

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.

MAURICIO TAPIA R.

346.83
T172CC331 4
2005 334
C.7

CÓDIGO CIVIL 1855 - 2005

EVOLUCIÓN Y PERSPECTIVAS

© MAURICIO TAPIA R.

© EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE

Carmen 8, 4º piso, Santiago

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción N° 149.811, año 2005
Santiago - Chile

Se terminó de imprimir esta primera edición
de 500 ejemplares en el mes de septiembre de 2005

IMPRESORES: Imprenta Salesianos S. A.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 956-10-1645-1



nominada *acción derivativa o subrogatoria* en contra de los responsables, en nombre y beneficio de la sociedad (art. 133 bis Ley N° 18.046). Asimismo, en caso de negociación incompatible la ley otorga a los accionistas el derecho a demandar los beneficios obtenidos por el director o gerente de la operación ilícita (enriquecimiento sin causa, art. 44 Ley N° 18.046).

164. Responsabilidad civil por infracción a la privacidad. En otra parte de este libro se ha estudiado cómo el auge de los *derechos de la personalidad*, luego de su reconocimiento constitucional, ha conducido a que su protección se asegure por las reglas de la responsabilidad civil. En efecto, la infracción de los *derechos de la personalidad* se somete a las reglas generales del estatuto de responsabilidad por culpa, como lo confirma la Ley N° 19.733 respecto de los ilícitos que pueden cometerse en el ejercicio de la libertad de prensa (art. 40.1), y la Ley N° 19.628 en caso de tratamiento "indebido" de datos personales (art. 23). La importancia de estudiar los *derechos de la personalidad* en sede de responsabilidad civil (particularmente, la honra y privacidad) es percibir las sutilezas del acto ilícito, del comportamiento culpable en estos casos, así como destacar la influencia de estos *derechos de la personalidad* en la generalización de la reparación del daño moral (materia en la que existen bastantes estudios).⁷¹⁹ Más allá, puede también plantearse la duda de si algunas de las infracciones tipificadas en esas leyes especiales establecen hipótesis excepcionales de responsabilidad estricta. Así ocurre, por ejemplo, con la difusión por un medio de comunicación social de aspectos que atañen a la esfera íntima de las personas, como los relativos a su vida sexual, conyugal, familiar o doméstica, en que la *exceptio veritatis* es improcedente (art. 30 Ley N° 19.733). El ilícito, en tales casos, parece constituirse *per se* por el solo hecho de la difusión de alguno de estos aspectos de la esfera íntima de una persona.

Con todo, la responsabilidad civil por culpa si bien no es el único sistema de reparación de daños como lo demuestran es-

tas reglas especiales, permanece como una regla supletoria aplicable en ausencia de estatutos especiales y sus ventajas se perciben en numerosas áreas de actividad (por ejemplo, en las profesiones), porque tiene un firme fundamento en las expectativas recíprocas de comportamiento (en la conducta del *hombre razonable* o del *buen padre de familia*).

(f) Responsabilidad contractual

165. Generalidades. Históricamente, una parte considerable de las reglas de la responsabilidad civil tienen un origen en el estatuto contractual (como ocurre con la definición tripartita de la culpa de los arts. 44 y 1547 del Código Civil). El Código Civil, como se sabe, contiene varias reglas generales sobre la responsabilidad civil entre las normas relativas a los efectos del contratos (como los arts. 1547, 1556, 1557 y 1558). Por esto, tal vez sería más consistente tratar las reglas generales de la responsabilidad contractual y luego las excepciones impuestas por el estatuto extracontractual. Sin embargo, en la actualidad, la triste relevancia social de los accidentes (de ferrocarriles, de automóviles, médicos, etc.) ha invertido en gran medida la importancia relativa de estos dos órdenes. Y esto a pesar de que algunas invenciones doctrinales y jurisprudenciales comparadas han pretendido extender las reglas de la responsabilidad contractual cuanto sea posible a los accidentes (como ocurrió con la utilización de la *estipulación por otro*), con el objeto de beneficiar a las víctimas con ciertas ventajas procesales de este estatuto que finalmente no resultaron ser tan evidentes. Pero, en términos generales, como señalara Jean CARBONNIER, las tragedias son de la competencia de la responsabilidad extracontractual y no cabe hacerlas entrar en los contratos.⁷²⁰ Esto explica la importancia que la práctica y la dogmática le asignan en la actualidad a la responsabilidad extracontractual.

Desde luego, debe tenerse presente que existe una diferencia esencial entre ambos estatutos de responsabilidad. En la responsabilidad contractual existe un antecedente, una obligación

⁷¹⁹ V. en especial, "Privacidad y honra", in *Responsabilidad civil extracontractual*, op. cit.

