

2375334

ENRIQUE BARROS BOURIE

120

346.8300

E27210

2006

c 3

# TRATADO DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL



CAPÍTULO I  
INTRODUCCIÓN A LA RESPONSABILIDAD  
EXTRA CONTRACTUAL

§ 1. EL LUGAR DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL EN EL DERECHO DE  
OBLIGACIONES

**1. La responsabilidad extracontractual como relación obligatoria.** a) Desde un punto de vista lógico, la responsabilidad civil es un juicio normativo que consiste en *imputar a una persona una obligación reparatoria en razón del daño que ha causado a otra persona.*<sup>1</sup>

b) A diferencia de lo que ocurre en el ámbito penal e infraccional, donde se contemplan ilícitos de mero peligro y se sancionan conductas tentadas y frustradas, *sin daño no hay responsabilidad civil.* Por eso, el daño es condición esencial de la responsabilidad patrimonial.<sup>2</sup>

Pero el daño es también el *objeto* de la acción, porque la acción indemnizatoria persigue la reparación en dinero de los perjuicios sufridos (*infra* N° 141). Las otras acciones, diferentes de la acción indemnizatoria, que se conceden a la víctima, como la de restitución en naturaleza al estado anterior al hecho del demandado, también están dirigidas a remover o poner término al daño (*infra* § 57).

c) El principio que inspira el orden de la responsabilidad patrimonial es *alterum non laedere.*<sup>3</sup> Sin embargo, como ocurre con los otros componentes de la idea de justicia en el texto clásico de Ulpiano, el principio de que no debemos dañar al prójimo es excesivamente general para definir por sí solo las condiciones de la responsabilidad.

En nuestra vida de relación estamos expuestos a incontables riesgos, en cuya ocurrencia intervienen terceros: contraemos por contagio una en-

<sup>1</sup> Kelsen 1934 83, Kelsen 1960 125.

<sup>2</sup> Excepcionalmente, la acción que surge de un ilícito civil puede estar dirigida a la restitución de un *beneficio* y no a la reparación de un daño, pero en tal caso difícilmente puede aun hablarse de *responsabilidad* (*infra* § 60).

<sup>3</sup> Digesto 1.1.10: "Es justicia la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno su derecho. (1) Estos son los preceptos del derecho: vivir honestamente, no dañar al prójimo, dar a cada uno lo suyo. (2) La jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y lo injusto".



fermedad; fracasamos en la postulación a un trabajo o a una beca, porque otro tenía mejores antecedentes; sufrimos un accidente en un establecimiento de comercio, porque las baldosas han sido recién enceradas; perdemos dinero, porque los administradores de una sociedad hacen malos negocios. El derecho de la responsabilidad civil establece los criterios y requisitos para que esos daños puedan ser normativamente atribuidos al tercero que los ha provocado, de modo que se justifique otorgar a la víctima una acción reparatoria.

d) Según un principio reiterado en el Código Civil (artículos 1437, 2284, 2314 y 2329),<sup>4</sup> la atribución de responsabilidad civil supone que el demandado haya incurrido en culpa, sea en la forma de dolo (delito civil) o de negligencia (cuasidelito civil). Pero la ley también establece, respecto de ciertos riesgos, hipótesis de responsabilidad basadas en la mera causalidad entre el hecho del demandado y el daño (responsabilidad estricta u objetiva). En uno y otro caso, establecidos los hechos respectivos, la ley da por constituida una *relación obligatoria* entre quien provocó el daño y quien lo sufrió.<sup>5</sup>

e) La obligación del civilmente responsable es usualmente indemnizatoria, esto es, tiene por objeto dar una suma de dinero que repare o compense los perjuicios sufridos por el acreedor; pero también puede tener por objeto que el deudor haga lo necesario para restituir al acreedor en naturaleza a la situación anterior a los perjuicios causados o no haga hacia adelante aquello que ha provocado el daño.

Así, la responsabilidad civil puede dar lugar a distintos tipos de *acciones*. La más generalizada es la que persigue la *indemnización* en dinero por los perjuicios sufridos. Pero también en sede extracontractual se reconoce una acción para que se *restituya* materialmente a la víctima a la situación anterior al daño; y una para *hacer cesar* el daño que está actualmente ocurriendo.

Este libro está construido sobre la base de que la acción indemnizatoria es la más general de las acciones de responsabilidad. Sin perjuicio de las referencias que se harán al tratar de la acción indemnizatoria, las acciones restitutorias y de cesación del daño serán analizadas en particular en el capítulo sobre las acciones a que da lugar el daño normativamente atribuible al demandado (*Capítulo XI*).

<sup>4</sup> En lo sucesivo, a menos que se exprese o que del contexto resulte que se hace referencia a otro cuerpo normativo, cada vez que en este texto se cite un artículo, debe entenderse que se hace referencia al Código Civil chileno.

<sup>5</sup> Destacando esa relación obligatoria, se ha resuelto que "la responsabilidad es un concepto jurídico que en su acepción civil implica la obligación en que se encuentra una persona de reparar y satisfacer el perjuicio o daño sufrido por otra" (Corte de Concepción, 10.8.2000, confirmado por la CS [cas. forma y fondo], 24.1.2002, GJ 259, 38); también se ha fallado que "la responsabilidad es la obligación en que se coloca una persona en orden a reparar adecuadamente todo daño o perjuicio causado" (Corte de Santiago, 10.7.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2ª, 83).



2. Preguntas que plantea la responsabilidad por daños. a) Algunos ejemplos cotidianos pueden ayudar a descubrir los tipos de preguntas que plantea a abogados y jueces el juicio de responsabilidad civil:

1) Un avión se precipita a tierra a consecuencias de un desperfecto técnico, causando la muerte de su tripulación y de sus pasajeros.

2) Un niño, que juega con una varilla metálica mientras camina sobre un puente, muere electrocutado al alcanzar uno de los cables eléctricos que alimentan el ferrocarril.

3) Una caldera industrial colapsa y ocasiona la muerte al trabajador que la manipulaba.

4) Una botella gaseosa estalla provocando la pérdida de un ojo del consumidor que se disponía a abrirla.

5) Un automóvil atropella a un peatón que cruza la vía a pesar de que el semáforo le indicaba detenerse.

6) Un hombre mayor sufre un colapso al presenciar un atropello mientras camina por la calle.

7) Un empresario pierde una importante oportunidad de negocios al quedar atrapado durante dos horas en un taco resultante del accidente causado por un tercero que conducía a exceso de velocidad.

8) Una anciana, a quien cuesta mucho conciliar el sueño, despierta cada vez que en el departamento superior llega tarde un joven bullicioso.

Casos tan diferentes entre sí plantean una pregunta común: aceptado que un tercero ha intervenido causalmente en la ocurrencia de un daño, ¿procede que la víctima sea indemnizada por ese tercero?

La respuesta a esta cuestión esencial está determinada por las condiciones que el derecho establece para que haya lugar a la responsabilidad civil: ¿basta que el tercero haya intervenido de cualquier modo en la ocurrencia del accidente, o es necesario, además, que su conducta sea reprochable? Este primer orden de preguntas define los principales *sistemas de atribución de responsabilidad*: el de responsabilidad estricta u objetiva, que (en su forma más simple) sólo exige una relación causal para que surja la obligación indemnizatoria, con la consecuencia de que quien desempeña una actividad asume todos los riesgos de accidentes que se derivan de realizarla; y el de responsabilidad por culpa, que exige, además, que el autor del daño haya actuado con negligencia o mala fe.

