

Otoño | 2020

CURSO DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

ENRIQUE BARROS B.

Edición actualizada de la versión de 2003, complementada con partes del Tratado de Responsabilidad Extracontractual del mismo autor. Referencias legales actualizadas. Uso exclusivo para fines docentes por alumnos del curso Derecho Civil V del profesor Nicolás Rojas.

INTRODUCCIÓN

1. Noción de responsabilidad civil. Tradicionalmente se ha entendido que una persona es *responsable* cuando está sujeta a la obligación de reparar el daño sufrido por otra¹. En derecho civil, esta obligación se cumple mediante la indemnización de perjuicios.

El daño es de la esencia de la responsabilidad civil extracontractual, pues a diferencia de lo que ocurre en el ámbito penal, que contempla la existencia de figuras delictivas de mero peligro y sanciona conductas tentativas y frustradas, sin daño no hay responsabilidad civil².

De ahí entonces que el objeto de la acción de responsabilidad civil consista en la reparación en dinero de ciertos daños, de manera que sus consecuencias patrimoniales sean soportadas en definitiva por quien los causa.

En este sentido, la principal cuestión que debe resolver el estatuto jurídico de la responsabilidad civil consiste en determinar los criterios, fijar las condiciones o requisitos según los cuales las consecuencias patrimoniales del daño sufrido por una persona deben radicarse en el patrimonio de otra, por medio de la indemnización de

¹ En palabras de Henri y Léon MAZEAUD y André TUNC, “para que exista responsabilidad civil se requiere un daño, un perjuicio; en consecuencia, una persona que sufre, una víctima”, y “desde el instante en que el autor del daño y la víctima son dos personas diferentes, va a surgir un conflicto, por pedirle la víctima al autor la reparación del perjuicio sufrido. Ese conflicto es todo el problema de la responsabilidad. Por lo tanto, cabe decir que una persona es responsable siempre que debe reparar un daño; tal es, desde luego, el sentido etimológico de la palabra: el responsable es el que responde”. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Tomo I, Vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963, pág. 2. Esta noción de la responsabilidad civil es compartida por la doctrina nacional. Así, Arturo ALESSANDRI Rodríguez señala que “un individuo es *responsable* cuando está obligado a *indemnizar* un daño. En Derecho Civil hay *responsabilidad* cada vez que una persona debe reparar el perjuicio o daño sufrido por otra. Puede, pues, definírsela diciendo que es *la obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra*”. *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil chileno*, Santiago: Imprenta Universitaria, 1943, pág. 11. Según Carlos DUCCI: “Responsabilidad en su sentido más amplio es la obligación de satisfacer cualquier daño o perjuicio, es el estar sujeto a responder de alguna cosa o por alguna persona”. *Responsabilidad Civil (ex-contractual)* (memoria de prueba). Santiago: El Imparcial, 1936, pág. 3. En similares términos la define la jurisprudencia. Así, la Corte Suprema ha fallado que “por responsabilidad debe entenderse, en general, la obligación en que se coloca una persona para reparar adecuadamente todo daño o perjuicio causado” (6 de noviembre de 1972, RDJ, Tomo LXIX, sec. 4ª, pág. 181).

² MAZEAUD y TUNC, *op. cit.* [nota 1], pág. 293. Sobre esta materia la jurisprudencia nacional ha señalado que “el daño es un elemento indispensable de la responsabilidad extracontractual [sic]” (Corte de Apelaciones de Chillán 5 de octubre de 1970, RDJ, Tomo LXVII, sec. 2ª, pág. 85). También, que la procedencia de las indemnizaciones provenientes del daño “presupone la existencia de un perjuicio, menoscabo, disminución o pérdida para quien lo experimenta o sufre...” (Corte Suprema, 29 de noviembre de 1968, RDJ, Tomo LXV, sec. 4ª, pág. 323). En el mismo sentido se pronuncia la Corte Suprema en sentencia de 8 de julio de 1935 (RDJ, Tomo XXXII, sec. 1ª, pág. 419). En fin, en relación con el daño se ha resuelto que “la característica esencial del delito civil consiste en que el hecho ilícito que importa, infiera injuria o daño a otra persona, circunstancia ésta que marca su diferenciación con el delito penal” (Corte de Apelaciones de Iquique, 18 de junio de 1953, RDJ, Tomo L, sec. 4ª, pág. 81).

perjuicios y, *a contrario sensu*, en qué casos dichas consecuencias deberán radicarse donde se producen.

Este texto tiene por objeto analizar la acción indemnizatoria que nace de un daño, sólo referencialmente se analizarán las acciones para prevenir y precaver el daño, que usualmente son acumulables a la acción indemnizatoria³.

2. Preguntas que plantea la responsabilidad civil. Una manera sencilla de aproximarse a las cuestiones que plantea la responsabilidad civil consiste en escoger algunos ejemplos de accidentes cotidianos, y analizar las preguntas que éstos plantean a abogados y jueces:

- (a) Un avión se precipita a tierra causando la muerte de numerosos pasajeros.
- (b) Un niño juega con una roldana mientras camina sobre un puente que pasa por sobre una línea de ferrocarril. La roldana alcanza uno de los cables eléctricos de la línea y el niño se electrocuta.
- (c) Una caldera industrial colapsa y ocasiona la muerte al trabajador que la manipulaba.
- (d) Una botella gaseosa estalla provocando la pérdida de un ojo a quien se disponía a beberla.
- (e) Un automóvil atropella a un peatón que cruza la vía.

En relación con estos casos es posible preguntarse: ¿procede que la víctima sea indemnizada?; ¿qué daños se indemnizarán?; ¿cómo se valorará la pérdida de un ojo?; ¿por qué concepto tiene la cónyuge una pretensión indemnizatoria y, a cuanto asciende el daño por la muerte de su marido con ocasión del accidente de la caldera, considerando que éste era el sustento de su familia?

Por otra parte, respecto de los ejemplos (a) y (d) en los que existe un contrato 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?

En los casos (c) y (d): ¿tiene influencia la condición particular de la víctima -trabajador y consumidor, respectivamente- a efectos de establecer la responsabilidad del causante del daño?

En el caso (a), ¿responde la compañía aérea por los hechos del capitán del avión?, y en el ejemplo (e), ¿quién responde, en circunstancias que quien manejaba el automóvil era el hijo insolvente del propietario?

Suponiendo que no es posible atribuir el accidente al actuar culpable de un sujeto distinto de la víctima: ¿debe ésta soportar sus consecuencias con resignación o es más justo (o eficiente) establecer el deber del tercero de indemnizar, aunque no haya actuado culpablemente?, ¿la mera creación de un riesgo es fundamento suficiente para responder por los accidentes provocados por la actividad que lo crea?

³ *Infra*, párrafo 173.

Casos cotidianos de accidentes que causan daños a terceros plantean preguntas acerca del ordenamiento que debería resolverlos: ¿cuál es la regla de atribución de responsabilidad más justa? y, ¿cuál es la regla socialmente más eficiente?

Expresado en términos generales, la cuestión que subyace a la mayoría de estas preguntas dice relación con el criterio que se utilizará como fundamento de la responsabilidad civil: la culpa del que causa el daño o la mera relación causal entre ese hecho de un tercero y el daño.

3. Plan. En los capítulos siguientes se intentará discurrir acerca de tres grupos de cuestiones, que permitirán aproximarse a nuestro sistema de responsabilidad civil: (a) cómo se relaciona la responsabilidad civil extracontractual con otras instituciones del derecho de las obligaciones (capítulo I); (b) cuáles son los criterios que el derecho ha utilizado tradicionalmente para atribuir responsabilidad por daños (capítulo II); y, (c) cuáles son los fines del ordenamiento de la responsabilidad civil (capítulo III). Esta Introducción concluirá con una breve reseña a la evolución histórica del derecho de la responsabilidad civil extracontractual (capítulo IV).

I. EL LUGAR DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL EN EL DERECHO DE LAS OBLIGACIONES

4. Responsabilidad civil contractual y extracontractual. Ambos estatutos de responsabilidad comparten un objetivo común: dar lugar a una acción civil de indemnización de perjuicios, que persigue la reparación pecuniaria de los daños sufridos por el hecho de un tercero. Por ello, parte de la doctrina comparada ha sostenido que la responsabilidad civil debe ser tratada bajo un estatuto único⁴.

Sin embargo, entre ambos estatutos existen importantes diferencias que serán analizadas hacia el final de este curso⁵. Por ahora baste señalar que contrariamente a lo que ocurre en materia extracontractual, la responsabilidad contractual tiene un carácter secundario⁶. En efecto, la obligación originaria en la responsabilidad contractual consiste en cumplir lo convenido, mientras que la obligación de indemnizar surge sólo una vez que el deudor ha incumplido la obligación contractual (primer grado), como uno de los remedios judiciales que la ley confiere al acreedor para hacer frente al

⁴ Mariano YZQUIERDO Tolsada, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Vol. I. Madrid: Reus, 1993, pág. 83 y ss.; un tratamiento conjunto que atiende a las diferencias, en Phillipe LE TOURNEAU y Loïc CADIET, *Droit de la responsabilité*. París: Dalloz, 1996.

⁵ *Infra*, párrafo 198 y ss.

⁶ En este sentido la jurisprudencia ha señalado 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 aquellas constituidas por la comisión de un hecho ilícito, ajena a todo vínculo jurídico anterior, mediando dolo o imprudencia” (Corte Suprema, 6 de noviembre de 1972, RDJ, Tomo LXIX, sec. 4^a, pág. 181). También, 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” (Corte Suprema, 3 de julio de 1951, RDJ, Tomo XLVIII, sec. 1^a, pág. 252).

incumplimiento. En materia contractual, la acción de responsabilidad complementa, y en algunos casos sustituye a aquella que tiene por objeto el cumplimiento forzado en naturaleza de la obligación principal. Luego, la responsabilidad contractual se traduce en una obligación de segundo grado (indemnizar los perjuicios ocasionados con el incumplimiento) cuyo fundamento es precisamente el incumplimiento de la obligación principal o de primer grado⁷.