⁷²⁰ V. *Droit civil, Les obligations...*, op. cit., p. 520.

que ha sido convenida por las partes y que delimita sus intereses y, por tanto, sus efectos. Esta obligación original, prevista por el acuerdo, da lugar a un derecho alternativo para el acreedor en caso de incumplimiento: exigir el cumplimiento forzado de la obligación (que no exige la culpa del deudor) o la indemnización de perjuicios (que exige culpa, causalidad y daño). En cambio, en materia extracontractual existe sólo una obligación, aquella que se deriva del incumplimiento del deber general de cuidado. Por esto, la indemnización de perjuicios en materia contractual es una obligación de segundo grado, que se encuentra determinada por aquella de primer grado. Esto es, la obligación original acordada por las partes en el contrato define el ámbito de expectativas de las partes y, en consecuencia, los perjuicios de que se deberá responder en caso de incumplimiento. Es por esto que la regla de la previsibilidad de los daños, que en definitiva se aplica a ambas responsabilidades, tiene su justificación en materia contractual en esa obligación primaria que determina el ámbito de riesgos que anticiparon las partes.⁷²¹ Por esto, Jean CARBONNIER afirmaba que *"esto que llamamos responsabilidad contractual debería ser concebido como una cosa muy limitada: la obligación de procurar al acreedor el equivalente del interés (pecuniario) que esperaba del contrato"*.⁷²²

Fuera de esta diferencia esencial, ambos estatutos de responsabilidad presentan varias divergencias, pero que se han ido diluyendo con el tiempo. Desde luego, existen diferencias formales evidentes y que permanecen: como la capacidad contractual, que está sujeta a reglas más estrictas que la extracontractual, y los plazos de prescripción (arts. 1447, 2319, 2332 y 2515). Más allá, tradicionalmente se sostenía que las diferencias de fondo entre ambas responsabilidades eran las siguientes: la culpa contractual admite gradación y se presume, mientras que en materia extracontractual se respondería de toda culpa y siempre debería probarse por la víctima; la solidaridad entre los coautores sólo existiría en sede extracontractual; en el ámbito extracontractual se respondería por el hecho ajeno bajo la modalidad de presun-

⁷²¹ V. En este sentido las explicaciones de Enrique BARROS, *Responsabilidad civil extracontractual*, op. cit.

⁷²² *Droit civil, Les obligations...*, op. cit., p. 520.

ciones de culpa, mientras que en materia contractual el deudor responde como propios de los hechos de quienes participan en la ejecución de la obligación; existirían diferencias en cuanto a la extensión de los perjuicios reparables (daños "previsibles" y daños morales), y las convenciones de responsabilidad serían sólo válidas en materia contractual.

Algunas de estas diferencias de fondo permanecen, como la relativa a la diversa naturaleza de la responsabilidad por hecho ajeno en materia contractual y extracontractual. Pero otras antiguas diferencias sustantivas tienden a desaparecer, provocándose un acercamiento entre los estatutos contractual y extracontractual. Así, la prueba de la negligencia es exigida cada vez que se trata de una obligación de prudencia con independencia del estatuto de responsabilidad aplicable; en materia de solidaridad, la tendencia comparada es exigir que los responsables, en virtud de un contrato o de un deber general de diligencia, hayan efectuado una contribución indivisible a la realización del daño para aplicar la obligación *in solidum*,⁷²³ la necesidad de proteger a los consumidores, conduce también a invalidar en los contratos de consumo cláusulas limitativas o eximentes de responsabilidad;⁷²⁴ y, por último, los daños reparables dependen más de su previsibilidad que del tipo de acción que entabla la víctima, indemnizándose actualmente el daño moral por incumplimiento de contrato en el derecho chileno. Por lo demás, también existen razones de justicia para argumentar en favor de la aproximación de estos dos ámbitos de la responsabilidad civil. Por ejemplo,

⁷²³ En el derecho francés tal conclusión parece asentada en la jurisprudencia desde la década de 1950: v. Geneviève VINEY, *Introduction à la responsabilité, Traité de droit civil, bajo la dirección de Jacques GHESTIN*, París, L.G.D.J., 1995, 2ª ed, p. 309. En el derecho chileno, Pedro ZELAYA ha afirmado la existencia de una solidaridad pasiva entre el hospital y el médico que intervino, y cita una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 1993, que condenó solidariamente a una clínica privada y a un anestesta. "Responsabilidad civil de hospitales y clínicas. (Modernas tendencias jurisprudenciales)", Rev. Concep., 1997, N° 201, p. 39.

⁷²⁴ La Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores, considera cláusulas abusivas en tales contratos: las que atribuyen al consumidor el efecto de deficiencias, omisiones o errores administrativos inimputables (art. 16 letra c), y las limitaciones absolutas de responsabilidad del empresario (art. 16 letra e). V., sobre estas cláusulas abusivas: TAPIA Mauricio y VALDIVIA José Miguel, *Contrato por adhesión...*, op. cit., p. 101.

en las responsabilidades profesionales, como la proveniente de la actividad médica, las diferencias entre estos estatutos resultan particularmente odiosas, pues el incumplimiento de los deberes profesionales acarrea en ocasiones daños tanto a pacientes "clientes" como a terceros, y ¿cómo puede justificarse que esta situación afecte las condiciones o la extensión de la responsabilidad del médico si se trata de una misma prestación profesional? ¿puede sostenerse acaso que los deberes fundamentales de prudencia y de diligencia del médico son distintos si interviene a un cliente o si trata a un desconocido que es ingresado inconsciente?⁷²⁵ Aparentemente no existe una justificación suficiente para estas discriminaciones que son percibidas por las víctimas como injusticias y, en la actualidad, las diferencias entre estos órdenes de responsabilidad, especialmente tratándose de responsabilidades profesionales, tienden a diluirse.⁷²⁶ Por eso, una tendencia doctrinal importante del derecho comparado efectúa un tratamiento conjunto de ambas responsabilidades.⁷²⁷ Es necesario destacar, por último, que la jurisprudencia nacional rechaza la opción o cúmulo de responsabilidades,⁷²⁸ si bien en algunos ámbitos (como en materia médica) tiende a aplicar el estatuto extracontractual aun cuando la existencia de un contrato parece indiscutida.⁷²⁹

