria es aguda, en particular desde la perspectiva del análisis económico de la responsabilidad (Shavell 1980 116, Epstein 1999 251). En la jurisprudencia tiende a prevalecer la idea de que la causalidad puede fundarse en una sustancial probabilidad (por lo general superior al 50%), pero que una vez acreditada de esa manera se debe pagar el total de los perjuicios; así la Cámara de los Lores británica (Cane/Atiyah 1999 94, Jones 2002 244, Markesinis/Deakin *et al.* 2003 324); usualmente el mismo criterio han seguido los tribunales norteamericanos (Abraham 2002 111). En el derecho francés parece haberse establecido la práctica de aplicar al daño el fac-

cabe añadir una nota de escepticismo: el razonamiento no puede ser puramente especulativo, sino que requiere de la ayuda de expertos que logren mostrar cuál es la probabilidad del daño de no haber mediado negligencia, y el aumento que esa probabilidad experimenta atendida esta última. A pesar de las dificultades probatorias, resulta preferible tener instrumentos analíticos para decidir estos casos en que la prueba se agota en la probabilidad.²⁷

La causalidad incierta analizada en este párrafo presenta analogía con el *lucro cesante*: la idea de eventualidad está siempre latente en la responsabilidad patrimonial por lucro cesante (*supra* N° 170). Las diferencias se refieren a la época y naturaleza del daño y, usualmente, a la probabilidad. Ante todo, el problema de causalidad probable mira siempre hacia atrás, porque el daño ya se produjo, mientras que el lucro cesante exige usualmente una estimación hacia adelante del ingreso que habría de ser percibido por el demandante.²⁸ En segundo lugar, los casos de causalidad probable envuelven una incertidumbre verificable, que incluso puede ser medida, mientras el lucro cesante por lo general sólo plantea la incertidumbre típica de acontecimientos futuros (por ejemplo, ¿cuánto habría ganado con su trabajo la víctima inválida?). En tercer lugar, los casos aquí analizados a lo más pueden ser llevados a una probabilidad estadística, mientras que el lucro cesante usualmente pueda ser tenido por cierto en razón de un 'curso normal de los acontecimientos' (*supra* N° 154 b).²⁹

f) Finalmente, debe tenerse presente que es diferente la pregunta por la causalidad probable de un daño ya ocurrido, de la que interroga por los

tor de probabilidad que lleva la oportunidad perdida (Viney/Jourdain 1998 74); en el derecho alemán se tiende a exigir una suficiente probabilidad como requisito para un esquema binario de decisión, donde no cabe más alternativa que optar entre dar por establecida o no la relación (Deutsch/Ahrens 2002 21, Kötz 1991 56).

²⁷ Un caso especial de probabilidad causal se presenta cuando se sabe que al menos uno entre dos o más candidatos a autores de un daño es el responsable, pero no se puede determinar a quién atribuirlo en concreto. A este grupo pertenecen los casos de los artículos 2323 y 2328; contemporáneamente es también el caso de drogas que son fabricadas por varios laboratorios y en cuyo proceso de investigación se ha incurrido en negligencia. Desde un punto de vista lógico, estos casos plantean una pregunta de causa necesaria, porque ni siquiera surgiría si se pudiera acreditar quién provocó el daño. Sin embargo, por razones prácticas, será tratada al analizar las diversas hipótesis de pluralidad de responsables (*infra* N° 277).

²⁸ Excepcionalmente, el lucro cesante mira hacia atrás cuando se trata de ingresos que debieron percibirse entre el hecho del demandado y la fecha de la sentencia que declara la responsabilidad.

²⁹ Con todo, a pesar de estas diferencias, ambos institutos presentan analogías, porque la pregunta común se refiere a la causalidad hipotética (*supra* N° 154). Por razones prácticas se han tratado las cuestiones de causalidad que envuelve el lucro cesante en el capítulo de daño (*supra* N° 155).

eventuales efectos dañinos que puede tener en el futuro una conducta negligente actual. En este último caso, la cuestión no pertenece a la causalidad, sino al requisito de certidumbre del daño, porque no se trata de un daño real, que probablemente se debió a negligencia (como es el caso de la pérdida de una oportunidad de sanarse), sino de un daño que aún no se sabe si llegará a ocurrir (*supra* N° 154).

247. Insuficiencia del principio de la causa necesaria para definir la imputación objetiva del daño. a) Se acostumbra señalar que el requisito de que el hecho sea causa necesaria del daño sería una teoría acerca de la causalidad (teoría de la equivalencia de las condiciones), que competiría con otras teorías sobre la materia, como la teoría de la causa adecuada, la teoría del riesgo creado por la negligencia, la teoría del fin de la norma (*infra* §§ 29 y 30).³⁰ Más que de 'teorías' contradictorias, en verdad se trata de criterios doctrinarios para responder preguntas muy diferentes entre sí, que sólo tienen en común haber sido tradicionalmente tratadas a propósito del requisito de causalidad.

Se ha visto que el principio de la causa necesaria permite unir en el sentido más elemental el hecho con el daño. Sin esa causalidad natural no existe razón alguna para atribuir la responsabilidad. El principio de la equivalencia de las condiciones tiene la función práctica de expresar precisamente esa relación empírica inexcusable. Sin embargo, de la sola circunstancia de que un hecho negligente aparezca como condición necesaria de un cierto daño, no se sigue que su autor deba ser siempre tenido por responsable.

Un ejemplo sencillo puede ilustrar el punto. El conductor A provoca negligentemente una raspadura en el vehículo de B, quien, obsesionado por la integridad de su automóvil, lo hace reparar de inmediato en un taller cercano; regresando luego a la carretera, muere aplastado por un camión que se desliza sin control a consecuencia de una falla en los frenos. Sin duda que entre la negligencia de A y la muerte de B existe una relación de causa necesaria. En efecto, suprimido hipotéticamente el hecho negligente de A, no se habría encontrado B con el camión que provocó su muerte. Nada indica, sin embargo, que uno deba ser responsable de todos los daños que se siguen de nuestra conducta, incluso negligente; en el caso particular, que A (por la pequeña raspadura) sea *normativamente responsable* de la muerte de B.

Por eso; aunque el principio de la causa necesaria establece una *condición* para que haya responsabilidad, sus efectos tienen que ser complementados mediante un juicio normativo (esto es, valorativo) para que se puedan *atribuir objetivamente* los daños a ese hecho culpable.³¹ En su aspecto de

³⁰ Alessandri 1943 242, Abeliuk 1993 209, P. Rodríguez 1999 374; distinguiendo las distintas preguntas que las 'teorías' pretenden responder, Corral 2003 191. Una crítica aguda a la confusión de las preguntas de causalidad natural y de imputación objetiva en Pantalón 1990 1561.

³¹ Una discusión lógica de las debilidades de la doctrina de la equivalencia de las condiciones para resolver los problemas de límites de la responsabilidad en casos de pluralidad de causas, con referencia a Alessandri, en Correa 2001 7.

imputación objetiva de los daños, la causalidad establece los límites de la responsabilidad, sobre la base de criterios de justicia y de prevención que evitan que el autor del hecho asuma indistintamente todas las pérdidas y, menos aún, todas las ganancias que el demandante dejó de percibir a consecuencia del hecho culpable.³²

b) Se analizarán dos grupos de criterios de imputación objetiva. Ante todo, la relación exigida entre el sentido del deber de cuidado infringido y el daño provocado, que la doctrina denomina imputación según *el fin de la norma* (*infra* § 29). En seguida se revisarán los principales criterios para determinar cuáles *daños consecuentes*, que causalmente se siguen del daño provocado por la negligencia, pueden ser imputados al hecho culpable inicial (*infra* § 30). La primera pregunta se plantea esencialmente respecto del daño inmediato sufrido por la víctima; la segunda pretende resolver cuáles daños, que son consecuencias mediatas del daño inicial, son normativamente atribuibles al hecho negligente, de modo que su función normativa corresponde a la distinción entre daños directos (por los que se responde) e indirectos (por los que no se responde).

§ 29. IMPUTACIÓN DEL DAÑO ATENDIENDO AL FIN DE LA NORMA

248. Conexión de ilicitud entre la conducta y el daño: el fin de la norma como criterio limitante de la responsabilidad. a) La responsabilidad por culpa exige que exista una *conexión de ilicitud* entre la regla de conducta (cuya infracción funda el juicio de negligencia) y el daño que esa regla persigue prevenir. El principio subyacente es que el derecho a la reparación debe estar determinado por el sentido de la regla infringida, porque en el derecho civil los deberes de cuidado son establecidos para evitar un daño, de modo que si éste se produjo por una razón diferente al incumplimiento del deber de cuidado, la responsabilidad pierde su fundamento.³³

La regla que califica un hecho como culpable suele tener un fin protector más o menos inequívoco: la norma que limita la velocidad persigue evitar accidentes; las que establecen límites a la emisión de ciertos residuos industriales pretenden prevenir daños ambientales o a la salud; la que establece formalidades para que una sociedad anónima realice operaciones con partes relacionadas, tiene por objeto evitar contratos perjudiciales al interés social. El principio expresado por este criterio de atribución normativa del daño al hecho del demandado señala que sólo los daños cubiertos por el fin protector de la norma están en una relación de *sentido* con la negligencia del demandado. Así, si probadamente el accidente no se produjo porque el demandado manejaba a 70 km/hora, en vez de los 60 autorizados, de modo que se habría también producido si hubiese con-

³² Pothier 1761 N° 91.

³³ Deutsch/Ahrens 2002 53.

ducido a la velocidad permitida, el daño no resulta objetivamente imputable a la culpa del demandado.³⁴

b) La exigencia de una conexión de ilicitud se justifica por razones de justicia y de eficacia preventiva. Desde el punto de vista de la justicia correctiva, la responsabilidad por culpa se justifica precisamente *porque* el daño es atribuible a la negligencia del demandado. A la inversa, precisamente porque éste infringió un deber de cuidado, es justo que el causante del daño sea hecho responsable.³⁵ Por otro lado, si se adopta una perspectiva instrumental, las reglas pueden cumplir su función preventiva sólo dentro de un orden de fines y medios, porque la responsabilidad por negligencia no tiene por objeto atribuir los daños que de igual modo se habrían producido si la acción hubiese sido lícita, sino sólo aquellos que son resultado de no haber empleado el demandado el cuidado que debía aplicar.³⁶ En otras palabras, si la decisión imprudente acerca del riesgo asumido no fue determinante en el daño resultante, no hay razón para atribuir responsabilidad.³⁷

c) La idea de fin de la norma atiende a la *relevancia del ilícito* en el daño producido. De conformidad con la idea de causa necesaria, no es posible distinguir entre la negligencia que ha sido sustancialmente determinante en la producción del accidente y la que, en verdad, sólo es circunstancial. Por el contrario, el criterio del fin de la norma evita que sean imputados a

³⁴ En este sentido, la Corte Suprema, en un accidente producido por la infracción reglamentaria tanto del autor como de la víctima, ha sostenido que "la norma que prohíbe circular a una velocidad excesiva, no tiene por objeto evitar que el conductor se encuentre en el lugar del accidente cuando éste sucede, sino impedir otras consecuencias, como la pérdida de control de su vehículo, o la imposibilidad de detenerse frente a obstáculos previsible o, en su caso, de evitarlos o de efectuar maniobras necesarias para la seguridad de la marcha, etc. (...) A la inversa, la norma que prohíbe ir respetar el derecho preferente de circulación de otro vehículo, obstruyéndole inesperadamente el paso, si tiene por objeto evitar que el autor se encuentre donde no debía encontrarse cuando se produce la colisión, ya que lo que tal prohibición pretende es precisamente que quienes circulan por la vía con paso preferente la encuentren despejada de obstáculos de esta clase" (CS; 22.4.1998, F. del M. 479, 342, publicada también en GJ 214, 115); el fallo aludió al fundamento legal del artículo 171 de la Ley del tránsito.

³⁵ Weinrib 1995 158.

³⁶ Calabresi 1975 85.

³⁷ Un análisis dogmático penetrante en Hart/Honoré 1985 476. La doctrina del fin de la norma como límite a la imputación del daño al hecho culpable parece haberse generalizado en el derecho comparado: para España, Pantaleón 1990 1580; para Francia, Viney/Jourdain 1998 175; para Alemania, Larenz 1987 443; en el *common law* se acostumbra tratar la materia desde el punto de vista de la previsibilidad, pero también se hace referencia a los intereses particulares y a los riesgos que cautela la norma (Cane/Atiyah 1999 104, Fleming 1985 101, para el Reino Unido; Prosser/Keeton *et al.* 1984 289, Epstein 1999 153, para los Estados Unidos). En Chile, Corral 2003 194 argumenta que el principio *neminem laedere* consagraría un ámbito global de protección; al mismo tiempo, sin embargo, estima que tratándose de ilícitos típicos la finalidad de la norma podría incidir en el juicio de responsabilidad, lo que conduce necesariamente a limitar el ámbito de protección.

la conducta negligente daños que una persona de buen juicio estimaría que no son 'causados' en razón de esa negligencia.

En definitiva, la determinación de esa conexión de ilicitud supone juzgar los hechos a la luz de una interpretación teleológica de la norma que establece el deber de cuidado. Sólo en el contexto de los fines que persigue la regla de conducta puede discernirse si existe una *relación de sentido* entre la negligencia y el daño.

d) En general, el fin de las normas es más fácilmente discernible en casos de *culpa infraccional*. Las reglas legales y administrativas usualmente expresan un limitado propósito regulador. En el trasfondo de las reglas ambientales, del tránsito o urbanísticas, usualmente es discernible una inequívoca relación de medios a fines. Los efectos relevantes de la culpa infraccional son los fines que la autoridad pretendió alcanzar; así, por ejemplo, las reglas que limitan la velocidad persiguen evitar accidentes, y no garantizar el tráfico fluido que permita contar con que un viaje tendrá una cierta duración.³⁸ Por eso, quien pierde una oportunidad de trabajo a consecuencia de una congestión vehicular producida por un accidente, no tiene acción contra quien lo provocó por su negligencia.

Distinto es el caso cuando el deber de cuidado debe ser construido por el juez.³⁹ Cuando el juez debe construir *ex post* la regla de cuidado ya tiene en vista el peligro que se ha materializado, y a la vista del mismo razona acerca del comportamiento debido. La pregunta por el fin de la norma supondría en este caso que el juez deliberara en abstracto acerca de la conducta debida y sólo entonces discurriría si el fin de ese deber de conducta es prevenir el accidente concreto que se ha producido. Pero ese proceder parece contrario a la lógica del razonamiento práctico, cuyo objeto es la deliberación en concreto acerca del comportamiento que resulta correcto, atendidas las circunstancias. Por eso, la limitación de la relación causal en razón del fin de la norma carece de sentido en situaciones en que el propio juez debe descubrir la regla de cuidado debido.

249. Tipos de fines que resultan relevantes. a) La imputación del daño al hecho culpable según el fin protector de la norma se basa en la idea de que los deberes contractuales o legales tienen fines específicos: intentan proteger a ciertas personas, sirven determinados intereses, o pretenden evitar ciertos riesgos. En consecuencia, sólo los daños que se relacionan con los fines específicos que persigue la norma pueden ser imputados a la persona que los ha infringido.

b) Un famoso caso norteamericano ilustra acerca de los límites de la responsabilidad en razón de que el fin de la norma infringida no es proteger a la víctima del accidente. Un pasajero que llega al andén cuando el tren está partiendo es ayudado por un empleado de ferrocarriles

en su intento de subir al vagón en marcha; a consecuencia de la acción, cae al andén un paquete que el pasajero llevaba bajo el brazo, activándose unos fuegos artificiales, con el infortunio de que uno de ellos alcanzó e hirió a la demandante, una señora que se encontraba en otro lugar de la estación; la Corte declaró que no había lugar a la responsabilidad, porque el fin de la norma que impedía a los funcionarios de ferrocarriles permitir el acceso a un tren en marcha no era proteger a terceros que estuviesen en el andén (el funcionario 'no tenía un deber de cuidado respecto de la víctima').⁴⁰ La doctrina estima que estos accidentes afectan a víctimas impredecibles, a cuyo respecto no se puede tomar resguardo alguno, de modo que extender la responsabilidad en su protección es 'tanto como imponer responsabilidad sin culpa'.⁴¹

c) La responsabilidad también puede limitarse en razón de que la norma cautela intereses distintos a los invocados por el demandante. En un caso español se planteó la responsabilidad de un empresario por la explosión de un polvorín, a cuya consecuencia había muerto una persona. Entre otras circunstancias, se alegó que el accidente había ocurrido en día domingo, cuando reglamentariamente la operación debía estar suspendida. El tribunal rechazó este concepto de la defensa en razón de que la norma no tenía por fin proteger la seguridad, sino cautelar el descanso dominical.⁴² De igual modo debe entenderse que no existe relación entre el ilícito y el daño cuando, sin que intervenga negligencia en la conducta, participa en un accidente un empresario que ha omitido obtener ciertos permisos administrativos para desarrollar su actividad, o cuando un conductor experimentado, sin incurrir en otro ilícito, maneja con su autorización vencida o con un permiso que no es suficiente para manejar vehículos como el que participa en el accidente.

d) Tampoco habrá responsabilidad si el riesgo que persigue prevenir la norma es diferente al materializado en el accidente. Un antiguo caso del *common law* resulta ilustrativo a este respecto: un barco, infringiendo la reglamentación vigente, transportaba ganado en la superficie de la cubierta; durante el trayecto el barco enfrentó una tempestad, a cuyas resultas el ganado se perdió en el mar; en el juicio se probó que la regla infringida fue establecida con el fin de evitar la difusión de plagas contagiosas; el tribunal eximió de responsabilidad al capitán, por-

⁴⁰ Argumento del célebre juez B. Cardozo en *Palsgraf v. Long Island Railroad Co.*, 1928, 248 NY 339, 162 NE 99, citado por Prosser/Keeton *et al.* 1984 284.

⁴¹ Abraham 2002 128.

⁴² Tribunal Supremo español (1946), citado por Pantaleón 1990 1581. Por lo mismo, la infracción a la regla que prohíbe estacionarse frente a un grifo de agua no puede ser invocada en el juicio que tiene por antecedente el accidente provocado por un tercer conductor que maneja con negligencia y en el cual el auto estacionado desempeña un rol puramente pasivo; la infracción no aumenta el riesgo, en la medida que si no hubiese habido grifo el accidente de igual modo se habría producido (Abraham 2002 120).

³⁸ Kötz 1991 60 (con referencia a una sentencia del Tribunal Supremo alemán).

³⁹ Prosser/Keeton *et al.* 1984 286.



que ese preciso riesgo no estaba cubierto por la norma que establecía el deber de conducta.⁴³

250. Fines difusos o múltiples de la norma. Por otro lado, es frecuente que las normas legales persigan fines que resultan abiertos al momento de interpretar la norma.⁴⁴ Un caso norteamericano interesante se refiere al incumplimiento por una empresa ferroviaria del deber de separar con rejas la línea férrea; en el juicio de responsabilidad por el atropello de un niño, la empresa mostró que el objetivo de la norma había sido impedir que el ganado atravesara la vía; el tribunal estimó, sin embargo, que debía entenderse implícito el propósito de impedir riesgos a las personas que no estaban en situación de evaluar el peligro.⁴⁵ El caso es ilustrativo del sentido restringido que tiene el instituto del fin de la norma como límite de la responsabilidad. Todo indica que la limitación de la responsabilidad atendiendo al fin de la norma sólo procede cuando el fin sea claramente discernible, esto es, cuando de la interpretación se siga que el sentido de la regla no puede extenderse a riesgos como el que se ha materializado.⁴⁶

251. El fin de la norma en la legislación chilena. Relación con la culpa infraccional. El criterio de la conexión de ilicitud entre el hecho y el daño está recogido en nuestra Ley del tránsito, que dispone que "el mero hecho

⁴³ *Gorris v. Scott* (1874), LR 9 Ex. 125, citado por Fleming 1985 101. En la jurisprudencia nacional se ha resuelto un caso de un tren que, transitando de noche sin llevar encendida la luz delantera de la locomotora y sin dar pitazo para anunciar su paso, ambas circunstancias exigidas por el reglamento, embistió a un vehículo que pasaba por un cruce. En relación con la falta de luz, la sentencia señaló que la exigencia reglamentaria tenía la finalidad de advertir al maquinista de los obstáculos en la vía, y no prevenir a los automovilistas sobre el paso del tren. Por esta razón, se estimó que el accidente no podía imputarse a esta infracción, no obstante lo cual, se tuvo por responsable al maquinista por la segunda infracción (Corte de Talca, 17.9.1952, RDJ, t. XLIX, sec. 4^a, 247).

⁴⁴ En el caso del permiso para manejar, por ejemplo, puede asumirse que el objetivo de la norma es evitar que manejen menores o personas con antecedentes conductuales que hacen presumir su peligrosidad, con prescindencia del comportamiento efectivo que observen, pero, aun así, no hay razón de principio para excluir la posibilidad de que se pruebe diligencia (en la medida que la culpa infraccional sea construida como una presunción de culpabilidad). En Estados Unidos la tendencia es a calificar la conducta de acuerdo con la diligencia empleada, cualquiera sea la regulación administrativa sobre permisos para conducir (Epstein 1999 153).

⁴⁵ *Di Caprio v. New York Central Railroad*, 1921, 231 NY 94, 131 NE 746, citado por Abraham 2002 121; el caso muestra que la limitación de la responsabilidad atendiendo al fin de la norma debe restringirse a casos en que este último es inequívoco.

⁴⁶ Con razón es criticable una sentencia del Tribunal Supremo español que no dio lugar a la responsabilidad del conductor de una camioneta que llevaba antirreglamentariamente pasajeros en la parte trasera de la cabina y que sufrió un accidente por rotura de frenos, porque el caso fortuito acreditado (rotura de frenos) no se extiende a daños que se derivan de la infracción de otra regla de cuidado cuyo fin es precisamente proteger del daño materializado (llevar pasajeros al descubierto) (Pantaleón 1990 1583).

de la infracción no determina necesariamente la responsabilidad civil del infractor, si no existe relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido por el accidente" (artículo 171).⁴⁷ Una regla análoga ha sido introducida en la ley N° 18.287 sobre procedimiento ante los juzgados de policía local (artículo 14).⁴⁸ Puede estimarse que esas normas expresan un principio general de imputación causal de los daños atendiendo al fin de la norma.⁴⁹

252. La conexión de ilicitud como criterio para distinguir cuáles daños son objeto de la indemnización. La imputación conforme al fin de la norma permite al juez distinguir "cuáles daños deben ser indemnizados, porque sólo los daños que se derivan del ilícito deben ser reparados.

En su sentido más elemental, la conexión de ilicitud exige que del ilícito se siga precisamente el perjuicio. Así, si un director de una sociedad anónima omite dar cuenta de un conflicto de interés y el directorio adopta un acuerdo con infracción formal a las normas del artículo 44 de la Ley de sociedades anónimas, queda por ese hecho configurado un ilícito, pero la indemnización sólo procederá si de la negligencia se ha seguido perjuicio para la sociedad (*infra* N° 624).

Un caso referido a los daños producidos por una inundación del río Golgol es ilustrativo a este respecto. Una empresa contratista había removido ripio, con la debida autorización, pero sin adoptar las prevenciones necesarias; el tribunal estimó que el daño sufrido por un predio riberano, que a consecuencia de esa negligencia quedó expuesto a la crecida violenta de las aguas, debía ser indemnizado por el contratista; pero, por el contrario, se estimó que el gasto en reposición y estabilización de las riberas socavadas no era resultado de aquella negligencia, sino correspondía a un costo ordinario que no se debía al hecho ilícito del demandado.⁵⁰

⁴⁷ Así, la Corte de Concepción ha señalado que no procede acoger la acción por daños ocasionados en un accidente de tránsito, basándose únicamente en que el demandado fue multado por conducir el vehículo sin la licencia respectiva, "porque dicha sanción se impuso, no por la culpabilidad en la colisión, sino por una contravención, que de acuerdo con el fallo, estaba desligada con el origen y consecuencias del choque, como pudo haber sucedido, por vía de ejemplo, con la falta de triángulos; de un botiquín o de un extinguidor" (Corte de Concepción, 5.8.1980, RDJ, t. LXXVII, sec. 2^a, 105). Véase también, CS, 7.5.1992, t. LXXXIX, sec. 1^a, 41; Corte de Concepción, 3.5.2001, confirmado por la CS [cas. fondo], 27.3.2002, GJ 261, 80; y Corte de San Miguel, 18.6.2003, GJ 276, 176, con referencia a que la conexión entre la culpa y el daño está implícita en el artículo 2314.

⁴⁸ Véase también la Ley de consumidores, que hace depender la responsabilidad por infracciones a sus disposiciones, de que el perjuicio sufrido por el consumidor precisamente se haya debido a "fallas o deficiencias en la calidad, cantidad, identidad, sustancia, procedencia, seguridad, peso o medida del respectivo bien o servicio" (artículo 23 I).