A su vez, la responsabilidad por *culpa* plantea la pregunta por los criterios para trazar la línea divisoria entre la diligencia y la negligencia. En el caso (2), ¿fue negligente la compañía ferroviaria al no tender una red protectora sobre los cables eléctricos, a efectos de impedir un accidente como el sufrido por el niño juguetero? O, al revés, ¿resulta excesivo exigir ese grado de prevención, porque son los padres quienes deben evitar que su hijo esté en situación de sufrir ese daño?

Cualquiera sea el sistema de responsabilidad, se ha visto que es necesario que la víctima haya sufrido un *daño*. Por cierto que los daños a que estamos expuestos por la acción de terceros son de las índoles más diversas: desde las recíprocas molestias de convivencia, en gran medida inevitables, como el caso 8), hasta la muerte del marido que mantiene a la familia,



como puede ser el caso 3). Surgen entonces preguntas como las siguientes: ¿qué daños se indemnizarán?; ¿por qué conceptos tiene la cónyuge del trabajador fallecido una pretensión indemnizatoria?; ¿puede ser reparado en dinero el sufrimiento de esa mujer o la pérdida de calidad de vida asociada a la pérdida del ojo por quien abría la gaseosa?; y si así fuere, ¿cómo se avalúa la pérdida de un ojo?

También es común a todos los sistemas de responsabilidad la pregunta por la conexión que debe haber entre el hecho del tercero y el daño. La doctrina ha llamado *causalidad* a este requisito de la responsabilidad, que se traduce en la exigencia de que exista alguna relación de razonable cercanía entre ambos factores. Así, por ejemplo, ¿puede atribuirse el daño en el caso 4) a la conducta del embotellador?; ¿debe extenderse la responsabilidad hasta efectos dañinos más bien extraordinarios, como ocurre en el caso 6)?; ¿sobre quién recae el riesgo en el caso 1), si no se puede determinar la causa precisa del defecto técnico que hizo colapsar al avión?

En los casos 1) y 4) existen contratos de transporte y compraventa, respectivamente: ¿están obligadas las víctimas a fundar su acción en el contrato o pueden escoger entre ésta y la acción de responsabilidad extracontractual? Y en los casos 3) y 4): ¿tiene influencia la condición particular de la víctima (trabajador y consumidor, respectivamente) a efectos de establecer la responsabilidad del causante del daño?

b) Las preguntas anteriores muestran cómo el derecho de la responsabilidad civil ha debido evolucionar hacia un complejo conjunto de principios y reglas, que a veces apuntan en direcciones diferentes. En circunstancias que el Código Civil sólo plantea criterios muy generales de responsabilidad, es inevitable que los aspectos más precisos de este ordenamiento hayan sido desarrollados en gran medida por la doctrina y la jurisprudencia.

**3. Responsabilidad contractual y extracontractual.** a) La distinción de Gayo entre el contrato y el ilícito como fuentes de las obligaciones ha constituido por casi dos mil años la gran división del derecho de obligaciones.<sup>6</sup> Sólo con el correr del tiempo la doctrina ha encontrado en el enriquecimiento sin causa, que también tiene origen romano, un tipo de obligaciones de generalidad comparable a esa gran división (*infra* N° 4).<sup>7</sup>

Los efectos del contrato incluyen la acción para exigir su cumplimiento y la acción indemnizatoria que se sigue de su incumplimiento. En nuestro Código Civil ambas materias están tratadas bajo el epígrafe 'Del efecto

<sup>6</sup> Inst. Gayo 3.88.

<sup>7</sup> En este libro se asume que las categorías del cuasidelito y del cuasicontrato carecen de sustento normativo material. En efecto, en la medida que la culpa es un requisito genérico de responsabilidad, que comprende indistintamente el dolo y la negligencia, carece de sentido práctico distinguir entre 'delitos' y 'cuasidelitos' civiles. La categoría del cuasicontrato, por su parte, es puramente residual y comprende diversas hipótesis de actos lícitos no convencionales que dan lugar a obligaciones restitutorias (*infra* N° 4).



de las obligaciones' (artículos 1545 y siguientes). En esta identificación de la responsabilidad civil con el incumplimiento contractual se muestra cómo el derecho de obligaciones, y de la responsabilidad civil en particular, se desarrolló a partir de la doctrina del contrato.<sup>8</sup>

En contraste, la responsabilidad extracontractual está desarrollada en un breve título, al final de las fuentes de las obligaciones (artículos 2314 y siguientes); y, siguiendo el modelo del Código francés, está construida bajo una cláusula general de responsabilidad por culpa o dolo y no contiene reglas especiales acerca de los efectos de la responsabilidad.

b) Tanto el incumplimiento del contrato como el ilícito no contractual son *fuentes de responsabilidad civil*: en ambos casos el deudor contrae la obligación de indemnizar los perjuicios sufridos por el demandante. En circunstancias que muchas de las preguntas son análogas en ambas sedes y que las normas legales sobre responsabilidad contractual sirven de referencia para construir los efectos de la responsabilidad extracontractual, parte de la doctrina (especialmente francesa) ha sostenido que la responsabilidad civil debe ser tratada bajo un estatuto único, que incorpore las hipótesis de responsabilidad contractual y extracontractual.<sup>9</sup> A pesar de que buena parte de las diferencias que tradicionalmente han sido planteadas entre ambos tipos de responsabilidad han sido superadas por la evolución doctrinaria y jurisprudencial (*infra* § 64), la experiencia muestra la conveniencia de cuidar la especificidad del contrato como instituto básico en una economía de intercambios, lo que lleva a mirar con recelo la construcción de un sistema unitario de responsabilidad.

c) Conviene resaltar que existe una *diferencia de grado* entre la obligación indemnizatoria que surge del contrato y del ilícito extracontractual. En efecto, mientras en el contrato existe una obligación principal, cuyo incumplimiento da lugar a una obligación indemnizatoria derivada, en sede extracontractual la relación obligatoria entre las partes recién nace del hecho que causa daño y que da lugar a la responsabilidad.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Esa es la estructura del tratado sobre las obligaciones de Pothier 1761 (1ª parte, Capítulo II) y del Código Civil francés (Título III, Capítulo III). La estructura ya se muestra en la sistematización tardía del derecho romano (Inst. Just. 3.13 y siguientes); a pesar de que la pandectística alemana del siglo XIX, que dio forma al BGB, intentó construir una parte general del derecho de obligaciones, no pudo evitar que sus normas atiendan preferentemente a la relación contractual.

<sup>9</sup> El tratamiento conjunto de la responsabilidad contractual y extracontractual se ha generalizado en Francia luego del tratado de los hermanos Mazeaud (Mazeaud *et al.* 1963); con una aproximación semejante, Yzquierdo 1993 83. En nuestro sistema jurídico se acostumbra seguir el esquema de Pothier, que el Código chileno toma del francés, donde bajo el epígrafe 'De los efectos de las obligaciones' se tratan esencialmente preguntas de responsabilidad contractual, dejando para la responsabilidad extracontractual el tratamiento diferenciado de sus elementos particulares (con énfasis en las diferencias con la responsabilidad contractual).