No cabe aquí estudiar en detalle las condiciones y efectos de la responsabilidad contractual. Por lo demás, si se considera el acercamiento entre los estatutos que acaba de mencionarse, aunque teniendo en cuenta la diferencia esencial entre ambos ámbitos, muchas de las reglas revisadas para la responsabilidad civil extracontractual resultan aplicables a la responsabilidad contractual. En este sentido, se debe destacar solamente dos evoluciones importantes en el ámbito contractual, que muestran este

⁷²⁵ V. en este sentido: André TUNC, *La responsabilité civile*, París, Economica, 1989, 2ª ed., p. 40.

⁷²⁶ V., sobre el acercamiento de estos regímenes de responsabilidad en el derecho francés actual: VINEY Geneviève, *Introduction...*, op. cit., p. 423.

⁷²⁷ En este sentido, la obra de los MAZEAUD. V. una explicación reciente en CHABAS François, *Cien años...*, op. cit.

⁷²⁸ Corte Suprema, 18 de abril de 1950, RDJ, T. XLVII, sec. 1ª, p. 127.

⁷²⁹ V., sobre esta cuestión TAPIA Mauricio, "Responsabilidad civil médica...", op. cit., p. 85.

acercamiento y la transformación que ha tenido su tratamiento en el derecho chileno. La primera se refiere al reconocimiento de las obligaciones de medios y de resultado, y será tratado a continuación. La segunda se refiere al reconocimiento del daño moral en materia contractual, materia donde ha existido un estrecho diálogo entre las decisiones de justicia y lo expuesto por la doctrina, y por esto se tratará en el capítulo siguiente.⁷³⁰

166. Obligaciones de medios y de resultado. Se atribuye generalmente a René DEMOGUE esta clasificación entre obligaciones de medios y de resultado, que depende de la forma de constatar su incumplimiento.⁷³¹ Para los efectos de este estudio resulta interesante referirse a esta clasificación en el derecho nacional, porque muestra que las diferencias en la acreditación de la culpa en la responsabilidad contractual y la extracontractual no son tan efectivas. Una obligación contractual de *medios*, también denominada *obligación general de prudencia y diligencia*, exige solamente emplear la diligencia debida para intentar obtener el resultado perseguido (un típico ejemplo es el deber del abogado de obtener una sentencia favorable para el cliente). Una obligación contractual de *medios* equivale, por ello, a las que en materia extracontractual se denominan obligaciones sujetas al deber general de prudencia y diligencia. Por el contrario, en una obligación contractual de *resultado* el deudor asegura la obtención de un objeto determinado, la obtención de un resultado concreto (la entrega material de una cosa, por ejemplo). En la obligación de *medios*, la prueba del incumplimiento del contrato supone efectuar un juicio de valor acerca de la diligencia empleada por el deudor; en cambio, en la obligación de *resultado*, el incumplimiento queda demostrado si se prueba simplemente que el resultado no se obtuvo.⁷³² Por ello, sólo en este último caso es plenamente aplicable la presunción de culpa en

⁷³⁰ V. párrafo 175.

⁷³¹ *Traité des obligations en général*, París, Arthur Rousseau, 1923-1931, T. V, N° 1237 y T. VI, N° 599.

⁷³² Sobre las obligaciones de *medios* y de *resultado* en el derecho francés actual: MAZEAUD, Henri, Léon y Jean, y CHABAS François, *Leçons de droit civil, Obligations, Théorie générale*, op. cit., pp. 13 y 369.

materia contractual (art. 1547 Código Civil), pues en una obligación de *medios* la constatación del incumplimiento exige que la víctima pruebe la negligencia del deudor.

Esta clasificación de las obligaciones ha ido siendo paulatinamente aceptada en el derecho chileno.⁷³³ No obstante, y como señaló Arturo ALESSANDRI, el obstáculo principal a su adopción es la generalidad de los términos del art. 1547 del Código Civil: "*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*", y por esto concluye que será siempre el deudor quien deberá acreditar que no incurrió en negligencia.⁷³⁴ Diversas soluciones se han ideado para sortear este obstáculo. Por ejemplo, en materia de responsabilidad médica (ámbito propicio para las *obligaciones de medios*, según se expuso), algunos autores junto con aceptar la clasificación de obligaciones de *medios* y *resultado*, afirman que esta presunción sólo se aplicaría si el médico no efectúa la intervención y no cuando lo haga defectuosamente, en atención a que en el primer caso incumpliría un deber contractual y en el segundo un deber legal (extracontractual);⁷³⁵ otros, enigmáticamente declaran aplicable la regla del art. 1547 a la responsabilidad del médico y al mismo tiempo exigen la prueba del "*incumplimiento mediante la acreditación de la negligencia*"...⁷³⁶