⁴⁹ Véase, por ejemplo, Corte de Santiago, 1.4.1999, GJ 226, 84, en que no se dio lugar a la responsabilidad por un accidente ocurrido en una piscina pública en ausencia de un salvavidas, porque atendida la naturaleza de la caída que provocó las lesiones, el efecto habría sido el mismo si el establecimiento hubiese cumplido con esa precaución.

⁵⁰ Corte de Valdivia, 30.5.2001, rol N° 3.596 (transcrito por Barona 2003 a 368).

El ejemplo más general de la manera en que el fin de la norma permite discriminar entre daños que son objeto de reparación y los que no lo son se presenta en el caso de los que resultan de una *culpa in contrahendo*. Cuando una de las partes que participa en una negociación oculta información esencial o actúa de mala fe en perjuicio de la otra parte, es responsable por los daños que se siguen por los gastos y, eventualmente, por las oportunidades de otros negocios que la contraparte ha perdido a consecuencia de haber participado en la negociación; pero no lo es por los beneficios que la víctima habría obtenido si el contrato se hubiese celebrado, porque estos sólo pueden tener por antecedente el incumplimiento de un contrato, y no deberes precontractuales.⁵¹ El objetivo de las reglas es que la negociación sea leal, pero no que sea exitosa. En Chile se ha fallado un caso que presenta analogías con la culpa en las negociaciones: en la venta de una cosa ajena que fue sucedida por una tradición inválida, los terceros adquirentes intentaron ser indemnizados no sólo por lo que pagaron y por los demás gastos incurridos, sino también por la ganancia que habrían obtenido si hubiesen conservado la cosa en propiedad; con razón la Corte Suprema desechó la demanda por este último concepto sobre la base de consideraciones de causalidad (*infra* N° 803).⁵²

El principio de que sólo deben ser reparados los perjuicios que son el resultado preciso del incumplimiento de una norma de cuidado es también importante en el *derecho de quiebras*: si los administradores de una sociedad deudora contratan con terceros después de que debieron haber pedido la quiebra de la empresa (Ley de quiebras, artículo 41), pueden causar un perjuicio a los acreedores que tenían créditos con anterioridad a esa época, porque nuevos acreedores tendrán derecho a participar en la distribución del activo; el perjuicio por el cual responden los administradores sólo alcanza, sin embargo, a la cuota marginal de los créditos que se podría haber cubierto con los bienes de la masa si no hubiesen existido esos créditos contratados después del momento en que debió solicitarse la quiebra.⁵³

253. El fin de la norma no permite calificar los daños como directos o indirectos. La idea del fin protector de la norma usualmente sólo permite limitar la responsabilidad por el primer daño que sufre la víctima.⁵⁴ Ello es una consecuencia de la relación que debe haber, según este criterio de atribución, entre la culpa y el daño. Pero ocurre que la culpa se agota en la valoración del primer daño y no se trasmite a las preguntas relativas a la imputación de los daños consecuentes.⁵⁵

Así, por ejemplo, las normas sobre mercado de valores persiguen que las decisiones de negocios se adopten sobre la base de información esencial compartida; y de la infracción de esas normas se pueden seguir conse-

⁵¹ Larenz 1987 110.

⁵² CS, 2.9.1999, RDJ, t. XXVI, sec. 1°, 148, sin aludir al fin de la regla, sino, genéricamente, a que el daño no sería directo.

⁵³ Van Cerven 1998 273.

⁵⁴ Larenz 1987 445.

⁵⁵ Larenz/Canaris 1994 353.

cuencias patrimoniales para quienes son víctimas del uso de información privilegiada. Mal podría excusarse quien ha usado esa información privilegiada alegando que no estaba en el fin protector de la norma asegurar a los inversionistas un negocio ventajoso. Por eso, si de la infracción a un deber de cuidado que persigue un fin determinado, como es en ese caso de que los *insiders* y quienes no lo son tengan un piso común de información, se siguen otros daños subsecuentes que se derivan directamente del ilícito; éstos no pueden ser excluidos del ámbito de la responsabilidad por ser ajenos al fin de la norma. Así, también, las reglas del tránsito pretenden evitar accidentes, cautelando la integridad corporal y la propiedad sobre cosas; pero no permiten inferir hasta dónde se extiende la reparación de otros daños consecuentes, que se siguen de los riesgos inmediatos que las normas protegen, como puede ser el lucro cesante de la víctima.

Se comprueba, entonces, que el fin de la norma no es un criterio para determinar la proximidad que deben tener los daños subsecuentes para que queden cubiertos por la responsabilidad de quien provocó ese primer daño. Esa pregunta se refiere a los criterios para calificar esos daños consecuentes como directos o indirectos y será analizada enseguida.

§ 30. DAÑO DIRECTO: IMPUTACIÓN NORMATIVA DE LOS DAÑOS CONSECUENTES AL HECHO DEL DEMANDADO

a causa de un clavo
la herradura se perdió,

a causa de la herradura
el caballo se perdió,

a causa del caballo
el jinete se perdió,

a causa del jinete
el mensaje se perdió,

a causa del mensaje
la batalla se perdió,

a causa de la batalla
la guerra se perdió,

a causa de la guerra
el reino se perdió,

sólo por un clavo,
es todo esto lo que pasó

MOTHER GOOSE

254. Limitación de la responsabilidad a los daños directos. a) La pregunta por la imputación objetiva de los daños se refiere esencialmente a los límites



de la responsabilidad por los efectos consecuentes que pueden seguirse de un daño inicial. La doctrina civil chilena ha tratado esta exigencia a propósito del daño, expresando que sólo se indemnizan los daños directos.⁵⁶ Que un daño sea directo, sin embargo, es precisamente una calificación relativa a la relación existente entre el hecho que da lugar a la responsabilidad y sus consecuencias dañosas mediatas. Por eso, el lugar para comprender en su debido contexto ese requisito es precisamente la causalidad.

b) En los orígenes más inmediatos de nuestro derecho de obligaciones subyace la idea de que la responsabilidad no se puede extender indiscriminadamente a todas las consecuencias de la acción culpable.⁵⁷ Es cierto que el principio fue formulado teniendo en vista el incumplimiento de la obligación contractual, pero ello es una mera consecuencia de que las reglas generales de la responsabilidad civil fueron desarrolladas históricamente a partir de la doctrina del contrato.⁵⁸

Por eso, tanto la doctrina como la jurisprudencia están de acuerdo en que el daño resarcible sólo es el *directo*, sea porque se estima que el artículo 1558 se aplica también a la responsabilidad extracontractual,⁵⁹ sea porque tal requisito es incluido racional y lógicamente en el concepto de causalidad.⁶⁰ Como se ha mostrado (*supra* N° 242), la pregunta por la imputación objetiva de las consecuencias dañosas supone una relación de causalidad natural entre el hecho culpable y el daño, porque sólo tiene sentido preguntarse si el demandado responde por esos daños subsecuentes si los mismos se derivan causalmente de su hecho. Aunque ambas preguntas son diferentes, a veces se confunden, en perjuicio de la claridad para analizar correctamente las cuestiones por resolver.⁶¹

⁵⁶ Alessandri 1943 233, P. Rodríguez 1999 269, Corral 2003 143.

⁵⁷ Pothier 1761 N° 160.

⁵⁸ No debe olvidarse que el título respectivo del Código Civil (Título XII, Libro IV), siguiendo al Código francés y éste a Pothier 1761 (capítulo II), se denomina genéricamente 'Del efecto de las obligaciones'.

⁵⁹ En este sentido se han pronunciado la doctrina y jurisprudencia francesas sobre la base de normas análogas a las de nuestro Código; así, Carbonnier 2000 301 y 392 (invocando el buen juicio y la equidad); Mazeaud/Chabas 1998 661 (asumiendo, como en esta obra, la aplicación general del artículo 1151, equivalente a nuestro 1558, a todo tipo de responsabilidad); Flour/Aubert 2003 125 y 172 (sobre la base de una exigencia 'lógica' vinculada a la idea de causalidad); en igual sentido, Viney/Jourdain 1998 177.

⁶⁰ Al respecto, la Corte Suprema, siguiendo a Alessandri 1943 233, ha afirmado que "si bien es verdad que el daño indirecto, es decir, el que no deriva necesaria y forzosamente del hecho ilícito, no es indemnizable jamás, ello no ocurre por aplicación del artículo 1558 que se invoca como infringido, y que únicamente rige en materia contractual. La razón es diversa y consiste en que entre ese daño y el hecho ilícito no hay relación de causalidad sin la cual ese hecho no puede engendrar para su autor responsabilidad delictual o cuasidelictual civil" (CS, 14.4.1953, RDJ, t. L, sec. 4°, 40).

⁶¹ En general, sobre los riesgos de la confusión, Pantaleón 1990 1561. Un caso ilustrativo de la inconveniencia de no separar ambas cuestiones se muestra en un fallo de la Corte Suprema de 1933: un tren volcó a causa del exceso de velocidad que imprudentemente le imprimió su maquinista; producto del volcamiento se inició un incendio en uno de los carros que iba cargado con madera y sacos de algarroba; mientras el conductor y algunos palanqueros trataban de apagar

c) Si se entendiera rigurosamente el concepto de daño directo, podría sostenerse que esa exigencia supone, además de la causalidad natural, que entre el hecho y el daño no medie otra circunstancia causal. En consecuencia, si interviniera una causa intermedia, el daño sería indirecto, lo que excluiría la responsabilidad. Sin embargo, ello importaría una severa restricción de la responsabilidad civil.⁶² Así, por ejemplo, el lucro cesante siempre plantearía problemas de causalidad, porque necesariamente supone una secuencia causal subsecuente entre el accidente y la pérdida de ingresos; y si un peatón que presencia un accidente intenta socorrer al conductor aprisionado y resulta lesionado por la explosión del estanque de combustible, no habría lugar a la reparación simplemente porque ha intervenido como causa inmediata su propia disposición a socorrer y sólo mediatamente el accidente provocado por el conductor imprudente.

En definitiva, la pregunta acerca de si un daño es directo o indirecto supone un juicio normativo respecto de si *el daño puede ser normativamente imputado al hecho*. No es propiamente un juicio de causalidad (materia que se agota en la comprobación de que el hecho culpable es condición necesaria del daño), sino una cuestión valorativa que obliga a discernir cuáles consecuencias dañosas mediatas, pero derivadas causalmente del hecho ilícito, *deben ser tenidas por relevantes a efectos de establecer la responsabilidad* (a pesar de que hayan intervenido entretanto otras causas). Por eso, las preguntas por la causalidad en sentido estricto, por un lado, y por las condiciones para calificar el daño como directo, por el otro, exigen dos pasos intelectuales sucesivos y diferentes: establecido que un daño mediano tuvo por causa necesaria el hecho ilícito, resta aún saber si este daño consecuencial, que es el resultado de la intervención conjunta de otras causas, puede ser *normativamente imputado* al hecho ilícito que provocó el daño inicial.⁶³

lo, estalló un pequeño cajón que contenía dinamita, a cuya consecuencia resultó muerto el conductor; el caso fue resuelto a favor del demandante, sin referencia alguna a si el daño era directo (CS, 14.3.1933 y 16.12.1933, RDJ, t. XXXI, sec. 1°, 144). En opinión doctrinaria, el fallo demostraría que la jurisprudencia nacional acoge la 'teoría de la equivalencia de las condiciones', pues en él se declaró responsable a la empresa de ferrocarriles, no obstante haber concurrido en la producción del daño otras causas, además del hecho culpable del maquinista (Alessandri 1943 244). Ocurre, sin embargo, que el razonamiento esconde el aspecto normativo de la causalidad: entre el exceso de velocidad y el estallido del paquete debe haber una relación *directa*, que se da implícitamente por establecida, sin incluir el fallo consideración alguna que justifique esa calificación.

⁶² Una lúcida mirada 'externa' a nuestro sistema jurídico y a la artificialidad del requisito de que el daño sea directo en Prosser/Keeton *et al.* 1984 294.

⁶³ Una reserva sistemática debe hacerse en este lugar: si bien la imputación objetiva del daño al hecho del demandado es en especial relevante respecto de los daños consecuenciales (por lo que aquí se ha optado por tratarla a propósito del daño directo), en teoría también puede plantearse respecto del daño inicial. En efecto, una consecuencia por completo anormal puede no ser objetivamente imputable al acto del demandado. En la responsabilidad por culpa, sin embargo, ese juicio se realiza al juzgar si se ha actuado con negligencia, pues la culpa supone previsibilidad de la consecuencia dañosa inmediata (*supra* N° 48). Por eso, así planteada, la pregunta sólo parece relevante desde un punto de vista lógico en el caso de la responsabilidad estricta, que, por definición, sólo cubre un preciso ámbito de riesgo (*infra* N° 260).

d) Como es frecuente en el derecho, de que el daño sea directo se infiere usualmente de que no sea indirecto. Ello es una consecuencia de la función que tiene la calificación, como es establecer un *límite a la responsabilidad*. La pregunta no es puramente lógica, sino que tiene un fundamento de justicia correctiva: aceptado que alguien ha cometido un ilícito ¿hasta dónde llegan las consecuencias dañinas de ese acto que el autor debe soportar?⁶⁴ Pero también la pregunta puede ser planteada en términos económicos: la exigencia permite discriminar entre las diversas causas que han intervenido en la producción del daño, descartando las que con menor intensidad determinan el riesgo.⁶⁵

Lo cierto es que una vez acreditada la relación causal, *el daño es tenido por directo mientras no se muestre lo contrario*, lo que supone acreditar que no puede ser objetivamente atribuido al hecho del demandado.⁶⁶

e) Por mucho que se trate de un concepto indeterminado, la definición de lo que se habrá de tener por daño directo no puede ser arbitraria. En los párrafos siguientes serán brevemente expuestas las principales doctrinas jurídicas que pretenden formular criterios de limitación de la responsabilidad por daños mediatos. Aunque ninguna de esas doctrinas sea un roble que otorgue cobijo seguro frente a cualquier tipo de casos,⁶⁷ su objetivo es dar razones prudenciales que permiten, ante casos difíciles, discurrir los límites externos de la responsabilidad.

a. Criterio de la causa próxima

255. La razonable proximidad como criterio de imputación de los daños. Intuitivamente, el sentido común lleva a considerar como directo el daño que tiene una *razonable proximidad* con el hecho ilícito. Como se ha visto, si

⁶⁴ La pregunta se plantea en términos análogos a los delitos de resultado del derecho penal. Sin embargo, la responsabilidad penal está sujeta, en general, a requisitos más estrictos que la responsabilidad civil. Lo que en el derecho penal exige una precisión dogmática, para saber cuándo el autor debe ser castigado por el resultado de muerte que se sigue de un acto que provocó lesiones, deviene en el derecho civil en un juicio abierto acerca de los límites que la relación causal impone a la obligación indemnizatoria, cuando se trata de daños consecuentes, en que tras el hecho ilícito han intervenido otras causas. Por eso, conviene ser cauteloso en la aplicación de teorías dogmáticas penales sobre la causalidad en materia civil. Con todo, en la medida que las preguntas presentan analogías, existe una influencia recíproca entre la dogmática civil y penal en la materia.

⁶⁵ Calabresi 1975 12.

⁶⁶ Véase el interesante fallo de la Corte de Santiago, 27.12.1993, GJ 162, 58.

⁶⁷ Carbonnier 2000 396; en el mismo sentido, Fleming 1985 116, Kötz 1991 66, La Cruz *et al.* 1995 486. Para Prosser/Keeton *et al.* 1984 287, el verdadero problema de la imputación objetiva es de políticas públicas, de modo que los argumentos acerca de la proximidad de la causa (daño directo) se ven influidos por consideraciones relativas a quiénes deben cargar con los costos de los accidentes, en lo cual influye si éstos pueden ser cargados a aseguradores, empresas de servicio público o al precio de los productos; críticos a este enfoque que desnaturaliza el punto de vista del derecho privado, Cane/Atiyah 1999 103.

la responsabilidad se redujera a las consecuencias inmediatas (esto es, a los daños que se producen en la víctima sin intervención de otras causas), su ámbito quedaría absurdamente restringido en perjuicio de las víctimas. Por eso, la más simple doctrina para la imputación objetiva de un daño al hecho culpable exige que entre ambos exista una *razonable proximidad*; que el daño no sea excesivamente remoto.

En el *common law*, donde este criterio ha sido aceptado por la doctrina desde tiempos de Francis Bacon,⁶⁸ se ha mostrado que la idea de causa próxima no agrega criterio operativo alguno para calificar cuáles consecuencias derivadas del hecho son remotas, a efectos de establecer el límite externo de la responsabilidad.⁶⁹ A falta de otros criterios *coadyuvantes*, la idea de causa próxima nada agrega a la exigencia, de por sí genérica y vaga, de que el daño sea *directo*.⁷⁰ En verdad, ante la vacuidad de la noción de causa próxima, el principal criterio para limitar el alcance de la reparación en el *common law* es la *previsibilidad* de los daños subsecuentes. Con ello, sin embargo, la pregunta sólo se posterga, porque pasa a referirse a cuán previsibles deben ser las consecuencias para que haya lugar a la responsabilidad.⁷¹

b. Criterio de la causa adecuada

256. Concepto y función de la causalidad adecuada. a) La doctrina de la causa adecuada se ha mostrado como el intento más influyente para limitar la imputación objetiva del daño. Su origen se vincula a los intentos de un científico natural de aplicar principios estadísticos y de probabilidad matemática al estudio de las relaciones humanas y particularmente del derecho.⁷²

⁶⁸ Epstein 1999 258, con referencia a *The Elements of the Common Law of England*, vol. I (1630): "en el derecho no se reconoce la causa remota, sino la próxima".

⁶⁹ En una influyente obra sobre responsabilidad civil en el derecho norteamericano se sostiene que el concepto de *causa próxima* más bien ha oscurecido el tema de la causalidad, en especial cuando intervienen causas concurrentes (Prosser/Keeton *et al.* 1984 263, en especial 279). Sobre el simplismo de la idea de proximidad, Carbonnier 2000 395.

⁷⁰ En el *common law* el concepto de daño directo se asocia a una doctrina expansiva de la causa próxima, que hace responsable al autor del hecho por todas las consecuencias que se siguen en secuencia ininterrumpida, en oposición a la concepción más limitativa de la causa próxima, que restringe la responsabilidad sólo a las consecuencias previsibles (Fleming 1985 115, Corral 2004 149).

⁷¹ Jones 2002 267.

⁷² Su formulación original pertenece al fisiólogo Von Kries, quien la desarrolló teniendo en vista los tipos penales calificados por el resultado. En el derecho civil fue incorporada a comienzos del siglo XX, bajo la influencia de Rümelin y Träger, pero su formulación más influyente se debe a la obra de juventud de Larenz (*Fingels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, 1927). La doctrina ha ejercido influencia conceptual en España (Reglero en Reglero 2002 a 294), en Italia (Trabucchi 1993 188) y, menos reconocidamente, en Francia (Carbonnier 2000 396, Viney/Jourdain 1998 173).

Con el correr del tiempo, la doctrina ha sido objeto de numerosas formulaciones, tanto en el ámbito del derecho penal como del derecho civil.

Según la formulación más tradicional de la doctrina de la causa adecuada, la imputación de daños consecuentes sólo se justifica si desde la perspectiva de un observador experimentado, que mira retrospectivamente la cadena causal, tales daños no resultan inverosímiles.⁷⁵ La adecuación se muestra en que el hecho culpable es apropiado, bajo un curso ordinario y no extravagante de los acontecimientos, para producir las consecuencias dañosas. Por eso, la causa adecuada no es un criterio que defina positivamente cuáles consecuencias deben ser consideradas como daños atribuibles al hecho culpable, sino que establece las condiciones negativas para excluir la responsabilidad cuando los acontecimientos se desencadenan en un curso causal anormal o extraordinario, ajeno al impuesto por el hecho negligente.

La exigencia de una causa adecuada establece requisitos fuertes para que sea limitada la responsabilidad por daños consecuentes. Por eso, en las jurisdicciones en que es adoptada, su aceptación como excusa del demandado es excepcional.⁷⁴

b) Desde el punto de vista de la justicia, lo determinante es la aptitud potencial que tiene el hecho culpable para producir daño; esas potencias se pueden materializar en riesgos que al menos idealmente pueden ser dominados por el sujeto responsable.⁷⁵ Desde un punto de vista preventivo, si se estima que una conducta debe ser desincentivada, es conveniente que el autor del daño corra con los riesgos provocados por su acción, aunque le resulten imprevisibles, en lugar de limitar la responsabilidad en términos que pueda hacer un cálculo preciso acerca de los daños consecuentes que puede verse obligado a indemnizar.

c) Conforme a estas ideas, la adecuación puede darse por establecida cuando el daño consecuente se desarrolla en la misma dirección que el daño inicial.⁷⁶ Así, si una persona sufre un accidente que la lleva a la clínica, donde contrae una infección que le provoca la muerte, este último daño puede ser objetivamente imputado al accidente, porque ha ocurrido en una cadena causal que no es inverosímil ni extraordinaria respecto del curso causal que el hecho inicial ha puesto en movimiento.⁷⁷ Lo mismo ocurre cuando el herido en un accidente es transportado a la clínica en una ambulancia y sufre un segundo accidente en el camino;⁷⁸ o cuando el

⁷⁵ Larenz 1987 436.

⁷⁴ Medicus 2002 276.

⁷⁵ Weinrib 1995 166, Lange 1990 87.

⁷⁶ Deutsch/Ahrens 2002 27.

⁷⁷ Así, ya el Tribunal Imperial alemán, citado por Larenz 1987 437; en sentido análogo la Corte de Casación francesa (1993), en el caso de una víctima que contrae una enfermedad con posterioridad a una transfusión (Chabas 2000 b N° 80).

⁷⁸ Corte de Casación francesa (1983), citado por Chabas 2000 b N° 80, quien, sin embargo, al igual que en el caso anterior, asume indiferenciadamente las preguntas por la causa necesaria y el criterio de limitación de la responsabilidad, estimando que resulta suficiente el criterio de la equivalencia de las condiciones.

demandado choca a otro vehículo y un camión que viene detrás se detiene bruscamente a consecuencia del accidente, provocando que un tercer conductor se incruste en este último provocando su muerte.

Incluso puede aceptarse que la causa es adecuada cuando transcurre un período de tiempo entre el primer y el segundo accidente, como ocurre cuando alguien ha perdido una pierna a consecuencia de un choque y tiempo después muere a consecuencia de su incapacidad para huir oportunamente de un incendio, "porque según la experiencia general tiene que contarse con la posibilidad, si bien no cercana, de que el demandante sufra nuevos accidentes a consecuencia de la capacidad disminuida a que lo ha llevado tener una pierna artificial".⁷⁹ Asimismo, la adecuación debe tenerse por acreditada cuando el demandado conocía las circunstancias, por extraordinarias que fueran, que desencadenaron el efecto dañoso.⁸⁰

d) Se comprueba que los criterios de adecuación son amplios en la jurisprudencia comparada. Los principales casos en que se estima que el daño no puede ser objetivamente imputado al hecho suponen una valoración judicial, más que la aplicación de principios estadísticos de probabilidad. Esta valoración permite desestimar ciertos daños consecuentes, cuando resulten extraordinarios o anormales en la perspectiva de la cadena causal proyectada por el daño inicial.⁸¹

Así, en el caso inicial del médico que aplica una inyección contra el tétano, que no tenía relación alguna con el tipo de heridas que el transeúnte había sufrido en razón del accidente, se estimó por el Tribunal Supremo alemán que no había una relación de adecuación, porque si bien usualmente se responde por los daños sufridos con ocasión del tratamiento médico posterior al accidente, lo contrario vale si el médico aprovecha la oportunidad para realizar una operación u otra intervención inconexa con el accidente inicial, de lo que deriva el daño consecuente.⁸² Lo mismo ocurre cuando a consecuencia de la congestión vehicular en la carretera, provocada por culpa de un conductor, el tercero pierde una oportunidad de negocios (en lo que influye, además, la mayor reticencia a considerar el daño consecuente que es puramente patrimonial; *supra* § 23 g); o si la

⁷⁹ Deutsch/Ahrens 2002 27, con jurisprudencia.

⁸⁰ Así, se ha fallado que es responsable de cuasidelito de homicidio de una persona que se encuentra en avanzado y manifiesto estado de ebriedad, quien le propina un pequeño golpe sobre la ceja que, debido a dicho estado, se traduce en una contusión encefálica microscópica de fatales consecuencias (Corte de Santiago, 28.7.1964, RDJ, t. LXI, sec. 4°, 244).

⁸¹ En el derecho chileno, la causa adecuada aparece como una forma de imputación judicialmente valorada en CS, 28.6.2000, GJ 240, 112, publicado también en F. del M. 499, 1358, donde se usa este criterio para excluir la relación causal en un caso de negligencia médica.