En materia extracontractual, en cambio, la responsabilidad no supone la existencia de tal vínculo obligatorio previo, y su antecedente se encuentra en aquellos deberes de cuidado generales y recíprocos que las personas deben observar en sus encuentros espontáneos. Así, el vínculo obligatorio tiene en el ámbito extracontractual un carácter originario, cuyo antecedente es precisamente haber ocasionado un daño infringiendo alguno de esos deberes de conducta.

Por cierto que el riesgo general de ocasionar daños puede ser materia de un acuerdo previo entre los potenciales afectados mediante un contrato (una industria contaminante puede celebrar acuerdos con sus vecinos sobre los daños que provocará su funcionamiento), y en tal caso el contrato regirá materias que de no haber mediado acuerdo serían tratadas según las reglas de responsabilidad extracontractual⁸.

En principio no existe impedimento para que el contrato sustituya a las reglas de responsabilidad civil extracontractual, respetando los límites que imponen las normas de orden público (así, por ejemplo, serán ilícitos en razón de su objeto los pactos que importen la condonación anticipada del dolo o la disposición de derechos irrenunciables, como la vida).

No obstante, en la práctica, la regulación contractual de los riesgos es completamente excepcional. Los riesgos a los que diariamente nos vemos enfrentados son de tal manera difusos, que la negociación de contratos entre los potenciales causantes de daños y sus víctimas resulta inviable por su extrema onerosidad. Así, las líneas aéreas están en la práctica 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, aunque en principio no hay impedimento legal para que el contrato sustituya a las reglas de responsabilidad extracontractual, con los límites ya anotados, ello sólo es posible en aquellos casos excepcionales en los que el riesgo y las potenciales víctimas son perfectamente identificables *a priori* y, además, se justifica el costo de entrar a negociar un acuerdo.

Por lo anterior, las reglas de responsabilidad extracontractual siguen teniendo el carácter de estatuto general de la responsabilidad civil, y se aplican a todas aquellas

⁷ En el mismo sentido DUCCI, *op.cit.* [nota 1], pág. 9.

⁸ Sobre los efectos de tales acuerdos puede consultarse: Ronald H. COASE, *El problema del costo social*, (traducción de la revista), en *Estudios Públicos*, N°45 (1992) pág. 83 y ss.; A.M. POLINSKY, *Introducción al análisis económico del derecho*. Barcelona: Ariel, 1985, pág. 23 y ss.; y, Guido CALABRESI, *El coste de los accidentes, análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*. Barcelona: Ariel, 1984, pág. 145.

situaciones en que no existe una relación obligatoria previa entre la víctima y el autor del daño⁹.

5. Responsabilidad civil extracontractual y cuasicontractual. Mientras en materia extracontractual la acción que se concede a la víctima es esencialmente indemnizatoria y, según se ha dicho, tiene por objeto obtener la reparación íntegra del daño sufrido por ésta (artículo 2329 del Código Civil), en el ámbito cuasicontractual, en cambio, el derecho concede acciones meramente restitutorias, cuyo objeto es el resarcimiento de los costos directos en que el actor ha incurrido en beneficio de un tercero.

Un claro ejemplo del carácter restitutorio de las acciones emanadas de los cuasicontratos está representado por el artículo 2290 del Código Civil, aplicable a la agencia oficiosa. En virtud de esta norma, aquel que sin mediar mandato se ha hecho cargo de la administración de negocios ajenos (denominado *gerente*), sólo tiene derecho a que se le restituya lo invertido en expensas útiles o necesarias, pero no puede exigir que se le remunere por sus actos. En otros términos, no tiene derecho a que se le indemnice por el lucro cesante (costo de oportunidad) que significa haber dedicado tiempo a la protección de los intereses de otro. Idéntico principio rige en el cuasicontrato de pago de lo no debido y, en general, en la acción innominada de enriquecimiento sin causa.

II. MODELOS DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y RIESGOS

6. Nociones. Un principio jurídico que se infiere del ordenamiento civil de la responsabilidad extracontractual es que cada cual corre con los riesgos que impone la vida en común. En otros términos, a falta de una razón jurídica para atribuírsela a un tercero, “el principio general es que la pérdida de un accidente debe quedar donde caiga”¹⁰, esto es, que cada cual corre con sus propios riesgos, salvo que haya una razón para atribuirle responsabilidad a un tercero.

⁹ Al respecto véase Jean CARBONNIER, *Droit Civil*, Tomo IV. Paris: Presses Universitaires de France, 1992, 16^a edición. Según ALESSANDRI: “Las reglas que rigen la responsabilidad contractual constituyen el derecho común en materia de responsabilidad. La responsabilidad delictual y cuasidelictual es de excepción”. *Op.cit.* [nota 1], pág. 54. La pregunta parece plantearse respecto de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones legales, cuya fuente no es el contrato, pero que, como en la responsabilidad contractual, resulta del incumplimiento de una obligación preexistente. En estos casos de relación obligatoria de fuente legal, pareciera más apropiado el estatuto de la responsabilidad contractual (sobre sistema de derecho común, ver *infra* párrafo 213 y ss.).

¹⁰ Oliver Wendell HOLMES Jr., *The Common Law*, (traducción de Fernando Barrancos). Buenos Aires: Tea, 1964, pág. 95. En el mismo sentido se pronuncia ALESSANDRI quien, refiriéndose a la teoría clásica de la responsabilidad subjetiva o a base de 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”. *Op.cit.* [nota 1], pág. 109.

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

Los modelos de atribución de costos de los accidentes que tradicionalmente han coexistido en esta materia son tres; dos de ellos de responsabilidad civil extracontractual propiamente tal, mientras que el tercero constituye una forma de garantizar que el riesgo de determinada actividad sea asumido por un tercero distinto de la víctima potencial, cualquiera sea su causa. Estos modelos son los siguientes:

- (a) Responsabilidad por culpa o negligencia, que hace responsable al tercero que causa el daño a condición de que el tercero haya actuado con culpa o dolo;
- (b) Responsabilidad estricta u objetiva, que establece la obligación de reparar todo daño que se produzca en el ejercicio de cierta actividad, cualquiera sea la diligencia empleada (de manera similar a lo que en derecho contractual se conoce como obligación de garantía); y,
- (c) El seguro privado obligatorio, que garantiza la reparación de la víctima estableciendo el deber legal respecto de quien realiza la actividad susceptible de causar daño o de quien corre el riesgo de accidente, de contratar un seguro de responsabilidad. Este sistema se rige por las normas de los contratos, pues la obligación de indemnizar a la víctima del accidente que pesa sobre la compañía de seguros emana del contrato de seguro. Si quien está obligado a asegurar desarrolla la actividad sin cumplir con ese deber, se aplican las normas generales de responsabilidad contractual o extracontractual, según el accidente se produzca en el ámbito contractual (como en el caso del contrato de trabajo) o de relaciones espontáneas no sujetas a contrato (accidente causado por un vehículo motorizado, por ejemplo).

Por eso, descartado el seguro, porque no responde a principios de responsabilidad civil, sino de una obligación contractual, los modelos de responsabilidad civil extracontractual propiamente tales se reducen, en esencia, al de responsabilidad por culpa o negligencia y al de responsabilidad estricta u objetiva. Con todo, en este capítulo introductorio, se hará breve referencia a los tres modelos.

7. Responsabilidad por culpa o negligencia. La responsabilidad por culpa o negligencia es el modelo de atribución de responsabilidad más generalizado en el derecho moderno. En el derecho nacional constituye la regla general, de modo que resulta aplicable a todos los casos que no están regidos por una regla especial diversa.

Según el orden de la responsabilidad por culpa, la razón para atribuir responsabilidad a un tercero radica en que el daño ha sido causado por su acción culpable, esto es, ha sido el resultado de una acción ejecutada con infracción a un deber de cuidado. Este deber puede ser establecido por el legislador, mediante la dictación de reglas de conducta orientadas a evitar accidentes (como ocurre en la Ley del Tránsito o en la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente), o bien ser el resultado de una regla no legislada, definida por los jueces recurriendo a la costumbre o a criterios de responsabilidad.

Atendida la enorme plasticidad y variedad de la conducta humana, así como la cantidad de riesgos que impone la vida en sociedad, la mayor parte de estos deberes de cuidado

no pueden ser definidos con exhaustividad por la ley, quedando entregada su determinación a los jueces. En esto existe una radical diferencia entre la responsabilidad civil y la penal, en la que el requisito de tipicidad excluye la posibilidad que el ilícito sea definido en alguna instancia judicial, sin la existencia de una ley anterior que describa y sancione la conducta.

A la responsabilidad por culpa o negligencia se refiere como regla general los artículos 2284, 2314 y 2329 del Código Civil, y a ella estará dedicada la mayor parte de este curso, por ser el estatuto general y supletorio de responsabilidad extracontractual, y porque en ella se establecen las mayores exigencias. El análisis de este modelo permitirá comprender el de responsabilidad estricta u objetiva, que si bien prescinde del requisito de la culpa, en lo demás está sujeto a reglas semejantes a la responsabilidad por culpa.

Los elementos de este régimen general de responsabilidad civil son: (a) la acción u omisión, (b) la culpa (negligencia) o dolo, (c) el daño, y (d) la relación de causalidad entre la acción u omisión dolosa o culpable y el daño.

A pesar de coincidir en los tres últimos elementos, para ALESSANDRI, el primero de ellos corresponde a la *capacidad delictual o cuasidelictual*¹¹. Sin embargo, aunque existen buenas razones para considerar la capacidad como un elemento autónomo, se ha optado por tratarla como uno de los componentes del concepto de acción, en su aspecto subjetivo.

Alguna doctrina incluye además entre los elementos de la responsabilidad por culpa el de *antijuridicidad de la acción*, aunque en el derecho nacional dicho elemento queda suficientemente comprendido en el requisito de culpa¹².

8. Responsabilidad estricta u objetiva. A diferencia del modelo general de responsabilidad por culpa o negligencia, la responsabilidad estricta u objetiva tiene como antecedente el riesgo creado y no la negligencia, de modo que es indiferente el juicio de valor respecto de la conducta del autor del daño.