Sin duda, resulta difícil soslayar los términos generales de esa disposición. A pesar de ello, y aun cuando no se aceptare formalmente la distinción entre obligaciones de *medios* y de *resultado*, es evidente que existen ciertas obligaciones que por su misma naturaleza exigen un juicio de valor para apreciar su cumplimiento o incumplimiento, como es el caso precisamente de las prestaciones a que se obliga un profesional. Por lo demás, en términos de justicia, como se indicó, no existe justificación para discriminar entre personas que reciben una misma prestación obligando, por ejemplo, al paciente que ingresa en estado de inconsciencia a probar la negligencia (porque al no existir contrato, no se

⁷³³ La recepción de esta clasificación en el derecho chileno reciente ha sido objeto de un interesante examen en la tesis de Carlos PIZARRO, *Étude critique...* op. cit., p. 126.

⁷³⁴ De la responsabilidad..., op. cit., p. 53, nota 2.

⁷³⁵ V. TAPIA Orlando, op. cit., p. 384.

⁷³⁶ CORRAL Hernán, *Lecciones...*, op. cit., p. 281.

aplicaría la presunción de culpa del art. 1547), y a eximir de ella al paciente que, por estar consciente, pudo aceptar los tratamientos que se le propusieron. Con todo, atendiendo a que el ámbito más importante de la responsabilidad profesional en la actualidad (la médica) se resuelve en el derecho chileno preferentemente en sede extracontractual, tal como se indicó, estos problemas no se presentan con demasiada frecuencia, siendo generalmente la víctima la que prueba la negligencia. Así, por ejemplo, la Corte Suprema afirmó en 1998, en sede extracontractual, la existencia de una obligación de *medios* por culpa probada del médico, al concluir que no resulta establecida la negligencia: si no se acredita que una agravación del estado inicial del paciente se debía a la deficiente atención médica recibida,⁷³⁷ o si no se probó que la anestesia había sido mal administrada.⁷³⁸

Como puede concluirse, la aceptación progresiva de esta clasificación, o de otra similar, podrá conducir a incrementar el acercamiento entre estos ámbitos de la responsabilidad, como también lo demuestra la aceptación de la reparación del daño moral en materia contractual.⁷³⁹

Para cerrar este capítulo, cabe referirse brevemente al estado actual de la responsabilidad civil, que es con frecuencia denunciada como una institución en crisis.

(g) Estado actual de la responsabilidad civil

167. Generalidades. La evolución que se describió de la responsabilidad civil muestra en todo caso una tendencia hacia la expansión, particularmente en materia de daños reparables. Esta expansión, y la supuesta insuficiencia de la responsabilidad civil fundada en la negligencia, condujo a algunos autores comparados a denunciar una supuesta "crisis" de la responsabilidad civil y, en todo caso, a efectuar un análisis más reflexivo acerca de las finalidades de esta institución.⁷⁴⁰ Inspirada directamente

⁷³⁷ 28 de septiembre de 1998, RDJ, T. XCV, sec. 1ª, p. 157.

⁷³⁸ 2 de julio de 1998, RDJ, T. XCV, sec. 4ª, p. 95.

⁷³⁹ V. párrafo 175.

⁷⁴⁰ Una descripción del estado de la responsabilidad civil en el derecho comparado en: DOMÍNGUEZ A. Ramón, "Aspectos contemporáneos de la responsabilidad civil", Rev. Concep., 1989, N° 185, p. 107.

en la experiencia comparada, la descripción de la evolución de la responsabilidad civil en el derecho nacional no sería completa sin referirse a estas críticas y reflexiones.

168. ¿Crisis de la responsabilidad civil? Para quienes hablan de "crisis"⁷⁴¹ de la responsabilidad civil, ésta estaría provocada por la "*decadencia de la responsabilidad individual*",⁷⁴² tal como se la conoce al menos desde la codificación: un agente que debe indemnizar si su comportamiento negligente se encuentra en relación de causalidad directa con el daño provocado. Según algunos autores, este tipo de responsabilidad sería insuficiente para administrar riesgos cada vez más graves y frecuentes por efecto de los progresos técnicos: la utilización de nuevas máquinas e instrumentos que estadísticamente provocan accidentes (automóvil, equipos médicos, etc.). Como prueba de esta insuficiencia se mencionan ciertas *transformaciones* de la responsabilidad, como por ejemplo, la multiplicación de estatutos de responsabilidad estricta y las condenas a reparar daños alejados causalmente del comportamiento del actor. Estos análisis por lo general imputan al seguro de responsabilidad ser una de las causas principales de esta crisis, porque al introducir una lógica dirigida a la reparación de la víctima en todo evento, habría provocado graves "deformaciones" en la responsabilidad civil.⁷⁴³

El fenómeno es mucho más complejo de lo que pueden ilustrar estas notas, y aunque el diagnóstico de crisis sea parcialmente acertado, es también un poco alarmista. En realidad, la queja acerca de la crisis de la responsabilidad civil esconde algunas falacias. Sostener que la responsabilidad se ha transformado y que está en crisis quiere decir que existía un estado anterior, por decirlo de algún modo "original", de contornos claramente delimitados, que se perdió con estas mutaciones. ¿Pero cuál sería ese estado inicial?: ¿la responsabilidad civil subjetiva, cercana a

⁷⁴¹ V. por ejemplo, TUNC André, *La responsabilité...*, op. cit., p. 6; VINEY Geneviève, *Introduction...*, op. cit., p. 22.