⁸² Tribunal Supremo alemán (1963), citado por Buchner/Roth 1984 13. Por el contrario, cuando la inyección ha sido aplicada a consecuencia de la herida, el autor del primer daño responde de los daños consecuentes, aunque la probabilidad de que éstos se produzcan sea inferior al uno por mil, en la medida que 'no se producen en una secuencia extraordinaria respecto del daño inicial' (Palandt/Heinrichs § 249 60).

persona que ha sufrido un daño leve en un choque del que es responsable un tercero, sufre después un grave accidente en el taxi que lo transporta al médico (a diferencia de si el accidente es sufrido por la ambulancia que se desplaza hacia la clínica de urgencia). La adecuación aporta, en definitiva, un criterio prudencial, en ningún caso estadístico o probabilístico, que resulta sagrado para el juez.⁸⁵

257. **Adecuación y previsibilidad.** a) La previsibilidad es recurrente como elemento de la responsabilidad por negligencia. Ante todo, es una condición de la culpa, porque no se puede exigir cuidado para prevenir lo imprevisible (*supra* N° 48). Pero también suele reaparecer en la causalidad. A pesar de la distinción que hace el artículo 1558 entre daños directos, por un lado, e imprevisibles, por el otro, las fronteras entre unos y otros son más fluidas en la práctica. En el fondo, la previsibilidad es un indicio fuerte de que el daño debe ser tenido por directo.

b) Por el contrario, el elemento negativo de imprevisibilidad opera dificultosamente en el momento de la imputación del daño subsecuente.⁸⁴ Hay en este punto una cierta diferencia con el incumplimiento del contrato: mientras en el contrato ambas partes han acordado un intercambio que tiene un horizonte implícito de riesgos asociados, en el caso de la responsabilidad extracontractual el demandado ha actuado sin debida consideración de los intereses de los demás en su propia decisión, de modo que en princi-

⁸⁵ Así se muestra, por ejemplo, con el robo de un auto atribuible a negligencia de su dueño, a cuya consecuencia se sigue un accidente provocado por el ladrón: mientras en el derecho francés éste es precisamente un caso en que se ha declarado que no existe causalidad adecuada entre la negligencia y el accidente (Carbonnier 2000 397), en los Estados Unidos se estima que la relación entre ambos hechos es suficientemente próxima (Abraham 2002 124).

⁸⁴ Si se adoptara consistentemente el principio de la culpa, también las consecuencias dañosas debieran juzgarse a la luz de la *previsibilidad*. Sin embargo, la tendencia del derecho comparado es a separar las cuestiones de culpa y causalidad (imputación objetiva), incluso en el *common law*, donde los efectos consecuentes también son atribuidos sobre la base de un criterio de previsibilidad. Es cierto que la doctrina de la causa adecuada esconde una idea de previsibilidad, pero ella se hace irreconocible en el estado actual de la jurisprudencia comparada, como se infiere del análisis que se realiza en esta sección. Es cierto que desde el punto de vista económico se puede afirmar la conveniencia de que la previsibilidad sea elemento de la imputación objetiva de las consecuencias (causa próxima en el derecho del *common law*), porque "si la negligencia consiste en no tomar las precauciones contra el tipo de accidente cuyo costo, descontado por la frecuencia en que ocurre, excede el costo de las precauciones, hace sentido no exigir precauciones contra accidentes que ocurren tan raramente que el beneficio de la prevención de ese accidente es cercano a cero" (Posner 1972 24). En un análisis más complejo, sin embargo, esta asimetría entre la previsibilidad como elemento de la negligencia y de la imputación de los daños al hecho culpable puede ser explicada por los costos que significaría la información precisa acerca de todos los riesgos consecuentes involucrados (Posner 1992 178). Todo indica que esta relación potencial entre el hecho y el daño consecuente se logra más apropiadamente bajo la idea de riesgo (*infra* N° 259) que bajo la invocación de la idea de previsibilidad (no sólo en materia de culpa, sino también de causalidad).

pio no hay razón para limitar su responsabilidad a las consecuencias previsibles. Por eso, el test de previsibilidad para establecer el límite de la responsabilidad extracontractual es demasiado vago y restrictivo.⁸⁵ El camino más hipócrita para resolver el zapato chino de la previsibilidad del daño sería extender ficticiamente el ámbito de lo previsible, en términos que el concepto terminara desfigurándose.⁸⁶ Estas dificultades han llevado a que el derecho privado contemporáneo converja en prescindir de la previsibilidad a efectos de imputación objetiva de las consecuencias dañosas.⁸⁷

c) Gran parte de los problemas surgen cuando se confunden las preguntas relativas a la culpa con las que se refieren a la imputación objetiva de las consecuencias mediatas del hecho culpable. La culpa supone la previsibilidad del primer daño; pero ese requisito, como se ha visto, no tiene por qué extenderse a las siguientes consecuencias de la acción culpable (*supra* N° 48).⁸⁸ La idea de imputación objetiva de acuerdo con el criterio de adecuación no hace referencia a la previsibilidad concreta de los efectos de la acción, como la culpa, sino a las consecuencias que se pueden tener por normales de la acción culpable.⁸⁹

De acuerdo con el criterio de la causa adecuada, consecuencias que eran psicológicamente imprevisibles en la posición de quien incurrió en la negligencia pueden ser atribuidas al hecho del demandado, porque ocurren en el curso normal de los acontecimientos. Quien maneja a exceso de velocidad no está en condiciones de prever que con posterioridad al accidente un tercero irá a socorrer a la víctima y que, en ese intento, será atropellado por otro vehículo; sin embargo, en general se reconoce que hay una relación de causalidad adecuada, porque lo ocurrido no responde a un curso anormal o extraordinario de los acontecimientos.⁹⁰ El trasfon-

⁸⁵ Fleming 1985 119; a ello se agrega que si sólo se responde de los daños previsible, se restringe injustamente el conjunto de daños indemnizables, porque se los reduce a aquellos que aparecen en el horizonte de cálculo oportunista del agente, que toma su decisión de incurrir en el ilícito 'sobre seguro' (Bydlinski 1996 199).

⁸⁶ Christie en Owen 1995 116 y 129.

⁸⁷ Von Bar 1996 II 160.

⁸⁸ Kötz 1991 65.

⁸⁹ Aceptando la idea de previsibilidad en la imputación objetiva, pero sobre la base de criterios diferentes de los relevantes en el juicio de culpabilidad, Visintini 1996 II 277; en Italia, sin embargo, se sigue la tendencia del derecho europeo a que la previsibilidad no sea requisito del daño indemnizable (Pinori 1994 241). La distinción entre previsibilidad del daño inicial, a efectos de la culpa, y previsibilidad de los daños consecuentes, a efectos de causalidad, resulta indispensable en el *common law*, donde tradicionalmente se acepta que la previsibilidad sea elemento del deber de cuidado y, luego, de la *causa próxima* (Abraham 2002 119).

⁹⁰ En Chile, la jurisprudencia ha extendido ocasionalmente hasta el límite la idea de previsibilidad al tratar la relación causal; en un accidente ocurrido de madrugada, una pequeña raspadura provocada por el vehículo del demandado hizo que otro automóvil, guiado a exceso de velocidad, bajo la influencia del alcohol y sin respetar una señal de "ceda el paso", perdiera su línea de trayectoria y se estrellara contra un poste, expulsando a su conductor fuera del mismo, muriendo al golpearse contra la acera. Al establecer la responsabi-

do de la previsibilidad que subyace tras la idea de causa adecuada no adopta la posición *ex ante* del demandado, sino la *ex post*, que retrospectivamente analiza si las consecuencias mediatas del hecho culpable pueden ser tenidas por extraordinarias, a efectos de excluir la responsabilidad.⁹¹

Todo indica, en consecuencia, que la idea de causa adecuada es más general que la de previsibilidad y que resulta conveniente restringir la relevancia de esta última al requisito de la sede de culpa.⁹²

258. Valoración de la causa adecuada como criterio de imputación de los daños. a) La doctrina de la causa adecuada recurre a la figura del observador informado que debe juzgar *ex post* cuáles daños no pertenecen al desarrollo normal de los acontecimientos. En la práctica, la imputación según el criterio de la causa adecuada supone un juicio negativo de atribución, en la medida que sólo son excluidas de la responsabilidad del autor del primer daño las consecuencias que resultan extraordinarias o inverosímiles: para dar por establecida la causalidad adecuada basta que, miradas las cosas hacia atrás, se haya podido contar con la posibilidad de que el daño llegara a ocurrir.⁹³

lidad del conductor del primer vehículo, se estimó suficiente el hecho de que éste hubiese llegado al cruce a una velocidad imprudente, por cuanto "eliminando mentalmente su actuar negligente y suponiéndolo diligente y cuidadoso, no se habrían producido la colisión ni la secuela de consecuencias hasta llegar al resultado que se sanciona". El mismo razonamiento se siguió respecto del actuar imprudente de la víctima, señalando que ésta puso una condición del resultado, sin llegar a excluir la condición puesta por el reo. El evidente problema de imputación objetiva en este caso, así como la insuficiencia de la teoría de la equivalencia de las condiciones para resolverlo, queda de manifiesto en el voto de minoría, que estuvo por rechazar la demanda civil estimando que si bien el demandado "puso una condición física del resultado fatal, no puede considerársela causa de éste por no ser una condición adecuada para producir normalmente ese evento". La mayoría de la sala parece haber discurrecido sobre la base de que el demandado asumió *per se* un riesgo que podía materializarse en el curso ordinario de los acontecimientos al manejar por la noche a velocidad superior a la autorizada, porque "es posible prever un accidente del tránsito en un cruce de calles en horas de la madrugada, si no se maneja con sumo cuidado, ya que es de ordinaria frecuencia que a esa hora no siempre se observen las normas del tránsito por los conductores" (CS, 12.8.1981, RDJ, t. LXXXVIII, sec. 4°, 120).

⁹¹ La idea de previsibilidad retrospectiva ayuda a separar las preguntas de causalidad (imputación objetiva de las consecuencias al hecho inicial) de las de culpa (previsibilidad de la aptitud dañosa del acto). Sobre la idea de previsibilidad retrospectiva en el *common law*, Corral 2004 155.

⁹² En mis apuntes de clases, que han circulado profusamente y que sirvieron de antecedente a este libro, sostuve que la previsibilidad del daño se extendía a la sede extracontractual; he revisado esta idea a la luz de los casos en que la previsibilidad establece un límite demasiado estrecho a la responsabilidad y, sobre todo, atendiendo a la diferencia normativa que existe entre las preguntas por la culpa y la imputación objetiva de los daños consecuentes. En contrario, véanse R. Domínguez Á. 2000 14 y Corral 2003 192.

⁹³ Larenz 1987 439.

Perdida en el olvido la idea de la probabilidad estadística, que caracterizó la doctrina de la causa adecuada en sus orígenes, la definición de lo que se tendrá por curso normal o extraordinario dependerá del observador que valora los acontecimientos a la luz del hecho inicial. Cuando la estimación de lo ordinario no se basa en una probabilidad objetiva, resulta decisivo el conocimiento del observador que juzga retrospectivamente los hechos.⁹⁴ A la larga, la adecuación pasa a ser un punto de vista para realizar una valoración.⁹⁵

b) Así y todo, la causa adecuada entrega un criterio sensato a la luz de los principios de la responsabilidad por culpa, pues permite excluir del ámbito de la responsabilidad las consecuencias que objetivamente escapan al control del autor del daño inicial. Por el contrario, la adecuación no es un criterio de limitación de la responsabilidad que pueda ser aplicado a la responsabilidad estricta, porque el fin de los estatutos legales que la establecen es precisamente que quien desarrolle la actividad soporte todos los riesgos que de ella se siguen (*infra* N° 260).

c. Imputación de daños consecuentes según el criterio del riesgo incremental

259. El riesgo como criterio de imputación de las consecuencias. a) La imputación objetiva del daño también se puede efectuar atendiendo a si la conducta culpable supone un especial peligro de que surjan daños consecuentes.⁹⁶ Si la acción u omisión culpables han creado un riesgo o han aumentado la probabilidad o la intensidad de un riesgo de daño ya existente, hay una relación relevante entre el hecho y el daño resultante;⁹⁷ ese es el caso, por

⁹⁴ Puede entenderse que ese observador dispone de la información que tiene una persona informada (como propone Larenz 1987 436), pero también puede asumirse la perspectiva de un observador óptimo, como ha tendido a aceptar la jurisprudencia alemana, siguiendo más de cerca los orígenes probabilísticos de la doctrina.

⁹⁵ Un ejemplo del derecho inglés permite ilustrar esta valoración. La víctima de un accidente muere mientras es transportada al hospital a consecuencia de la caída de un árbol sobre el vehículo que la transportaba (*Fogon v. Bentinck Collieries*, 1949). Podría decirse que el riesgo no es en absoluto anormal, atendida la edad del árbol, la calidad del terreno, el viento imperante en la zona y la caída de otros árboles semejantes en circunstancias análogas, de modo que el observador externo podría estimar que el hecho inicial está en una relación de causa adecuada con el daño consecucional. Ello ignora, sin embargo, que una pregunta esencial al momento de determinar la imputación del daño es el limitado conocimiento que tenemos acerca de las secuencias causales (*Hart/Honoré* 1985 165). La valoración consiste en discriminar aquello que puede ser tenido por ordinario y extraordinario, atendido ese supuesto.

⁹⁶ Kötz/Wagner 2006 84.

⁹⁷ En la jurisprudencia nacional se conoce un caso penal en que circunstancias aparentemente extrañas a la acción fueron determinantes en la producción del daño. Un sujeto, después de haber hecho un disparo al aire con una pistola en el interior de un restaurante, fue abrazado por uno de sus contertulios, cayendo ambos al suelo por haberseles enredado sus espuelas. En tales circunstancias, al primero se le escapó un tiro que hirió en la cabeza a quien con su abrazo había ocasionado la caída. A pesar de que uno de los considerandos del fallo señala que el hecho de haber disparado el arma y mantenerla

ejemplo, del accidentado que muere a consecuencia de un error médico en el tratamiento, porque el primer accidente ha aumentado el riesgo de ese daño consecuente de una manera que no es insignificante.⁹⁸

El aumento del riesgo resulta de comparar los efectos de la conducta culpable con la conducta diligente alternativa; si el daño hubiese tenido una probabilidad semejante de ocurrir en el evento que el demandado se hubiese comportado diligentemente, puede asumirse que no es atribuible al hecho del demandado, porque no incrementó el riesgo de su materialización.⁹⁹ En verdad, aunque la idea de riesgo parece invocar un elemento positivo para atribuir objetivamente los daños consecuentes,¹⁰⁰ su función práctica es definir los límites de la responsabilidad, esto es, cuáles daños deben ser tenidos por indirectos. En esencia, los daños consecuentes no pueden ser objetivamente imputados al hecho inicial cuando se trata de simples riesgos generales de la vida, que sólo casual o circunstancialmente están relacionados con el hecho ilícito.¹⁰¹

Dos ejemplos tomados del derecho norteamericano me parecen ilustrativos de la diferencia entre un daño consecuente por el cual se responde por constituir un riesgo conexo a la negligencia y otro que pertenece a los riesgos generales de la vida. Si un tren no ha parado en la estación en que debía bajarse un pasajero, y éste ha debido hacerlo en la estación siguiente y luego atravesar un camino despoblado para llegar a casa, siendo asaltado en el trayecto, la consecuencia pertenece al riesgo creado por la negligencia. Por el contrario, si el pasajero decide quedarse en el hotel del lugar y es lesionado por una lámpara que le explota, todo indica que es un riesgo general de la vida. En el primer caso, el peligro es atribuible a la negligencia de la empresa ferroviaria, que expuso al pasajero a una situación de peligro; en el segundo, el accidente responde a un azar, que también pudo ocurrir en otras circunstancias,

en la mano fue imprudente, la sentencia estimó que el daño no fue previsible para el agente, por lo que finalmente desestimó la culpabilidad (CS, 24.10.1963, t. LX, sec. 4°, 459). Sin embargo, apareciendo claramente la imprudencia del hecho inicial, la cuestión pudo plantearse como un problema de imputación objetiva del daño en la medida que éste quedaba comprendido dentro de la esfera de riesgo creado por quien inopinadamente comenzó a disparar. Asimismo pueden verse otros casos en que se aplica la doctrina del riesgo incremental en CS, 22.4.1998, F. del M. 473, 342, publicado también en GJ 214, 115; CS, 11.11.1998, F. del M. 480, 2356; CS, 12.4.1999, GJ 226, 131, publicado también en F. del M. 485, 498; y CS, 12.11.2003, GJ 281, 155.

⁹⁸ Larenz 1987 438.

⁹⁹ Pantaleón en Paz-Ares *et al.* 1991 1987.

¹⁰⁰ Roxin 1994 299.

¹⁰¹ En la determinación de los riesgos generales de la vida resultan determinantes también criterios histórico-normativos, dados por actividades que son socialmente reconocidas como riesgos permitidos que cada cual asume por sí.

con independencia de la negligencia incurrida por la empresa ferroviaria (aunque esa negligencia haya sido causa necesaria de que el daño haya ocurrido).¹⁰²

b) Por lo general, los criterios de la causa adecuada y del riesgo no presentan diferencias prácticas de aplicación. Así, los casos precedentes también pueden ser resueltos atendiendo a si existe una relación secuencial ordinaria entre el daño inicial y los perjuicios consecuentes; y podría considerarse que el asalto en el camino, a diferencia del accidente en el hotel, pertenece a un curso de acontecimientos que corre en la dirección de ese daño inicial.

La perspectiva del riesgo presenta usualmente la ventaja de discernir de qué manera el daño inicial incrementa el peligro de otros daños o, por el contrario, es simplemente atribuible a la suerte. Si el accidentado es transportado en una ambulancia que corre a gran velocidad para llegar a la clínica, sufriendo un segundo accidente, no hay duda de que ese riesgo incremental es atribuible a la primera culpa; lo contrario ocurrirá en el caso del herido leve que es transportado sin urgencia alguna en un taxi a hacerse una curación. El incremento del peligro, que se muestra en el caso de la ambulancia y no en el del taxi, es un criterio razonable para atribuir responsabilidad, porque es justo que quien ha actuado con negligencia se haga cargo de los riesgos que son incrementados por su hecho;¹⁰³ y es eficiente, desde un punto de vista preventivo, limitar la responsabilidad precisamente a la esfera de riesgo incremental de la acción negligente.¹⁰⁴

Con todo, por mucho que la idea de riesgo agrega un criterio valioso de atribución de responsabilidad, tampoco conviene generalizarla, porque, a la inversa, también hay casos que sólo se pueden resolver de la mano del criterio de la causa adecuada. Por ejemplo, si un conductor adelanta a una velocidad superior a la permitida a otro, quien, sorprendido, sufre una sobreexcitación nerviosa que le provoca un infarto mortal, se puede afirmar que la muerte responde a un riesgo que ha sido incrementado por el conductor que conducía a 140 km/hora, en vez de los 120 km/hora autorizados en el lugar. Sin embargo, si se valora la situación, puede resultar excesivo atribuir al primer conductor esa consecuencia, que resulta exorbitante y anormal respecto de la culpa incurrida. Del mismo modo, resultan distintos el sobresalto emocional que sufre el padre que presencia el atropello de su hijo y el sufrido por un extraño que observa el accidente en televisión. Por eso, para definir qué riesgos son atribuibles a la negligencia inicial, la idea de causa adecuada suele resultar necesaria en casos como los referidos.

¹⁰² *Hines v. Garret*, 108 SE 690 (Virginia, 1921) y *Central of Georgia Railway v. Price*, 32 SE 77 (Georgia, 1898), respectivamente, ambos citados por Epstein 1999 260.

¹⁰³ Weinrib 1995 166.

¹⁰⁴ Shavell 1980 113.

260. Importancia determinante del riesgo como criterio de imputación en la responsabilidad estricta. A diferencia de la responsabilidad por culpa, en la práctica, la idea del riesgo creado por una cierta actividad es excluyente de otros criterios de imputación del daño en materia de *responsabilidad estricta u objetiva*. El principio de responsabilidad en esta última es precisamente la imputación de todos los daños a quien realiza la respectiva actividad. En la medida que el daño materialice un peligro creado o aumentado por esa actividad hay lugar a la responsabilidad, con prescindencia de otros factores de atribución. A diferencia del criterio de la causa adecuada, la responsabilidad estricta no discrimina entre los daños que pertenecen al curso normal de los acontecimientos y los que son exorbitantes, sino atribuye objetivamente a la acción todos los riesgos incrementales, que resultan de la respectiva actividad, con el solo límite de los daños que pertenecen a los riesgos generales de la vida (esto es, no pertenecen al peligro creado por la actividad sujeta a un estatuto de responsabilidad estricta).

261. Influencia del dolo o culpa grave. a) En el sistema de responsabilidad civil el dolo y la culpa grave actúan como agravantes de responsabilidad. El artículo 1558, si bien referido a materia contractual, establece un principio valorativo que también debe ser un elemento de juicio al tratar los límites del daño directo. Sin embargo, la diferencia no puede estar dada por la distinción entre perjuicios previsibles e imprevisibles, porque la previsibilidad no tiene en sede extracontractual la relevancia determinante que tiene, según esa norma, en materia contractual (*supra* N° 257).

Si se acentúa el efecto agravante del dolo, la tendencia será a extender las consecuencias por las cuales se responde incluso más allá de las atribuibles al 'curso normal de los acontecimientos' (esto es, a las consecuencias que objetivamente están fuera del control del responsable); si, por el contrario, se prefiere la pureza conceptual que lleva a concluir que la imputación objetiva de las consecuencias es un juicio por completo independiente de la culpa, el alcance de la indemnización es independiente de si la responsabilidad se funda en el dolo o en la mera culpa.¹⁰⁵

b) La doctrina que me parece más reflexiva tiende a expandir, también en materia de responsabilidad extracontractual, el ámbito de los perjuicios consecuentes si el agente ha actuado con dolo o culpa grave. Las razones que justifican limitar la responsabilidad por culpa al desarrollo normal de los acontecimientos, no rigen respecto del hecho doloso, porque resulta justo que quien actúa con completa desaprensión de los intereses de los demás asuma incluso las consecuencias extraordinarias de su acción.¹⁰⁶ Por

¹⁰⁵ La dificultad del dilema ha llevado a algún autor, en general perceptivo, a la contradicción de sostener, por un lado, que el dolo se considera causa de las consecuencias dañosas por alejadas que estén y, por otro, que los efectos del dolo y la culpa son idénticos a efectos de la imputación de las consecuencias (Lacruz *et al.* 1995 489 y 502).

¹⁰⁶ Fleming 1985 128, Lange 1990 99.

el contrario, ninguna responsabilidad podrá ser atribuida, incluso a quien haya actuado con dolo, si el resultado dañoso es independiente del riesgo creado por su acción.

262. Recapitulación. La determinación del daño directo no es un problema puramente técnico o pericial, pues exige dar por establecida una relación normativa, que se expresa en una razonable proximidad del daño con el hecho. La pregunta en discusión es cuánto del daño consecuente es atribuible a la negligencia de quien ha intervenido causalmente en que ocurra el primer daño y cuánto es simplemente una cuestión de infortunio que debe ser soportado por la víctima.¹⁰⁷

La doctrina jurídica más reflexiva ha intentado desde antiguo buscar criterios para definir esa relación directa, porque, como ya explicaba Pothier, es necesario poner un límite a la responsabilidad por efectos consecuentes. Esos criterios se expresan en las doctrinas de la proximidad razonable, de la causa adecuada y del riesgo creado o aumentado por el hecho del cual responde el demandado. Estas doctrinas no se excluyen recíprocamente, y cada una de ellas, por otra parte, atiende a aspectos o tópicos que resultan pertinentes en distintos grupos de casos.

En el derecho suele valer lo mismo que en filosofía: "la principal causa de las enfermedades (...) dieta unilateral: uno nutre su pensamiento de sólo un tipo de ejemplos".¹⁰⁸ El fin de la norma, la adecuación del resultado, el incremento del riesgo, así como la gravedad de la culpa son tópicos que concurren para plantear correctamente las preguntas de imputación normativa de los daños al hecho del demandado. A la larga, la causalidad *funda* la responsabilidad (porque sin causalidad natural no hay responsabilidad) y la *limita* (porque evita que ésta se extienda sin fronteras a las consecuencias mediatas). En el fondo, la exigencia de que el daño sea directo se encuentra con un sentido básico de justicia, que las doctrinas sobre atribución objetiva de los daños contribuyen a articular.¹⁰⁹

§ 31. ALGUNOS PROBLEMAS DE IMPUTACIÓN DE DAÑOS CUANDO CONCURREN VARIAS CAUSAS

263. Principio en materia de causas concurrentes. Por lo general, en la producción del daño intervienen diversas causas necesarias, que concurren con el hecho del demandado para que el daño se llegue a producir (*causas concurrentes*). Muchas de ellas son puramente naturales, otras suponen la intervención de la víctima o de terceros. Según el principio referido en los párrafos anteriores, la concurrencia de otras causas no excluye la responsabilidad. En otras palabras, basta que el daño tenga al hecho cul-

¹⁰⁷ Cane 1997 177.