En este tipo de responsabilidad, la obligación de indemnizar es impuesta sin necesidad de calificar la acción, bastando que el daño se produzca en el ejercicio de una actividad considerada riesgosa. En términos generales, se exige que el hecho se verifique dentro

¹¹ *Op.cit.* [nota 1], pág. 129.

¹² Entre los autores nacionales, Pablo RODRÍGUEZ sostiene que los elementos comunes de la responsabilidad civil son: (i) el hecho del hombre; (ii) la antijuridicidad del mismo; (iii) la imputabilidad; (iv) el daño; y, (v) la causalidad. Para este autor, el elemento antijuridicidad es “la contradicción entre una determinada conducta y el ordenamiento normativo considerado en su integridad”, y puede ser “formal” si contradice una norma expresa de dicho ordenamiento, o “material”, si consiste en una violación del orden público, las buenas costumbres, etc. En su opinión, la culpa y el dolo son factores de “imputabilidad subjetiva”, la “imputabilidad objetiva” estaría basada, en cambio, en “el riesgo creado”. *Responsabilidad Extracontractual*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999, pág. 119 y ss. En algunos ordenamientos la antijuridicidad es requisito independiente de la culpa, pues para que haya lugar a la responsabilidad no basta que la negligencia haya provocado un perjuicio a un mero interés, sino debe haber afectado un cierto derecho subjetivo: la antijuridicidad expresa precisamente la lesión a un derecho (Código Alemán, artículo 823). La distinción entre los requisitos de culpa y antijuridicidad carece de sentido en el derecho nacional, pues el concepto objetivo de culpa incluye el conjunto de condiciones para dar por establecida la ilicitud (*infra*, párrafo 37 y ss.).

del ámbito de la actividad sujeta al régimen de responsabilidad estricta y que exista una relación de causalidad entre el hecho y el daño, prescindiendo del juicio de negligencia propio del régimen de responsabilidad por culpa.

En este sentido, la responsabilidad estricta presenta una cierta analogía con las denominadas *obligaciones de garantía* del derecho contractual (como la obligación de saneamiento del vendedor en la compraventa; artículos 1837 y ss. del Código Civil), pues en virtud de éste régimen se establece un verdadero deber general de garantía, que asegura a las potenciales víctimas que todo daño ocasionado en el ámbito de determinada actividad deberá ser reparado por quien la ejerce.

Según se anticipó, la responsabilidad estricta es un régimen especial y como tal de derecho estricto, que opera sólo respecto de ciertos ámbitos de conducta o de tipos de riesgos previamente definidos por el legislador. En consecuencia, su fuente es la ley. En el derecho nacional están sujetas a este régimen, por ejemplo, la responsabilidad del propietario del vehículo motorizado por accidentes de tránsito (a condición de que quién lo conducía haya incurrido en negligencia), la del causante de derrames de hidrocarburos y otras sustancias nocivas en el mar, la del explotador de instalaciones nucleares, la del empresario de aeronaves, y la del que utiliza plaguicidas¹³.

A las normas establecidas por estatutos legales especiales se agregan dos contenidas en el propio Código Civil, provenientes del derecho romano y de formulación más bien arcaica, artículos 2327 y 2328 I, primera parte¹⁴. Ambos son casos de responsabilidad estricta, pues no aceptan la prueba de diligencia como excusa del autor del daño.

Fuera de estos casos, en el derecho comparado, la responsabilidad estricta suele aplicarse a los daños ocasionados por productos defectuosos, a los daños causados al medio ambiente y, en algunos países (como Francia), a la responsabilidad por accidentes del tránsito. En el derecho nacional, todas esas materias se rigen por el sistema general de responsabilidad por negligencia.

La mayor o menor extensión que se otorgue a la responsabilidad estricta dentro del ordenamiento de la responsabilidad civil dependerá de las decisiones que en tal sentido adopte el legislador, porque cualquiera sea su alcance, corresponderá siempre a un régimen especial aplicable únicamente a aquellos ámbitos previamente definidos por la ley, toda vez que resulta imposible un sistema en que la responsabilidad estricta tenga carácter de régimen general.

Como se señaló, la responsabilidad civil supone responder la pregunta acerca de cuales son los daños que estamos dispuestos a tolerar como el costo de la vida en sociedad y cuales son aquellos que exigiremos nos sean indemnizados. En otros términos, la

¹³ *Infra*, párrafo 144 y ss.

¹⁴ El artículo 2327 del Código Civil señala: “El daño causado por un animal fiero, de que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, será siempre imputable al que lo tenga, y si alegare que no le fue posible evitar el daño, no será oído”. En tanto, el artículo 2328 I, en su primera parte, señala: “El daño causado por una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio, es imputable a todas las personas que habitan la misma parte del edificio, y la indemnización se dividirá entre todas ellas”.

atribución de responsabilidad civil supone necesariamente una calificación previa del daño.

La vida en sociedad reconoce múltiples acciones que causan perjuicios, y que sin embargo estamos dispuestos razonablemente a soportar, como por ejemplo, el éxito empresarial de algunos (respetando las reglas del mercado) suele ser sinónimo de fracaso de otros; una noticia desfavorable puede dañar el prestigio de una personalidad pública, etc. Un ordenamiento que adopte la responsabilidad estricta como regla general transformaría por completo la forma como nos relacionamos en sociedad.

De ahí que a pesar de haber definido la ley ámbitos de responsabilidad estricta (con diversa extensión en los distintos sistemas jurídicos), se tiende a preservar la responsabilidad por culpa como régimen general, en cuanto permite contar con un criterio general para discriminar entre aquellos daños que deberán ser indemnizados y aquellos que deberá soportar la víctima.

9. Protección de la víctima mediante seguro social o seguro privado obligatorio. Como se anticipó, el seguro no es un sistema de atribución de responsabilidad civil. Más bien es una forma de garantizar que el riesgo de determinada actividad será asumido por un tercero (el asegurador), cualquiera sea su causa. En vez de una fuente de responsabilidad, el seguro opera como un crédito contractual que cede en beneficio de la víctima (artículo 512 del Código de Comercio).

Fuera del ámbito del derecho privado, el seguro puede adoptar la forma de un seguro social, caracterizado por la existencia de un fondo público creado para hacer frente a determinados riesgos que el Estado cubre por razones de justicia distributiva (riesgos tales como la enfermedad, invalidez, cesantía, vejez, etc.; y aún dentro del ámbito contractual, el riesgo asociado a los depósitos bancarios, por ejemplo). En este sentido, la responsabilidad civil está en directa relación con la extensión del Estado de bienestar, pudiendo tender a ser residual respecto del sistema de seguridad social¹⁵.

El seguro también puede adoptar la forma de un contrato forzoso regido por el derecho privado, y en tal caso operará en virtud de normas legales imperativas que exijan su contratación como requisito para el desarrollo de determinada actividad.

En tales casos el seguro tiende a ser una especie de garantía forzosa impuesta por la ley, que obliga a quien desarrolla la actividad a asegurar el riesgo que dicha actividad genera respecto de terceros. En virtud de este sistema, el costo de los accidentes es finalmente distribuido entre todos los candidatos a víctima, mediante un aumento del costo (y por consiguiente del precio) del bien o servicio en la medida necesaria para cubrir el precio del seguro, que en derecho se conoce como *prima* (artículo 513 del Código de Comercio). Más adelante se vuelve sobre este tema, al tratar de la justicia distributiva como uno de los fines de la responsabilidad¹⁶.

¹⁵ John FLEMING, *An introduction to the law of torts*. Oxford: Clarendon Press, 1985, 2ª edición, pág. 12 y ss.

¹⁶ *Infra*, párrafo 16.

La principal cuestión que plantea el sistema de seguro obligatorio en materia de responsabilidad civil, se refiere a la regla que habrá de dirimir la concurrencia de la acción emanada del seguro, por una parte, y la acción de indemnización de perjuicios, por la otra. Dependiendo de cual sea la solución que se adopte, el sistema de seguro obligatorio podrá resultar excluyente o bien compatible con el de responsabilidad civil.

En el derecho nacional, ambas acciones son compatibles, es decir, el ejercicio de la acción emanada del seguro no excluye la posibilidad de ejercer la acción general de indemnización de perjuicios, con el límite del enriquecimiento sin causa. Dicho en otros términos, si bien la víctima puede ejercer ambas acciones, las indemnizaciones no son acumulables, en consecuencia, sólo podrá demandar a título de responsabilidad civil la indemnización de daños no cubiertos por el seguro. Como contrapartida, el asegurador que paga se subroga personalmente a la víctima en las acciones que ésta tenga en contra el autor del daño, para obtener el reembolso de lo pagado (artículo 553 del Código de Comercio)¹⁷.

Sin perjuicio de su presencia en otras actividades (como el caso del seguro obligatorio para pasajeros de locomoción colectiva), las áreas más importantes de seguro obligatorio en el derecho nacional son: el seguro automotriz obligatorio (Ley N°18.490, sobre seguro obligatorio de accidentes personales causados por la circulación de vehículos motorizados) y el seguro por accidentes del trabajo (Ley N°16.744, de seguro social contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales).

El primero está destinado a cubrir daños corporales a terceros, en accidentes de tránsito en los que intervenga un vehículo motorizado, y opera con prescindencia del juicio de culpabilidad del conductor. En la práctica, este seguro automotriz obligatorio alcanza a cubrir sólo una pequeña parte de los daños ocasionados en tales accidentes, pues el legislador ha preferido exigir un seguro de mínima cobertura para no gravar el uso del automóvil con la imposición del pago de una prima mayor.

De la misma forma opera el seguro por accidentes del trabajo, que prescinde de la culpabilidad del empleador, de modo tal que el trabajador víctima de accidente tiene derecho a cobrar la indemnización aún antes de que se determine la responsabilidad del empleador y, eventualmente, la propia. En efecto, en presencia de culpa del empleador, el asegurador es obligado a pagar al trabajador la indemnización que corresponda conforme al seguro, pero se subroga legalmente por el monto de la indemnización en las acciones y derechos que a éste último puedan corresponder según las reglas generales de la responsabilidad civil. El trabajador dispone, además de la acción civil contra el empleador (artículo 69 de la Ley N°16.744), para que éste le indemnice el remanente de los daños no cubiertos por el seguro.