⁷⁴² VINEY Geneviève, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, LGDJ, París, 1965.

⁷⁴³ Acerca de la influencia del contrato de seguro en la expansión de la responsabilidad civil, v. TAPIA Mauricio, "El contrato de seguro y el exceso de responsabilidad civil", in *Los contratos en el derecho privado. Estudios de derecho colombiano y comparado*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2005 (en prensa).

la penal de los primeros siglos?; ¿las reglas identificadas por los primeros intérpretes en las escasas normas del Código?, ¿la responsabilidad fundada en una negligencia abstracta e impersonal del siglo XX?, etc. Para quienes denuncian esta crisis, este panorama no sería tan caótico si existiera acuerdo sobre un nuevo fundamento de la responsabilidad civil (riesgo, precaución, etc.). Pero un cambio de fundamento requiere de una lenta evolución, que se efectúa a fuerza de avances y de retrocesos. Después de todo, el sistema de responsabilidad civil tiene fuentes en el derecho romano y es parte de ese derecho común civil que, como sostenía PORTALIS, "*se hace con el tiempo, pero, para ser más exactos, en realidad no se hace*".⁷⁴⁴ Ese derecho común, contenido en categorías y reglas flexibles, se adapta lentamente, aunque sin mayores problemas, a los cambios. El mejor ejemplo es la *culpa civil*, borrada de algunos estatutos especiales de responsabilidad por el hecho de las cosas en el derecho comparado y en algunos regímenes especiales en el derecho nacional, pero que vuelve con fuerza en materia de responsabilidad profesional (como la responsabilidad médica).⁷⁴⁵

Existe una última razón para no abordar la evolución de la responsabilidad sobre este esquema de crisis. Los conceptos que subyacen a esta disciplina (responsabilidad individual, por culpa, por riesgo, como garantía, etc.) no son más que teorías, más o menos aproximativas, formuladas sobre la base de miles de decisiones de justicia que construyeron a través de los siglos el derecho de la responsabilidad, sobre la base de principios de justicia. Pero estas teorías siempre han tenido problemas para dar cuenta íntegramente de una realidad mucho más compleja que las generalizaciones. De esta forma, esa crisis puede ser percibida simplemente como el proceso natural de adaptación de ese antiguo derecho común a las nuevas situaciones. Así, la transformación de esos conceptos o teorías, en gran medida provocado por la acción de la jurisprudencia, sería la condición natural del *derecho de la responsabilidad civil*.

⁷⁴⁴ "Discours préliminaire...", op. cit., p. 48.

⁷⁴⁵ LE TOURNEAU Philippe, "La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou la relativité de son déclin)", *Revue trimestrielle de droit civil*, París, 1988, p. 505.

169. Fines de la responsabilidad civil. En todo caso, más allá de esta supuesta crisis, en la actualidad es perceptible una mayor reflexión acerca de los diversos fines o funciones que se atribuyen a la responsabilidad civil. Y esto se debe también a algunas nuevas teorías, que explican la evolución de la responsabilidad civil o que pretenden modelarla. El examen de los distintos fines que persigue la responsabilidad civil en la actualidad da cuenta de una historia compleja, una evolución social que muchas veces ha asignado a esta institución principios y funciones contradictorios. Esto es particularmente evidente en el sistema nacional donde la responsabilidad civil se comenzó construyendo desde fines del siglo XIX sobre la base de miles de decisiones en el ámbito de los accidentes de tranvías y ferrocarriles, y en que la reparación en muchos casos suplía los vacíos de las ayudas asistenciales y cumplía en definitiva claros fines redistributivos. El mismo desarrollo inorgánico de la reparación del daño moral en el derecho nacional —el escaso control, comparación y motivación de los montos de indemnización otorgados por este concepto—, abren una puerta para que diferentes fines de la responsabilidad civil puedan concurrir en la fijación de la indemnización: el castigo ejemplar del culpable, la prevención de ilícitos similares, etc.

La responsabilidad civil se encuentra ante todo ligada a la idea de *justicia* como finalidad. Sin lugar a dudas, la indemnización de perjuicios nació unida a la *pena*, a la responsabilidad criminal, e históricamente las primeras indemnizaciones tenían más por fin sancionar el *pecado* del culpable (justicia retributiva), privándolo de alguno o todos sus bienes, que restituir a la víctima o a sus familiares a la situación en que se encontrarían si el ilícito no se hubiese cometido. Si bien la responsabilidad civil se independizó de la penal, subsisten en la actualidad algunos resabios de esa antigua unión. Uno de ellos es la incorporación en la evaluación de los perjuicios morales de la consideración de la gravedad del ilícito, que parece ser una práctica denunciada frecuentemente en Chile, aunque no examinada en detalle. El grave problema de esta práctica es el pronunciamiento de una *pena pecuniaria*, sin las garantías impuestas por el sistema jurídico para el establecimiento de las sanciones penales. Otra subsistencia de esa antigua unión entre las responsabili-

des es la autoridad que las sentencias penales tienen en materia civil, que plantea la pregunta de si en definitiva la negligencia penal y civil son tan radicalmente distintas como muchos estudios lo afirman.⁷⁴⁶