¹⁰⁸ Wittgenstein *Investigaciones filosóficas* 593.

¹⁰⁹ Fleming 1985 122.

pable por condición necesaria (aunque sea una entre otras) para que haya lugar a la responsabilidad (*supra* § 28), salvo que no pueda ser normativamente imputado a este último, sea porque no hay una conexión de ilicitud entre ese daño y el fin de la norma (*supra* § 29), sea porque se trata de un daño indirecto (*supra* § 30).

Aquí son analizadas algunas cuestiones concretas relativas a la imputación objetiva del daño al hecho del demandado en casos de *concurrency de varias causas*. No se analizan los casos de intervención causal de varias culpas, que serán desarrollados por separado (*infra* §§ 33 y 34).

264. Causa de reserva. a) Hay situaciones en que el daño, que causalmente ha sido provocado por el hecho culpable, de igual modo se habría producido si el hecho culpable no se hubiese realizado (*causa de reserva*): la cosa destruida por negligencia del demandado también lo habría sido por un incendio que se declaró con posterioridad; el perro atropellado padecía de una enfermedad que obligaba a que fuera sacrificado.

En principio, la causa de reserva no excluye la imputación del daño al hecho culpable, de acuerdo con el principio de que la concurrencia de causas no es una excusa aceptable. Es inequívoco que el hecho culpable fue causa del daño y, por lo tanto, la cuestión relevante es si hay razones para entender que, a pesar de ello, el daño no puede ser normativamente atribuido al hecho del demandado.¹¹⁰ Los intentos doctrinarios por establecer un criterio general de atribución en estos casos deben tenerse por frustrados, porque las situaciones de hecho son tan diferentes que resulta necesario resolverlas en su propio mérito.

b) Particularmente relevante es la causa de reserva en los casos en que la causa alternativa del daño ya estaba operando cuando interviene el ilícito del demandado. Sería injusto atribuir al autor del hecho negligente algo más que el *incremento de daño* sufrido por la víctima a consecuencia de su conducta, de modo que la valoración del daño se debiera hacer según el *criterio de la diferencia*, que supone comparar el estado de cosas luego del accidente con el que habría existido si éste no hubiese ocurrido.¹¹¹ Así ocurre, por ejemplo, si la víctima de daños corporales padecía de una enfermedad ósea que le causaría después de algún tiempo el mismo daño u otro más intenso; o del perro que debía morir por disposición sanitaria; o del

¹¹⁰ MünchKomm/Grunsky § 249 79, con bibliografía.

¹¹¹ Pantaleón en Paz-Ares *et al.* 1991 1991, Cane/Atiyah 1999 96, Buchner/Roth 1984 159; MünchKomm/Grunsky § 249 80 estima, con razón, que en estos casos sólo se trata de valorar el daño que se sigue causalmente del ilícito. Un caso norteamericano en que se extrema la hipótesis de la diferencia es el de un niño que cae desde un puente y muere electrocutado por unos cables eléctricos que estaban negligentemente instalados; sin embargo, también se acreditó que dada la altura de la caída, el niño de igual modo habría muerto, sólo que segundos después, si ésta hubiese ocurrido en ausencia de impedimento (Cane/Atiyah 1999 96). ¿Cómo se valoran esos segundos de vida?; ¿se compensa el daño psicológico evitado?; el arte de las distinciones suele devenir en el derecho en un vicio de pedantería.

contrato que fue ilícitamente interferido por un tercero en circunstancias que el deudor era insolvente. En estos casos, el daño efectivo es una cuestión de hecho que resulta de comparar la situación que se sigue del hecho culpable con la que se seguiría en ausencia del mismo (*supra* N° 164).

265. Comportamiento lícito alternativo. a) El hecho culpable no resulta determinante en la producción del daño si éste se hubiese producido de igual modo bajo un *comportamiento lícito alternativo*. Como en el caso de causa de reserva, se trata de una causalidad hipotética, que indaga qué habría ocurrido si no hubiese intervenido el hecho culpable. Es el caso, por ejemplo, si al demandante le ha sido negada arbitrariamente una autorización administrativa por razones formales, en circunstancias que también le sería negada por razones de fondo.¹¹²

El comportamiento lícito alternativo es la otra cara de la atribución causal según el fin de la norma: mientras en este instituto no se es responsable si la norma infringida perseguía un fin distinto al de evitar el daño ocurrido, en el caso del comportamiento lícito alternativo la situación es la inversa: aunque la norma pretendía evitar precisamente ese tipo de daños, la infracción no es determinante en la producción del daño efectivo, porque éste igualmente habría acaecido si el demandado hubiese actuado conforme a la norma.

b) Un grupo de casos importantes en la materia se refiere al incumplimiento del deber que tiene el médico de obtener autorización del paciente para realizar una operación o un tratamiento delicado, en circunstancias que pueda darse por extremadamente probable que el paciente habría consentido en asumir el riesgo, atendidas las circunstancias¹¹³ (*infra* N° 485); o cuando se incurre en errores de forma en un acto administrativo que está sustancialmente justificado; o si en caso de haberse observado la regla del tránsito infringida, de igual modo se hubiese producido el accidente. En los casos de comportamiento lícito alternativo es común que la ilicitud sea insignificante, no resultando en un incremento del riesgo del daño, de modo que no se justifica atribuir el daño a la culpa incurrida.¹¹⁴

c) En el derecho chileno, la ley reconoce expresamente el efecto liberador de responsabilidad del comportamiento lícito alternativo, en el caso

¹¹² En materia civil hay algunos casos ocurridos en tiempos de guerra: una casa es demolida por orden administrativa y luego el poblado es devastado en un bombardeo (Buchner/Roth 1984 158); una instalación industrial es destruida para evitar que caiga en poder del enemigo, pero llega a ser evidente que eso efectivamente habría ocurrido y luego de igual modo habría sido destruida (Cane/Atiyah 1999 96). En el derecho alemán se cita el caso de un trabajador que es injustificadamente expulsado de su trabajo por el comisario nazi de la empresa, con quien había entrado en conflicto; sin embargo, también habría perdido el trabajo pocos meses después a consecuencia del proceso de desnazificación (Deutsch/Ahrens 2002 36).

¹¹³ Epstein 1999 145.

¹¹⁴ Deutsch/Ahrens 2002 37, Pantaleón 1990 1578, 1588; la jurisprudencia extranjera tiende a seguir un enfoque caso a caso en la materia (Pantaleón 1990 1576, MünchKomm/Grunsky § 249 89).

de la destrucción del cuerpo cierto que se debe por caso fortuito ocurrido durante la mora del deudor, en cuyo caso el deudor no queda excusado por la pérdida de la cosa debida, a menos que demuestre que ésta se habría destruido también en poder del acreedor (artículo 1672 II). El principio que se puede inferir de esa norma es que si a la culpa se agrega otra causa, ésta resulta por lo general irrelevante a efectos de excluir la responsabilidad, a menos que esta segunda causa hubiera provocado el mismo daño aunque el demandado no hubiese incurrido en la culpa.

266. Intensidad anormal del daño. Predisposiciones de la víctima. a) Puede ocurrir que el daño sea atribuible sin dificultad al hecho culpable, pero que su intensidad sea anormal. Así, por ejemplo, la víctima puede tener particulares debilidades que aumentan el riesgo que se sigue del accidente: un golpe, que en una persona común es un riesgo menor de traumatismo encefálico, puede provocar la muerte de quien tiene las paredes craneanas particularmente frágiles. Asimismo puede ocurrir que otras causas extraordinarias, concurrentes con la negligencia, sean determinantes de la intensidad del daño.

En general, se ha estimado que la intensidad del daño es un azar que soporta el responsable. Ello se muestra en que no es igual el costo de chocar el auto de un rico que el de un pobre. Es una consecuencia de que la reparación atiende objetivamente al daño sufrido y no es una retribución de la culpa (*supra* N° 142).

Esta aleatoriedad del daño resultante se muestra especialmente cuando la víctima tiene predisposiciones que la hacen vulnerable. Por cierto que la víctima debe tomar las providencias necesarias para hacerse cargo de su debilidad; sin embargo, también tiene derecho a una vida tan cercana a lo normal como resulte razonable. El autor del daño toma a la víctima tal cual es, con sus fortalezas y debilidades, según un principio muy generalizado en el derecho civil.¹¹⁵

La regla puede provocar ciertas perplejidades, pero presenta analogía con la objetividad con que es juzgada la negligencia del autor del daño, cuyas particulares debilidades no resultan relevantes al establecer su conducta. El derecho no se hace cargo de muchas diferencias por razones de eficiencia: no sería viable un sistema de responsabilidad que asumiera todas las peculiaridades del autor del daño y de la víctima. Si las predisposi-

¹¹⁵ Mazeaud/Chabas 1998 659, Reglero en Reglero 2002 a 303, Larenz 1987 437, Abraham 2002 129. Siguiendo la doctrina francesa ya establecida en la primera mitad del siglo XX, en igual sentido Alessandri 1943 246. En materia de responsabilidad estricta se sigue en el derecho norteamericano la regla inversa, de modo que, por ejemplo, si una empresa eléctrica está sujeta a responsabilidad estricta se entiende que no responde por los efectos que la transmisión de electricidad produce en un sistema de comunicaciones, a menos que haya actuado con negligencia (Restatement/Torts II 524 A, comentario a). La regla es semejante si se atiende al fin de la norma, porque la imputación de los daños en ese tipo de responsabilidad atiende al ámbito preciso del riesgo que se pretende prevenir (*supra* N° 249).

ciones limitaran la responsabilidad, en innumerables casos gran parte de la prueba estaría orientada a determinar por qué cierta particular condición de la víctima resultó determinante en que ocurriera el daño. Por lo demás, la solución es coincidente con el criterio de la adecuación de la causa, que sólo excluye los desarrollos causales extraordinarios a efectos de la imputación de las consecuencias. Y ocurre que, por inusual que resulte, no es extraordinario que la víctima tenga ciertas predisposiciones que aumentan la probabilidad del daño.¹¹⁶

b) Distinta es la pregunta por la *determinación* del daño reparable.¹¹⁷ Al valorar el daño consistente en la invalidez de una persona que sufre de una debilidad ósea, enfermedad que muy probablemente la llevaría al mismo estado en algunos meses, no resultaría correcto asignarle la misma indemnización que si estuviera sana, porque ello significaría otorgar una indemnización por un daño que, al menos en parte, no es atribuible al acto culpable. Para ello basta aplicar los principios desarrollados a propósito de la causa de reserva (*supra* N° 264). El principio de la diferencia debe regir también cuando la víctima sufría con anterioridad de una invalidez, que es agravada por el accidente posterior.¹¹⁸

267. Daño moral por repercusión. Shock nervioso. a) De particular interés en materia de imputación objetiva son el *shock* nervioso y el daño moral que se siguen del daño corporal sufrido por la víctima primaria del accidente. Conviene aclarar que no existen discusiones en la doctrina comparada respecto del derecho de la víctima de lesiones corporales a ser indemnizada por el daño moral personalmente sufrido.¹¹⁹ Ese es también el caso en Chile, desde que en las primeras décadas del siglo pasado se comenzó a reconocer una acción de daño moral.¹²⁰

¹¹⁶ Abraham 2002 129.

¹¹⁷ Aplicando esta distinción, en un caso de responsabilidad municipal por ausencia de señalización de un desperfecto en la vereda que causó una lesión intraarticular a una señora que transitaba por el lugar; se ha fallado que "la mala condición física de la actora con anterioridad al hecho que motivó esta causa (...) sólo constituye el fundamento para determinar el *quantum* del daño y no afectó en manera alguna la relación de causalidad reconocida en el fallo" (CS, 24.11.2003, CJ 281, 80).

¹¹⁸ En el derecho francés se distingue entre la invalidez preexistente, en que se aplica el principio de la diferencia, y la invalidez meramente latente, en que no habría lugar a la disminución (Mazeaud/Chabas 1998 659, nota 8). La regla aquí propuesta es aceptada en el derecho alemán (Larenz 1987 438).

¹¹⁹ El daño inmaterial que se sigue de daños corporales es reconocido incluso en órdenes jurídicos reticentes a la reparación del daño moral, como Alemania (BGB, § 253 II, Medicus 2002 310) y el *common law* (Jones 2002 690, Epstein 1999 273).

¹²⁰ Alessandri 1943 228; asimismo la jurisprudencia es uniforme en este sentido: CS, 3.7.1951, RDJ, t. XLVIII, sec. 1°, 252; CS, 23.8.1951, RDJ, t. XLVIII, sec. 4°, 186; Corte de Santiago, 9.8.1960, RDJ, t. LVII, sec. 4°, 229. Sobre la autonomía de la jerarquización penal de las lesiones respecto de su indemnización en sede civil CS, 17.10.1933 y 7.5.1935, RDJ, t. XXXII, sec. 1°, 347. Véase también *supra* N° 204.



Distinto es el caso en que *terceros* se ven afectados por el accidente sufrido por otro. Es por completo incommensurable el universo de los terceros, distintos de la víctima que ha muerto o sufrido lesiones en un accidente, que a su consecuencia pueden sufrir un daño psiquiátrico o puramente emocional. Por eso, es explicable que resulte difícil encontrar un criterio universal para determinar el alcance de la responsabilidad (*supra* N° 230 y 231).

b) Una de las diferencias más fundamentales entre los sistemas jurídicos radica precisamente en la definición del daño que puede ser indemnizado. El principal criterio material de limitación en algunos sistemas jurídicos consiste en restringir la indemnización a las patologías de carácter clínico, que puedan ser calificadas como daño psiquiátrico y no meramente emocional; queda excluida, de este modo, la reparación del daño puramente moral derivado del accidente del tercero. Sin embargo, la exclusión de la reparación del daño moral suele no operar en los sistemas jurídicos donde aquél ha sido definido por la jurisprudencia a partir de una cláusula general, que se ha entendido comprensiva de 'todo daño', como es el caso del derecho chileno (artículos 2314 y 2329) y en general en los países románicos (*supra* N° 229). El único criterio de limitación aplicable, en tales circunstancias, es que los tribunales vayan definiendo con paulatina precisión hasta dónde puede llegar la imputación de las consecuencias al hecho culpable inicial.

c) El caso más *inmediato* de daño sufrido con ocasión de un accidente en que no se participa es el *shock* emocional sufrido por el tercero que lo ha presenciado. ¿Dónde interrumpir la cadena de imputación de las consecuencias psicológicas al hecho inicial? En el *common law*, por ejemplo, se estima que no hay una relación de causa próxima por el solo hecho de haber sido testigo de un accidente, salvo que se trate de haber presenciado la muerte de una persona cercana y se acredite una patología resultante.¹²¹

Como se podrá comprender, en un sistema como el chileno la pregunta se plantea en términos análogos: ¿cuál es la cercanía que debe exigirse para que se reconozca acción por el *shock* psicológico causado por el daño corporal sufrido por un tercero? La respuesta no es puramente lógica; por el contrario, supone necesariamente que el juez defina algún criterio de imputación normativa (esto es, valorativa) que le permita calificar el daño como directo o indirecto. Pareciera que el criterio de la adecuación entre el hecho culpable y el daño puede llevar a conclusiones análogas a las del *common law*.¹²²

¹²¹ Epstein 1999 276, Jones 2002 167. La *Law Commission* inglesa ha propuesto, sin embargo, ampliar la responsabilidad por daños psiquiátricos sufridos por las víctimas secundarias de *shocks* nerviosos, sobre la base de una presunción de daño respecto de personas cercanas a las fallecidas o dañadas, respondiéndose por el daño probado respecto de las demás (*Law Commission* N° 249, *Liability for Psychiatric Illness*, 1998, citado por Cane/Atiyah 1999 73).

¹²² Veloso 2004 260.

d) La situación más frecuente y grave es el *daño por repercusión producido por la muerte o las lesiones corporales graves de otra persona*. En general, no existe discusión en orden a que el perjuicio *patrimonial* resultante debe ser calificado como un daño directo;¹²³ en contraste, la mayor discusión respecto a la reparación del daño patrimonial de rebote reside en determinar quiénes tienen la titularidad activa de la acción (*supra* § 25 b). Pero en materia de daño *moral*, los sistemas jurídicos se distribuyen a lo largo de una línea llena de matices que corre desde una actitud radicalmente escéptica, que desconoce una acción por el daño moral sufrido por los deudos, hasta el otro extremo, en que no existe criterio general para limitar el conjunto de beneficiarios, ni las circunstancias en que la reparación resulta procedente (*supra* § 25 c).

Corresponde a la jurisprudencia establecer en nuestro derecho un equilibrio razonable en la materia. Por un lado, es un criterio jurisprudencial establecido que el daño moral de rebote es objeto de reparación (*supra* N° 229 d). Por otro lado, sin embargo, es necesario evitar que la reparación por el daño moral que resulta de la muerte se multiplique por un número indefinido de víctimas indirectas. Para ello es conveniente, alternativamente, establecer como indemnización una suma global para el grupo familiar en su conjunto, o bien establecer un orden de prelación en que los familiares más cercanos excluyen a los más remotos. Estos criterios de limitación son consistentes con alguna legislación especial y cuentan, como se ha visto, con abundante respaldo jurisprudencial y comparado (sobre estas materias, *supra* N° 231 a).

268. **Intervención de tercero. Prohibición de regreso.** a) Con frecuencia los daños consecuentes están vinculados a la intervención de un tercero (el médico que incurre en un error al tratar al accidentado por la negligencia anterior de un conductor; la empresa embotelladora que utiliza un envase que luego explota en la cara del consumidor; el agente de valores que recomienda comprar ciertas acciones sobre la base de un equivocado informe de auditoría). De la circunstancia que haya intervenido un tercero no se sigue que el autor del ilícito inicial quede liberado de responsabilidad, a condición de que esos daños puedan ser normativamente imputados al hecho negligente inicial (esto es, si son directos, en el lenguaje del Código Civil). Por eso, quien negligentemente ha chocado responde por la muerte que luego se sigue de la negligencia médica. Quien con su negligencia pone en marcha el curso causal no se puede excusar de los resultados consecuentes.

b) Sin embargo, puede ocurrir que el tercero haya actuado desviando el curso ordinario de los acontecimientos, en términos que el daño consecuente ya no puede ser razonablemente imputado al autor del daño inicial. Siguiendo un concepto del derecho penal, se habla en estos casos de una *prohibición de regreso*: aunque no se ha interrumpido la causalidad

¹²³ Elorriaga 1999 374.



en un sentido natural, el hecho del tercero interrumpe la imputación normativa de las consecuencias dañosas respecto del responsable del daño inicial.¹²⁴

Ese es el efecto interruptivo de la acción del médico, en el caso antes referido, que aprovecha la operación provocada por las heridas en un accidente para realizar otra intervención quirúrgica inconexa, a cuya consecuencia fallece el paciente. También sería el caso del médico o de la clínica que comete una grave negligencia en el tratamiento de las heridas sufridas en un accidente, porque usualmente no es normal que se incurra por el tercero en actos dolosos o gravemente culposos.¹²⁵

También puede interrumpir la imputación de responsabilidad la posterior intervención voluntaria de un tercero, que se aprovecha de la situación creada por el autor del daño inicial.¹²⁶ Sin embargo, tampoco esa regla es absoluta, pues el deber de cuidado del autor del primer daño puede extenderse a una función de garante respecto de la actuación de terceros. Ese sería el caso, por ejemplo, de quien transporta mercaderías peligrosas y las deja en situación de ser robadas por el agente del daño; de quien debe cuidar el comportamiento de otros, según las reglas de responsabilidad por el hecho ajeno; o de quien, en razón de su propia negligencia en observar deberes de cuidado respecto de la víctima, hace posible el fraude cometido por un tercero.¹²⁷

c) En definitiva, basta aplicar el criterio de adecuación de la causa para determinar en cuáles casos la intervención del tercero debe entenderse como un desvío del curso normal de los acontecimientos. El autor del primer daño no podrá ser hecho responsable de los nuevos daños cuando el último daño no tenga por causa adecuada el hecho culpable inicial. Según una terminología discutible pero generalizada, en estos casos rige una *prohibición de regreso*: el hecho posterior del tercero es tan determinante que el hecho culpable que provocó el primer daño carece de relevancia sustancial en el acaecimiento del daño posterior.

La prohibición de regreso también puede tener por antecedente un hecho de la propia víctima, posterior al accidente, sea o no culpable, que altere el curso ordinario de los acontecimientos. Estas hipótesis serán tratadas conjuntamente a propósito de la culpa de víctima en el apartado referido a esa materia (*infra* N^{os} 290 y 296).

¹²⁴ Véase CS, 21.10.2002, F. del M. 503, 3182, donde un trabajador salió del lugar de las obras en su motocicleta a asistir a un camión de una empresa proveedora que sufrió un defecto mecánico siendo embestido en el trayecto por otro vehículo.

¹²⁵ Pantaleón en Paz-Ares *et al.* 1991 1985.

¹²⁶ Hart/Honoré 1985 136.

¹²⁷ Así, si un banco entrega negligentemente talonarios de cheques a un tercero, cuya firma no coincide con la del titular de la cuenta corriente, permitiendo que éste gire cheques que luego son protestados, no es admisible la excusa de que la intervención de ese tercero 'interrumpe' la responsabilidad del banco (CS, 20.10.1994, rol N^o 18.647, transcrito por Baraona 2003 a 373). Atendiendo al fin de la norma, véase Corte de Santiago, 1.9.2003, confirmado por la CS [cas. fondo], 13.11.2003, GJ 281, 104.

269. **Provocación por el demandado del daño consecuente.** a) El propio hecho negligente del demandado puede provocar un comportamiento en terceros, que se materializa en un daño consecuente. La doctrina reconoce dos grupos de ejemplos típicos: la fuga y el rescate.¹²⁸

En la *fuga*, el autor de un hecho ilícito intenta evadirse del control de la policía o de algún inspector de peaje, por ejemplo. A consecuencia de la persecución se produce un accidente, en que sufre lesiones el persecutor. A menudo el funcionario tiene el deber de perseguir; pero aunque así no fuera, la evasión llama a la persecución, generando un peligro en quien la emprende.¹²⁹ Por eso, la regla será que quien huye responde de los perjuicios provocados con ocasión de la persecución.¹³⁰

En los casos de *rescate* la provocación que nace del acto negligente está dada por el deber o la caridad. Un famoso juez norteamericano enunció hace un siglo una regla que ha pasado a ser lugar común en la materia: 'el peligro del rescate, a menos que sea quimérico, nace de la ocasión; la emergencia engendra al hombre', con la consecuencia que quien emprende el rescate de la víctima de un accidente lo hace a riesgo del que lo provocó.¹³¹ Por eso, incluso si el rescate es impulsivo, esto es, si no responde estrictamente a una racionalidad instrumental, puede entenderse que la imprudencia de quien lo intenta está suficientemente provocada por la culpa del demandado.¹³² En consecuencia, si quien ha sido atropellado es atendido en una calle de gran tráfico por un buen samaritano que pasa por el lugar, quien es a su vez atropellado, debe entenderse que éste tiene acción de perjuicios en contra de quien con su culpa provocó el primer daño.

b) La regla admite múltiples hipótesis de aplicación. Así, por ejemplo, si un profesional debe actuar de urgencia para reparar la negligencia incurrida por otro, cometiendo un error explicable por las circunstancias, puede atribuirse al primero la responsabilidad. Con mayor razón rige el principio si la víctima se ha puesto en situación de sufrir el daño al actuar en cumplimiento de un deber, como ocurre con una orden judicial en contra del demandado, quien luego le agrade.¹³³

Como en las hipótesis analizadas con anterioridad, los casos de fuga, de rescate y los demás analizados en este párrafo pueden ser resueltos recurriendo a los criterios generales de imputación de responsabilidad: el

¹²⁸ Pantaleón 1990 1575.

¹²⁹ Deutsch/Ahrens 2002 34.

¹³⁰ Véase CS, 3.6.2002, GJ 264, 114. También el voto de prevención del Ministro Muñoz en Corte de Santiago, 19.6.2002, GJ 276, 111.

¹³¹ Prosser/Keeton *et al.* 1984 307.

¹³² Pantaleón 1990 1577. Puede verse un interesante caso chileno, con cita a Alessandri 1943 93, en Corte de Concepción, 20.5.2002, confirmado por la CS [cas. forma y fondo], 9.12.2002, GJ 270, 160.

¹³³ Así, no puede haber temeridad del perito y abogado que llegan en helicóptero a un predio a realizar una gestión decretada judicialmente, con posterioridad a la cual son agredidos por los propietarios (CS, 10.1.2002, GJ 259, 114).

hecho culpable del demandado provoca una conducta de la víctima que genera un riesgo en el tercero y este riesgo pertenece al curso normal de los acontecimientos desencadenados por el hecho culpable; en consecuencia, el daño mediato debe ser tenido por directamente causado por quien incurre en el ilícito.