¹⁷ La redacción actual del artículo 553 del Código de Comercio es fruto de la reforma introducida por la Ley N°18.680 de 11 de enero de 1988. Hasta entonces la ley no contemplaba la subrogación legal del asegurador en las acciones y derechos del asegurado. De ahí que cierta jurisprudencia anterior a la citada reforma, haya dicho que el asegurador de la Ley N°16.744 sobre seguro social contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, no podía beneficiarse de la presunción contenida en el artículo 2320 del Código Civil, pues ésta había sido establecida únicamente a favor de la víctima directa (Corte de Apelaciones de Concepción, 20 de septiembre de 1972, RDJ, Tomo LXIX, sec. 4ª, pág. 108). La subrogación permite a la compañía aseguradora ejercer la acción indemnizatoria en los mismos términos que la víctima.

El carácter protector y distributivo de la norma se muestra en que si el accidente se ha debido a culpa del trabajador, éste no pierde el derecho a cobrar el seguro, y sólo recibe una multa tratándose de culpa inexcusable, según calificación efectuada por un comité especial establecido en la propia ley (ídem, artículo 70).

El seguro obligatorio hace que la responsabilidad civil adquiera el carácter de sistema supletorio o residual. En presencia de este tipo de seguro la acción de responsabilidad civil está destinada a perseguir la indemnización de los daños materiales que no han sido reparados por el seguro y, por regla general, es la única que además permite exigir la reparación del daño moral, usualmente excluido del seguro social o contractual objetivo.

III. FINES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

10. Nociones. La pregunta por los fines pretende indagar sobre las razones para establecer un determinado régimen de responsabilidad civil, y en particular, para preferir uno u otro modelo de atribución.

Los fines deben ser valorados, ante todo, por el propio legislador al establecer las regulaciones generales y especiales que rigen la responsabilidad civil. Sin embargo, su consideración resulta de importancia para abogados y jueces al momento de interpretar e integrar las innumerables vaguedades y vacíos del sistema legal, compuesto por un pequeño número de normas que más que señalar las condiciones concretas de que depende su aplicación, se limitan a establecer ciertos principios generales de responsabilidad.

No obstante, el conjunto de fines y principios que orientan una institución compleja no conforman necesariamente un sistema coherente y cerrado, que permita encontrar deductivamente todas las respuestas a cada una de las dudas interpretativas que esa institución plantea¹⁸. Los fines y principios son directivas que permiten sopesar las diversas normas que pueden ser planteadas para resolver un conflicto. Por ello, la aplicación concreta del régimen de responsabilidad civil por culpa, que se sostiene más bien en un principio de responsabilidad que expresan pocas normas del Código Civil (artículos 2284, 2314, 2320 y 2329) supone por lo general un juicio prudencial del juez.

Desde el punto de vista sustantivo, los fines de la responsabilidad civil pueden ser agrupados en dos órdenes: (a) desde la perspectiva del análisis económico, el fin de las reglas de responsabilidad civil es prevenir los accidentes en un grado óptimo socialmente; y, (b) desde la perspectiva de la relación entre el agresor y la víctima, en cambio, las reglas de responsabilidad tienen por finalidad dar una solución justa. En los párrafos siguientes se tratan estos dos fines.

(A) LA PREVENCIÓN

11. Generalidades. Concebido desde un punto de vista instrumental, el derecho puede ser visto como un conjunto de incentivos (y desincentivos) que permiten orientar el comportamiento hacia fines socialmente deseables. Tratándose de la responsabilidad civil, el fin será la óptima prevención de accidentes, esto es, el establecimiento de una regla tan rigurosa como sea necesario para evitar accidentes que causan un daño mayor al beneficio que reporta la actividad que los genera.

En este sentido, las reglas de responsabilidad civil actúan como reglas de prevención general, pues están dirigidas a la generalidad de los actores, atribuyendo *ex ante* los riesgos y los costos de las actividades.

¹⁸ Acerca de la pluralidad de principios en el derecho civil, Joseph ESSER, *Principio y Norma en el Desarrollo Jurisprudencial del Derecho Civil*, (traducción de Eduardo Valentí). Barcelona: Bosch, 1961 (1956), pág. 113 y ss.

Una vez establecidas, las reglas de responsabilidad civil actúan además como un mecanismo descentralizado de control, toda vez que es la propia víctima quien debe velar por su derecho a ser indemnizado. Así, la tarea del Estado se limita a establecer las reglas de responsabilidad y a proporcionar los medios procesales necesarios.

Este sistema de prevención general estará con frecuencia complementado con normas de prevención especial, de carácter administrativo, tales como la exigencia de elaboración y aprobación de un estudio de impacto ambiental como condición previa a desarrollar ciertas actividades industriales riesgosas, límites de velocidad en carretera, o exigencias de certificación sanitaria para la venta de medicamentos.

La manifestación más extrema de la prevención especial está constituida por la prohibición legal de ciertas actividades, y opera en aquellos ámbitos donde la sociedad no está dispuesta, bajo ningún respecto, a tolerar los riesgos que dichas actividades suponen. Como se comprende, la eficacia de la prohibición usualmente depende más de la efectividad de las sanciones penales y administrativas, que de las obligaciones indemnizatorias que imponga el sistema de responsabilidad civil.

12. Óptimos de prevención y modelos de atribución de responsabilidad civil. Desde una perspectiva económica, el establecimiento de un régimen de responsabilidad civil supone determinar los niveles óptimos de prevención, es decir, aquéllos en que el beneficio social que reporta una actividad resulta mayor que el costo de evitar los accidentes que impone el sistema de responsabilidad.

En otros términos, exige responder la pregunta acerca de cuáles son los niveles de riesgo que estamos dispuestos a tolerar, y cuales las herramientas legales (tipos de responsabilidad) más eficientes para alcanzar dichos niveles.

Así por ejemplo, si en materia de tránsito el número de accidentes que estamos dispuestos a soportar es cercano a cero, entonces el óptimo de prevención exige prohibir el uso de los automóviles o restringir la velocidad máxima permitida a 20 kms./hora, por ejemplo. Todo indica, sin embargo, que ese nivel de prevención resultará intolerable para la sociedad actual.

Desde una perspectiva de su utilidad, las reglas de responsabilidad civil operan como un instrumento para alcanzar un nivel óptimo de cuidado y, en tal sentido, su aplicación puede ser vista como una técnica de prevención.

Algunos especialistas en el análisis económico del derecho se declaran partidarios del sistema de responsabilidad por culpa como régimen general¹⁹. Destacan que la negligencia supone la inobservancia del cuidado debido, esto es, aquel cuidado que razonablemente podemos esperar de quien desarrolla una actividad. A su vez, el debido cuidado no puede ser definido sino como una función del nivel óptimo de prevención. Así, una regla que atribuye la responsabilidad por hechos culposos sería socialmente la regla más eficiente, porque la noción de culpa reconduce al nivel óptimo de cuidado. La culpa pasa a ser considerada, en este enfoque, como la variable decisiva para definir el grado de prevención socialmente deseable.

¹⁹ Por ejemplo, Richard POSNER, *Economic analysis of law*. Boston: Little, Brown and Company, 1977, 2ª edición, pág. 137 y ss. En castellano, *El análisis económico del derecho* (traducción de Eduardo L. Suárez). México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

De ello se sigue que quien actúa observando el cuidado debido, cumpliría con el nivel de prevención que conduce al equilibrio óptimo entre el costo de evitar los accidentes (medidas de prevención) y los riesgos que la actividad supone.

Desde esta perspectiva, la aplicación de reglas de responsabilidad estricta sólo se justifica en casos en que el beneficio que reporta la actividad es notoriamente inferior al riesgo que ella misma genera. Un buen ejemplo de esta tesis puede encontrarse en las reglas de los artículos 2326 y 2327 del Código Civil. Aunque ambas normas, provenientes del derecho romano, fueron formuladas en una época anterior al actual análisis económico del derecho, el principio en que éste se sustenta ya aparece implícito, puede suponerse que la tenencia de un animal fiero reporta a su dueño un beneficio definitivamente inferior al riesgo que provoca respecto de los demás y, por consiguiente, el óptimo de prevención exige el establecimiento de una regla de responsabilidad por el sólo hecho que el animal provoque daño a la persona o propiedad de otro (a diferencia de lo que ocurre con un animal doméstico).

Por otra parte, quienes son partidarios de un sistema generalizado de responsabilidad estricta, argumentan que este sistema obliga a quienes desarrollan la actividad riesgosa a internalizar el costo de los accidentes. En otros términos, en un régimen de responsabilidad estricta, el costo de indemnizar a las víctimas de accidentes provocados por la actividad será considerado como uno más de los componentes del precio del bien o servicio respectivo, distribuyéndose entre todos sus usuarios o consumidores. Este argumento, sin embargo, atiende más a la distribución de los costos provocados por los accidentes (todos pagan en el precio su parte en el costo de indemnizar a las víctimas), que a la eficacia preventiva de la regla. Por eso, se volverá sobre este punto al tratar la responsabilidad sobre la base de criterios de justicia.

Un segundo argumento en favor del sistema de responsabilidad estricta, desde la perspectiva de la prevención, señala que la mejor regla para prevenir accidentes es la que aplica los incentivos en aquél que genera el riesgo, de manera que sea éste quien determine el grado óptimo de cuidado. Por regla general, quien desarrolla la actividad está en mejores condiciones para evitar el daño, y este sistema de responsabilidad estricta lleva a adoptar los resguardos más eficientes para evitar los accidentes, es decir, lleva a adoptar aquellos resguardos que tengan un costo comparativamente menor que las indemnizaciones que deberá pagar a las víctimas de los accidentes.