<sup>10</sup> La distinción entre obligaciones principales y derivadas fue planteada por Pothier 1761 N° 183; sobre su reconocimiento en la tradición analítica inglesa, especialmente en



La obligación principal que nace de un contrato consiste en cumplir lo convenido, de modo que la obligación indemnizatoria surge sólo una vez que el deudor ha incumplido esa obligación contractual (de primer grado). La responsabilidad contractual es un remedio que el derecho confiere al acreedor para hacer frente al incumplimiento de lo pactado. Así se explica que en materia contractual la acción de responsabilidad complementa o sustituya a la acción que tiene por objeto el cumplimiento en naturaleza de la obligación principal. La obligación indemnizatoria (obligación de segundo grado) tiene precisamente por fundamento y medida el incumplimiento de la obligación principal (o de primer grado).

Esta diferencia no es puramente teórica. En efecto, en materia contractual lo determinante es el acuerdo de las partes, al que la ley atribuye efecto obligatorio (artículo 1545). Ese acuerdo contractual determina el alcance de las obligaciones y, subsecuentemente, la responsabilidad que se sigue del incumplimiento. Por el contrario, la responsabilidad extracontractual tiene por antecedente los deberes generales de cuidado que nos debemos recíprocamente en nuestra actividad susceptible de dañar a terceros. Por eso, la fuente de la responsabilidad contractual es la *convención*, mientras que en sede extracontractual lo determinante es el *derecho*, que pone límites y establece consecuencias patrimoniales al *ejercicio negligente de nuestra libertad* (según el antiguo principio de justicia que ordena no dañar a los demás).

d) La más fuerte crítica a la distinción entre el contrato y el ilícito extracontractual ataca el corazón de la doctrina del contrato como acuerdo de voluntades. Se asume que en el tráfico contractual contemporáneo es usual que los acuerdos sólo residan en los aspectos esenciales del negocio, de modo que sus efectos están en gran medida determinados por la ley y por los deberes que impone la buena fe. Es el caso, por ejemplo, de los contra-

John Austin, Birks en Birks 1997 23. En Chile se ha fallado que "las fuentes de donde emana la responsabilidad civil, son las mismas que el artículo 1437 del Código Civil señala como origen de las obligaciones, y entre ellas aparecen las que surgen a consecuencia de la violación de un vínculo de obligación preexistente y aquéllas constituidas por la comisión de un hecho ilícito, ajena a todo vínculo jurídico anterior, mediando dolo o imprudencia" (CS, 6.11.1972, RDJ, t. LXIX, sec. 4ª, 181). También se ha expresado que "la culpa contractual y extracontractual están regidas por leyes diversas, que tienen alcance y extensión distintas. La primera se produce por incumplimiento o retardo del deudor de una obligación que nace del contrato, del cuasicontrato o de la ley. Y la segunda no tiene ningún nexo entre una parte y otra; se genera por hechos de personas extrañas entre sí, que no se pueden prever mediante convenciones preexistentes" (CS, 3.7.1951, RDJ, t. XLVIII, sec. 1ª, 252). Asimismo, la Corte Suprema ha sostenido que "la responsabilidad contractual es la que emana de la existencia de un vínculo previo entre la parte que reclama la indemnización y aquélla a la cual se demanda, y la responsabilidad extracontractual es aquella que deriva de un hecho ilícito que ha inferido injuria o daño en la persona o propiedad de otro. En ambos casos, establecidos sus requisitos de procedencia, conducen al resarcimiento respectivo, pero en la primera de ellas necesariamente debe existir una vinculación entre las partes y, en la segunda tal nexo no se presenta" (CS, 2.10.2003, F. del M. 515, 2956); en el mismo sentido, CS, 11.5.2004, GJ 287, 247; y CS, 7.10.2004, GJ 292, 220.



tos que se convienen mediante un mero comportamiento social típico, como subir a un microbús o comprar en un supermercado; o que están sujetos a condiciones generales de contratación, propuestas por la parte que hace una oferta contractual general y estandarizada. A ello se agregó cíclicamente durante el siglo pasado una tendencia a la regulación administrativa del contrato.

El acento en estos aspectos no negociados del contrato llevó a una parte de la doctrina, especialmente en la década de 1970, a proponer la incorporación de la categoría del contrato bajo el estatuto (supuestamente más general) de la responsabilidad por daños. El argumento principal ha sido que el elemento convencional del contrato tiende a desaparecer; sea de hecho, a consecuencia de las prácticas contractuales (como ocurre en los contratos masivos sujetos a condiciones generales de contratación), sea en razón de regulaciones legales o administrativas que limitan la facultad negociadora de las partes (como ocurre con el contrato dirigido).<sup>11</sup>

La experiencia, sin embargo, ha mostrado la conveniencia de mantener separadas ambas fuentes de obligaciones. Por elemental que pueda ser el consentimiento en algunas formas contractuales, el contrato cumple una función y responde a una lógica interna diferente a la de la responsabilidad extracontractual, de modo que, especialmente al momento de determinar las condiciones de la responsabilidad, es relevante si se trata del incumplimiento de un deber contractual o si se trata de la inobservancia de un deber general de cuidado.<sup>12</sup>

e) Por medio de un contrato se pueden regular riesgos que de lo contrario quedarían sujetos a un estatuto de responsabilidad extracontractual. En tal sentido, existe una cierta *prioridad relativa del contrato* respecto de la responsabilidad extracontractual. Sería el caso de un industrial que produce ruidos molestos que celebra contratos con todos sus vecinos para que acepten las turbaciones durante ciertos períodos de tiempo a cambio de una retribución convenida; en ese caso, el contrato regiría materias que de no haber mediado acuerdo serían tratadas según las reglas de la responsabilidad extracontractual (*infra* N° 841).

<sup>11</sup> Véanse, especialmente, Atiyah 1979 y Gilmore 1974 *passim*. En Chile, se ha fallado que "la línea divisoria entre los deberes de cuidado emanados del contrato y aquellos que emanan del deber general de no causar culpablemente daños a terceros, es muy borrosa en ciertos ámbitos del quehacer humano" (Corte de Concepción, 10.8.2000, confirmado por la CS [cas. forma y fondo], 24.1.2002, GJ 259, 38).

<sup>12</sup> En verdad, el mayor efecto que ha tenido el movimiento crítico ha sido remecer algunos supuestos radicalmente voluntaristas sobre los cuales está construida la doctrina tradicional del contrato, haciéndose cargo de los tipos contractuales que se alejan del modelo clásico del contrato negociado; la doctrina del contrato ha devenido en menos ingenua respecto de sus supuestos y se ha mostrado suficientemente flexible para abrir paso al discernimiento de las diversas realidades contractuales; al respecto es admirable la temprana lucidez de Raiser 1958 y Raiser 1960. Un fino análisis del principio del consentimiento como constitutivo de la obligación contractual en las formas contractuales contemporáneas puede consultarse en Smith 2004 323.



De hecho, desde un punto de vista analítico se puede asumir que las reglas de responsabilidad extracontractual podrían ser radicalmente sustituidas por contratos entre los agentes de riesgo y las potenciales víctimas.<sup>13</sup> El único límite está dado por las buenas costumbres y el orden público; así serían ilícitos en razón de su objeto, por ejemplo, los pactos que importen la condonación anticipada del dolo o la disposición de derechos irrenunciables, como la vida o la salud (*infra* N° 81 y § 70).