270. Caso fortuito o fuerza mayor en la responsabilidad extracontractual.

a) El caso fortuito o fuerza mayor tiene una relevancia más bien limitada en la responsabilidad extracontractual por negligencia. En efecto, la responsabilidad por culpa supone precisamente que el daño sea atribuible a negligencia y no a una causa extraña al demandado. En otras palabras, atribuir un hecho a fuerza mayor excluye imputarlo a culpa y viceversa.¹³⁴ Así, si un accidente se produce por la falla de un neumático, ese hecho podrá ser imputado a la negligencia del conductor, que los tenía en mal estado, o bien, a un hecho fortuito; pero no a ambos a la vez.¹³⁵

La función del caso fortuito o fuerza mayor es más bien excusar el incumplimiento de una obligación preexistente. Así, su estudio pertenece esencialmente al derecho de los contratos (donde, a su vez, tiene especial interés respecto de las obligaciones de resultado).¹³⁶ Para efectos de claridad, con todo, también en sede de responsabilidad extracontractual conviene atender a los efectos de la intervención de factores fortuitos e impredecibles en la producción del daño.

b) La fuerza mayor comprende hechos ajenos al demandado, incluyendo el hecho de tercero. Por eso, como en este último caso (*supra* N° 268), en principio debe asumirse que no es excusa que en la producción del daño consecuente hayan intervenido otras causas, además del hecho culpable del demandado.¹³⁷ En virtud del principio de la causa necesaria, la responsabilidad no exige que el ilícito haya sido la *única* causa del daño resultante, sino que basta con que haya tenido una *influencia significativa* en su producción. Lo usual, por lo demás, es que los accidentes se produzcan por la concurrencia de la culpa y de innumerables cir-

¹³⁴ Mazeaud/Chabas 1998 669. En Chile, en el caso de un transeúnte que resultó muerto luego de que fuera golpeado en la cabeza por un trozo de mampostería que se desprendió y cayó desde lo alto de un edificio, se sostuvo que "tratándose de un país como Chile, en que son frecuentes los movimientos terrestres, no se puede decir que los temblores de mediana intensidad sean un imprevisto que no sea posible resistir y que constituya fuerza mayor o caso fortuito. En consecuencia, la construcción y el cuidado de los edificios debe llegar hasta tomar todas las medidas que la prudencia aconseja para evitar daños a terceros con el deterioro de ellos" (Corte de Santiago, 10.9.1940, confirmada por la CS [cas. fondo], 26.8.1941, RDJ, t. XXXIX, sec. 1°, 203).

¹³⁵ Se ha fallado que el conductor no es responsable del accidente provocado por la pinchadura de un neumático, en la medida que no le resulta imputable (Corte de Concepción, 4.9.1991, rol N° 9.548-1991, referido por Baraona 2003 a 370).

¹³⁶ Millet 2001 120.

¹³⁷ Mazeaud/Chabas 1998 668.

cunstances fortuitas, de las cuales el derecho hace abstracción para efectos de establecer la responsabilidad.¹³⁸

c) De mayor relevancia es la pregunta referida a las coincidencias por completo inusuales en la producción de daños consecuentes. El ejemplo antes citado de la infortunada víctima de un accidente, que luego muere a consecuencia de la caída de un árbol mientras es transportada al hospital,¹³⁹ muestra con claridad el alcance de la pregunta: habiendo ocurrido *ex post* un evento fortuito (ajeno al demandado, imprevisible e irresistible), cabe indagar todavía si el segundo daño puede ser imputado normativamente al hecho culpable inicial. Mientras en ese caso todo indica que la Corte inglesa falló irreprochablemente al estimar que no había lugar a la responsabilidad, distinto es el caso del viento fuerte que sorpresivamente se levanta y permite la expansión de un fuego provocado con imprudencia.

d) Los criterios del fin de la norma, de la causa adecuada y del incremento del riesgo son suficientes para discriminar entre las situaciones en que el daño es atribuible al hecho culpable y aquellas en que, por el contrario, esa atribución no es razonable. En el primer caso, el daño no resulta imputable a la culpa, tanto porque la caída del árbol es un acontecimiento *anormal* (de modo que la negligencia no es causa adecuada del daño), como porque no se produjo *dentro del riesgo* creado por la negligencia (sino que pertenece a un riesgo general de la vida que circunstancialmente se materializó con ocasión del hecho culpable). Exactamente lo inverso podría decirse respecto del viento que incrementa el fuego, o del temblor que materializa una amenaza de daño mayor que la producida por la negligencia inicial.¹⁴⁰

En definitiva, los criterios de imputación objetiva de daños consecuentes (fin de la norma, adecuación de la causa, incremento del riesgo) tie-

¹³⁸ Con todo, queda abierta la pregunta acerca de si la solución debe ser de 'todo o nada', esto es, si la intervención de la causa extraña sólo puede tener por efecto excluir la imputación de responsabilidad, o bien resultar por completo irrelevante. No se suscitan problemas respecto de los daños consecuentes, en cuyo caso los criterios de imputación del daño (adecuación y riesgo) parecen suficientes para discriminar los daños que son atribuibles a la culpa y cuáles no. Pero también puede ocurrir que la concurrencia de culpa y caso fortuito sean determinantes en la producción del primer daño, de modo que no parezca justo atribuir el total de los daños al hecho culpable o al revés. La jurisprudencia francesa optó en un momento por seguir analógicamente el criterio de concurrencia de las culpas, atribuyendo una parte de los daños a la culpa y otra al caso fortuito. Más allá de la primera intuición, esa solución debe mirarse con escepticismo, porque, como se ha visto, lo que importa en el juicio de responsabilidad civil es si la negligencia fue significativamente determinante en el resultado, sin consideración de la intervención de otras causas. Por eso, con razón, esa jurisprudencia ha sido luego revisada (Carbonnier 2000 399, Mazeaud/Chabas 1998 669).

¹³⁹ *Supra* nota a N° 285 a.

¹⁴⁰ La doctrina sostenida en este párrafo es similar a la que se sigue en el *common law* con ayuda del criterio de *causa subordinante*, entendida ésta como la que interrumpe normativamente la relación entre la negligencia y sus consecuencias dañosas (sobre este instituto, Corral 2003 156).



nen precisamente por finalidad discernir cuáles de esos efectos dañosos consecuentes son atribuibles al ilícito, a pesar de haber intervenido otras causas. La cuestión se plantea de manera diferente que en el derecho de contratos, donde con mayor facilidad estos hechos darían lugar a excusas de caso fortuito o fuerza mayor.¹⁴¹

§ 32. PRUEBA Y CALIFICACIÓN DE LA RELACIÓN CAUSAL

271. Principios probatorios. a) La relación causal debe ser probada por el demandante, porque se trata de un antecedente necesario para acreditar una obligación indemnizatoria (artículo 1698). La carga de la prueba exige mostrar que el hecho culpable del demandado fue condición necesaria del daño (causa en sentido estricto). Por el contrario, una vez acreditada por el demandante la causalidad en sentido natural, se sigue en principio que el daño es imputable objetivamente al hecho culpable, lo que indica que la prueba de los hechos que permiten excusar la responsabilidad pertenece al demandado que los alega; ello es consecuencia de que una vez probada la causalidad, el demandado responde de todas las consecuencias dañinas de su negligencia; a menos que logre mostrar que el daño es indirecto.

b) En atención a que la prueba no recae en la celebración de un acto jurídico, es admisible la prueba de testigos. En consecuencia, no rige la limitación del artículo 1708 en relación con el artículo 1709.

272. Prueba de la causalidad. Informes de expertos y presunciones. a) La causalidad usualmente no presenta dificultades de prueba, pues es un hecho notorio que se muestra en la relación entre el hecho del demandado y el daño.

b) En casos difíciles, en que la causalidad es disputada, la prueba usualmente se construirá sobre la base de presunciones, porque su demostración es necesariamente hipotética. La causalidad supone probar lo que habría ocurrido si el demandante hubiese sido diligente. Como es frecuente en la explicación científica, 'para probar lo real es necesario construir lo irreal' (Max Weber).

Especialmente cuando se trata de daños producidos por causas múltiples, o que resultan de la aplicación de tecnologías complejas, el juez debe recurrir a testimonios de expertos o informes periciales. Estos expertos a veces desempeñan una función independiente (cuerpos de bomberos, servicios especializados de la policía, fiscales aeronáuticos), a diferencia de lo que ocurre con los testimonios técnicos allegados por las partes. En este caso, el riesgo consiste en que los testigos expertos no asuman cabalmente

¹⁴¹ Distinta se presenta la situación en la responsabilidad estricta, donde la pregunta consiste en saber si el riesgo cubierto por el respectivo estatuto especial de responsabilidad se extiende incluso a los accidentes producidos por un hecho que escapaba al control del demandado (*infra* N° 329).

su rol imparcial. El correctivo parece ser que los testimonios se sostengan en tesis científicas generalmente aceptadas, publicadas y respaldadas por opiniones de otros expertos, para evitar un abuso de discreción en materias que escapan a la valoración del juzgador.¹⁴²

c) A veces, será de extrema dificultad para la víctima probar con exactitud el hecho que desencadenó el vínculo causal. Para evitar que el demandante se encuentre ante una prueba diabólica, los jueces tienden a flexibilizar las exigencias probatorias si el daño se produjo por un hecho ocurrido *con ocasión* de la actividad del demandado. Ello vale especialmente respecto de productos o servicios fabricados o prestados por un empresario mediante actividades que tiene bajo su completo control. De ahí que en el derecho comparado cobre decisiva importancia la prueba basada en indicios probatorios, que permiten construir una *presunción prima facie de la relación causal* entre la culpa y el daño.¹⁴³ Se trata de una presunción *iuris tantum*, cuya vigencia es provisional y que rige mientras el demandado no aporte una prueba que muestre que otra causa distinta a la negligencia del demandado *puede* haber incidido con una probabilidad razonable en la producción del daño. De mostrarse que el indicio *prima facie* es rebatible, la prueba vuelve a recaer en el demandante.

Así, de modo análogo a lo que ocurre con las presunciones de culpa por el hecho propio (*supra* N° 96), la inferencia más básica de causalidad resulta de aquello que usualmente ocurre en situaciones como la que se juzga. En especial, la presunción puede provenir de la gravedad de la culpa del demandado, que permite inferir que el daño fue provocado a su consecuencia.¹⁴⁴ La presunción supone, como es obvio, que se hayan acreditado hechos que permitan construirla y, al revés, que la prueba no haya mostrado que el daño puede razonablemente tener otras causas diferentes a la culpa del demandado, incluida la conducta de la propia víctima o de terceros.¹⁴⁵

d) Otro criterio para atribuir *prima facie* la causalidad al acto de la demandada es el *aumento de riesgo* de accidente que ésta ha provocado. Aunque no se sabe con certeza qué causó el daño, si se puede demostrar que la actividad de la demandada aumentó sustancialmente el riesgo de que llegara a ocurrir. Puede ser el caso de los daños por productos tóxicos, donde el daño se sigue 'probablemente' de la actividad del agente contaminante, si se prueba una probabilidad suficientemente alta de que el daño se debe a la intervención del demandado. El problema es determinar el umbral de probabilidad de que el daño se deba a la conducta del demandado, que justifica invertir en su contra la prueba (especialmente si la inversión de la prueba

¹⁴² Así, la regla probatoria establecida por la Corte Suprema norteamericana en *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 526 US 137 (1999), citado por Abraham 2002 102.

¹⁴³ Fleming 1985 107, Prosser/Keeton *et al.* 1984 270, Flour/Aubert 2003 152, Kötz 1991 97, Laufs 1994 30, Pantaleón 1990 1983, Reglero en Reglero 2002 a 320.

¹⁴⁴ Abraham 2002 102; en el derecho alemán se ha fallado que la grave negligencia suele ser indicio de causalidad, dando lugar a una inversión del peso de la prueba (BGH, 27.4.2004, con comentario de C. Katzenmeier, en JZ 2004, 1030).

¹⁴⁵ La regla es recogida en Restatement/Torts II 328 D (1) c; análoga en Restatement/Torts III 3.

suele significar una prueba imposible para el demandado).¹⁴⁶ Por eso, al momento de fijar el *quantum* indemnizatorio, parece preferible considerar el incremento del riesgo, evitando que la pregunta se transforme en una cuestión de todo o nada, que se resuelve mediante una presunción que necesariamente simplifica la realidad (*supra* N° 246).

e) Las razones para asumir una presunción legal de culpa por el hecho propio, de conformidad con el artículo 2329, rigen también respecto de la causalidad.¹⁴⁷ Así, si se ha probado un hecho que de acuerdo a la experiencia general permite inferir un determinado curso causal, el juez puede asumir que el daño "puede ser imputado" al hecho doloso o culposo del demandado, a menos que éste logre desmontar esa prueba *prima facie* mostrando, al menos, la razonable verosimilitud de que el accidente tuvo una causa diferente a su propia negligencia. El criterio podrá aplicarse, por ejemplo, cuando un paciente contrae una infección que no está relacionada con su estado de salud y; por el contrario, *prima facie* todo indica que es atribuible a una infección intrahospitalaria¹⁴⁸ o cuando un consumidor es herido al usar un artefacto presumiblemente inofensivo (*infra* N° 556). En verdad, en la mayoría de los casos en que los jueces no se ven en la necesidad de hacer un análisis de la causalidad, se aplica implícitamente esta presunción; así se explica lo inusual de que la causalidad sea objeto de prueba directa.¹⁴⁹

Si se atiende a los ejemplos del artículo 2329 II se comprueba que esta interpretación es consistente con el espíritu de esta norma: del hecho que alguien sea alcanzado por un disparo, que caiga en una acequia o que sufra un accidente en un puente en mal estado, se infiere, en principio, que ello se debió al hecho de quien disparó o tenía a su cargo el cuidado de la acequia o del puente.¹⁵⁰

A la larga, la cuestión se reduce a una razonable distribución de los riesgos probatorios entre la víctima y el demandado. Con todo, se debe ser

¹⁴⁶ Sobre el aumento de probabilidad como criterio *prima facie* de causalidad en el derecho norteamericano, Baraona 2004 215.

¹⁴⁷ En un fallo muy iluminador acerca del alcance de la presunción se ha expresado que la norma del artículo 2329 "se anticipa a dar por establecida la concurrencia de los elementos necesarios para imponer [la] responsabilidad cada vez que una persona sufra un daño que constituya la razonable consecuencia de haberse ejecutado un hecho o dejado de cumplir un deber y tal acción u omisión es susceptible de perjudicar a terceros" (Corte de Valparaíso, 3.12.1948, confirmada por la CS [cas. fondo], 4.8.1952, RDJ, t. XLIX, sec. 1°, 281; destacado del autor).

¹⁴⁸ Es la solución del derecho francés (P. Jourdain, comentario a cass. 2001, RTDC 2001, 596).

¹⁴⁹ Así, por ejemplo, Corte de Talca, 21.10.1998, confirmado por la CS [cas. fondo], 28.1.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 4°, 71; CS, 2.9.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 1°, 148, publicado también en F. del M. 490, 1867; Corte de Concepción, 10.8.2000, confirmada por la CS [cas. forma y fondo], 24.1.2002, GJ 259, 38, publicada también en F. del M. 497, 370; Corte de Copiapó, 6.8.1999, confirmado por la CS [cas. forma y fondo], 22.12.1999, GJ 234, 95, publicado también en F. del M. 493, 2822.

¹⁵⁰ En este sentido, Corral 2003 206, quien incluso limita la presunción a la causalidad, con exclusión de la culpa (al respecto, *supra* N° 92).

cauteloso en la materia, porque contradice los principios probatorios y de responsabilidad que ante la incertidumbre se opte por ampliar la compuerta en términos que la responsabilidad carezca de sustento en una realidad causal que sea, al menos, altamente probable.¹⁵¹

273. Causalidad probabilística. Particulares dificultades plantea la causalidad probabilística, sea que se refiera al daño sufrido por la víctima, como ocurre en el caso de una sustancia cancerígena que con cierta probabilidad afectó a un paciente en particular (*supra* N° 246), sea que se refiera al autor del daño, cuando no existe certeza acerca de quién, dentro de un conjunto definido de candidatos, fue el causante preciso de un cierto daño (*infra* N° 280). Por lo general, la prueba se construirá sobre la base de testimonios de expertos o informes periciales, a cuyo respecto se aplican muy especialmente las calificaciones expresadas en el párrafo anterior.

274. Prueba de la imputación normativa (daño indirecto). a) El problema de imputación normativa se plantea una vez que haya sido probada la relación causal entre el hecho ilícito inicial y el daño consecuente cuya reparación se pretende. Resuelta esa cuestión probatoria, el juicio de imputación de las consecuencias de un hecho al autor negligente del daño inicial es esencialmente normativo. Sin embargo, ese juicio supone la calificación de hechos que permitan estimar que el daño es objetivamente imputable al hecho culpable. Estos hechos deben ser probados por quien los invoca a su favor, sea para afirmar que los daños deben ser imputados al hecho inicial, sea para alegar que la imputación es improcedente atendidas las circunstancias extraordinarias o ajenas al riesgo generado por el hecho culpable (*supra* § 30).

b) En circunstancias que la imputación objetiva establece un límite a la responsabilidad, debe entenderse que la carga esencial de la argumentación y de la prueba reside en quien alega que el daño es indirecto. En otras palabras, probada que sea la relación causal entre el ilícito y el daño consecuente, el peso de la argumentación y de la prueba que la sustenta reside en el demandado que reclama que es improcedente imputar objetivamente la consecuencia dañina al hecho culpable inicial (*supra* N° 271).

275. Calificación. La jurisprudencia tradicionalmente ha entendido que la determinación de la causalidad es una cuestión de hecho y, como tal, privativa de los jueces del fondo.¹⁵²

¹⁵¹ Crítico de una evolución demasiado expansiva de las presunciones de causalidad en el derecho norteamericano, a diferencia del derecho inglés, Epstein 1999 250.

¹⁵² La Corte Suprema ha señalado que "la relación de causalidad es una cuestión de hecho, como quiera que se trata de establecer la relación lógica entre un hecho y su resultado, que es otro hecho. Sólo cuando los jueces de fondo han omitido comprobar esa relación, caen bajo la censura del Tribunal de Casación"; el mismo fallo contiene, sin embargo, un voto de minoría de dos ministros que expresan que la labor de establecer la responsabilidad extracontractual "no es el resultado de la libre apreciación de los falladores, ni está

Con todo, la causalidad sólo es una cuestión estrictamente de hecho en su primer aspecto, como condición necesaria de la responsabilidad. Por el contrario, la imputación objetiva del daño al hecho ilícito (esto es, la calificación de un daño como directo) es una cuestión de derecho, y como tal, susceptible de ser revisado mediante la casación en el fondo.¹⁵³ De ello se sigue que sólo son cuestiones de hecho los antecedentes probatorios que las partes hacen valer en sustento de la calificación del daño como directo o indirecto (por ejemplo, un informe pericial que muestre que el daño sufrido no pertenece al ámbito de riesgo desencadenado por el hecho), pero no lo son las preguntas de calificación propiamente tales.¹⁵⁴

§ 33. PLURALIDAD DE RESPONSABLES

276. Planteamiento. En este apartado se tratarán las hipótesis de concurrencia de culpas en la producción del daño. La pregunta se refiere a la responsabilidad que se sigue de la coparticipación en la producción del accidente.

En la parte anterior se han analizado situaciones en que intervienen otras causas, además del hecho culpable, en la producción de daños consecuenciales (incluyendo la intervención de un tercero con posterioridad al daño inicial): La pregunta que entonces se trató se refería a las circuns-

apoyada en su prudencia o como entiendan la equidad; es la verificación en la especie de si se cumple cuanto se ha dicho que es de la esencia de la relación causal" (CS, 16.10.1954, RDJ, t. LI, sec. 1°, 488). En el mismo sentido CS, 14.4.1953, RDJ, t. L, sec. 4°, 40). Fallos más recientes de la misma Corte confirman esta opinión, al señalar que "determinar la existencia de esa relación [de causalidad] es una cuestión de hecho que los jueces del fondo establecen privativamente (...) y que escapa a la potestad de este tribunal" (CS, 7.5.1992, RDJ, t. LXXXIX, sec. 1°, 41); véase también CS, 4.1.1996, F. del M. 446, 1899. Se comprueba que estos fallos, con la reserva del voto de minoría referido, sólo se refieren a la determinación de la causalidad en sentido natural. Para fallos aún más recientes: CS, 27.4.1998, F. del M. 473, 244; CS, 1.6.1998, F. del M. 475, 729; y CS, 2.9.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 1°, 148, publicado también en F. del M. 490, 1867.

¹⁵³ Alessandri 1943 248, Corral 2003 207; así parece entenderlo también CS, 29.12.1952, RDJ, t. XLIX, sec. 4°, 325; más recientemente se ha fallado que "la causalidad es una cuestión estrictamente de hecho en su primer aspecto —el naturalístico—, esto es, entendido como condición necesaria de responsabilidad; pero la atribución normativa del daño al hecho ilícito (daño directo) encierra elementos y aspectos de derecho y, como tal, susceptible de ser revisado por la Corte Suprema mediante el presente recurso de casación en el fondo" (CS, 26.1.2004, GJ 283, 121, también publicada en F. del M. 518, 3755); véase comentario a este fallo de C. Pizarro en GJ 286, 25.

¹⁵⁴ Esa es la posición adoptada por la jurisprudencia española (Baraona 2003 a 355) y la francesa (Viney/Jourdain 1998 167). En el derecho alemán las principales orientaciones jurídicas en la materia han sido dadas por el Tribunal Supremo en sede de recurso de revisión (Larenz 1987 436).

tancias en que la intervención de un tercero excluía la responsabilidad de quien produjo el daño inicial; por ejemplo, se preguntaba si la infección intrahospitalaria adquirida por la víctima en el hospital donde fue conducida impedía atribuir la muerte a quien provocó con su culpa el accidente de tránsito que la llevó al hospital.

En esta parte se asume que un mismo daño puede ser atribuido a distintos responsables, que con sus respectivas negligencias han efectuado una contribución a que llegara a ocurrir.

277. Tipos de negligencias múltiples que intervienen causalmente en la producción de un daño. a) Desde el punto de vista de la causalidad necesaria, son equivalentes todos los hechos sin cuya presencia el daño no se habría producido: cada uno de esos hechos es tenido por causa del daño. En esa medida, la *intervención causal de negligencias múltiples* no presenta dificultades desde el punto de vista estrictamente causal: si la muerte del accidentado no se produjo *sino porque* se incurrió en una imprudencia en el manejo, *sino porque* la ambulancia llegó tarde y *sino porque* el médico cometió un error, todos esos ilícitos son causas del accidente. Ése es el concepto de causalidad que subyace tras la doctrina de la equivalencia de las condiciones. En principio, ese daño es además directo respecto de cada uno de los actos negligentes (porque no hay razón para estimar que no sea objetivamente imputable a cada uno de esos hechos culpables).

En definitiva, de acuerdo con las reglas sobre causalidad en sentido natural y sobre imputación objetiva, nada impide que concurra la responsabilidad de diversas personas por un mismo daño.¹⁵⁵ En estos casos de multiplicidad de hechos culpables, la responsabilidad es personal de cada uno de quienes hayan incurrido en negligencia y la obligación de cada responsable cubre el total de los perjuicios sufridos por la víctima (porque cualquiera de ellos que sea demandado responde por su propia contribución al daño).

b) El propio Código se pone en una situación diferente a la anterior, de *coparticipación en un mismo hecho* que causa daño (artículo 2317). A diferencia de los casos anteriores, existe en esta situación un solo hecho, en que participan dos o más personas conjuntamente. Es el caso de una concertación dolosa para engañar a un tercero;¹⁵⁶ de los carteles monopólicos; de participación de varias personas en una actividad que realizan conjuntamente, sin que se sepa quién precisamente causó el daño (actos de matonaje, accidentes con ocasión de una cacería donde participan muchos); y, en general, de la coparticipación según es definida en el derecho penal

¹⁵⁵ "Establecido que dos personas son culpables de imprudencia e infracción de reglamentos, ambas se constituyen en responsables, sin que la imprudencia de una pueda excusar la imprudencia e infracción reglamentaria del otro" (CS, 24.7.1970, RDJ, t. LXVII, sec. 4°, 265). Asimismo se ha dicho que "la relación causal, si bien compleja desde que se originó en acciones distintas, concurrió respecto de ambas, para generar un mismo daño, que no se habría producido de faltar una de ellas" (CS, 3.4.2003, F. del M. 509, 387).

¹⁵⁶ CS, 4.1.2000, F. del M. 494, 3148.