Por último, el sistema de responsabilidad estricta considera como factor relevante el nivel óptimo de actividad²⁰. En efecto, bajo el principio de negligencia lo determinante es el nivel abstracto y general de cuidado exigible, pero no considera las diferencias de riesgo que hay a diversos niveles de actividad (produciendo o conduciendo mucho o poco). Bajo una regla de responsabilidad estricta, a medida que baja la utilidad marginal que resulta de aumentar el nivel de actividad, habrá un punto en que la actividad ya no será rentable para quien la realiza. En ese punto coincidirá el nivel de actividad de quien genera el riesgo con el beneficio social óptimo. En definitiva, la responsabilidad estricta opera como un fuerte desincentivo a desarrollar actividades cuya utilidad marginal es menor al costo de evitar o reparar los accidentes que provoca.

²⁰ Steven SHAVELL, *Economic analysis of accident law*. Cambridge (Mass): Harvard University Press, 1987, pág. 21 y ss.

Los desarrollos analíticos de la doctrina económica de la responsabilidad distan de conducir al mismo resultado. Tanto la responsabilidad por culpa como la responsabilidad estricta han sido defendidas desde un punto de vista de su eficacia preventiva con poderosos argumentos. En cambio, otros autores se inclinan por afirmar que en principio es indiferente uno u otro régimen de responsabilidad²¹. El problema que subyace al análisis económico es, en definitiva, que más allá de su enorme valor analítico para discernir respecto de las reglas óptimas en función de su utilidad (eficacia), rara vez se sostiene en evidencia empírica. Así, la discusión continúa aún en un terreno especulativo varias décadas después de ser planteada.

(B) LA JUSTICIA

13. Nociones. La justicia plantea la pregunta acerca de cuando es correcto atribuir responsabilidad a una persona por los daños que ocasiona a un tercero. El enfoque es normativo (cuál es la norma correcta de la atribución de la responsabilidad) y no técnico-instrumental (cuál es la norma más eficiente bajo el supuesto de que el derecho cumple una función del bienestar).

Tampoco el análisis de la responsabilidad desde la perspectiva de la justicia conduce a respuestas unívocas sobre la regla que debe tenerse por correcta. Podemos preguntarnos por la regla justa mirando la responsabilidad desde la perspectiva del autor del daño y se tenderá a considerar justa la regla que da lugar a la responsabilidad como retribución de una acción impropia, imponiendo la carga de indemnizar el daño sólo si se ha actuado con culpa o dolo (justicia retributiva).

Por el contrario, desde la perspectiva de la víctima, la cuestión será determinar cuando es justo que sea ella quien debe soportar los efectos del accidente. Este es el enfoque típico de la justicia correctiva, pues la regla justa tendría por objeto restaurar, en favor de la víctima, el estado de cosas alterado por la acción de un tercero.

En una tercera perspectiva, no es determinante la dimensión privada de la relación autor-víctima, sino la existente entre la sociedad en su conjunto y las víctimas de accidentes, de modo que la pregunta pase a ser cómo se distribuye el costo de accidentes, en circunstancias que un riesgo afecta indiferenciadamente a muchas personas, pero sólo se materializa como daño en algunas. Esta es la perspectiva de la justicia distributiva.

²¹ CALABRESI, por ejemplo, sostiene la eficacia de una regla de responsabilidad estricta; así, ya en “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”, en *Yale Law Journal*, Vol. 70 (1961), pág. 499 y ss., y especialmente en *op. cit.* [nota 8]; en tanto POSNER es partidario de una regla fundada en la negligencia, *op. cit.* [nota 19], y especialmente en “A Theory of Negligence”, en *Journal of Legal Studies*, 1972, pág. 29 y ss. Por la indiferencia acerca de uno y otro principio, Peter CANE, *Tort law and economic interest*. Oxford: Clarendon Press, 1996, 2ª edición.

a. *Justicia correctiva: la pregunta por la justicia en la responsabilidad patrimonial*

10. La pregunta por la regla justa de atribución de responsabilidad. a) La idea de justicia exige asumir un enfoque deontológico para justificar la responsabilidad patrimonial. La pregunta se refiere a las condiciones para que sea *correcto* atribuir responsabilidad a una persona por los daños que sufre otra.

La idea de justicia puede plantearse en distintos grados de generalidad. Puede asumir la dimensión de la sociedad en su conjunto, caso en el cual se pregunta por el orden básico de convivencia; o puede asumir la dimensión de la relación interpersonal del autor del daño con la víctima. La idea de justicia correctiva atiende a esta última dimensión.

b) En su sentido más general, la idea de justicia responde a una pregunta respecto del *orden político más equitativo*, esto es, se interroga por el orden básico de convivencia que mejor compatibiliza los bienes de la libertad, de la seguridad y de la igualdad. Este enfoque corresponde a la tradición contractualista desarrollada desde Hobbes hasta Rawls y concibe las relaciones privadas en la dimensión más general de la sociedad política. Atendido el nivel de abstracción en que el tema se plantea, la pregunta por las condiciones de la responsabilidad deviene eminentemente en una cuestión política, pues atiende a la dimensión más general de una correcta ecuación de libertad y de seguridad en el marco general de la distribución de bienes al interior de la sociedad.⁴³ Un modelo de esta naturaleza asume inevitablemente que la responsabilidad civil es el resultado de políticas públicas en materia de prevención y de distribución de riesgos. Se trata típicamente del modo de pensar del legislador racional, que se ve en la necesidad de componer intereses al interior de la sociedad. Es el caso, por ejemplo, cuando se decide establecer mediante una ley especial un régimen de responsabilidad en materia de daños al medio ambiente. La decisión debe valorar la seguridad, la manera como se afecta la libertad de emprender y, en definitiva, se adopta sopesando los resultados de una u otra alternativa reguladora en la dimensión del bien general.

c) En el otro extremo, la idea de justicia puede ser desarrollada atendiendo exclusivamente a la víctima o al autor del daño. Se tiene en vista a la víctima del accidente si se asume que el fin del ordenamiento de la responsabilidad civil es la *compensación* del daño que ha sufrido (*infra* N° 12); por el contrario, si a la responsabilidad se le atribuye un fin de *retribución* del mal causado, la mirada se dirige al autor del daño, y se intentará determinar las condiciones para formularle un juicio de reproche personal. Aunque ambas

⁴³ Es el enfoque de Keating en Postema 2001 52, quien construye un modelo de atribución de responsabilidad sobre la base de la 'persona razonable promedio', que a la manera de los participantes en el contrato relativo a las reglas constitucionales básicas, toma distancia respecto de sus propios intereses, a la manera de un observador externo capaz de discernir el valor que tiene la seguridad en la definición de las precauciones que aseguran frente a riesgos y que permiten la colaboración entre personas libres e iguales.

perspectivas suelen aparecer en el análisis de la responsabilidad patrimonial, presentan la dificultad de atender unilateralmente a la posición de una de las partes de la relación obligatoria, de modo que no dan una razón suficiente para que la víctima reciba compensación de *este* demandado o, al revés, para que el responsable deba indemnizar a *esta* víctima.

d) La idea aristotélica de la *justicia correctiva* ha sido redescubierta en los últimos años como el núcleo central de una justificación normativa y de una adecuada comprensión del derecho de la responsabilidad patrimonial, precisamente porque atiende a *la relación entre el autor del daño y la víctima*. En verdad, la idea de justicia correctiva ha devenido en el contrapunto del análisis económico de la responsabilidad, que pareció transformarse en una doctrina por completo dominante, especialmente en el derecho norteamericano, a partir de la década de 1970. Atendida la extensión y sutileza de la literatura relevante, parte esencial de esta sección se dedicará a mostrar los aportes y limitaciones de esa idea reguladora.

11. Decaimiento de la idea de justicia retributiva. a) El sentido más arcaico de justicia responde al sentimiento de retribución. Las más antiguas legislaciones conocidas no distinguen los efectos patrimoniales y propiamente penales que se siguen de los ilícitos. Sin embargo, ya en los orígenes de la responsabilidad civil se encuentra la idea de sustituir la retribución penal por una compensación económica (*infra* N° 22 b). En ese preciso momento ya comienza el retroceso de la función puramente retributiva de la responsabilidad patrimonial.

b) Desde el punto de vista de la estructura de la responsabilidad, el decaimiento de la función retributiva se muestra en la evolución histórica del ilícito civil básico, como es la culpa o negligencia. Desde el derecho romano, el concepto civil de culpa tiene una connotación esencialmente objetiva (*supra* N° 6, *infra* N° 42), de modo que las condiciones subjetivas de la responsabilidad se reducen a las más elementales de la capacidad (que en algunos ordenamientos también está en retirada) y de la libertad de la acción.⁴⁴ En otras palabras, el derecho civil establece requisitos muy básicos para que el acto pueda ser atribuido subjetivamente al demandado; cumplidos esos requisitos elementales, el juicio de valor recae objetivamente en la conducta y no en la reprochabilidad moral del autor del daño. Bajo tales condiciones, la atribución de responsabilidad difícilmente puede ser entendida desde una perspectiva retributiva. En ello existe una diferencia de grado con el derecho penal, donde la culpabilidad es un juicio que tiene un componente subjetivo (aunque haya generalizado acuerdo en que la retribución no es su finalidad).

c) Por otro lado, si la responsabilidad civil cumpliera una función retributiva, el monto de la indemnización de perjuicios dependería de la intensidad de la culpa del demandado. Por el contrario, en el derecho moderno, en virtud del principio de reparación integral del daño, la vícti-

⁴⁴ *Infra* §§ 7 y 8.



ma debe quedar indemne de todo daño, con independencia de la gravedad del ilícito (*infra* N°s 163 y 200).

Sin embargo, la función punitiva suele reaparecer bajo nuevas formas en el derecho civil. En algunos sistemas jurídicos se reconocen *indemnizaciones punitivas*, esto es, verdaderas penas civiles que soporta el responsable cuando su conducta es particularmente impropia. Con todo, la finalidad más reconocida de la indemnización como pena civil es de prevención general y no retributiva, pues pretende desincentivar la comisión de ilícitos particularmente graves (*infra* N° 198).

Asimismo, la práctica jurisprudencial chilena tiende a incorporar un elemento punitivo en la valoración del *daño no patrimonial*: en circunstancias que éste no tiene parámetros económicos de determinación, al momento de apreciarlo los jueces suelen incorporar, explícita o implícitamente, consideraciones que no atienden a la intensidad del perjuicio, sino a la gravedad del ilícito o a las capacidades económicas del demandado (*infra* N° 201).