Más allá del importante aporte analítico que significa mirar las reglas de responsabilidad desde la perspectiva teórica de un mercado en que se transen todos los intereses, la regulación convencional de los riesgos generales de accidentes es por completo excepcional. Los riesgos a los que diariamente nos vemos enfrentados son tan difusos, que la negociación de contratos entre los potenciales causantes de daños y sus víctimas resulta inviable por los costos de obtener la información relevante y por los demás costos de transacción para llegar a acuerdos individuales con innumerable personas. Así, por ejemplo, las líneas aéreas están impedidas de negociar contratos con todos aquellos que podrían verse afectados en tierra por un eventual accidente, y lo mismo ocurre con los fabricantes de bebidas gaseosas o de medicamentos con los consumidores finales. De este modo, la atribución de riesgos por medio de contratos sólo es posible en aquellos casos excepcionales en que el riesgo y las potenciales víctimas son perfectamente identificables *a priori* y, además, se justifica el costo de negociar los acuerdos (*infra* N° 870).<sup>14</sup>

f) En consecuencia, la diferencia específica de las reglas de responsabilidad extracontractual radica en que se aplican a situaciones en que no existe una relación obligatoria previa entre la víctima y el autor del daño. Sobre las relaciones entre la responsabilidad contractual y la extracontractual se volverá extensamente al final de este texto (*Capítulo XII*).

**4. Responsabilidad extracontractual, obligaciones restitutorias y otras obligaciones cuasicontractuales.** a) La categoría de las *obligaciones cuasicontractuales* tiene poco interés, porque carece de un sustento normativo común. Su carácter es puramente residual. El concepto ya había sido empleado en el derecho romano tardío, pero no como una fuente autónoma de obligaciones, sino con referencia a relaciones que producen efectos análogos al contrato.<sup>15</sup> Bajo ese concepto quedan comprendidas obligaciones de diversas fuentes, que sólo tienen en común no provenir ni de delito ni de contrato.

<sup>13</sup> Sobre la lógica económica de tales acuerdos, Coase 1960 83, Calabresi 1970.145.

<sup>14</sup> En haber mostrado la diferencia entre el esquema analítico que permite concebir las relaciones recíprocas sobre la base de un sistema de contratos y las restricciones impuestas por la realidad radica el mérito más importante de Coase 1960.

<sup>15</sup> Las Inst. Just. 3.37 hablan de los cuasicontratos como "obligaciones que no nacen, propiamente hablando, de un contrato, pero que, sin nacer tampoco de un delito, parece que nacen *como* de un contrato" (énfasis mío). Sobre este aspecto modal y no sustantivo del concepto de cuasicontrato en el derecho romano, Guzmán 1996 I 707.



Algunos cuasicontratos provenientes del derecho romano presentan alguna analogía contractual (la agencia de negocios con el mandato; la comunidad con la sociedad; el pago de lo no debido con el mutuo), pero no es el caso de las obligaciones que nacen de la tutela, del legado modal y, muy especialmente, de los diversos tipos de *condictio*, que anteceden al instituto moderno del enriquecimiento sin causa.<sup>16</sup> Con razón, en el derecho moderno se evita usar la categoría del cuasicontrato, pues no hay reglas comunes que se apliquen a todos los supuestos que comprende de manera residual.<sup>17</sup>

b) La decadencia del cuasicontrato contrasta con el interés adquirido por la institución del *enriquecimiento sin causa*, que ha devenido en una fuente general de obligaciones restitutorias. A diferencia de la responsabilidad patrimonial, que tiene por objeto esencial indemnizar los daños que se siguen de un ilícito civil, la acción de enriquecimiento sin causa se dirige a obtener la restitución de los beneficios que el deudor ha recibido sin derecho, como típicamente ocurre en el pago de lo no debido (artículo 2300).

El enriquecimiento sin causa ha llegado a ser una fuente general del derecho moderno de las obligaciones.<sup>18</sup> Su lógica interna responde nítidamente a un fundamento de justicia correctiva, porque mediante una restitución se corrige el injusto de que alguien haya obtenido sin justificación un beneficio a expensas del demandante.<sup>19</sup> Desde el punto de vista de la naturaleza de la acción, el enriquecimiento sin causa da lugar a una *obligación restitutoria*, porque su objeto es recuperar aquello que el demandado injustamente ha recibido.<sup>20</sup>

<sup>16</sup> Kaser 1971 I 592 y II 421, Zimmermann 1990 838.

<sup>17</sup> A ello se agrega que el cuasicontrato tampoco es comprensivo de todas las obligaciones que provienen de hechos lícitos y que se adquieren sin convención. Descartadas las hipótesis de responsabilidad estricta u objetiva, que son una forma de responsabilidad en cuanto a sus efectos, no quedan comprendidas, por ejemplo, las obligaciones restitutorias que siguen a la declaración de nulidad y a la resolución de un contrato, las obligaciones *propter rem* del usufructuario, ni las demás que consideraba el derecho romano tardío (obligaciones de los guardadores y del legatario modal).

<sup>18</sup> En verdad, en el derecho de obligaciones contemporáneo se tiende a distinguir tres fuentes principales (contrato, ilícito y enriquecimiento sin causa), a lo cual se agregan otras obligaciones de fuentes diversas, incluidas las propiamente legales (Birks en Birks 1997 19). El instituto del enriquecimiento sin causa aparece formulado con bastante generalidad ya por Pomponio (Digesto 50.17.206), pero su establecimiento como criterio general de clasificación de obligaciones parece provenir de Grocio (Zimmermann 1990 885).

<sup>19</sup> Weinrib en Birks 1997 44.

<sup>20</sup> El ámbito de las obligaciones restitutorias es muy extenso en derecho civil. Además de las obligaciones que provienen del pago de lo no debido y de la hipótesis general de enriquecimiento sin causa (*condictio sine causa* del derecho romano), surgen obligaciones restitutorias de la nulidad (prestaciones mutuas), de la condición resolutoria, de las recompensas en la sociedad conyugal, de la obligación de compensar gananciales en el régimen de participación y de los cuasicontratos de agencia oficiosa (artículo 2290) y de comunidad (artículos 2307 y 2308). En el *common law*, el derecho de *restitutions*, entendido como el correctivo legal al enriquecimiento injusto, ocupa un lugar al lado de los *contracts* y *torts* en la exposición del derecho de obligaciones (Birks 1985 9).



c) En materia de responsabilidad extracontractual también suelen surgir obligaciones restitutorias, que complementan o sustituyen a las obligaciones propiamente indemnizatorias. En la medida que ello resulta posible, la víctima de un daño tiene derecho a exigir del responsable su restablecimiento al estado anterior al hecho ilícito, para lo cual puede exigir ser restituida en naturaleza en el goce del bien que le ha sido privado (*infra* § 57).

Por otro lado, también puede ocurrir que del hecho ilícito se siga para el responsable un beneficio mayor que el daño sufrido por su propietario (quien incluso puede no haber sufrido daño alguno, como cuando se usa sin deterioro su propiedad). En estos casos, el hecho ilícito puede dar lugar a una acción restitutoria de los beneficios injustamente obtenidos, de acuerdo a un criterio análogo al enriquecimiento sin causa (*infra* § 60).