En el otro extremo, la responsabilidad civil puede percibirse como un mecanismo de *compensación* de todos los perjuicios sufridos, de socorro de la víctima que ha visto lesionados sus derechos subjetivos. Llevado hasta el límite, el acento puesto en la compensación conduce a la dilución de las condiciones de la responsabilidad civil, a transformar la indemnización en una especie de garantía para la víctima, independientemente de la conducta del agente. En el derecho comparado, como el francés, esta posición ha conducido a la responsabilidad a las fronteras de la seguridad social, y ha sido inspirada por una doctrina que confía desmesuradamente en los mecanismos colectivos de distribución del riesgo (el seguro) y, en definitiva, en la garantía estatal. En efecto, el derecho francés actual proporciona ejemplos de las exuberancias que puede sufrir la responsabilidad civil si se le extrapola la lógica del seguro, como parecen sostener directa o indirectamente algunas corrientes doctrinales. Denunciando una supuesta *decadencia* absoluta de la culpa como criterio de la responsabilidad civil, una parte de la doctrina francesa, seguida parcialmente por la jurisprudencia, ha instado a que ésta invada las funciones del seguro y de la seguridad social. Tal es el efecto de una tesis que sostiene que la víctima posee una verdadera *garantía objetiva* a la indemnización del daño corporal y material (excluyéndose el daño moral y el daño puramente económico), sin que sea necesario acreditar que el autor cometió un hecho culposo.⁷⁴⁷ Asimismo, desde la década de 1960 se ha sostenido en Francia, con una fe desmedida en los mecanismos

⁷⁴⁶ Acerca de las cercanías entre la culpa penal y civil: TAPIA Mauricio, "Décadence et fin éventuelle du principe d'identité des fautes pénale et civile", Gaz. Pal. 7-8 de marzo de 2003, p. 2.

⁷⁴⁷ Es una parte esencial de la tesis de Boris STARCK, que se completa con la idea de que la responsabilidad civil cumple también una función de *pena privada*, particularmente cuando se indemnizan los daños morales y puramente económicos (tal es el título de la tesis de este autor: *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, L. Rodstein, París, 1947).

colectivos de reparación, que la designación del responsable debe efectuarse considerando quién se encontraba antes de la producción del daño en la mejor posición para contratar un seguro que garantizara ese riesgo, con independencia de la constatación de la negligencia del agente; esto es, atribuir el peso de la indemnización a quien da más garantías de pago a la víctima. El acento puesto en la garantía de la compensación que proporciona el seguro lleva indebidamente así a una laxitud en la determinación de la responsabilidad (por razones juzgadas erróneamente *humanitarias*), con el fin de asegurar la reparación de los perjuicios. Naturalmente, esta posición tiene mayor legitimidad cuando se trata de guiar las decisiones legislativas en determinadas áreas de la responsabilidad civil (siempre que se consideren adecuadamente las implicancias económicas de tales decisiones), como ha ocurrido en muchos países con los accidentes de la circulación (en que es el propietario el que se encuentra en mejores condiciones de asegurar este riesgo). Sin embargo, tal legitimidad se desvanece cuando esta posición se pretende aplicar a la actividad judicial, sobre la base del sistema general de responsabilidad, como ocurre con la tesis defendida insistentemente en Francia por Geneviève VINEY.⁷⁴⁸ Aunque se pretenda utilizar esta teoría de la "*aptitud para el seguro*" como una explicación de la conducta de los jueces, su formulación solemne y sin prevenciones pareciera al menos legitimar estas prácticas contrarias a los criterios de la responsabilidad, y cabe la pregunta de en qué medida influyó en la extensión desmedida de la responsabilidad civil en Francia, y en su adopción, un tanto irreflexiva, por autores que escriben en sistemas jurídicos radicalmente distintos al francés. Como sostuvo André TUNC, "*este punto de vista evidentemente no puede ser transformado en regla jurídica*".⁷⁴⁹

Por otra parte, como afirma Enrique BARROS, la relación de derecho privado que plantea la responsabilidad civil puede también reconducirse adecuadamente a la noción aristotélica de *jus-*

⁷⁴⁸ V. especialmente, *Le déclin...*, op. cit., p. 215. Una tesis similar de "responsabilidad por asegurabilidad" ha sido sostenida en España por Ricardo DE ÁNGEL, *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1993, 3ª ed., p. 1030.