(coautoría, complicidad y encubrimiento). Lo característico en estos casos es que el hecho tiene una orientación final que es compartida, de diferentes maneras, por quienes intervienen en su ejecución. Así, se ha fallado, por ejemplo, que es un caso de coparticipación el de "profesionales y empresas que participan en el complejo proceso de construir un edificio".¹⁵⁷ Pero también puede haber coparticipación en un mismo hecho sin concertación de voluntad o de propósitos, si simultáneamente concurren dos hechos negligentes en la comisión del daño, como ocurre frecuentemente en accidentes del tránsito. La ley establece una regla de solidaridad para estos casos en que los diversos hechos culpables pueden ser calificados como 'un mismo hecho' (artículo 2317).

c) Los casos anteriores de doble causalidad pueden ser explicados de acuerdo al principio de la causa necesaria. En otros casos, sin embargo, el principio requiere de correcciones normativas, porque hay lugar a la responsabilidad a pesar de que cada hecho por separado no sea condición necesaria del daño. Así, puede ocurrir que varias empresas infrinjan las normas ambientales, efectuando emisiones por encima de los niveles tolerados, sin que ninguna acción por separado sea condición necesaria para producir el daño ambiental. Es un caso de la llamada *causalidad adicional*, en que ninguno de los que ha actuado negligentemente es causa necesaria del daño; todos en conjunto, sin embargo, sí lo son. A pesar de no cumplirse el requisito de la *conditio sine qua non* (porque eliminada hipotéticamente cada una de las conductas ilícitas el daño igualmente se habría producido); la doctrina tiende a aceptar en estos casos la responsabilidad, pero sobre la base de una simple conjuntividad; no hay regla expresa de solidaridad, ni es justo, en esa situación extrema, que quien ha tenido una contribución al daño que por sí sola es ineficiente para producirlo, sea cargado con el total de los daños.¹⁵⁸

d) Tampoco son causas necesarias de un daño los hechos concurrentes de la misma naturaleza, cada uno de los cuales es suficiente para producir el daño. Esa sería la situación si cada uno de los emisores de sustancias prohibidas hubiera producido por sí solo un cierto daño a la salud; o cuando una quema negligente de rastrojos concurre con otra, provocada por otro agricultor, para causar un incendio forestal. Tampoco en estos casos de *causalidad acumulada* se cumple el requisito de que el acto sea causa necesaria del daño (porque si es eliminado hipotéticamente cualquiera de los hechos, el daño de igual modo se produce como efecto de la negligencia concurrente). Por obvias razones de justicia, la solución no puede ser que la víctima soporte el daño: el acto ilícito de uno no puede servir recíprocamente como excusa para el ilícito del otro.¹⁵⁹ Por eso, debe entenderse que ambos están indistintamente obligados por su propio hecho al total de la reparación (sin perjuicio de las acciones de reembolso).

¹⁵⁷ CS, 18.12.1995, GJ 186, 21.

¹⁵⁸ Deutsch/Ahrens 2002 31.

¹⁵⁹ Cane/Atiyah 1999 95.

278. **Obligación a la deuda en caso de concurrencia de varias negligencias.**
a) La ley ha establecido una regla especial sólo para un tipo de concurrencia de negligencias; si el hecho culpable o doloso ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas es responsable *solidariamente* de todo perjuicio resultante, con las excepciones de la responsabilidad presumida por caída de objetos o ruina de edificios (artículo 2317 I). La Ley del tránsito ha agregado, entre otras, la responsabilidad solidaria del conductor negligente y del propietario o tenedor de un vehículo motorizado, que es estrictamente responsable (artículo 174; *infra* § 52 c).

Según se ha adelantado (*supra* N° 277 b), puede darse por configurado un mismo hecho porque varios participan de una operación compleja, sea en la negligente construcción de un edificio, en la publicación errónea de un protesto de cheque,¹⁶⁰ en la prestación de servicios médicos¹⁶¹ o en la organización y ejecución de un fraude; o bien porque la producción del daño se debe a la participación simultánea de varias culpas (como cuando un atropello es consecuencia de un choque entre quien conduce a exceso de velocidad y quien ha ignorado una señal de preferencia).¹⁶²

b) Por el contrario, si no se puede dar por configurado un mismo hecho, no hay solidaridad legal entre los diversos responsables de un daño. Sin embargo, desde el punto de vista de la obligación para con la víctima, cada uno de quienes han intervenido causalmente en la producción del daño es responsable por el total de los perjuicios, porque, como se ha visto, la concurrencia de culpas no excluye ni disminuye la responsabilidad. Se presenta en esos casos la situación que la doctrina francesa denomina *obligaciones in solidum*, caracterizadas porque comparten sólo los rasgos esenciales de las obligaciones propiamente solidarias: se puede reclamar a cada deudor el total de la obligación; una vez pagada la deuda, los demás responsables pueden oponer la excepción de pago; y el que paga tiene respecto de los demás acciones personales resarcitorias.¹⁶³ En circunstancias que en este caso la víctima ejerce contra todos los responsables la misma acción (porque la pretensión es idéntica respecto de cada demandado), nada impide que sea ejercida en el mismo juicio, según autoriza el artículo 18 del Código de Procedimiento Civil. La acción se dirige contra cada uno de los demanda-

¹⁶⁰ Véase CS, 3.4.2003, rol N° 839-2002, comentado en Court 2004 91.

¹⁶¹ Zelaya 1997 39, con referencia jurisprudencial.

¹⁶² En el sentido de la coincidencia simultánea de culpas para configurar el hecho, en un caso donde un conductor sufrió un accidente de tránsito a causa de la ausencia de señalización adecuada, unida a la obstrucción de la pista en el lugar en que se ejecutaban unos trabajos en la vía por un contratista, se ha fallado que da lugar a responsabilidad solidaria un accidente que puede ser imputado, además de a una municipalidad, a otras personas (CS, 4.11.1993, RDJ, t. XG, sec. 5°, 226); en cuanto a la concertación para realizar una actividad que deviene dañosa, se falló que son solidariamente responsables de los daños provocados por una fumigación quien la ordenó y quien la realizó (CS, 27.11.1965, RDJ, t. LXII, sec. 1°, 445).

¹⁶³ Flour/Aubert 1999 201.

dos por el total de los daños, sin perjuicio de que el límite del derecho del demandante está dado por el monto de sus perjuicios.¹⁶¹

279. Contribución a la deuda. Norma especial para la responsabilidad por el hecho ajeno. a) El Código Civil no contiene una norma general que regule las relaciones internas entre los responsables del daño (contribución a la deuda). En efecto, de acuerdo con sus términos no resulta aplicable en materia extracontractual la regla de contribución a la deuda del artículo 1522, que sólo establece un criterio de distribución entre los deudores en atención a su interés en la operación contractual que dio lugar a la obligación solidaria.

b) La ley, en materia extracontractual, sólo establece una norma especial aplicable a la responsabilidad por el hecho ajeno (artículo 2325). Según esta regla, la contribución total recae en el autor del daño, de modo que el tercero civilmente responsable tiene acción en su contra para obtener el reembolso de lo pagado. El reembolso total, con todo, procede a condición de que no haya existido culpa personal de ese tercero civilmente responsable. En verdad, la responsabilidad por el hecho ajeno, si bien está sustentada en una presunción, tiene por antecedente la culpa efectiva de quien ejerce cuidado sobre el autor del daño, de modo que, en la práctica, el ámbito efectivo de aplicación de la regla legal es muy restringido (*supra* N° 115 y 125).

c) Para la generalidad de los casos en que rige la solidaridad o la obligación compromete *in solidum* por el total a cada uno de los responsables, es posible idear dos soluciones: se reparte la deuda entre los coautores por partes iguales,¹⁶⁵ o se distribuye entre éstos en razón de la intensidad de sus culpas y de su contribución causal a la producción del daño. Esta última solución parece preferible desde el punto de vista de la justicia distributiva y, además, resulta coherente con el principio de justa repartición de la contribución al daño, que reconoce el artículo 2330 para el caso en que haya intervenido culpa de la víctima;¹⁶⁶ asimismo es la única compatible

¹⁶¹ Véase CS, 3.4.2003, F. del M. 509, 387, que aunque hace aplicación del artículo 2317 reconoce que se trata de dos hechos distintos, no simultáneos, que originaron conjuntamente el daño. La Ley del tránsito establece expresamente la solidaridad en casos de concurrencias de culpabilidades del conductor y del funcionario que le otorgó la licencia (artículo 174 III), y del propietario o tenedor con el concesionario de un servicio de revisión técnica que expide un certificado falso (artículo 174 IV).

¹⁶⁵ Alessandri 1943 491; R. Domínguez Á. 2000 21 admiten que pueden haber interpretaciones diferentes, agregando, con razón, que si se funda la acción en la causalidad equivalente debiera hacerse la distribución en cuotas viriles; agrega, sin embargo, que no hay razón excluyente para que la jurisprudencia adopte esta posición.

¹⁶⁶ La solución alternativa es que el demandado no tenga acción restitutoria en contra de los obligados solidariamente o *in solidum*, bajo el supuesto de que las reglas de contribución a la deuda sólo rigen en materia contractual según el artículo 1522. Como se expresa en el texto, esta solución no resulta aceptable, porque produciría un empobrecimiento injusto de quien soporta la obligación. Se ha argumentado en el sentido inverso por razones preventivas; desde un punto de vista económico, se argumenta que la regla de contribución hace que los incentivos resulten inferiores al nivel óptimo de cuidado, porque cada cual debiera considerar en sus costos el total del daño a efectos de definir el gasto en prevención (Posner 1992 181); un interesante enfoque jurídico y económico en la materia en Parisi/Frezza 1999 252.

con una aplicación analógica del artículo 1522. De acuerdo con este criterio, los responsables contribuyen a la indemnización en proporción al grado o intensidad de su culpa y de la participación causal en el daño resultante.¹⁶⁷ Incluso nada impide que alguno de los responsables deba soportar el total de la reparación, en especial cuando concurre causalmente en el daño la simple negligencia con un dolo subsiguiente.¹⁶⁸ En casos de coparticipación culpable resultan aplicables los criterios referidos respecto a la acción del principal contra el tercero por cuyo acto responde (*infra* N° 289).

d) Desde un punto de vista técnico existe una diferencia entre la solidaridad y la obligación *in solidum*. En la primera, el responsable que paga se *subroga* en la acción que tenía la víctima, con deducción de la parte que debía soportar quien haya pagado. La segunda es una acción personal que tiene su fundamento en el enriquecimiento sin causa de quienes son responsables y no han debido soportar la obligación indemnizatoria. Las diferencias pueden ser significativas (en perjuicio de quien se subroga) en materias de prescripción y de renuncia por la víctima de la acción contra alguno de los responsables.¹⁶⁹ No es justo, sin embargo, que quien está obligado solidariamente quede en una situación más desfavorable, y no pueda ejercer su acción personal de reembolso.

Por eso, debe entenderse que quien paga la indemnización a la que está solidariamente obligado tiene tanto la acción personal de reembolso (que surge de haber pagado una obligación que según la ley también pertenece a otro), como la acción subrogatoria (que es propia de la solidaridad). Por el contrario, cuando hay varios responsables por un mismo daño, pero cuya responsabilidad deriva de hechos diferentes (como en la responsabilidad por el hecho ajeno y en los casos en que el daño se produce a consecuencia de negligencias sucesivas), quien paga tiene una acción personal de reembolso basada en el principio del enriquecimiento sin causa (de quienes siendo en alguna proporción responsables no soportaron la carga de indemnizar).

e) Un caso particular de concurrencia de diversos hechos ilícitos que actúan como causas del daño ocurre cuando un tercero interviene ilícitamente en un contrato ajeno (*infra* § 65 b). Tanto dicho tercero como el deudor que no cumple su obligación contractual cometen ilícitos, extracontractual y contractual, respectivamente; y ambos hechos generarán para sus autores responsabilidad por el total del daño experimentado por la

¹⁶⁷ Así en la jurisprudencia francesa (Viney/Jourdain 1998 282) y en la alemana (Larenz 1987 643).

¹⁶⁸ Así, por ejemplo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán (Deutsch/Ahrens 2002 80).

¹⁶⁹ Sin gozar, en contraste, con las ventajas de las preferencias y garantías que puede tener el deudor contractual que se subroga en los derechos de su acreedor (artículos 1522 y 1612), en atención a que el crédito indemnizatorio es valista y, por su fuente, está desprovisto de garantías convencionales.

otra parte del contrato. Con todo, las indemnizaciones no pueden ser acumuladas, porque de ello se seguiría un enriquecimiento injusto para la víctima. La contribución a la obligación indemnizatoria debiera regirse por los mismos principios desarrollados o referidos en este párrafo.

280. Causalidad difusa; hecho cometido por sujeto indeterminado de conjunto determinado. a) Severas dificultades conlleva la *causalidad difusa*, que se presenta cuando el daño se debió al hecho culpable de uno o más entre varios candidatos a responsables, sin que resulte posible determinar cuál concretamente lo desencadenó. En otras legislaciones la ley ha previsto la responsabilidad de cada uno de tales candidatos.¹⁷⁰ En Chile sólo se conocen las normas sobre responsabilidad difusa por ruina de edificios y caída de objetos, que establecen una regla de distribución proporcional de la responsabilidad, que constituye una excepción al principio de solidaridad del artículo 2317 (artículos 2323 II y 2328 I).

Hay razones para una u otra solución: la atribución de responsabilidades simplemente conjuntas a todos los candidatos tiene sustento en la aplicación analógica de esas antiguas reglas, ideadas precisamente para situaciones en que el autor está indeterminado; por contraste, la responsabilidad de cada candidato por el total opera como una fuerte garantía respecto de la víctima, que resulta consistente con los criterios antes analizados sobre responsabilidad por negligencias múltiples. Atendido el conflicto de razones, es probable que las soluciones jurisprudenciales dependan de la naturaleza de los casos que deban resolverse.

b) De particular importancia en el derecho comparado son los daños a la salud causados por productos farmacéuticos o de consumo, cuando no es posible identificar precisamente al fabricante o cuando un daño ambiental es provocado por uno o más agentes contaminadores que no pueden ser definidos.

En un conocido caso norteamericano,¹⁷¹ las demandantes eran mujeres cuyas madres habían tomado una droga durante el embarazo, sin que se pudiera identificar en el juicio cuál laboratorio había sido en cada caso el fabricante; la corte determinó que las demandantes no debían probar individualmente la causalidad, sino que la indemnización podía ser cobrada de cada demandado en proporción a su *participación de mercado* (*market share liability*).

La decisión puede ser defendida desde un punto de vista preventivo y de justicia correctiva. Desde esta última perspectiva, se asume con certeza que el daño fue provocado por alguno de los demandados (si los demandantes son muchos, puede haber certeza estadística de que todos ellos efectivamente lo causaron). En otras palabras, la participación de mercado como criterio de atribución objetiva del daño a un demandado no

¹⁷⁰ Así, BGB, § 830 I.

¹⁷¹ *Sindell v. Abbott Laboratories*, 26 Cal. 3d. 558, 163 Cal. Rptr. 132, 607 P. 2d. 924 (1980), citado por Abraham 2002 112.

contraviene los postulados de la justicia correctiva, sino los adecua a una situación de incertidumbre relativa a cada caso (pero no al conjunto de todos los casos).¹⁷² El efecto, por lo demás, es de mera inversión de la carga de la prueba, porque cualquier demandado siempre puede probar que él no pudo ser causante del daño demandado.¹⁷³

Con todo, la doctrina tiende a mirar con cierta cautela la atribución de responsabilidad según el criterio de la participación de mercado. Ante todo, no siempre es claro que el total de los daños sea atribuible a un preciso y determinado tipo de producto, como ocurría efectivamente en el caso referido (donde la patología vaginal constitutiva del daño sólo podía ser causada por la droga DES). Enseguida, no es usual que un producto tenga exactamente la misma composición en las versiones producidas por cada fabricante.¹⁷⁴ A ello se agregan los problemas de atribución de las participaciones de mercado. En definitiva, el criterio sólo resulta aplicable en casos de productos perfectamente definidos y homogéneos, que son inequívocamente la causa del daño que pretende ser reparado.¹⁷⁵ Por el contrario, la aplicación de la participación de mercado como criterio de atribución de responsabilidad puede resultar en extremo discutible en la gran mayoría de los casos en que no se reúnen esas condiciones.¹⁷⁶

§ 34. CULPA O HECHO DE LA VÍCTIMA

281. Planteamiento. a) La víctima usualmente tiene una cierta participación activa en la materialización del accidente: el consumidor come un producto que lo intoxica; el inversionista compra valores que otro está vendiendo en uso de información privilegiada; el peatón atraviesa la calle al ser atropellado. Pero esa intervención es por lo general irrelevante a efectos de la responsabilidad. Del mismo modo que cuando intervienen otras causas en la producción del daño, lo usual será que el *hecho de la víctima* no afecte la responsabilidad, aunque haya sido causalmente determinante.

¹⁷² Ripstein/Zipursky en Postema 2001 245.

¹⁷³ Por eso, ha suscitado mayores críticas el caso *Hymowitz v. Eli Lilly & Co.*, 539 NE. 2d. 1060 (NY 1989); críticos al respecto Ripstein/Zipursky en Postema 2001 226.

¹⁷⁴ Por eso se ha rechazado aplicar el criterio en casos de asbestos y de ciertas vacunas, porque no existe una correlación exacta entre las ventas del producto y la probabilidad del daño (Epstein 1999 228).

¹⁷⁵ Abraham 2002 113.

¹⁷⁶ Epstein 1999 230. Es ilustrativo de las dificultades que los ordenamientos doctrinarios más importantes del derecho norteamericano reciente, el Restatement/Torts III y el Restatement/Torts III a, no hayan asumido el criterio de participación de mercado como regla de atribución de responsabilidad en casos de causalidad difusa. En Restatement/Torts III 15 C se hace referencia a la extrema división que existe en la materia en los tribunales norteamericanos; en Restatement/Torts III a 26 comentario n, se expresa que la materia tiene alcances diferentes en distintas jurisdicciones estatales y que la compilación no toma posición en el asunto.

b) Distinto es el caso cuando la *negligencia de la víctima* ha intervenido causalmente en la producción del daño. En virtud del principio de correlatividad que inspira la responsabilidad civil, esa negligencia no puede ser irrelevante sin que se afecten los supuestos que justifican imponer responsabilidad (por negligencia o estricta).¹⁷⁷

c) En esta parte serán analizadas las hipótesis principales en que la conducta de la víctima resulta relevante en el juicio de responsabilidad. Primero se analizará la concurrencia de culpa de la víctima en la producción del daño (*sección a*). Luego se estudiarán las hipótesis de hecho no culpable de la víctima que pueden incidir en el juicio de responsabilidad, esto es, la asunción voluntaria de un riesgo y el hecho voluntario de la víctima que interviene en la producción de daños consecuentes (*sección b*).

a. Culpa de la víctima

282. Culpa de la víctima en el derecho chileno. El Código Civil establece una regla de atenuación de responsabilidad si la víctima se expuso imprudentemente al daño (artículo 2330).

La relevancia de la culpa de la víctima tiene su antecedente en el derecho romano, donde la concurrencia de culpa de la víctima excluía la responsabilidad; según la regla 'no se considera que sufra daño quien lo sufre por su propia culpa'.¹⁷⁸ Esta regla de 'todo o nada' rigió hasta hace poco en el *common law*.¹⁷⁹ El Código chileno asumió expresamente el criterio alternativo, de que la culpa de la víctima no excluye, sino disminuye la responsabilidad del tercero que obró negligentemente.¹⁸⁰

La culpa de la víctima tiene el efecto de reducir la obligación indemnizatoria, tanto en la responsabilidad por culpa, como en los diversos tipos de responsabilidad estricta u objetiva. Con independencia de la calificación jurídica que se le dé a la responsabilidad del Estado por falta de servicio, se ha fallado que si la víctima ha actuado imprudentemente, también cabe disminuir la indemnización (*infra* N° 345, con jurisprudencia).

283. Concepto y justificación de la culpa de la víctima. a) La mayor dificultad del concepto de culpa de la víctima radica en que implícitamente se asume que tenemos un deber jurídico de evitar daños a nosotros mismos. Ello resulta contrario al fin del derecho, que es normar relaciones de alte-

¹⁷⁷ Cane 1996 13.

¹⁷⁸ Digesto 50.17.203.

¹⁷⁹ La regla rigió en Inglaterra hasta 1947 (Jones 2002 617) y fue progresivamente abandonada en Estados Unidos a partir de los años 70 del siglo pasado (Abraham 2002 137).

¹⁸⁰ La idea de una compensación de culpas fue introducida, al parecer, por Christian Wolf, el iusnaturalista racionalista del siglo XVIII, en un texto que se refiere a la culpa de quien entrega en depósito una cosa (citado por Zimmermann 1990 1048). Es probable que ese sea el origen de la regla en el derecho chileno, porque Bello señala el Código prusiano como fuente de la norma del Código chileno.

ridad. En verdad, la idea de una 'culpa' de la víctima sólo adquiere sentido en la relación de la víctima con el tercero a quien ella pretende hacer responsable. Por eso, más que un deber, expresa una *carga* para quien está expuesto a sufrir un daño. A diferencia del deber, la carga no impone a la víctima una conducta, sino establece un requisito, relativo a su propia conducta, como condición para que tenga derecho a ser indemnizada por todos sus daños.¹⁸¹

Por eso, resulta discutible que la culpa de la víctima requiera del requisito de capacidad, porque es distinta la atribución de responsabilidad a un incapaz de la pretensión de éste de ser indemnizado; en la medida que la conducta del incapaz es objetivamente descuidada (como el niño que atraviesa sorpresivamente una calle), no hay razón para no considerarla al momento de medir la intervención causal que ha tenido el ilícito del demandado, a menos que el deber de cuidado del demandado esté precisamente determinado por la probabilidad de que niños puedan exponerse a accidentes (como ocurre con el signo que anuncia una escuela en la carretera, *supra* N° 30).¹⁸²

b) La justificación del instituto de la culpa de la víctima debe encontrarse en el principio de igualdad que rige las relaciones de derecho privado.¹⁸³ No es justo que el tercero esté sometido a una regla de conducta más estricta que la máxima de cuidado adoptada por la propia víctima respecto de sí misma.¹⁸⁴ Por otro lado, desde el punto de vista de la eficacia preventiva, sólo si se

¹⁸¹ Un análisis dogmático del punto en Deutsch/Ahrens 2002 81; en una perspectiva ético-jurídica, Simons en Owen 1995 476; un interesante desarrollo de esta idea a propósito de la norma del artículo 669 II, en Atria 2004 24, comentado CS, 1.7.2003, rol N° 4.487-2002.

¹⁸² En el derecho del *common law*, el estándar de cuidado atiende a lo que se puede esperar de un niño, según su edad; sin embargo, la tendencia es a que la culpa de la víctima incapaz sea considerada a efectos del juicio de *contributory negligence* (Prosser/Keeton *et al.* 1984 181, Markesinis/Deakin *et al.* 2003 172 y 749); en el derecho francés, la minoría de edad es considerada al momento de fijar el estándar de cuidado, pero no puede ser usada como excusa si el menor ha contribuido a su propio daño (Viney/Jourdain 1998 356).

¹⁸³ El instituto de la culpa de la víctima se puede justificar sobre la base del principio de igualdad (Esser/Schmidt 1977 220); asumiendo ese principio, la regla impide que el tercero subsidie a la víctima reparándole la totalidad del daño, que ella contribuyó a crear (Simons en Owen 1995 466). Por el contrario, Viney/Jourdain 1998 286 lo ven como un mero resabio (arcaico) de justicia retributiva; me parece que esa calificación es insensible a la lógica del derecho privado, como no es inusual en esa gran obra. La cuestión, con todo, es relevante en un régimen de seguro obligatorio: en circunstancias que el seguro es un sistema de distribución de riesgos, resulta opinable que la negligencia leve de la víctima le deba privar de una indemnización completa; así, se ha propuesto que en caso de seguro sólo quede comprendida la culpa grave como criterio de reducción de la indemnización (Deutsch/Ahrens 2002 85). En un sistema de seguros forzados, en definitiva, el instituto de la culpa de la víctima hace que los únicos que terminan soportando personalmente los riesgos sean las víctimas (Cane/Atiyah 1999 46). Con todo, estas reflexiones pertenecen al derecho de seguros y a las políticas públicas que definen el alcance distributivo del seguro, más que a la lógica interna del derecho de la responsabilidad civil (*infra* § 69).

¹⁸⁴ Por lo mismo, no se puede pedir a la víctima más de lo que resulta exigible; así, el médico que yerra en una operación de esterilización no tiene derecho a esperar que la mujer se practique un aborto (aunque éste fuese legalmente aceptable).

considera la culpa de la víctima se puede llegar a una óptima distribución de los incentivos.¹⁸⁵ En consecuencia, todo indica que la culpa de la víctima, aunque no consista propiamente en la infracción de un deber de cuidado, se debiera medir con los mismos criterios que la culpa del autor.