§ 2. MODELOS DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD Y RIESGOS

**5. Responsabilidad civil, seguros de accidentes y seguridad social.** a) Como se ha visto, el objeto del derecho de la responsabilidad civil es establecer los requisitos para que el daño sufrido por una persona dé lugar a una acción reparatoria. El principio jurídico subyacente es que cada cual corre con sus propios riesgos de daño, a menos que haya una razón jurídica para atribuirlo a un tercero. En otros términos, a menos que se cumplan los requisitos de la responsabilidad, "el principio general es que la pérdida de un accidente debe quedar donde caiga".<sup>21</sup>

Ese principio tiene su fundamento moral en el orden de libertades que nos posibilita desarrollar nuestros planes de vida, porque de la misma manera como nos beneficiamos de la convivencia, recíprocamente debemos soportar los costos que surgen de esas relaciones. Lo mismo vale desde un punto de vista pragmático, porque se desincentivaría la espontaneidad de la vida en común si tuviéramos que asumir cualesquiera consecuencias imprevisibles e incontrolables que se derivan de nuestros actos. Una sociedad regida por un principio extenso de responsabilidad sería asfixiante, porque cada daño daría lugar a la búsqueda de un responsable, en la medida que casi siempre hay algún tercero cuya acción u omisión pudo evitar el perjuicio.

b) Por consiguiente, la pregunta esencial que plantea la responsabilidad civil dice relación con las razones que el derecho considera suficientes para que el costo de los daños sea atribuido a un sujeto distinto de la víctima.

<sup>21</sup> Holmes 1923 95. En el mismo sentido, Alessandri 1943 109, quien, refiriéndose a la teoría clásica de la responsabilidad basada en la culpa y siguiendo a Demogue señala: "Según ella, como los hombres pueden actuar libre e independientemente, cada uno debe recoger los beneficios que le proporcionen la suerte o su actividad y soportar los daños causados por la naturaleza o el hecho ajeno. No basta que un individuo sufra un daño en su persona o bienes para que su autor deba repararlo, es menester que provenga de un hecho doloso o culpable; sin dolo o culpa no hay responsabilidad".



En contraste, sin embargo, la racionalidad práctica nos indica que el legislador actuaría con ceguera si no establece correctivos de justicia distributiva donde no se puede dejar a la víctima entregada a su suerte.<sup>90</sup> Ahí está el origen de la práctica universal de establecer sistemas de seguros obligatorios por accidentes del trabajo y de vehículos motorizados (así como para establecer sistemas generales de seguridad social). Por cierto que los sistemas de responsabilidad civil estricta también satisfacen esta finalidad distributiva. Pero existiendo el camino de los seguros, parece preferible que la responsabilidad estricta sólo sea introducida cuando *también* se justifica por razones de justicia correctiva (*infra* N<sup>os</sup> 307 y siguientes), reservando el seguro social o el privado obligatorio para los demás casos.

§ 4. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS

**22. Desde la venganza privada hacia mecanismos institucionales de sanción y compensación.** a) El régimen dominante de responsabilidad en las primeras culturas parece haber sido la responsabilidad estricta, determinada por el solo resultado dañoso. Sin embargo, ello no se debía a un particular concepto moral o jurídico de responsabilidad, sino a que la mayoría de los daños eran efectivamente atribuibles a la voluntad de dañar. Puede asumirse entonces que el fundamento implícito de la responsabilidad era el ilícito voluntario que dominaba las acciones que producían daño (hurto, lesiones, homicidio).<sup>91</sup> En verdad, "en una época en que la vida era notoriamente brutal y corta, la sola idea de un daño no intencional parece un poco extravagante".<sup>92</sup>

b) A falta de instituciones políticas y judiciales, la retribución era tarea (y deber) del clan al que pertenecía la víctima. Los primeros atisbos de derecho, aun antes de que existiera propiamente un órgano jurisdiccional establecido, consisten en procedimientos para neutralizar la venganza privada (instancias de apaciguamiento). Así, Evans-Pritchard, en su detallada investigación de las costumbres del pueblo Nuer, mostró que a la siga de un delito, la labor de mediación era asumida por el 'jefe de la piel de leopardo', quien carecía de imperio para obligar a la familia de la víctima a renunciar a la violencia, pero que gracias a la autoridad que le era reconocida espontáneamente prestaba amparo al autor del daño, a la espera de que el tiempo calmara las pasiones y que la violencia pudiese ser sustituida por una reparación económica.<sup>93</sup>

Una práctica semejante refiere detalladamente Isak Dinesen en sus *Memorias de África*. Relata el caso de un niño que mató accidentalmente a otro al manipular un arma de fuego, provocando una tensión entre los

<sup>90</sup> Honoré 1999 93.

<sup>91</sup> Kaser 1971 I 135 y 503.

<sup>92</sup> Fleming 1985 2.

<sup>93</sup> Evans-Pritchard 1940 162.



clanes tribales, que es atemperada mediante un largo proceso de negociación, con intervención de autoridades mediadoras informales, que también culmina con una reparación en cabezas de ganado.<sup>94</sup>

c) El principio retributivo es seguido por los primeros códigos conocidos de la antigüedad. El Código de Hammurabi (siglo XVII a.C.) establece nítidamente la ley del talión,<sup>95</sup> sin perjuicio de contemplar también la compensación en dinero por daños no personales.<sup>96</sup> La Ley de las XII Tablas (siglo V a.C.), primera formulación escrita del derecho romano, también establecía la ley del talión,<sup>97</sup> pero dejaba abierta la puerta para que privadamente se pactara una compensación.<sup>98</sup>

d) La evolución del derecho romano de la responsabilidad civil muestra que sus orígenes punitivos siguieron marcándolo en épocas posteriores. Los romanos distinguieron delitos públicos y privados. Los primeros interesaban a la ciudad (sacrilegio, traición) y eran castigados con sanciones propiamente penales. Los segundos estaban entregados a formas institucionalizadas, que tendían a transformar sus efectos corporales en patrimoniales. Por eso, la obligación en dinero que surgía de los delitos no era una reparación, sino una multa penal. Ante todo, era frecuente que los delitos típicos (*furtum, damnum iniuria datum*) dieran lugar a penas pecuniarias en beneficio de la víctima, que eran por el duplo o el cuádruplo del daño efectivo.<sup>99</sup> Por otro lado, la obligación que surgía del ilícito se extinguía por la muerte del causante del daño (la sanción penal era intransmisible); y no tenía una función compensatoria, porque se permitía, en caso de concurrencia de responsables, la acumulación de los créditos en contra de cada uno de ellos.<sup>100</sup>

Esta naturaleza penal de la indemnización subsistió incluso hasta el derecho romano tardío. Posteriormente, con la excepción del derecho francés, fue tomada por el derecho europeo de la alta edad media, porque el juez estaba facultado para fijar la indemnización en relación con la gravedad de la acción, con la consecuencia de que podía traducirse en una ganancia patrimonial para la víctima.<sup>101</sup>

e) Sólo con la configuración del estado nacional comienza a consolidarse la separación del derecho penal y el civil que conocemos en nuestra época. La concentración del poder público y la burocracia estatal hicieron posible la persecución pública de los antiguos delitos privados; correlativamente, se desarrolló el concepto de la responsabilidad civil como una obligación de indemnizar los perjuicios efectivamente causados. Este concepto se generali-

<sup>94</sup> Dinesen 1937, capítulo 2.

<sup>95</sup> Por ejemplo, §§ 195-197, 229, 230.

<sup>96</sup> Por ejemplo, §§ 198, 199, 231, 232.