12. Fines compensatorios de la responsabilidad patrimonial. a) A primera vista, todo indica que la compensación de las víctimas de los accidentes es un fin primordial de la responsabilidad civil. En efecto, por lo general, el juicio de responsabilidad civil tiene por objeto que se declare una indemnización, cuya medida es el daño sufrido.⁴⁵

Con todo, aunque la pretensión del demandante sea obtener una compensación, de ello no se sigue que el sistema en su conjunto deba ser concebido a la luz de esa finalidad. La compensación de la víctima sólo tiene lugar cuando se cumplen las condiciones de la responsabilidad. Porque del mismo modo como la finalidad preventiva del ordenamiento no es evitar a cualquier costa que ocurran accidentes, tampoco la exigencia de justicia es asegurar a las víctimas compensación a todo evento, por el solo hecho de haber tenido el demandado alguna participación causal en el resultado dañoso. En verdad, el derecho de la responsabilidad civil se refiere por igual a las condiciones para dar lugar a la responsabilidad, como al fracaso de las pretensiones reparatorias.⁴⁶

Esta explicación es consistente con la práctica de la responsabilidad civil en los ordenamientos contemporáneos. Sin embargo, hay matices que conviene aclarar, porque la idea de compensación como fundamento de la responsabilidad suele aparecer en dos extremos argumentativos, esto es, tanto en una doctrina libertaria de la responsabilidad (que expresa un individualismo radical) como en una doctrina que atribuye a la responsabilidad una función de socorro de la víctima (que conceptualmente la acerca al seguro privado y a la seguridad social).

⁴⁵ Así, se ha fallado que “nuestro derecho consagra el principio de la reparación integral o completa del daño, aplicable en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual” (Corte de Santiago 1.9.2003, GJ 281, 104); y que “la reparación del daño es el principal efecto que nuestro legislador asigna a la responsabilidad delictual o cuasidelictual” (Corte de Santiago, 10.7.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2ª, 83).

⁴⁶ Kötz/Wagner 2006 25.

b) Intuitivamente, el fin compensatorio de la responsabilidad da cuenta de la idea de justicia correctiva, porque conduciría a ‘anular’ los efectos dañinos producidos por una acción.⁴⁷ En verdad, la *doctrina de la anulación* no atiende a la relación entre la víctima y el autor del daño, sino unilateralmente a los intereses del titular de un derecho. Desde el punto de vista pasivo, significa que nos hacemos cargo de todas las consecuencias de nuestras acciones, positivas (apropiándonos de los beneficios) y negativas (respondiendo por las pérdidas). La responsabilidad es concebida como una derivación de la propiedad y de la titularidad sobre otros derechos: en la medida que el derecho es afectado, el mal da lugar *ipso iure* a la reparación.

Desde esta perspectiva radicalmente individualista, no es necesario indagar otras razones que la causalidad para que haya lugar a la responsabilidad, porque sólo de esa manera se garantiza la prioridad de los derechos. El resultado práctico sería una responsabilidad estricta generalizada. Más allá de las dificultades que plantea un estatuto general de responsabilidad estricta (*supra* N° 7 d), surge la dificultad adicional de que los accidentes usualmente suponen la intervención causal de diferentes personas, incluida la propia víctima, de modo que para atribuir la responsabilidad (o para excluirla) se requiere un criterio de discriminación entre las distintas causas, que una doctrina de tal generalidad no puede ofrecer; a menos que se entre en calificaciones para sopesar las distintas causas, que inevitablemente la acercarán a la noción de culpa.⁴⁸

c) El fin compensatorio aparece también en la dimensión social de proteger a la víctima de un accidente. La consecuencia es que la compensación no es tenida por el *resultado* del juicio de responsabilidad civil, sino por su *finalidad*. Es interesante como G. Viney, la principal impulsora de este fundamento de la responsabilidad en la doctrina francesa contemporánea, plantea coloquialmente sus premisas: el fin primordial de la responsabilidad civil es ir en socorro de la víctima, de modo que la tarea del ordenamiento privado sería ir eliminando progresivamente excepciones, como las de culpa de la propia víctima o la de caso fortuito, que dificultan ese fin principal.⁴⁹

Esta actitud genera severas dudas. Desde el punto de vista de la justicia correctiva, ignora por completo la posición del demandado, en la medida que tiende a atribuirle responsabilidad incluso por actos que están fuera de su control; y, desde el punto de vista general de los riesgos, establece un estatuto protector privilegiado para el pequeño grupo de víctimas que sufren daños atribuibles causalmente a otra persona.⁵⁰ Entre los muchos

⁴⁷ Esta idea fue formulada por Coleman, quien luego la ha criticado, porque no se hace cargo de la dimensión de correlatividad entre el hecho del demandado y el daño sufrido por la víctima, que es supuesta por la justicia correctiva (Coleman 1992 306).

⁴⁸ La idea de responsabilidad civil por resultados, sobre la base de una interpretación libertaria, en Epstein 1973; para una sintética nota crítica, Perry en Postema 2001 85.

⁴⁹ Viney 1997 335.

⁵⁰ Así se muestra en el enfoque comprensivo de Cane/Atiyah 1999, quienes analizan la responsabilidad civil como un subconjunto de los mecanismos legales para enfrentar riesgos.



riesgos que nos afectan (salud, empleo, propiedad), sólo algunos pueden ser calificados bajo reglas de responsabilidad (por expansivas que sean), de modo que si se entiende que el fin es la protección frente al infortunio, los caminos legales deberían ser mucho más comprensivos que el estatuto de responsabilidad.

En verdad, es muy discutible que la compensación de la víctima sea tarea *per se* de la responsabilidad civil. Cuando la sociedad desea proteger a ciertos grupos vulnerables puede establecer regímenes de responsabilidad estricta, pero también tiene el camino de los *seguros obligatorios* (como ocurre con los accidentes del trabajo y los riesgos del tránsito) o de la *seguridad social*, que sí tienen por principal finalidad compensar los daños. Finalmente, si la víctima es aversa al riesgo, siempre está abierto el camino del seguro contra daños propios, que cubre los riesgos generales de la vida, cualquiera sea su fuente. En definitiva, el argumento de la seguridad de la compensación como criterio de atribución de una obligación indemnizatoria, tiende a disolver la pregunta por la responsabilidad del demandado respecto de la víctima (esto es, la relación de derecho privado entre ambos) en una cuestión muy distinta, relativa a los mecanismos institucionales para la protección frente a los riesgos generales de la existencia.⁵¹ El efecto es que el derecho civil se transforma en un instrumento imperfecto del derecho social.

13. La justicia correctiva como fin de la responsabilidad patrimonial. a) El concepto de justicia correctiva tiene sus orígenes en la *Ética Nicomaquea* de Aristóteles.⁵² El texto es de gran simplicidad, aunque no por ello superficial, y revela una comprensión refinada de la relación de derecho privado.

Aristóteles define el lugar donde la pregunta por la justicia correctiva resulta relevante: se plantea en los tratos mutuos, tanto voluntarios (contractuales) como involuntarios (extracontractuales). Lo característico de estas relaciones es la igualdad; es indiferente la riqueza y el mérito, pues el derecho sólo mira a la naturaleza del daño y a la injusticia cometida. Quien comete un injusto se apropia de lo que no le pertenece; esta apropiación ocurre aunque no se haya hecho más rico, porque ha actuado en atención al propio interés, sin considerar el ajeno. La justicia correctiva persigue restablecer la igualdad que ha sido rota por el ilícito: en circunstancias que la justicia correctiva asume que las partes de una relación de derecho privado son iguales, el papel del juez es llevar las cosas al punto medio, en que no hay ganancia ni pérdida injusta. En sede extracontractual, entonces, la acción tiene por objeto reparar el daño injustamente causado.

⁵¹ En su clasificación de los costos de los accidentes, Calabresi llama secundarios a los costos de compensación (siendo primarios los daños que sufren las víctimas y terciarios los administrativos); lo que desde esa perspectiva aparece como costo, en la dimensión de la justicia distributiva aparece como *compensación*, estimando que los mejores mecanismos para procurarla son buscar el indemnizador solvente (*deep pocket*) y la responsabilidad estricta (Calabresi 1970 39).

⁵² Aristóteles *Ética Nicomaquea* 5.4,1132 a.

b) La doctrina de la responsabilidad civil, caracterizada en las últimas décadas por un grado extremo de reflexividad, ha redescubierto en Aristóteles un paradigma para la comprensión ‘interna’ del derecho privado, que atiende exclusivamente a la relación entre las partes y no al orden social en su conjunto.⁵³

Ante todo, la idea de justicia correctiva expresa la estructura formal de la argumentación en el derecho privado. A diferencia del trasfondo instrumental de las políticas públicas, que asumen que el derecho es un medio para obtener otros fines, en la idea de justicia correctiva concurren en una unidad de sentido el fin (la justicia en la relación privada) y el medio (el restablecimiento de la igualdad afectada por el acto injusto). Así, la justicia correctiva tiene la ventaja de ser una idea integradora de los elementos de la responsabilidad civil: el injusto, el daño y el derecho a la reparación.

Su función constitutiva de la relación de derecho privado se muestra en la idea de correlatividad entre el deber y el derecho que desarrolla Aristóteles.⁵⁴ En la situación típica, hay lugar a una relación obligatoria entre el responsable y la víctima; precisamente porque aquél ha infringido un deber causando un daño, esta última tiene el derecho a ser restablecida a la situación anterior. La idea aristotélica de que ambas partes de la relación son iguales en la injusticia se muestra en esta correlatividad de la relación jurídica entre las dos partes. El elemento constitutivo de la relación obligatoria no es el ‘bolsillo profundo’ o la estrategia de atribución de riesgos (como en el análisis económico), sino la peculiar relación que nace entre la víctima y el responsable.⁵⁵

14. Valor práctico de la idea de justicia correctiva en el sistema de la responsabilidad civil. a) La crítica más fuerte a la idea aristotélica de la justicia correctiva proviene de la tradición analítica, especialmente de Kelsen. Éste sostenía que la justicia correctiva era una noción tautológica, que no

⁵³ La bibliografía en la materia es inabordable. Me parece que el libro más influyente en el rescate conceptual de la idea de *derecho privado* a la luz de la justicia correctiva es Weinrib 1995; particularmente interesante resulta el intento de Coleman de plantear la justicia correctiva en relación con la práctica de adjudicación judicial en materia de responsabilidad civil (Coleman en Owen 1995 69). Las compilaciones de Owen y Postema contienen excelentes contribuciones sobre la materia (Birks en Owen 1995, Christie en Owen 1995, Coleman en Owen 1995, Gordley en Owen 1995, Honoré en Owen 1995 y Chapman en Owen 1995; Coleman en Postema 2001, Perry en Postema 2001, Ripstein/Zipursky en Postema 2001 y Stone en Postema 2001).