284. Circunstancias de la carga de cuidado. a) La culpa de la víctima contribuye a que el daño llegue a ocurrir o colabora a que se aumente su intensidad. Esa falta de cuidado imputable a la víctima puede producirse en cualquier momento; antes, durante o después de ocurrido el accidente. Bajo ciertas circunstancias, la víctima incluso puede tener el deber *ex ante* de informar acerca del peligro de un daño excepcionalmente importante que la amenaza,¹⁸⁶ también incurre en infracción de deberes preventivos, por ejemplo, si omite usar el cinturón de seguridad al conducir, a cuya consecuencia sufre los daños ocasionados por el choque con otro vehículo o éstos son mayores a los que se habrían producido sin ese descuido. Actúa negligentemente, *al momento* de ocurrir el accidente, quien no adopta las precauciones mínimas ante un incendio que se declara en su presencia; y lo hace *después* del accidente si incurre en omisión cuando estaba en situación de mitigar el daño consecuencial, o si omite el cuidado médico requerido por un daño corporal sufrido en un accidente (al que sigue, en razón de ese descuido, otro daño mayor).

La carga de cuidado que recae sobre la víctima también se muestra en que ésta no tiene derecho a transformar al autor del daño inicial en garante de su subsistencia futura; así, si a consecuencia del accidente la víctima ha perdido su trabajo y es indemnizada por ello, una vez cesado el impedimento hay culpa si incurre en inactividad para obtener uno que le permita ganar una renta, atendida su condición.

b) Por otro lado, la víctima puede encontrarse obligada por normas legales que regulan su comportamiento. Estas son especialmente frecuentes en la legislación del tránsito, sea que la víctima haya actuado negligentemente, caso en el cual está obligada en los mismos términos que el otro conductor demandado; o como peatón, en cuya calidad también tiene deberes legales, como cruzar la calzada en lugares autorizados (Ley del tránsito, artículo 176). La imprudencia de la víctima asume en estos casos la forma de una *culpa infraccional*, que está regida por los mismos principios que la culpa infraccional del demandado (*supra* § 10 d 1).¹⁸⁷

¹⁸⁵ Shavell 1980 16, Rohe 2001 139.

¹⁸⁶ Larenz 1987 543; un estudio comparado, con referencias al derecho chileno, sobre la carga de la víctima de minimizar el daño, en R. Domínguez Á. 2005 b.

¹⁸⁷ En materia de culpa infraccional de la víctima se ha fallado que hay exposición imprudente al daño si se deja un vehículo mal estacionado con infracción a las ordenanzas del tránsito (Corte de Santiago, 4.12.1969, RDJ, t. LXVI, sec. 4ª, 339); si se atraviesa un cruce de calles a una velocidad superior a la autorizada (CS, 24.6.1980, RDJ, t. LXXVII, sec. 4ª, 95, publicada también en F. del M. 259, 168); si se conduce bajo la influencia del alcohol, infringiendo la Ordenanza General de Tránsito (CS, 28.4.1981, F. del M. 269, 113); si, como peatón, se cruza la calle en un lugar no autorizado (CS, 12.1.1999, GJ 223, 120, publicada también en F. del M. 482, 3041); o con luz roja (Corte de San Miguel, 18.6.2003, GJ 276, 176); y si como peatón se baja a la calzada descuidadamente (CS, 21.8.2003, GJ 278, 162; y CS, 10.12.2003, GJ 282, 155).

Alternativamente, y por lo general así será, la determinación de los deberes puede ser *judicial*, sobre la base del estándar de cuidado de la persona diligente y razonable y según los criterios analizados al tratar la culpa del demandado (*supra* N° 58).¹⁸⁸

285. Criterio objetivo de calificación de la culpa de la víctima. a) La culpa de la víctima tiene que medirse de acuerdo a parámetros *objetivos*, análogos a la regla de cuidado que debe observar el tercero. Esta simetría es una consecuencia razonable del principio de igualdad entre las partes que rige las relaciones de derecho privado. Por consiguiente, el mismo estándar de cuidado de la persona prudente y diligente, que permite calificar la conducta del tercero, resulta también aplicable a la víctima. La jurisprudencia, sin embargo, no siempre sigue este criterio y con frecuencia no mide con la misma vara la culpa del tercero y el descuido de la propia víctima,¹⁸⁹ lo que es criticable atendido el interés legítimo del tercero de no verse injustamente expuesto a indemnizar un daño evitable. A la víctima no se le exige una especial colaboración, sino la que razonablemente se puede esperar de una persona prudentemente preocupada de su propia seguridad.

¹⁸⁸ Así, por ejemplo, utilizando el criterio de la probabilidad del daño, se ha determinado que hay culpa de la víctima "al hacer de noche su camino por una vía en reparación, no pudiendo serle desconocidos los peligros que ahí existían para el tránsito público" (Corte de Valparaíso, 20.4.1908, confirmada por la CS [cas. fondo], 21.4.1909, RDJ, t. VI, sec. 1ª, 393). Aplicando los criterios de probabilidad e intensidad del daño, la Corte Suprema ha señalado que hay culpa de la víctima (un menor de edad) que conduce su bicicleta en forma descuidada por una avenida de mucho tránsito y llevando a otro menor en la parte trasera (Corte de Santiago, 17.12.1981, RDJ, t. LXXVIII, sec. 4ª, 267). Pueden verse además Corte de Concepción, 28.11.2001, confirmada por CS [cas. forma y fondo], 4.4.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 5ª, 77, y CS, 8.5.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 1ª, 80, aludiendo ambos a la intensidad y probabilidad del daño (a la vida), para afirmar la culpa de la víctima; y CS, 3.6.2002, GJ 264, 114, donde se reduce prudencialmente la indemnización considerando el hecho de que las víctimas penetraron en un recinto agrícola cercado, de noche y en solitario, a susraer frutas. Por el contrario, en Corte de Santiago, 19.6.2003, GJ 276, 111, se apela erróneamente, en mi opinión, a la intensidad del daño (a la vida) para excluir la culpa de la víctima en una fuga provocada por ella, en circunstancias que nada permite suponer que no haya habido una exposición imprudente al daño; en Corte de Santiago, 20.6.2000, GJ 240, 178, se alude correctamente a que el daño debe ser previsible para la víctima para que se le pueda atribuir imprudencia.

¹⁸⁹ De la jurisprudencia parece inferirse un sesgo a favor de la víctima al momento de juzgar su culpa y de comparar su responsabilidad en el daño con la del demandado. En un caso bien extremo, de un peatón que atraviesa una avenida incurriendo en culpa infraccional, el fallo condenatorio del automovilista descarta la compensación de culpas, aunque implícitamente parece haberlo hecho al fijar el daño moral (Corte de Santiago, 31.12.2002, GJ 274, 212); también se ha negado valor a la excusa de falta de cuidado de la víctima en la propagación de los efectos adversos de un protesto injustificado (Corte de Santiago, 27.12.1996, GJ 198, 55). En otras jurisdicciones parece seguirse una tendencia semejante (Cane/Atiyah 1999 46).

b) Una pregunta crucial del derecho de la responsabilidad civil, especialmente en el caso de ilícitos económicos, es hasta dónde puede llegar la responsabilidad del tercero cuando existe la *expectativa de que la propia víctima cautele sus intereses*. Ello se muestra, por ejemplo, en materia de responsabilidad precontractual (ilícitos con ocasión de las negociaciones contractuales). Así, hay un punto imaginario de intersección entre el cuidado que se puede esperar de quien hace una inversión y del que debe aplicar la contraparte en la negociación. Salvo que el demandado incurra en dolo (por acción o reticencia), en negocios importantes, la víctima está en situación de conseguir apoyo de expertos que le evitarían incurrir en error. Sin embargo, no se puede exigir del comprador de unas pocas acciones el mismo cuidado preventivo de quien está adquiriendo una participación importante en una compañía (*infra* N° 801).¹⁹⁰ En otras palabras, como en el caso de la culpa del demandado, la culpa de víctima supone una valoración normativa de las circunstancias de su propio hecho.

De especial interés resulta la culpa que puede atribuirse a un *trabajador* respecto del accidente que sufre durante sus labores. En general, el trabajador está sujeto a una carga de cansancio, monotonía, inadvertencia nacida de una continua experiencia del riesgo y, en general, debe entenderse, al definir el estándar objetivo de cuidado, que cierta tolerancia resulta necesaria con las debilidades de nuestra naturaleza.¹⁹¹ Por eso, no debe extrañar que en materia de accidentes del trabajo la jurisprudencia adopte una actitud exigente al calificar los hechos del trabajador que dan lugar a la excepción del artículo 2330 (*infra* N° 500).¹⁹²

c) La objetividad de la carga de cuidado que recae sobre la víctima se muestra en casos límites, en que ejercerlo repugna a su conciencia en razón de *creencias religiosas o filosóficas*.¹⁹³ Así, en jurisdicciones en que es admitido el aborto, se ha fallado que es legítimo que una mujer, a quien no le fue proporcionado el anticonceptivo prescrito, se resista en razón de sus convicciones a poner término al embarazo.¹⁹⁴ Por el contrario, se ha fallado que una seguidora de la iglesia de la Ciencia Cristiana, que por sus creencias se negó a hacerse una transfusión de sangre, no puede justificarse frente al autor del daño inicial por las exorbitantes consecuencias que

¹⁹⁰ Cané 1996 459.

¹⁹¹ Jones 2002 627.

¹⁹² Ello se muestra también en situaciones que podrían ser consideradas de exclusiva responsabilidad de la víctima; así, por ejemplo, en el caso de un accidente provocado por la caída de un ascensor en un pique minero, en circunstancias que la víctima ordenó hacer una reparación hecha, sin esperar la llegada del personal especializado (Corte de Santiago, 31.1.2001, GJ 248, 211). Con todo, a diferencia de lo que ocurre respecto del seguro de accidentes del trabajo, la excusa del trabajador debe ser justificada; así, exigiendo una conducta prudente del trabajador, CS, 29.1.2001, GJ 247, 199 (*infra* N° 509).

¹⁹³ Para esta materia, en uno de sus más finos escritos, Calabresi 1985 45; también Simons en Owen 1995 483, con el argumento de que el tercero no tiene por qué subsidiar las creencias de la víctima.

¹⁹⁴ Sobre el hijo no deseado como daño, *supra* N°s 236 y 237.

se siguieron de esa decisión. En otras palabras, en la medida que la razonabilidad es una materia objetiva, que no depende de las creencias que de buena fe cada cual pueda tener, se tiende a desechar como excusa para no ejercer el cuidado de sí mismo las creencias que expresan una especial idiosincrasia cultural.¹⁹⁵ Los límites con la libertad constitucional de creencias religiosas son sutiles: se puede estimar que actúa a su propio riesgo (y no del tercero) quien profesa un credo que le impide actuar de acuerdo con las expectativas generales de comportamiento recíproco.

286. *Conexión de ilicitud entre la culpa de la víctima y el daño.* En un antiguo fallo se declaró que había culpa de la víctima del accidente en un tranvía si ésta había pretendido viajar sin pasaje.¹⁹⁶ La decisión resulta discutible a la luz de la doctrina del fin de la norma: en la medida que la obligación de pagar el pasaje no es un deber que tenga por objeto evitar un accidente, no puede estimarse que constituya una exposición imprudente al daño en los términos del artículo 2330. La jurisprudencia contemporánea, especialmente en accidentes del tránsito, sigue este criterio y no admite la excepción de culpa de la víctima cuando, atendiendo al fin de la norma que le impone la carga o el deber de conducta, la negligencia no ha tenido influencia determinante en el acaecimiento del daño.¹⁹⁷

¹⁹⁵ Calabresi 1985 58.

¹⁹⁶ Los hechos fueron los siguientes: a un menor que intentaba viajar en un tranvía sin pagar su pasaje se le conmina a descender del vehículo por la cobradora; uno de los pasajeros se ofrece a pagar su pasaje, por lo tanto, el menor intenta subir nuevamente al tranvía en movimiento, tropezándose y siendo atropellado por el acoplado; la Corte de Santiago dijo que "de parte de la víctima hubo imprudencia temeraria, pues pretendió ir en el carro sin su pasaje" (Corte de Santiago, 4.10.1912, confirmada por la CS [cas. forma], 22.7.1913, RDJ, t. XII, sec. 1°, 300).

¹⁹⁷ Así, se descartan faltas de la víctima que no tienen relación causal con el daño, sea por su naturaleza o por las circunstancias del accidente. Es el caso del conductor que maneja con la licencia vencida (CS, 12.4.1978, F. del M. 233, 56); o que conduce a exceso de velocidad, en circunstancias que de igual modo se habría producido un daño si hubiese conducido a la velocidad reglamentaria (CS, 16.10.1978, F. del M. 239, 307). Incluso en caso de concurrir diversas infracciones, se ha dado por establecida la ausencia de relación causal determinante entre esos ilícitos y el daño (Corte de Santiago, 4.9.1991, RDJ, t. LXXXVIII, 138; CS, 22.4.1998, F. del M. 473, 342, publicado también en GJ 214, 115). Véase, en el derecho comercial, el caso de un acreditativo bancario transcrito incompleto que no fue tenido por causa de los perjuicios sufridos en una operación de compra de hierro (CS, 16.10.1954, RDJ, t. LI, sec. 1°, 488). Pueden verse además: Corte de Santiago, 20.6.2000, GJ 240, 178, donde la víctima chocó a una motocicleta de Carabineros; CS, 10.1.2002, GJ 259, 114, en que un perito y un abogado llegan en helicóptero a un predio a realizar una gestión decretada judicialmente, durante la cual son agredidos por los propietarios; y Corte de Santiago, 17.4.2002, GJ 262, 81, publicada también en RDJ, t. XCIX, sec. 2°, 31, donde el piloto de un helicóptero que se accidenta al despegar de un terraplén de aterrizaje no autorizado, que no tenía señalizados los cables de alta tensión que lo rodeaban, no resulta responsable ya que el dueño del terreno le había indicado que podía aterrizar en él y no le advirtió del peligro, invitándole a usarlo.

287. Accidentes producidos por la culpa de víctimas incapaces. Por las razones antes referidas, es discutible que la culpa de la víctima esté sujeta a los requisitos de capacidad que rigen respecto del tercero. La 'culpa' de la víctima, como también se ha visto, no es un deber, sino un criterio de distribución del riesgo conexas al accidente. En tal sentido, puede entenderse que el niño menor de siete años que cruza la calle sorpresivamente en un lugar imprevisible tiene una intervención de tal manera significativa en la producción del daño, que no resulta justo que sea imputado exclusivamente al conductor que conducía a exceso de velocidad. La culpa de la víctima no es un juicio de reproche sobre su conducta, sino una especie de inoponibilidad total o parcial en el juicio de atribución del daño, que el tercero hace valer con fundamento en que parte del daño no puede ser imputado (al menos totalmente) a su propia negligencia (*supra* N° 283).¹⁹⁸

288. Prueba de la culpa de la víctima. Por regla general, corresponde la prueba a quien alega la culpa de la víctima, esto es, al demandado. Sin embargo, la culpa se puede presumir, del mismo modo como sucede con la culpa del tercero. Así ocurre, ante todo, cuando la víctima ha incurrido en culpa infraccional, como cuando el peatón atraviesa la calzada en lugar no autorizado (Ley del tránsito, artículo 176).¹⁹⁹ Pero también puede ser construida una presunción de culpa por el hecho propio (artículo 2329), cuando la conducta de la víctima es por sí misma expresiva de imprudencia o si de las circunstancias de hecho es posible inferir, en principio, que el daño se debió a su imprudencia (*supra* § 14).²⁰⁰

¹⁹⁸ Alessandri 1943 617 sostiene que la exigencia de capacidad rige como en el caso del tercero responsable; en el sentido aquí propuesto, Cortal 2003 203. Puede consultarse jurisprudencia chilena al respecto en Corte de Copiapó, 6.8.1999, GJ 234, 95, publicada también en F. del M. 493, 2822; Corte de Talca, 10.1.2001, GJ 260, 161; y Corte de Valdivia, 25.6.2001, GJ 263, 120. En el derecho comparado no existen líneas constantes. En Francia, de manera simétrica al desaparecimiento de la exigencia de capacidad respecto del tercero, se sigue el mismo criterio respecto de la víctima (Viney/Jourdain 1998 298); en Alemania rigen, por el contrario, las reglas de capacidad delictual, pero se acepta una disminución de la responsabilidad del demandado si las circunstancias así lo exigen en justicia (Palandt/Heinrichs § 254 13); en Inglaterra se atiende al nivel de cuidado que se puede esperar de una persona como la víctima, con lo que se establece implícitamente una regla de capacidad (Jones 2002 626).

¹⁹⁹ La jurisprudencia asume sin mayores discusiones que la infracción por la víctima de normas legales es una conducta culpable; así, por ejemplo, CS, 21.1.1999, F. del M. 482, 3041, publicado también en GJ 223, 120; Corte de Valdivia, 14.11.2000, GJ 259, 17, publicada también en F. del M. 498, 660; Corte de Concepción, 3.4.2001, confirmada por la CS [cas. fondo], 27.3.2002, GJ 261, 80; Corte de Valdivia, 25.6.2001, confirmada por la CS [cas. fondo], 6.5.2002, GJ 263, 120; y Corte de San Miguel, 18.6.2003, GJ 276, 176.

²⁰⁰ La mayoría de los casos de culpa de la víctima son calificados por los jueces a partir de la mera descripción de los hechos, con referencia al sentido común. Así, se tiene por temeraria la conducta de la víctima que insiste en viajar en la pisadera de un vehículo (Corte de Iquique, 21.10.1952, RDJ, t. L, sec. 4°, 5); que conduce por un camino de tierra, con curvas y a alta velocidad (Corte de Chillán, 4.1.2001, confirmada por la CS [cas. forma y fondo], 12.3.2001, GJ 249, 130); que cae de las tribunas de un estadio debido a que estaba bajo la

289. Efecto compensatorio de la culpa de la víctima. a) La ley establece que si la víctima actuó con imprudencia, la apreciación del daño queda sujeta a disminución. La norma es imperativa e impone a los jueces el deber de otorgar una indemnización inferior al daño total si ha concurrido falta de cuidado de la víctima.²⁰¹ La aplicación de esta regla por los tribunales es de muy ordinaria frecuencia.²⁰²

b) A efectos de la comparación entre el hecho del demandado y el de la víctima hay dos criterios elegibles: la intensidad relativa de las culpas o imprudencias, y la relevancia relativa de las causas. En favor de la comparación de las negligencias habla el peso de la historia: desde los orígenes del instituto en el derecho romano lo determinante ha sido cuál culpa tiene mayor intensidad. Asimismo, la compensación que atiende a la gravedad de la culpa se hace cargo del trasfondo moral de la responsabilidad

influencia del alcohol (Corte de Concepción, 28.11.2001, confirmada por la CS [cas. forma y fondo], 4.4.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 5°, 77); o que al enfrentarse a un desperfecto mecánico de su vehículo, de madrugada mientras está ebrio, empuja el auto para encender el motor, haciéndolo ingresar a la carretera a pocos metros de un camión que se aproxima (CS, 5.8.2002, F. del M. 501, 1992). Sobre la presunción de culpa por el hecho propio, *supra* § 14.

²⁰¹ Sobre esta obligatoriedad, Alessandri 1943 573, R. Domínguez Á. 1966 43, Diez 1997 230.

²⁰² Así, por ejemplo, en el caso de una persona que cruzó la línea férrea de improviso, cuando se acercaba el tranvía (CS, 28.7.1910, RDJ, t. VII, sec. 1°, 454); de la víctima de un atropello que se encontraba bebida (CS, 15.10.1920, RDJ, t. XIX, sec. 1°, 378); de la víctima que trató de atravesar las líneas del ferrocarril "descuidadamente y con ligereza" (CS, 3.8.1932, RDJ, t. XXIX, sec. 1°, 549); de la víctima que intentó subir a un tranvía en movimiento (CS, 15.4.1939, RDJ, t. XXXVI, sec. 1°, 544); de la víctima que viajaba en la pisadera (Corte de Santiago, 26.5.1944, RDJ, t. XLI, sec. 2°, 41; Corte de Iquique, 21.4.1952, RDJ, t. L, sec. 4°, 5; CS, 7.4.1958, RDJ, t. LV, sec. 1°, 35); de la víctima que intentó cruzar un camino público de noche y en estado de ebriedad (CS, 9.12.1964, RDJ, t. LXI, sec. 4°, 498); y del menor atropellado que conducía su bicicleta por una avenida de mucho tránsito (CS, 17.12.1981, RDJ, t. LXXVIII, sec. 4°, 267). También pueden consultarse Corte de Santiago, 5.10.1999, GJ 232, 171; Corte de Santiago, 28.10.1999, GJ 232, 195, en que un obrero se sube a un montacargas no destinado para el trabajo que se realiza; CS, 15.11.1999, F. del M. 492, 2600, en que un menor ingresa a una pista de juegos de automóviles pequeños antes de que éstos se detengan por completo; Corte de Chillán, 4.1.2001, confirmada por CS [cas. forma y fondo], 12.3.2001, GJ 249, 130, donde la víctima conducía su auto por un camino de tierra con curvas y a alta velocidad; Corte de Concepción, 3.4.2001, GJ 261, 80, en que la víctima conducía a exceso de velocidad y con la licencia vencida; Corte de Valdivia, 25.6.2001, confirmada por la CS [cas. fondo], 6.5.2002, GJ 263, 120, en que un ciclista ingresó intempestivamente en la pista del conductor; y Corte de Santiago, 29.8.2003, GJ 278, 282, donde un operario no retiró el aire de unas cañerías en reparación, que al llenarse de agua estallaron. Aunque la mayoría de los fallos se refieren a accidentes del tránsito, la culpa de la víctima puede presentarse respecto de todo tipo de ilícitos en que su conducta imprudente tiene relevancia en la producción del daño (como ocurre con el herido que no requiere atención y el comerciante que no cuida sus intereses de conformidad con las máximas de diligencia de una persona prudente).

por negligencia bajo consideraciones de justicia o de eficacia preventiva. Todo ello explica que la comparación de las culpas haya sido la solución dominante en la jurisprudencia al momento de apreciar la contribución relativa de las partes.²⁰³

Sin embargo, hay también buenas razones para que se considere la relevancia causal del hecho del tercero y de la víctima. Ante todo, si bien es cierto que según el criterio de la equivalencia de las condiciones todas las causas necesarias tienen idéntico valor, los diversos criterios de imputación objetiva permiten sopesar las causas. Desde la perspectiva de la imputación objetiva del daño (causalidad en sentido normativo), es necesario determinar cuál es la influencia que la negligencia del tercero y el descuido de la víctima tuvieron en que se produjera el resultado.²⁰⁴ Para determinar cuál ha sido la causa más determinante se debe considerar cuál es la que ha hecho en mayor medida posible la producción del daño. En definitiva, el sopesamiento de la responsabilidad en atención a la importancia relativa de las causas lleva inevitablemente a consideraciones típicas de los criterios del incremento del riesgo y de la adecuación.²⁰⁵

o) Pareciera que lo correcto es que ambos factores, la intensidad de la culpa y la relevancia causal, sean objeto de una evaluación prudencial.²⁰⁶ En verdad, cuando se alega coparticipación culpable de la víctima, el juez debe comparar dos responsabilidades: la del tercero por el cuidado debido respecto de la víctima y la de ésta por el cuidado respecto de sí misma. Y esa tarea supone comparar no sólo la influencia que cada negligencia ha tenido en el daño; sino también sopesar las culpas, lo que explica, como se verá en el párrafo siguiente, que si una parte ha actuado con dolo, generalmente excluya de toda responsabilidad a quien ha incurrido en mera negligencia.