<sup>97</sup> XII Tablas 8.2-6.

<sup>98</sup> XII Tablas 8.2.

<sup>99</sup> Kaser 1971 I 498.

<sup>100</sup> Ídem 612.

<sup>101</sup> Coing 1985 I 504.



zó en las doctrinas modernas del derecho natural y fue recogido por las codificaciones.<sup>102</sup> Con todo, la idea de pena civil sigue latente en el derecho contemporáneo, como se verá al tratar del daño (*infra* N° 198).

**23. Desde el casuismo hacia los principios generales.** a) El derecho romano de la responsabilidad civil introdujo la distinción entre los ilícitos dolosos y los culposos, llegando a constituir la negligencia una categoría autónoma respecto de los ilícitos voluntarios.<sup>103</sup> Sin embargo, la culpa estuvo siempre asociada a *tipos de ilícitos*, que la doctrina fue distinguiendo, especialmente a partir de las hipótesis básicas de la *lex Aquilia*. Esta tipificación estuvo acompañada del desarrollo de un concepto objetivo de culpa (*infra* N° 42),<sup>104</sup> pero la evolución no llevó en el derecho romano clásico a que se formulara un principio abstracto de responsabilidad por negligencia.<sup>105</sup>

b) La evolución hacia una fórmula general de responsabilidad por negligencia estuvo marcada por la inclinación del pensamiento moderno hacia la abstracción y la generalidad. Este camino ya había sido avanzado por los juristas del derecho común, que habían aplicado la *lex Aquilia* romana a todas las hipótesis de daños a las cosas y la *actio iniurarum* a cualesquiera daños corporales.<sup>106</sup>

El paso definitivo es dado por la escuela racionalista del derecho natural, que introduce a partir de Grocio una cláusula general de responsabilidad por culpa.<sup>107</sup> Sin embargo, la forma que adquiriría la codificación francesa estuvo determinada principalmente por el espíritu universal de Pothier, que asume el esfuerzo de dar forma racional a la tradición romana y a las antiguas costumbres de ancestros germánicos.<sup>108</sup>

<sup>102</sup> Ídem 506.

<sup>103</sup> Inst. Gayo 3.211.

<sup>104</sup> En el derecho romano oriental, bajo influencia de la filosofía griega y de la ética cristiana, hubo un cierto renacimiento de la idea de reprochabilidad moral, no sólo en el dolo, sino también en la negligencia, y se introdujeron nuevas distinciones, cuyo efecto fue privar de su dinamismo a los tipos abiertos descritos por los juristas clásicos (Kaser 1971 II 348).

<sup>105</sup> En las compilaciones bizantinas se construyó la figura genérica de las obligaciones que nacen *quasi ex delicto*. Sin embargo, este concepto de cuasidelito se refiere a los tipos de negligencia a que se ha hecho referencia y a determinadas figuras en que no puede hablarse propiamente de negligencia, pero que son tratadas como tal, como ocurre con la responsabilidad por la caída de un objeto desde la parte superior de una edificación (Inst. Just. 4.5, en relación con 3.13).

<sup>106</sup> Coing 1985 I 506.

<sup>107</sup> La síntesis del método generalizador de la modernidad y de la tradición medioeval tardía se expresa en la fórmula de Grocio sobre las fuentes de las obligaciones: "Hay tres razones para que se nos deba algo: contrato, culpa y ley (...). Nos referiremos ahora a las obligaciones que el derecho natural hace nacer de los actos ilícitos. Ilícitud se denomina aquí culpa y consiste en un acto u omisión que infringe lo que los hombres deben hacer bajo toda circunstancia o según sus calidades especiales. De tal culpa nace en razón del derecho natural la obligatoriedad de reparar los daños provocados" (Grocio *Del Derecho de la Guerra y de la Paz* 6.17).

<sup>108</sup> Pothier 1761 N° 116. Sobre las influencias romanas y germánicas en Pothier, Stein 1996 158.



En materia de responsabilidad civil, estas ideas se tradujeron en una regla general, asumida por los códigos del siglo XIX, cuya expresión más célebre se encuentra en el artículo 1382 del Código francés: "Todo hecho cualquiera del hombre, que causa daño a otro, obliga a quien por cuya culpa ocurrió a repararlo".

Andrés Bello señala como fuente del artículo 2314 del Código Civil la ley 6, título XV, Partida VII de las Siete Partidas (siglo XIII), un texto romano-canónico representativo del espíritu romanista de la tardía Edad Media.<sup>109</sup> El carácter casuista de este texto, sin embargo, es incompatible con la idea de establecer un principio general. La regla general del artículo 2314 sigue más bien la tradición jurídica moderna, especialmente del Código Civil francés, como ocurre generalmente en materia de obligaciones.

c) La evolución no fue del todo distinta en el *common law*. Si bien hasta ahora conserva cierto casuismo arcaico, siguiendo la vieja tradición romana de los ilícitos específicos (que se denominan *torts*, y que, en general, están regidos por reglas de responsabilidad estricta), ya en el siglo XIX la jurisprudencia estableció una regla general de responsabilidad por negligencia, que pasó a ser el derecho común de la responsabilidad a falta de otro estatuto jurídico específico. De este modo, en el *common law*, en forma análoga a lo ocurrido en la tradición continental, se responde por culpa, entendiéndose por tal la infracción de un deber de cuidado que el autor del daño tenía respecto de la víctima.

Hasta hoy subsiste la discusión acerca de los efectos que tuvo en el sistema de responsabilidad civil la consolidación, en el siglo XIX, de la negligencia como criterio de responsabilidad.<sup>110</sup> Según una opinión dominante, la introducción de esta regla general produjo un efecto expansivo, porque si bien con anterioridad la responsabilidad era generalmente estricta, de acuerdo con los antiguos *torts* específicos, la idea de negligencia cubrió genéricamente todas las posibles hipótesis de daños, rompiendo el esquema casuístico del antiguo derecho.<sup>111</sup> Así, por un camino jurisprudencial, aunque probablemente bajo alguna influencia de la tradición del derecho civil, en el *common law* también se ha llegado a un ordenamiento de la responsabilidad que reposa sustancialmente en la idea genérica de negligencia, sin perjuicio de los estatutos especiales de responsabilidad estricta tradicionales o introducidos por la legislación.

**24. Tendencias de la responsabilidad en el derecho contemporáneo.** Los principios generales de la responsabilidad por culpa, establecidos a partir del *usus modernus* y de la escuela del derecho natural se mantienen hasta nuestros días como criterios básicos para atribuir responsabilidad.<sup>112</sup>

<sup>109</sup> Proyecto de 1853, artículo 2478.

<sup>110</sup> Fleming 1985 19.

<sup>111</sup> Rabin en Rabin 1983 44, Epstein 1982 280.

<sup>112</sup> Zweigert/Kötz 1996 598.



Con todo, la extrema generalidad del principio de responsabilidad por culpa, que fue el resultado de un proceso de concentración conceptual desde los ilícitos específicos del derecho antiguo, ha tendido a plantear un proceso inverso de diferenciación, que ha devenido en un sistema de responsabilidad civil crecientemente más complejo (como se verá a lo largo de este libro).