⁵⁴ Weinrib 1995 142, Coleman en Postema 2001 184.

⁵⁵ Weinrib 1995 143; así expuesta, la doctrina de la justicia correctiva presenta notoria cercanía con el concepto hegeliano de una racionalidad interna al derecho privado (Hegel 1821 § 31). De hecho, un trabajo temprano de Weinrib se refiere al concepto de derecho privado en Hegel (Weinrib 1989). Un aspecto poco explorado de la justicia correctiva como elemento estructural de la relación de derecho privado se refiere a la función neutral que corresponde a la justicia en un estado de derecho, que se opone a una función que atiende a finalidades que trascienden el caso; al respecto, Atria 2005 135.



agregaba información práctica. En efecto, el juez, para definir el punto medio, necesita la medida de lo que se habrá de tener por justo, y ese criterio no es dado por la idea de justicia, sino que se da simplemente por supuesto.⁵⁶ En el fondo, se trataría de un concepto normativo vacío, carente de contenido semántico, porque no proporciona información acerca de lo que en concreto debe tenerse por justo.

b) En verdad, la idea de justicia correctiva se limita a establecer un horizonte comprensivo de las preguntas que plantea la responsabilidad patrimonial. En cierto sentido, sus razones se muestran en las justificaciones que emplean los jueces al dar lugar o rechazar la pretensión indemnizatoria, para lo cual argumentan con toda naturalidad en torno a la relación interna entre el ilícito y el daño como fundamento de la responsabilidad.⁵⁷

En definitiva, la mejor contribución de la idea de justicia correctiva es para comprender y hacer reflexiva, a la vez, la práctica de la responsabilidad patrimonial. Permite hacer inteligible su estructura básica a la luz de un concepto que resulta consistente con la manera de argumentar y decidir de los jueces. Pero también hace posible racionalizar esa práctica, porque siempre envuelve una pregunta respecto de lo que es correcto en casos como el que se debe decidir, llevando a atender a la relación en su conjunto. La idea de justicia correctiva asume que existe una correlatividad entre los elementos básicos de la responsabilidad, esto es, el hecho humano y el daño sufrido por la víctima.⁵⁸ Por lo mismo, su práctica concreta no tiene por antecedente una idea abstracta que se aplica por mera derivación. Por el contrario, lo interesante es que esa práctica haya llegado a ser diferenciada y compleja sin que haya estado orientada por un propósito o directiva externa, sino caso a caso, resolviendo innumerables preguntas concretas (como las que se desarrollan en este libro), cuya estructura común viene dada porque la víctima de un daño pide que se declare su derecho respecto de quien lo provocó. Por eso, la idea de justicia correctiva da forma a una tarea, más que proveer de un listado de conclusiones lógicamente derivadas.

c) Así y todo, al darle estructura de sentido al ordenamiento de la responsabilidad civil, la idea de justicia correctiva también contribuye a la *seguridad jurídica*. De hecho, la concepción del derecho civil como un sistema abierto, que tiene un núcleo de sentido, pero que es adaptable a la luz de nuevos casos, que son resueltos en el sentido del ordenamiento, se ha mostrado como un compromiso más equilibrado con el bien de la seguridad que los giros interpretativos, de base puramente conceptualista (como la inferencia de que el Código Civil siempre consideró la reparación del daño moral, porque el artículo 2329 se refiere a ‘todo daño’; o el cambio copernicano del derecho francés luego que después de un siglo la jurisprudencia ‘descubrió’ que el artículo 1384 no establecía una presunción de culpa, sino una responsabilidad estricta por el hecho de las cosas).

⁵⁶ Kelsen 1957 132.

⁵⁷ Especialmente lúcido en este punto, Stone en Postema 2001 171, con interesantes referencias al límite que tienen las justificaciones en Aristóteles y en Wittgenstein.

⁵⁸ Coleman en Postema 2001 184.

15. La idea de justicia correctiva y los sistemas de responsabilidad. La idea de justicia correctiva establece un fundamento general para la responsabilidad por negligencia, porque la más elemental de las razones para que alguien sea tenido por responsable de los daños que provoca es su infracción a un deber de cuidado. También orienta la indagación de la regla correcta en materias más concretas de la responsabilidad, como la intensidad del deber de cuidado, la carga de la prueba o la compensación de culpas. A la inversa, también puede ayudar a discernir en qué situaciones la responsabilidad estricta es preferible a la fundada en la negligencia (como, por ejemplo, cuando el riesgo creado por cierta actividad es anormal o excesivo). En circunstancias que la discusión de estas materias supone tener la perspectiva general de la responsabilidad por negligencia, se ha optado por postergar su análisis hasta el capítulo dedicado a la responsabilidad estricta (*infra* § 36).



16. La justicia distributiva como fin de la responsabilidad civil. El concepto de justicia distributiva tiene su origen también en ARISTÓTELES, en uno de los pasajes más oscuros de su *Ética a Nicómaco*²². Según ARISTÓTELES, la justicia distributiva tiene que ver con la proporción que existe entre el todo y cada una de sus partes.

La justicia distributiva, en efecto, no tiene el carácter interpersonal que caracteriza a la justicia retributiva y correctiva, pues mientras éstas atienden a la relación justa entre la víctima y autor del daño, la justicia distributiva atiende a la desproporción entre la víctima afectada por el accidente y aquellos que están en una situación análoga de riesgo y no soportan daño alguno.

La justicia distributiva atiende a la aleatoriedad con que se distribuye la carga de llegar a ser víctima de un accidente, y pone acento en la forma más equitativa de hacer dicha distribución entre todos los candidatos a ser víctima de determinada actividad, o de la sociedad completa, según sea el caso. En tal sentido, esta especie de justicia invoca la solidaridad para con las víctimas de accidentes, corrigiendo la aleatoriedad con que estos se distribuyen.

En consecuencia, desde la perspectiva de la justicia distributiva, se pretende evitar la desproporción entre los costos asumidos por las víctimas de accidentes (los intoxicados con un alimento defectuoso, por ejemplo) y el conjunto inmensamente mayor de víctimas potenciales (que comúnmente, somos todos los demás).

La sustitución de un régimen de responsabilidad civil por un sistema de seguros aparece, a primera vista, como el camino más prometedor para lograr ese efecto distributivo. Con todo, también la perspectiva de la justicia correctiva tiende a generar efectos distributivos. Así ocurre, por ejemplo, en la responsabilidad estricta establecida en la mayoría de los ordenamientos (pero no en Chile) para los daños causados por productos defectuosos, donde basta que el daño sea injusto (entendiendo injusto el daño provocado por un vicio del producto), para que el fabricante resulte responsable, sin que pueda excusarse alegando haber actuado con diligencia. El fabricante debe asumir el costo de los eventuales accidentes que su actividad genere, y al traspasar ese costo de las indemnizaciones o de las primas de seguro al precio de los productos, todos los consumidores (potenciales víctimas) pagan por la cobertura del riesgo que pende sobre todos ellos por igual, pero que se materializa aleatoriamente sobre unos pocos. El efecto distributivo de la regla de responsabilidad estricta (y, en un sentido más débil, de las presunciones de culpabilidad) resulta evidente.

Así, más allá de su justificación en el principio de justicia correctiva, que atiende exclusivamente a la regla que debe regir la relación entre víctima y autor del daño, la responsabilidad estricta y las presunciones de culpabilidad pueden ser vistas como instrumentos de políticas públicas, que propenden a la distribución de los costos. Así, se hace posible restablecer la proporción de daño entre el todo (la comunidad) y la parte (la víctima) en el sentido atribuido por ARISTÓTELES a la justicia distributiva.

Los modelos más directamente dirigidos a la distribución, son el seguro social y el seguro privado obligatorio. Estos conducen derechamente a la *socialización del riesgo*,

²² Libro V, 3, 1131 b).

sea por vía pública, como ocurre cada vez que las víctimas son indemnizadas por el Estado con recursos recolectados por medio de impuestos, o por vía privada, mediante el establecimiento de la obligación de contratar un seguro para desarrollar determinada actividad, como es el caso de la circulación de automóviles. En el extremo, el sistema de seguros puede ser de tal modo comprensivo de los riesgos, que en la práctica llegue a excluir el sistema de responsabilidad civil. Es lo que ocurre en Alemania, donde las reglas de responsabilidad por accidentes del tránsito sirven, a lo sumo, para determinar cual fondo asegurador debe soportar el costo del accidente, o en Nueva Zelanda, que a partir de 1975 instauró un sistema estatal de seguro para los accidentes de tránsito, que se hace cargo de los daños con absoluta prescindencia de la idea de responsabilidad²³

Los inconvenientes de un sistema de esta naturaleza, son los inherentes al alejamiento de los principios normativos del derecho privado que caracterizan al estado de bienestar. Ante todo, se debilitan los lazos de recíproca responsabilidad que unen a una comunidad de personas, bajo el principio de que cada uno carga con las consecuencias de sus propios actos (característicos de la justicia retributiva y correctiva). Es la suave domesticación paternalista que desplaza a la responsabilidad personal, a que se refieren algunos sociólogos²⁴. Además, un sistema de seguros generalizados y compulsivos puede contribuir a que se debilite el sentido de lo correcto, pues la funcionalización del riesgo nos aleja del discernimiento de lo justo²⁵.