290. Culpa del demandado o de la víctima como causa excluyente del daño.

a) En virtud del principio de compensación de las responsabilidades, la comparación entre la conducta del tercero y de la víctima no lleva a un juicio de 'todo o nada', sino a una comparación de las responsabilidades.²⁰⁷ Hay casos, sin embargo, en que el daño puede ser normativamente imputado por completo al hecho culpable de la víctima (sobre el hecho

del tercero que excluye la responsabilidad de la víctima, *supra* N° 268); o, lo que es más frecuente, que la culpa de la víctima, a pesar de haber influido en el resultado dañoso, es tenida por irrelevante.

b) La cuestión es típicamente de imputación normativa del daño, bajo el supuesto de que tanto la negligencia de la víctima como del tercero son causas necesarias del daño (de lo contrario, no se cumpliría la condición más elemental de la responsabilidad). La pregunta consiste en saber si la consecuencia dañina puede ser *normativamente* atribuida sólo al hecho de la víctima o del tercero, en términos que uno de esos hechos sea tenido por causalmente excluyente del otro. Así, se ha fallado que procede eximir de responsabilidad al demandado si "la causa suficiente, principal o determinante del perjuicio proviene del hecho negligente o de la omisión del perjudicado".²⁰⁸ Por el contrario, se ha fallado que no procede disminuir la responsabilidad del demandado por hecho de la víctima, si se estima que el daño no puede ser objetivamente imputado a su culpa.²⁰⁹ Esta

²⁰³ CS, 16.10.1954, RDJ, t. LI, sec. 1°, 488, donde una sociedad anónima exportadora de metales demandó indemnización por perjuicios a un banco chileno a causa de que éste le comunicó de forma incompleta los términos de un crédito abierto a su favor en un banco en Argentina, para financiar un negocio con una metalúrgica argentina, en circunstancias que los perjuicios se habrían producido por un envío espontáneo de la sociedad chilena a otra empresa argentina, produciendo un abarrotamiento del mercado y el fracaso del negocio inicial; la formulación del criterio de exclusión parece equívoca, porque bien puede ocurrir que el hecho de la víctima no sea causa principal y, sin embargo, de acuerdo con el artículo 2330 deba disminuirse la indemnización en la proporción que corresponda. Más inequívoco parece el caso de una víctima de atropello que atraviesa la calzada en lugar no autorizado y en estado de intemperancia, estimándose en el fallo que "la mayor o menor velocidad con que el encausado puede haber conducido el vehículo en la ocasión de autos no es un elemento de juicio que tenga relevancia en la especie" (CS, 1.12.1997, rol N° 2.642-1997, referido por Barona 2003 a 371, con la anotación, que comparto, de que no existe en este caso una relación entre la infracción a la regla legal y los daños, según el criterio del fin de la norma); ese es también el caso del ciclista que atraviesa sorpresivamente la calzada (Corte de Talca, 10.1.2001, confirmada por la CS [cas. fondo], 12.11.2001, GJ 260, 161). Un razonamiento acerca de la culpa concurrente y excluyente de la víctima puede encontrarse en CS, 25.4.2000, GJ 238, 105. En el derecho inglés se ha intentado fijar un umbral de relevancia: se estima por completo irrelevante una participación estimada inferior al 10%. Además, conviene ser cauteloso cuando la exención de responsabilidad se produce por esta razón en sede penal, porque bien puede ocurrir que una participación sea considerada insuficiente a efectos de dar por establecida la responsabilidad penal y, sin embargo, haya suficiente probabilidad de una contribución causal al resultado para dar lugar a parte proporcional de la indemnización civil.

²⁰⁹ En este sentido se han pronunciado, por ejemplo, CS, 27.8.1965, RDJ, t. LXII, sec. 4°, 374, señalando además que el demandado pudo evitar todo accidente y que su imprudencia fue el elemento determinante del hecho; y Corte de Concepción, 7.11.1985, RDJ, t. LXXXII, sec. 4°, 288, citando doctrina extractada de CS, 20.8.1970, RDJ, t. LXX, sec. 4°, 91. En general, el rechazo de la excepción se produce si no hay relación de causa a efecto entre la culpa infraccional de la víctima y el daño (esto es, cuando está excluida la relación de ilicitud); véase una correcta argumentación en este sentido en Corte de Concepción, 3.4.2001, GJ 261, 80. Véase además CS, 16.10.2000, GJ 244, 61, publicada también en F. del

²⁰³ CS, 24.6.1980, F. del M. 259, 168; CS, 3.6.2002, GJ 264, 114. En la doctrina nacional, inequívocamente en este sentido, Meza 1988 290. Esa es también la doctrina tradicional francesa (Flour/Aubert 2003 164).

²⁰⁴ Parece inclinarse por el criterio de la causalidad, aunque evita expresarlo, Alessandri 1943 574; inequívocamente en ese sentido, R. Domínguez A. 1966 45, R. Domínguez A. 2000 24 y Díez 1997 235.

²⁰⁵ Larenz 1987 549.

²⁰⁶ Viney/Jourdain 1998 295.

²⁰⁷ Excepcionalmente se establece una regla de 'negligencia determinante' en el artículo 18 de la Ley de cuentas corrientes: "en general, la pérdida del dinero pagado en razón de un cheque falsificado, corresponderá al librador o al librado, según les sean imputables, sin perjuicio de la acción contra el autor del delito". En un caso, la jurisprudencia entendió que el artículo 2330 del Código Civil "sólo autoriza la reducción", pero no la exclusión de la indemnización (CS, 3.6.2002, GJ 264, 114).

jurisprudencia tiende a establecer un criterio que es ajeno al derecho chileno, como es la medición relativa de las culpas a efectos de concluir que una de ellas excluye a la otra. Habiendo concurrido la culpa del demandado y de la víctima en la producción del daño, sólo corresponde sopesar las respectivas participaciones, aplicando en la proporción que corresponda la regla del artículo 2330 (*infra* N° 525, con un análisis crítico de la referida tendencia jurisprudencial en materia de accidentes del tránsito).

c) Por el contrario, si alguna de las partes ha actuado con dolo se entiende normalmente excluida la responsabilidad compartida de la otra, aunque su negligencia tenga una incidencia causal relevante en el daño.²¹⁰ Así ocurre, por ejemplo, con quien demanda perjuicios por la culpa en que ha incurrido un notario, en circunstancias que su propio comportamiento doloso ha estado en los orígenes de esta negligencia.²¹¹

291. Culpa de la víctima en el daño por repercusión. a) La reducción proporcional de la indemnización por la culpa de la víctima plantea un problema adicional; en los casos en que ésta fallece y la acción es intentada por sus herederos. Para determinar la procedencia de la reducción, la doctrina y la jurisprudencia suelen distinguir dos situaciones: si los demandados actúan como herederos de la víctima, procedería aplicar la reducción, toda vez que representan a la persona de esta última y no tienen más derechos que ella,²¹² pero si accionan a título personal,

M. 503, 3477, en que la víctima cruzó la línea férrea cuando el tren se acercaba a la estación; Corte de Santiago, 7.9.2001, GJ 255, 229, donde un trabajador perdió el equilibrio mientras limpiaba los vidrios de un edificio a una altura poco considerable; CS, 8.5.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 1°, 80, en que un funcionario cambió un neumático sin contar con las herramientas precisas; CS, 5.8.2002, F. del M. 501, 1992, donde un conductor empujó su vehículo para encender el motor hacia la carretera a pocos metros de un camión que se aproximaba; Corte de San Miguel, 16.8.2002, GJ 266, 159, en que un ciclista conducía su bicicleta contra el tránsito, llevándola de improviso frente a un automóvil; Corte de San Miguel, 18.6.2003, GJ 276, 176, donde un peatón cruza la calle con luz roja; CS, 21.8.2003, GJ 278, 162, en que un peatón bajó a la calle en forma sorpresiva y descuidada; y CS, 10.12.2003, GJ 282, 155, donde un peatón circulaba al lado de la autopista a oscuras y ebrio, ingresando a la pista intempestivamente.

²¹⁰ Larenz 1987 550.

²¹¹ Flour/Aubert 2003 165, con referencia jurisprudencial y bibliográfica.

²¹² Alessandri 1943 576, R. Domínguez Á. 1966 48, Díez 1997 237. También se ha fallado que "el autor del delito o cuasidelito puede hacer valer su derecho a la rebaja y a la consiguiente reparación incompleta a los herederos de la víctima imprudente, cuando éstos reclaman los daños morales o materiales experimentados por el causante, porque éste sólo pudo transmitir el derecho a la indemnización parcial, del que era titular" (CS, 24.8.1972, RDJ, t. LXIX, sec. 4°, 102).

demandando la indemnización del daño por repercusión que les ha ocasionado la muerte de la víctima directa, la reducción no procedería,²¹³ a menos que también ellos mismos se hayan expuesto imprudentemente al daño.²¹⁴

La distinción parece por completo artificiosa, porque aun si la acción por daño de rebote es ejercida a título personal, la responsabilidad de quien ha participado en el accidente debe ser medida en relación con la conducta de la víctima. Lo contrario sería injusto respecto del demandado, porque, como se ha visto, el instituto de la culpa de la víctima atiende a la relación entre la conducta del tercero que ha actuado con culpa y la conducta de la víctima. Por eso, es absurdo que el demandado no disponga contra las víctimas de rebote de una excepción que dispondría contra la víctima directa que sobreviva al accidente. La doctrina y la jurisprudencia tienden a convergir en esta solución.²¹⁵

b) Es conveniente distinguir la culpa de la víctima directa en el daño por repercusión (que se ha analizado en este párrafo), de la mera concurrencia de culpas. Así ocurre, por ejemplo, cuando un choque que causa daños corporales a la demandante se debe tanto a la culpa de un tercero, como de quien la transporta. En este caso, se produce la concurrencia de responsabilidades por un mismo hecho, de modo que habrá acción solidaria contra ambos responsables por el total de los daños, en la medida que ninguna culpa puede serle atribuida a la víctima directa en la producción del accidente.²¹⁶

²¹³ Alessandri 1943 576. Siguiendo esta opinión, se ha fallado que "la indemnización que racionalmente se determinará en lo resolutive de este fallo no puede reducirse, como lo pretende la defensa del imputado, por cuanto las personas en cuyo beneficio ha de determinarse no fueron las que se expusieron al daño que reclaman" (Corte de Santiago, 4.9.1991, RDJ, t. LXXXVIII, sec. 4°, 138).

²¹⁴ Alessandri 1943 576. Aplicando este criterio, se ha fallado que la apreciación del daño experimentado por el padre como consecuencia de la muerte de su hijo debe sujetarse a reducción si se ha establecido que "no sólo no le prohibió" que circulara por las calles, sino que además "le daba permiso sin problema alguno" (CS, 13.11.1980, F. del M. 264, 377).

²¹⁵ Mazeaud/Chabas 1998 684, R. Domínguez Á. 1966 50. La jurisprudencia nacional también parece alineada en esta posición: CS, 25.10.1979, F. del M. 251, 310; CS, 19.10.1981, F. del M. 275, 480; CS, 8.4.1982, RDJ, t. LXXIX, sec. 4°, 22; y CS, 3.6.2002, GJ 264, 114.

²¹⁶ Una extensión injustificada de la culpa de la víctima se siguió, sin embargo, en el caso de una víctima cuya indemnización fue reducida en consideración a la culpa del conductor del vehículo donde viajaba, a pesar de que la víctima no tenía relación alguna con ese conductor (CS, 24.6.1980, F. del M. 259, 168): lo correcto parece ser en estos casos reconocer la plena responsabilidad de ambos responsables, según las reglas generales, sin perjuicio de la contribución a la deuda que proporcionalmente les corresponda. Más problemático sería el caso de la víctima que no tiene acción en contra del conductor, en razón de una inmunidad pasiva, en cuyo caso habría acción por el total contra el tercero, quien no pudiendo subrogarse en la acción contra el conductor (porque la víctima carecía de esa acción), sólo dispondría de la acción personal de reembolso contra el otro responsable (*supra* N° 278).



292. Calificación. La jurisprudencia tiende a considerar la culpa de la víctima como una cuestión de hecho, que no está sujeta a control de casación.²¹⁷ Esa calificación es discutible y ha sido abandonada en gran medida en el derecho comparado. En efecto, cuando se alega la coparticipación culpable del tercero y de la víctima, el juez debe comparar ambas participaciones en la producción del daño: en aplicación del principio de igualdad, el autor del daño y la víctima tienen que soportar los perjuicios en la extensión en que hayan puesto las condiciones para que éstos ocurrieran.²¹⁸

Aunque la participación relativa de la víctima y del tercero se exprese en un porcentaje numérico, que expresa el resultado de un juicio prudencial, ello supone del juez una acción valorativa en lo que respecta a la calificación de los hechos como culpables, a la comparación de las culpas y a la determinación de los daños que pueden ser normativamente imputados a las respectivas culpas. Mientras la determinación de los hechos en que se fundan estas apreciaciones corresponde privativamente a los jueces del fondo, su calificación y ponderación es una cuestión de derecho que requiere de la tarea orientadora del tribunal de casación.²¹⁹

b). Hecho de la víctima: Asunción de riesgo.

293. Consentimiento de la víctima. a) Por lo general, en materia de responsabilidad extracontractual la voluntad de la víctima es irrelevante. Sin embargo, suele ser decisiva en diversos grupos de situaciones (una de las cuales es analizada en esta sección). En verdad, el problema del consentimiento de la víctima es de los más difíciles que enfrenta el derecho de la responsabilidad civil,²²⁰ de modo que las respuestas deben ser suficientemente diferenciadas:

b) El consentimiento puede referirse materialmente al bien protegido (como cuando se autoriza la divulgación de un hecho protegido por la privacidad) o a una conducta del demandado. En esta segunda forma, usualmente no es un daño lo que se autoriza, sino que un tercero realice una conducta que supone un riesgo (lo que resulta decisivo al juzgar el alcance de la autorización y su licitud).

²¹⁷ CS, 18.12.1926, RDJ, t. XXIV, sec. 1°, 567; CS, 18.5.1971, RDJ, t. LXVIII, sec. 1°, 128.

²¹⁸ Esser/Schmidt 1977 II 220, citando una antigua jurisprudencia alemana; análogo parece ser el curso adoptado por la jurisprudencia francesa (Viney/Jourdain 1998 296).

²¹⁹ Alessandri 1943 575 reduce la cuestión de derecho a la calificación de la culpa; la Corte de Casación francesa se ha reservado la facultad de controlar la apreciación (Viney/Jourdain 1998 296); en el derecho alemán la jurisprudencia superior ha introducido progresivamente distinciones acerca de la manera como opera la culpa de la víctima en diferentes grupos de casos, como los negocios bancarios, la protección de datos, los errores en la información, el tráfico de vehículos y muchos otros (Palandt/Heinrichs § 254 16); algo análogo se muestra inequívocamente en el derecho español a juzgar por la jurisprudencia que el Tribunal Supremo ha desarrollado en la materia (Reglero en Reglero 2002 a 360).

²²⁰ Prosser/Keeton *et al.* 1984 112.

Bajo ciertas circunstancias, la autorización de la víctima es condición para que pueda ser sometida a un riesgo, como ocurre usualmente en el caso de las intervenciones médicas (*infra* § 50 d). Pero también pueden convenirse entre el posible ofensor y la eventual víctima la exclusión o la modificación de las condiciones de responsabilidad (*infra* § 70). Finalmente, el consentimiento se puede manifestar sin palabras, en la medida que los hechos muestren lo que queremos, como ocurre con la asunción de riesgos (que es analizada en esta sección).

294. Asunción de riesgos por la víctima. a) En materia extracontractual, el daño surge usualmente de un encuentro espontáneo y no convenido y la responsabilidad tiene por fuente la ley y no el contrato. Aun así, nada obsta para que alguien *asuma voluntariamente un riesgo*, sea de manera expresa o tácita. Sin embargo, las condiciones para que se entienda asumido un riesgo a costa de la víctima potencial y sus efectos son una materia particularmente equívoca en el derecho civil.

En principio, la asunción voluntaria de un riesgo *no modifica la relación* de la víctima con los terceros que están en situación de causarle daño. En efecto, la simple circunstancia de participar voluntariamente en una actividad que supone algún riesgo no justifica al tercero por la realización del daño, porque del hecho de la víctima no se sigue intención alguna de liberarlo de responsabilidad. Así, cuando un pasajero sube a un taxi en mal estado de conservación sabe que el viaje supone algún peligro, pero no por eso está descargando al conductor del cuidado debido.

Para que la asunción del riesgo incida en el juicio de responsabilidad se requiere, por consiguiente, un acto de voluntad que va más allá de la mera participación en una actividad que supone algún peligro. Quien asume un riesgo acepta el específico peligro conexo a la actividad. Con todo, conviene tener presente que la voluntad de la víctima no reside en la aceptación del daño, sino del peligro, que se asume a riesgo propio.

Por eso, quien *acepta el riesgo* (típicamente a su vida o a su integridad personal) no necesariamente ejecuta un acto de disposición, que está sujeta a límites de licitud del objeto, según las reglas generales que rigen la validez de los actos jurídicos. Quien asume un riesgo acepta el específico peligro conexo a la actividad. Por eso, aun respecto de estos bienes indisponibles, es distinta la *renuncia a un derecho* que la *aceptación o la asunción de un riesgo* (*supra* N° 81 b y c). Puede afirmarse que si la probabilidad de daño hace que el riesgo devenga temerario, debiera entenderse que existe, en verdad, un acto de disposición respecto de bienes o derechos irrenunciables. Pero 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.

b) En su forma más elemental, la asunción voluntaria del riesgo supone una aceptación de las reglas del juego de una actividad peligrosa (*supra* N° 81 c). Sin embargo, la mera infracción a una regla formal no parece ser suficiente para dar por establecida la culpa, precisamente porque quien participa en un *deporte riesgoso* asume el riesgo de desviaciones, que razona-

blemente se pueden esperar en el marco de la competencia o del desafío personal. La participación en un deporte riesgoso supone implícitamente la aceptación del peligro que le pertenece por naturaleza (por eso, no toda falta en un partido de fútbol o en una carrera de automóviles genera responsabilidad).²²¹ En verdad, el deporte riesgoso es hoy un área especial del área de responsabilidad, en la medida que combina de un modo antes desconocido el placer hedonista con el peligro.²²²

Fuera del deporte también se pueden presentar situaciones de asunción voluntaria del riesgo. Así ocurre, por ejemplo, si alguien por la noche camina por un predio a oscuras para acortar camino y cae en un hoyo; o si alguien enseña a otro a manejar y es víctima del accidente que éste provoca.²²³ Lo común a estas hipótesis de asunción de riesgo parece ser la mala fe que supone la pretensión del demandante de atribuir al demandado responsabilidad, sin consideración de los *actos propios de la víctima*.

Por el contrario, la asunción de riesgos tiene su límite donde surgen especiales deberes de cuidado respecto de eventuales víctimas. El paradigma más extremo está dado por las relaciones laborales, donde nunca será aceptable la excusa de que el trabajador consintió en asumir una tarea riesgosa, al menos en el curso ordinario de su actividad;²²⁴ lo mismo vale para quienes tienen bajo su cuidado instalaciones susceptibles de provocar daños (instalaciones deportivas o de diversión, por ejemplo).

c) La asunción de riesgos por la víctima de un accidente es relevante al momento de juzgar las condiciones de responsabilidad del demandado o al determinar el monto de la indemnización.

Desde el punto de vista práctico pareciera que la decisión voluntaria de la víctima de haberse expuesto al peligro lleva inequívocamente a inferir que al menos acepta las consecuencias del *error ajeno*, descartándose la responsabilidad en la zona a menudo nebulosa entre el error y la culpa (*supra* N° 49). Precisamente de estas circunstancias se sigue que uno de los ámbitos más importantes de la asunción del riesgo sea la *responsabilidad médica*. El paciente que es informado de los riesgos estadísticos de error en una intervención y, bajo esas circunstancias, acepta que le sea practicada, asume a lo menos el riesgo de que el cirujano incurra en ese error probabilístico. El médico sólo puede ser hecho responsable si se le puede atribuir una negligencia concreta, que va más allá de las posibilidades de error y consiste en una manifiesta falta de diligencia o en impericia (*infra* N° 475).

d) Desde otra perspectiva, la asunción de riesgos puede ser un caso de aplicación de la regla del artículo 2330; porque supone un hecho voluntario de la víctima que contribuye a la materialización efectiva del daño. Aunque no pueda hablarse en sentido estricto de 'imprudencia' (porque la decisión

de asumir el riesgo puede ser por completo racional), la idea normativa que subyace tras esa disposición no es ajena a estos casos, porque, en definitiva, el fin de esa norma es que el demandado no corra con (al menos todos) los costos de decisiones de riesgo asumidas por el demandante.

e) Como se muestra en materia de riesgos médicos, para que se entienda asumido un riesgo, *la víctima debe estar informada*. En la medida que exista asimetría entre el conocimiento de quien realiza u ofrece la actividad riesgosa y de quien asume el riesgo de daño (*supra* N° 81 d), pueden surgir respecto de aquél deberes de información acerca de la entidad del riesgo (probabilidad e intensidad del daño). No puede entenderse que asume voluntariamente un riesgo quien no está en situación de conocerlo y de medirlo.²²⁵

f) En definitiva, la *asunción del riesgo* no exime a los demás de sus deberes de cuidado, pero *desplaza el riesgo en casos de mero error de conducta y permite definir en términos menos exigentes los deberes de diligencia* de los terceros;²²⁶ asimismo, hace inaplicables las presunciones de culpa que pudieren afectar al tercero agente del daño.²²⁷ Por eso, la mejor manera de entender el instituto no es como una causal de justificación, sino como un hecho voluntario de la víctima de exponerse al peligro, que debe ser sopesado con la culpa del demandado al momento de atribuir la responsabilidad.²²⁸ En el fondo, la asunción del riesgo es una variante de la hipótesis del artículo 2330, de la que se diferencia porque es una 'imprudencia' consciente.²²⁹

En pocos casos la justicia correctiva exige una atención más sutil a la relación entre el autor del daño y la víctima que cuando ésta participa en una actividad o autoriza una acción de tercero que resulta riesgosa por su naturaleza. El derecho debe buscar el equilibrio entre el acto implícito o explícito de disposición de su seguridad que la víctima ha realizado y el deber de cuidado que, aún en tales circunstancias, pesa sobre quien haya producido el daño.

295. Convenciones modificatorias de responsabilidad y asunción de riesgo. Un significativo paso más allá de la asunción del riesgo son las convenciones eximentes o modificatorias de responsabilidad, en cuya virtud se conviene contractualmente en la *aceptación del daño* (como ocurre con el

²²⁵ En un caso en que la parte demandada pretendía una rebaja de la indemnización por asunción del riesgo por la víctima, la Corte Suprema sostuvo que la exposición de las víctimas que autoriza la reducción prudencial de la indemnización según el artículo 2330 del Código Civil, supone necesariamente que éstas se hallen en situación de determinar la asunción del propio riesgo, ya que asumir es atraer para sí y sólo puede responsabilizarse de ello a quien se encuentra en la posibilidad de controlar y decidir por sí mismo frente al riesgo (CS, 18.1.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 4°, 3).

²²⁶ Viney/Jourdain 1998 517.

²²⁷ Mazeaud/Chabas 1998 683.

²²⁸ Deutsch/Ahrens 2002 86.

²²⁹ Este es también el camino adoptado por la jurisprudencia francesa (Viney/Jourdain 1998 516).

²²¹ Así, el muy comentado caso *Porsche* en Alemania (BGH, 1.4.2003, JZ 2004, 92).

²²² Carbonnier 2000 426.

²²³ Ejemplos de la jurisprudencia alemana, citados por Deutsch/Ahrens 2002 86.

²²⁴ Aunque el tema fue por largo tiempo decidido en el *common law* en el sentido inverso (Epstein 1999 204).

vecino que acepta contractualmente los ruidos que se siguen de una cierta actividad molesta), en un *menor grado de diligencia* (como ocurre con los vecinos que recíprocamente convienen en que sólo responderán de incendios forestales atribuibles a su culpa grave), o en un *nivel mayor de riesgo* (como ocurre con quien acepta los riesgos de defectos de un producto farmacéutico que está en etapa de desarrollo). A las convenciones sobre responsabilidad es dedicado más adelante un apartado especial (*infra* § 70; véase en particular N° 871).

296. Hecho de la víctima posterior al accidente. El caso del suicidio. Se ha visto que generalmente el mero hecho de la víctima no impide la atribución del daño al hecho culpable. La situación es análoga a la intervención de un tercero (*supra* N° 268). Por eso, como en el caso del tercero que interviene en la materialización de un daño posterior, el hecho de la víctima puede alterar de tal modo el curso de los acontecimientos, que el daño consecuente resulte extraordinario o anormal mirado desde la perspectiva del hecho negligente del tercero. La pregunta, por consiguiente, es si luego de la intervención voluntaria de la víctima, el daño consecuente aún puede ser normativamente imputado a la culpa inicial, según las reglas generales.

Particularmente difíciles son los casos de causalidad psicológica, en especial si derivan en un suicidio de la víctima. Es el caso, por ejemplo, de quien se quita la vida por la muerte del cónyuge o con posterioridad al *shock* nervioso producido por la muerte en un accidente de su hijo. La dificultad de la pregunta se muestra en la jurisprudencia comparada: atendidas las circunstancias, el suicidio es imputado al hecho culpable del tercero que desencadenó los acontecimientos (si la impresión era tan fuerte como para provocar una reacción que no le puede ser psicológica o normativamente atribuida), o es considerado un hecho voluntario de la víctima, que no puede ser imputado al hecho inicial, porque se entiende que no hay una relación de causa adecuada.²⁹⁰ Por lo general, esta parece ser la solución, porque el suicidio resulta ser el caso típico de una consecuencia extraordinaria, que no está en una relación de causa adecuada con el hecho del demandado.

²⁹⁰ Así, en la jurisprudencia francesa existen decisiones en uno y otro sentido, según sea la entidad de la impresión, la cercanía de las fechas y otros factores que resulten determinantes para decidir si existe una relación de adecuación entre el hecho y el daño (Méga Code § 1383 147). En Inglaterra se parte del supuesto de que el suicidio es un *novus actus*, que no puede ser imputado al hecho más remoto que lo provoca, a menos que se cumplan especiales circunstancias: así se ha estimado que se responde por el suicidio en que incurre el viudo pocos días después de la muerte de su cónyuge en un accidente; pero lo contrario se aplica, como regla general, cuando el suicidio puede ser considerado un acto voluntario que no está determinado por un desorden mental provocado por el accidente (Jones 2002 263).