⁷⁴⁹ *La responsabilité...*, op. cit., p. 77.

titia correctiva. Ésta persigue restituir la igualdad rota por el ilícito, llegar a un justo medio representado por la reparación sólo del daño injustamente causado. Esta noción permite, a diferencia de las que se exponen a continuación, una aproximación de la relación particular de derecho privado y no desde el punto de vista social. La justificación y finalidad de la responsabilidad civil aparece diseñada aquí por la particular relación entre las partes, por la producción de un perjuicio en infracción de un deber de conducta, que debe ser reparado para restituir el equilibrio entre ellas. En el fondo, esta idea evoca una noción antropológica de *reciprocidad* implícita en nuestras conductas, similar a la que existe en los intercambios voluntarios.⁷⁵⁰ La noción de justicia correctiva permite explicar reflexivamente la conducta de los jueces, que usualmente comparan el ilícito y el daño, y dar una estructura racional al régimen de responsabilidad civil. Así, esta noción explica, por ejemplo, la consideración de la importancia del ilícito y de la intensidad del daño en la determinación de los deberes de cuidado, la consideración del carácter peligroso de una actividad para establecer un sistema de responsabilidad estricta, etc.⁷⁵¹

Finalmente, a la responsabilidad civil también puede atribuírsele un fin más general, destinado a guiar las conductas de los individuos, desde un punto de vista que atiende más bien al cumplimiento de ciertas políticas públicas. La instrumentalización de la responsabilidad civil tiene por antecedente aquella del derecho efectuada desde el utilitarismo de BENTHAM, pero en las últimas décadas tuvo un nuevo impulso con el *análisis económico del derecho*. Para este enfoque, el *derecho de la responsabilidad civil* puede ser percibido como un conjunto de incentivos y desincentivos para orientar el comportamiento de los sujetos. En su aspecto descriptivo, el *análisis económico del derecho* intenta explicar el comportamiento de los jueces, que en la apreciación de las condiciones de la responsabilidad suelen tomar en cuenta argumentos económicos (así ocurre, por ejemplo, cuando se considera la probabilidad de la ocurrencia del daño en la de-

⁷⁵⁰ V. párrafo 111.

⁷⁵¹ V. BARROS Enrique, *Responsabilidad civil extracontractual*, op. cit.

terminación de los deberes de cuidado). En su aspecto normativo, el *análisis económico del derecho* se plantea la pregunta acerca de las orientaciones de conducta a futuro que otorgará la regla de responsabilidad que se establezca. En tal sentido, el fin no es perseguir una prevención absoluta de los daños, sino la optimización de los recursos previniendo la ocurrencia de los accidentes hasta el punto en que los costos de prevención sean superiores a los costos de los accidentes.⁷⁵² Así, esta aproximación acentúa las funciones *preventivas* que cumplen las regulaciones administrativas y las reglas generales de la responsabilidad civil, intentando guiar la conducta de las personas hacia utilidades más racionales de los recursos. Y en tal sentido, las reglas de la responsabilidad por negligencia, como las previstas en el derecho nacional, han sido defendidas como incentivos adecuados, porque el patrón de debido cuidado sería suficientemente amplio como para contemplar esta noción de óptimo de prevención.⁷⁵³

En definitiva esta finalidad preventiva asignada a la responsabilidad por el *análisis económico del derecho* instrumentaliza al derecho privado como lo hacen también otras posiciones que, desde otras perspectivas distintas, acentúan los propósitos distributivos que tienen sus reglas. Efectivamente, desde un punto de vista que atiende a la sociedad y no a la relación entre el agente y la víctima, se ha sostenido que la responsabilidad debe *distribuir* el costo de los accidentes. En definitiva, éste es el efecto que provocan las ideas de algunas corrientes doctrinales ya aludidas, que confían en los mecanismos de socialización del riesgo (seguro y asistencia social). Desde esta perspectiva, la pregunta no es cuál es el nivel óptimo de la prevención de accidentes, sino quién es el más indicado para distribuir su costo mediante estos mecanismos. En el extremo, la responsabilidad civil deja de ser una relación de derecho privado, para transformarse simplemente en instrumento de políticas públicas (preventivas o dis-

⁷⁵² Tal es el célebre análisis efectuado por CALABRESI Guido, *El coste de los accidentes. Análisis económico de la responsabilidad civil*, Barcelona, Ariel, 1984.

⁷⁵³ V. en este sentido, la obra de POSNER Richard, *El análisis económico del derecho*, traducción de Eduardo L. Suárez, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 156.

tributivas). En todo caso, en algunos accidentes, particularmente graves y aleatorios, un imperativo de justicia parece exigir la toma de decisiones colectivas en favor de mecanismos distributivos (como el seguro obligatorio), como ha ocurrido históricamente, y en el mismo orden, con los accidentes del trabajo, de la circulación y médicos.

En verdad, la oposición entre estos fines de la responsabilidad civil es más teórica que práctica. La responsabilidad es una relación de derecho privado, gobernada por los principios de justicia correctiva, pero en la que también están presentes (muchas veces intuitivamente en las decisiones judiciales) consideraciones compensatorias, preventivas o distributivas. Aunque no puede desconocerse que el particularismo asignado típicamente a las relaciones de derecho privado (que se explican por esa idea de justicia correctiva), se ajusta muy bien a la fragmentación de las decisiones en una economía de mercado (a ese "orden espontáneo" de las relaciones económicas). Una gran parte de los artículos del Código Civil en materia de responsabilidad civil dan cuenta de esas relaciones privadas, de reglas de reparación de algunos tipos de daños injustos que fueron formándose desde Roma y que permitieron las generalizaciones modernas. Esto explica por qué, a pesar de las radicales transformaciones económicas, la *cláusula general* de responsabilidad por culpa sigue respondiendo adecuadamente, con los correctivos que han sido descritos, a los conflictos que plantean los accidentes en el mundo contemporáneo.