Aunque el principio de la culpa se ha mostrado como un criterio de atribución de responsabilidad general y adaptable, la evolución del sistema de responsabilidad civil en su conjunto ha estado determinada en el último siglo por algunas tendencias que han cruzado transversalmente (aunque con intensidades diferentes) todos los sistemas jurídicos. Ellas responden a cambios en los valores (especialmente a la creciente expectativa de seguridad que se asocia al aumento de la riqueza), a la evolución objetiva de los riesgos y al desarrollo paralelo de técnicas que permiten controlarlos. Algunas de estas tendencias se anticipan sumariamente a continuación.

a) **Responsabilidad civil y seguro.** Un cambio sustancial se muestra, ante todo, en las relaciones de la responsabilidad civil con otros sistemas de reparación de daños. Existe una creciente *superposición de la responsabilidad civil con sistemas de seguros de accidentes*, públicos y privados. Tradicionalmente, el seguro de responsabilidad civil protegía sólo al asegurado, que evitaba así el riesgo de pagar indemnizaciones. Pero la legislación ha creado seguros obligatorios contra daños propios (salud, por ejemplo) o contra daños de terceros (típicamente de accidentes del trabajo y de tránsito).<sup>113</sup> Estos seguros tienen fines distributivos y garantizan a la víctima una compensación por los daños sufridos. Desde un punto de vista funcional, el seguro obligatorio de daños propios (que cubre los daños que sufre el asegurado) o de daños a terceros (donde cada cual asegura los daños que por cualquier causa pueda provocar a otros) distribuye los costos de los daños entre todos los candidatos a víctimas, porque cada cual paga una prima que aleatoriamente beneficiará a quienes llegarán a ser víctimas de daños. A su vez, el fin último del seguro obligatorio es garantizar la compensación de la víctima, al proveerle de reparación, cualquiera sea la causa del accidente. El establecimiento de seguros obligatorios recae especialmente en actividades que aleatoriamente amenazan a muchas personas (accidentes del tránsito, por ejemplo) o cuyas víctimas son objeto de especial protección (accidentes del trabajo, típicamente).

En circunstancias que los seguros de daños a terceros concurren parcialmente con las normas de responsabilidad (porque un mismo daño puede ser objeto de responsabilidad civil y estar cubierto por un seguro), se plantean problemas técnicos de concurrencia de acciones provenientes del contrato de seguro y de la responsabilidad civil (*infra* § 58 h). En principio, ello no debiera plantear dificultades, porque se trata de distintas causas de pedir; sin embargo, ha sido frecuente que se desarrollen presio-

<sup>113</sup> Sobre la delimitación conceptual de seguros de daños y de responsabilidad *infra* N° 856.



nes para que el sistema de responsabilidad civil observe los mismos principios del seguro y pase progresivamente a ser considerado como garantía de la compensación.

Esta última tendencia es resistida en este libro, porque provoca que la responsabilidad civil se disuelva en los sistemas de seguro obligatorio y de seguridad social, cualquiera sea su estructura. De la circunstancia que la responsabilidad civil tenga un lugar secundario como instrumento de compensación (por la generalización de los seguros obligatorios de daños y de la seguridad social), no se sigue que su justificación sea la misma del seguro. Mal que mal, el seguro es establecido precisamente porque la responsabilidad civil no puede actuar como garantía general de compensación de daños (*supra* N° 5 y especialmente *infra* N° 859).

**b) Posición estratégica de las partes en materia probatoria.** Una segunda tendencia es interna al sistema de responsabilidad por culpa, en cuanto atiende a la posición estratégica de las partes en el juicio de responsabilidad. El requisito de la culpa y la causalidad imponen a la víctima el deber de probar que el daño sufrido se debe al hecho culpable del demandado. En casos típicos, como los accidentes del tránsito, esta prueba es sencilla, pues basta probar la infracción a la regla del tránsito que ocasiona un daño. En otras ocasiones, sin embargo, la prueba de la culpa o de la causalidad puede ser en extremo dificultosa para la víctima, atendida la situación de desequilibrio estratégico en que se encuentra respecto del demandado (que controla la información). Es el caso, por ejemplo, de los productos defectuosos que causan un daño: el consumidor usualmente no está en condiciones de probar la negligencia que provocó en concreto el defecto, de modo que bajo el principio general sobre carga de la prueba, lo más probable es que quede en la indefensión.

El más eficiente correctivo en estos casos son las *presunciones de responsabilidad*, que invierten la posición estratégica que las partes tienen en el juicio de responsabilidad. Las presunciones de responsabilidad por el hecho ajeno (de dependientes) y por el hecho propio (de quien genera un daño en ejercicio de una actividad peligrosa, por ejemplo) se pueden justificar por razones de justicia, porque se hacen cargo de la posición efectiva de las partes para proveer de prueba, y de eficacia preventiva, porque impiden que crezca la cifra negra de accidentes culpables, pero que no generan costos indemnizatorios para quien negligentemente los provoca.<sup>114</sup>

**c) Culpa anónima o en la organización.** Desde el derecho romano, *el concepto civil de culpa tiene un carácter objetivo*, esto es, supone comparar la conducta efectiva con un estándar general de conducta. Esta característica favorece la expansión de la responsabilidad, porque simplifica la prueba y establece estándares generales y adaptables a las expectativas recíprocas de comportamiento. Aun así, suele ser muy difícil, especialmente en procesos productivos complejos, identificar la acción culpable concreta que da lugar al accidente. En estos casos, la única manera razonable de construir el

<sup>114</sup> *Infra* §§ 14, 17 y 18.



juicio de culpabilidad es haciendo referencia al estándar de conducta que en tales condiciones podía esperarse del demandado organizado como empresa (*infra* N° 129). Así se puede prescindir de la acción humana individual y radicar el ilícito en la empresa, entendida como organización (*infra* § 18). El mismo principio inspira la responsabilidad de la Administración del Estado por falta de servicio (*infra* § 40).

**d) Expansión del daño reparable.** El concepto general de negligencia, en la medida que escapa a la tipificación de ilícitos del derecho romano, abrió también la puerta para que pudieran ser indemnizados cualesquiera daños que sufra la víctima. Así y todo, la codificación civil fue muy escéptica respecto de la reparación de los llamados *daños morales*, porque el ámbito del derecho de obligaciones estaba exclusivamente radicado en las relaciones patrimoniales. De hecho, la única norma del Código Civil que les hace referencia es para negarles efectos indemnizatorios (artículo 2331). Uno de los desarrollos jurisprudenciales más impresionantes del derecho contemporáneo de la responsabilidad civil radica precisamente en la aceptación de la reparación del daño moral. En ello ha influido la creciente importancia de los derechos de la personalidad y el asentamiento del principio de la reparación de todo daño. Con todo, los juristas más conscientes siempre han tenido presente que esta expansión debe estar acompañada de la definición de sus límites, atendida la extensión inabordable de los intereses no patrimoniales que pueden verse afectados por la acción de terceros y las graves dificultades de evaluación en dinero de bienes e intereses que por definición no son objeto de intercambios.

A diferencia de lo ocurrido en otras materias del derecho de la responsabilidad civil, la irrupción *extra legem* de la responsabilidad por daño moral no ha estado sujeta a directivas prácticas probadas por la experiencia. De ahí también la urgencia de que la evolución esté sujeta a mayor control jurisdiccional y a un discernimiento doctrinal crítico (*infra* N° 201). En verdad, hay pocas materias en el derecho de la responsabilidad civil que generan mayores diferencias en el derecho comparado contemporáneo que la definición de los daños no patrimoniales indemnizables y la extensión que debe adoptar su compensación (*infra* § 25).