170. Síntesis de la evolución del Libro Cuarto. Como se desprende de esta exposición, la evolución en materia de obligaciones provocó una fragmentación de algunas instituciones, y la prueba es el nacimiento de tipos contractuales especiales y de regímenes particulares de responsabilidad. La complejidad técnica de esas áreas (en que confluyen muchas veces políticas públicas contradictorias) hizo nacer disciplinas particulares, y los ejemplos más antiguos son el derecho comercial y el derecho del trabajo. Esta emergencia de subsistemas es utilizada frecuentemente para criticar la pérdida de armonía y de autosuficiencia del derecho contenido en el Código Civil, esto es, para denunciar la *descodificación* de sus normas e insistir en recodificaciones radicales. Sin embargo, el Código Civil

sigue siendo respecto de estos estatutos especiales una fuente de interpretación y de integración de sus normas, y puede formar con ellos un sistema complejo y razonable (mediante sus *cláusulas generales*, como la buena fe contractual y la responsabilidad por negligencia). A diferencia de lo que ocurre en el *derecho de familia*, en que las costumbres han hecho evolucionar la estructura de las relaciones jurídicas, los cambios económicos no han alterado la lógica de las relaciones patrimoniales expresada en ese derecho común, y que se funda en una reciprocidad en los intercambios y en las reparaciones (justicia) que se encuentra antropológicamente implícita en nuestras conductas.

Por lo demás, este esfuerzo por formar un sistema complejo se realiza, intuitiva o conscientemente, en el estado actual de la enseñanza del derecho civil. El Código Civil se enseña en sus reglas esenciales y teorías clásicas, destacando su valor de derecho común, y se enuncian a la vez sus excepciones o temperamentos en la legislación especial. Lamentablemente, con frecuencia tales *enunciaciones* de la legislación especial son demasiado sucintas y superficiales como para comprender sus complejas relaciones con el Código Civil.

Evidentemente, como se expone en otra sección de esta obra, algunas de las leyes especiales podrían recopilarse y ordenarse por temas para facilitar su conocimiento e interacción con los principios, categorías y reglas del Código Civil en materia de obligaciones, como ocurrió hace ya bastante tiempo con algunas codificaciones especiales (Código de Comercio y Código del Trabajo). Más aún, algunas normas de la legislación especial, que han alcanzado el nivel de principios o reglas generales, podrían introducirse reflexiva y prudentemente en el Código Civil (por ejemplo, la modalidad de la prenda sin desplazamiento o la reparación del daño moral). Pero la tarea de racionalización del Código Civil y de la legislación especial que lo complementa en materia de obligaciones pertenece esencialmente a la dogmática y a la jurisprudencia, como se expone más adelante. Queda finalmente por reflexionar si el Código Civil no debería en materia de obligaciones desprenderse radicalmente de toda regulación especial; una separación entre el derecho general de obligaciones y todos los derechos particulares de obligaciones. Esto exigiría renunciar a introducir normas particulares en el Có-

digo Civil y a extraer las existentes. El creciente grado de especialidad del estudio y de los tribunales que conocen estas materias constituyen argumentos en favor de esta idea. De esta forma, como se expone más adelante, todos los estatutos especiales encontrarían una fuente de interpretación y de integración en el derecho general de las obligaciones del Código Civil.⁷⁵⁴

Pero la descripción de esta evolución legislativa no proporcionaría una imagen completa de cómo evolucionó el derecho civil contenido en el Código desde su promulgación, si no se agrega la contribución de la jurisprudencia y de la doctrina. Si bien se han efectuado reiteradas referencias en este capítulo al trabajo de estas fuentes auxiliares en la evolución del Código Civil, cabe revisar un poco más en detalle en el título siguiente las razones de esta influencia y algunos ejemplos. Posteriormente, para cerrar este capítulo, se emitirán algunos juicios acerca de la imperminencia de sostener que esta evolución del derecho privado nacional evidenciaría un verdadero proceso de *descodificación*.

G. JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA EN LA EVOLUCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

171. Generalidades. Un panorama de la evolución del derecho privado nacional no puede olvidar el rol de la jurisprudencia y la doctrina en la interpretación e integración de las normas del Código Civil, en la elaboración de teorías generales y de categorías que permitieron a este texto adaptarse a la evolución social. Es imposible sintetizar aquí todos los aportes jurisprudenciales y doctrinales que enriquecieron el derecho del Código Civil. Por lo demás, varios fueron aludidos en los párrafos anteriores. Pero parece conveniente referirse, en términos generales, a la función de la jurisprudencia y de la doctrina frente a las normas del Código Civil, y detenerse en algunas ilustraciones.

172. Jurisprudencia y doctrina en el espíritu del Código Civil. Andrés BELLO, tal como PORTALIS, no creía en la utopía de que

⁷⁵⁴ V. párrafo 217.