**e) Estatutos de responsabilidad estricta u objetiva.** Finalmente, respecto de ciertos riesgos el estatuto general y residual de responsabilidad por culpa es reemplazado por uno de *responsabilidad estricta*, por razones de justicia correctiva o de políticas públicas. Como se ha adelantado, la reseña de las justificaciones para la introducción de regímenes de responsabilidad estricta quedará en suspenso para una etapa posterior de este libro (*infra* §§ 36 y 37). Entretanto, queda por reiterar que buena parte de la abundante literatura sobre los fundamentos filosóficos y económicos de la responsabilidad civil reside precisamente en la pregunta por las razones y circunstancias que justifican la introducción de este tipo de responsabilidad.



§ 5. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD POR CULPA O NEGLIGENCIA  
EN EL DERECHO CHILENO

**25. Principio de responsabilidad por el propio injusto como régimen general y supletorio.** a) El derecho de la responsabilidad civil debe resolver en concreto el punto en que el ejercicio de la libertad de unos entra en colisión con los intereses de otros, en términos que nace para éstos el derecho a ser reparados en los daños que han soportado. De acuerdo con el principio de que cada cual soporta sus daños, a menos que haya una razón para atribuir a un tercero la obligación de repararlos (*casum sentit dominum*), la pregunta esencial que plantea la responsabilidad civil se refiere precisamente a las razones que justifican darla por establecida. En otras palabras, sólo habrá responsabilidad en la medida que se cumplan los requisitos que el propio derecho establece. Como ya ha sido discutido, esta es una pregunta común a todos los sistemas de responsabilidad civil, en la medida que no resulta imaginable un ordenamiento que imponga responsabilidad por todos y cada uno de los daños que nos ocasionamos recíprocamente con ocasión del tráfico espontáneo en que participamos.

b) La razón más general para la atribución de responsabilidad en nuestro sistema jurídico es que el daño se deba a la *culpa o negligencia* del demandado (o de una persona por quien éste responda). La idea de culpa aparece en todas las normas que establecen el sistema general de responsabilidad en el derecho chileno (1437, 2284, 2314 y 2329). Este régimen de responsabilidad exige como condición para que el daño sea atribuido a un tercero que sea el resultado de una acción ejecutada con dolo o con la mera infracción a un deber de cuidado.<sup>115</sup> De este modo, como se ha visto, el principio de la responsabilidad por culpa cumple, a la vez, la función de ser el fundamento y el límite de la responsabilidad: por regla general, el dolo y la negligencia dan lugar a responsabilidad civil y, en contraste, sólo se responde si se ha incurrido en dolo o negligencia.<sup>116</sup>

c) Atendida su generalidad, la responsabilidad por culpa o negligencia es el régimen común y supletorio de responsabilidad en el derecho chileno, aplicable a todos aquellos casos que no están regidos por una regla especial diversa.

**26. Elementos del juicio de responsabilidad por culpa o negligencia.** a) Los requisitos de la responsabilidad civil por culpa o negligencia pueden ser ordenados en cuatro grupos: *i*) una acción libre de un sujeto capaz, *ii*) realizada con dolo o negligencia, *iii*) que el demandante haya sufrido un daño y *iv*) que entre la acción culpable y el daño exista una relación causal

<sup>115</sup> Así, se ha fallado que "no puede afirmarse que todo accidente que infiera daños importe de suyo falta o culpa imputable a persona determinada, porque es menester, para que exista un cuasidelito, que el perjuicio producido provenga de un hecho ilícito o bien de la omisión de actos de cuidados o diligencia requeridos por la ley" (CS, 21.9.1923, RDJ, t. XXII, sec. 1ª, 481).

<sup>116</sup> Larenz/Canaris 1994 352.



suficiente para que éste pueda ser objetivamente atribuido al hecho culpable del demandado. La doctrina y la jurisprudencia nacionales comparten esta enumeración de requisitos.<sup>117</sup>

b) A pesar de que la culpa civil no implica un juicio subjetivo de reproche al autor del daño, el derecho exige que la acción por la cual el sujeto responde le sea atribuible como su *acción libre*. Este requisito elemental de atribución subjetiva se descompone en los requisitos de que el sujeto responsable sea *capaz* y haya actuado de una manera que resulte imputable a su *voluntad*. Ambos aspectos del requisito subjetivo de la acción serán analizados en el *Capítulo II*.

c) La *culpa* articula el régimen general de responsabilidad, porque establece el criterio para atribuir la obligación reparatoria. La culpa civil comprende genéricamente las hipótesis de culpa intencional (*dolo*) y de culpa no intencional (*negligencia*). En circunstancias que el requisito menos exigente es la negligencia, éste es también el umbral de la responsabilidad civil. La negligencia civil es esencialmente la falta del cuidado debido de acuerdo con un estándar de comportamiento. La definición de ese estándar, así como las diversas hipótesis y problemas de aplicación, serán analizadas en el *Capítulo III*.

d) El elemento más genérico en la responsabilidad civil es el *daño*, porque es común a toda forma de responsabilidad civil, sea por culpa o estricta. A diferencia de lo que ocurre en materia penal, no hay responsabilidad patrimonial si la víctima no ha sufrido daño alguno. Por eso, el concepto de daño es determinante para definir la extensión material de la responsabilidad civil. El daño como elemento de la responsabilidad civil por culpa y estricta será analizado en el *Capítulo IV*.

e) La responsabilidad civil supone que el daño sufrido por el demandante sea objetivamente atribuible al hecho del demandado. Este requisito se expresa en la idea de *causalidad*, pero comprende, en verdad, dos elementos diferentes: por un lado, el hecho del demandado debe ser *condición necesaria* de la ocurrencia del daño, pues a falta de esta conexión no es posible atribución alguna de responsabilidad; por otro lado, entre el hecho del demandado y el daño debe existir una relación de suficiente proximidad, que en nuestra tradición civil se expresa en el requisito de que el daño debe ser *directo*. Ambos aspectos de la atribución objetiva del daño al hecho del demandado serán tratados en el *Capítulo V*, sobre causalidad.

<sup>117</sup> Así lo entiende la doctrina nacional (Alessandri 1943 123, Ducci 1936 19, O. Tapia 1941 130, Corral 2003 105); y también la jurisprudencia dominante; a modo de ejemplo, véanse las siguientes sentencias: CS, 19.4.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 5<sup>a</sup>, 83, publicada también en F. del M. 497, 452; Corte de Santiago, 6.12.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 2<sup>a</sup>, 117; CS, 8.10.2001, GJ 256, 232, publicada también en F. del M. 503, 3385; CS, 4.9.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 1<sup>a</sup>, 186; CS, 13.11.2002, GJ 269, 39, publicada también en F. del M. 504, 3702; Corte de Santiago, 8.9.2004, GJ 291, 238; y Corte de Copiapó, 15.12.2004, rol N° 543-2004. P. Rodríguez 1999 119 agrega el requisito de antijuridicidad; que fue introducido por el BGB alemán y ha sido recogido por la doctrina italiana y argentina; la funcionalidad de este requisito es discutida incluso en los sistemas jurídicos donde forma parte de la regulación legal (Kötz 1991 41), de modo que no resulta necesario ni conveniente introducirlo en el análisis del derecho chileno (*infra* N° 51).