Por último, el sistema de distribución del riesgo ha sido criticado desde el punto de vista de la eficiencia: por una parte, porque la dispersión del riesgo hace que los incentivos para evitarlo disminuyan; por otra parte, porque los costos asociados a un sistema generalizado de distribución (costos que supone la contratación y operación del seguro) hacen que en definitiva el *fondo a repartir* entre las víctimas sea menor que en otros sistemas.

17. Idea de justicia y sistemas de responsabilidad. En definitiva, se puede comprobar que los argumentos de justicia operan en direcciones diferentes. Cada sistema jurídico evoluciona en uno u otro sentido, por vía legal o jurisprudencial, movido por las ideas normativas de la justicia retributiva, correctiva y distributiva que, en la práctica, resultan concurrentes entre sí. Lo cierto es que en casi todos los sistemas jurídicos actuales conviven sistemas de responsabilidad por culpa como regla general, con ámbitos de responsabilidad estricta, que frecuentemente están asociados a sistemas de seguro obligatorio.

Con todo, conviene advertir nuevamente que los sistemas de responsabilidad por culpa y estricta admiten variaciones que los acercan. En los sistemas de responsabilidad por culpa, la tendencia a la objetivación de la culpa, por una parte, y la expansión del régimen de presunciones de culpabilidad, por otra, tienden, en la práctica, a ampliar la responsabilidad casi hasta las fronteras de la responsabilidad estricta.

²³ Véase, Hein KÖTZ, *Deliktsrecht*. Hamburgo: A. Metzner, 1991, 5ª edición, pág. 87 y ss.; también COLEMAN, *op. cit.* [nota 23, "The Practice..."], pág. 71.

²⁴ Véase por ejemplo Arnold GEHLEN, "La Imagen del Hombre a la luz de la Antropología Moderna", (traducción de Carmen Cienfuegos), en *Ensayos de Antropología Filosófica*. Santiago: Editorial Universitaria, 1973, pág. 76 y ss.

²⁵ HONORÉ, *op. cit.* [nota 23], pág. 93.

A su vez, la responsabilidad estricta también admite variaciones que tendencialmente la acercan a la responsabilidad por culpa. En efecto, no toda responsabilidad estricta está construida sobre la base de la pura causalidad entre la acción y el daño. Así, en la responsabilidad del Estado, por ejemplo, se requiere que el órgano respectivo haya incurrido en *falta de servicio* (artículo 44 de la Ley N°18.575 Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado; y artículo 83 de la Ley N°18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades).

Como se verá, la falta de servicio importa un juicio objetivo acerca del funcionamiento del servicio respectivo, que es cercano al juicio de culpabilidad²⁶. Por otra parte, el régimen de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, ampliamente generalizada en el derecho comparado, supone que el producto tenga una falla y se muestra que la tiene si no presta la seguridad que legítimamente podría esperarse²⁷. Así, es necesario distinguir entre el producto defectuoso y aquél que no lo es, cuestión que también presenta una cierta analogía con el juicio de culpabilidad en la responsabilidad por negligencia. En la práctica, la diferencia entre los regímenes de culpa presumida y de responsabilidad estricta suele ser sólo de matriz: en un régimen de culpa (aunque sea presumida) el juicio de antijuridicidad reside en la conducta de quien provoca el daño; en la responsabilidad estricta por falta de servicio o por defecto del producto, radica en el resultado. Con todo, en uno y otro sistema algún tipo de excusa es aceptable²⁸.

IV. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

18. Planteamiento. La evolución histórica del derecho de responsabilidad civil puede ser analizada desde varias perspectivas: (a) según la forma de enfrentar los conflictos, puede ser analizada partiendo de la simple venganza hasta alcanzar las formas institucionalizadas de compensación; (b) según la formulación de las hipótesis de responsabilidad, desde el casuismo de hipótesis específicas de accidentes o actos dolosos, hasta la formulación de reglas y principios generales; y, (c) en cuanto al fundamento de la atribución de la responsabilidad, partiendo desde el mero daño hasta llegar al daño atribuible a culpa, y en el derecho moderno, a los correctivos al régimen de responsabilidad por culpa y a la responsabilidad estricta.

19. Desde la venganza directa hacia mecanismos institucionales de sanción punitiva. En las primeras culturas el régimen dominante de responsabilidad parece ser la responsabilidad estricta. Así, la venganza privada tiene lugar por el solo hecho de cometerse un daño, sin necesidad de indagar si éste podía ser imputado a culpa del autor. En ellas, 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, aún antes de que existiera propiamente un órgano jurisdiccional establecido, consisten en procedimientos para neutralizar la venganza

²⁶ *Infra*, párrafo 169.

²⁷ KÖTZ, *op. cit.* [nota 26], pág. 165.

²⁸ SHAVELL, *op.cit.* [nota 20], pág. 58 y ss.; KÖTZ, *op.cit.* [nota 26], pág. 165 y ss.

privada (instancias de apaciguamiento). Así, se tiene noticia que en el pueblo Nuer, la labor de mediación era asumida por el “sacerdote de la piel de leopardo”, quien estaba dotado de autoridad e inmunidad, pero carecía de imperio para obligar a las partes a renunciar a la violencia. Sin embargo, gracias a la autoridad reconocida espontáneamente el sacerdote de la piel de leopardo prestaba amparo al autor del daño, a la espera de que el tiempo calmara las pasiones y que la violencia fuese sustituida por una reparación en cabezas de ganado²⁹.

Una práctica semejante relata la novelista Isak Dinesen en sus *Memorias de Africa*. Allí, el caso de un niño mata accidentalmente a otro al manipular un arma de fuego, provoca una tensión entre clanes tribales, que es atemperada por un largo proceso de negociación, con intervención de autoridades mediadoras, que también culmina con una reparación en cabezas de ganado.

El mismo principio es seguido por los primeros códigos conocidos de la Antigüedad. Así ocurre por ejemplo en el Código de Hammurabi (s. XVII A.C.), en el que se establece nítidamente la ley del talión³⁰, sin perjuicio de contemplar también la compensación en dinero por daños no personales³¹.

Similar fue la situación en Roma. La Ley de las XII Tablas (s. V A.C.), primera formulación escrita del derecho romano, también establecía la ley del talión³², y el derecho romano posterior parece no haberse desprendido de la función punitiva de la responsabilidad civil, pues las sanciones en dinero por valores de dos o cuatro veces el valor de la cosa destruida tienen un carácter esencialmente punitivo y no reparador³³. Así, aunque el talión se institucionaliza (primero, por la intervención del mediador y luego por la intervención del juez) hasta épocas tardías subsisten en el derecho romano restos del derecho a la venganza³⁴.

Originalmente, la sanción en dinero tenía el carácter de pena privada, más que de reparación del daño. Por esa razón, el derecho de la responsabilidad contemplaba efectos sólo concebibles desde la perspectiva de la función punitiva, tales como la extinción de la obligación indemnizatoria por la muerte del causante del daño (obligación intransmisible), y la acumulación de indemnizaciones (penas) en caso de ser dos o más los responsables.

Este carácter penal de la indemnización subsistió incluso hasta el derecho romano tardío y posteriormente tomado desde allí por el derecho europeo de la alta edad media. Fue el derecho francés el que finalmente desarrolló el concepto de la responsabilidad como obligación de indemnizar los perjuicios efectivamente causados, que luego se generalizó en las doctrinas modernas del derecho natural y en las codificaciones³⁵. Con

²⁹ La referencia corresponde a Edward EVANS-PRITCHARD, *The Nuer*. Oxford: Clarendon Press, 1940.

³⁰ Nros. 195-197, 229, 230.

³¹ Nros. 198, 199, 231, 232.

³² Tabla VIII, números 2 al 6.

³³ Max KASSER, *Das Römische Privatrecht*, Vol. I. München: Beck, 1971, pág. 612.

³⁴ Helmut COING, *Europäisches Privatrecht*, Vol. I. München: Beck, 1985, pág. 503.

³⁵ COING, *op. cit.* [nota 37], pág. 506.

todo, la idea de pena civil sigue latente en el derecho contemporáneo³⁶, tal como puede apreciarse en la evaluación jurisprudencial del daño moral.³⁷

20. Desde el casuismo hacia los principios generales. La evolución de la responsabilidad civil en Roma no concluyó en la formulación de un principio general de negligencia. En efecto, la Lex Aquilia dictada durante el siglo III A.C., sólo consideró ilícitos específicos (la muerte o lesiones a un esclavo o el daño de una cosa).

Fue únicamente en las compilaciones bizantinas que se construyó la figura de las obligaciones que nacen *quasi ex delicto*³⁸. Sin embargo este concepto de cuasidelito se refiere a tipos de ilícitos sin dolo y a determinadas figuras de imprudencia, unos y otras muy específicas³⁹. En consecuencia, ni aún en el derecho romano bizantino se conoció una fórmula general de responsabilidad por culpa, como es usual en los códigos modernos.

La evolución hacia una fórmula general estuvo marcada por la inclinación del pensamiento moderno hacia la abstracción y la generalidad. Sin embargo, la tendencia a reducir la responsabilidad a su función reparatoria y extenderla a todas las hipótesis posibles de culpa, tiene sus orígenes en el derecho canónico, con su típica inclinación a expandir el fundamento moral del derecho privado⁴⁰.

Estos principios se tradujeron en una regla general de responsabilidad en los códigos modernos, que tiene su expresión más célebre en el artículo 1382 del Código Civil francés: “Todo hecho cualquiera del hombre, que causa daño a otro, obliga a quien por cuya culpa ocurrió, a repararlo”.

Así, Andrés BELLO⁴¹ señala como fuente del artículo 2314 del Código Civil la ley 6, título XV, Partida VII de las Siete Partidas (s. XIII), un texto romano-canónico representativo del espíritu romanista de la tardía Edad Media. Este texto, sin embargo, dista por su carácter casuista de establecer un principio general. La regla generalísima del referido artículo 2314 sigue más bien la tradición jurídica moderna, especialmente la del Código Civil francés, como ocurre en general en materia de obligaciones.

³⁶ Georges RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949, 4ª edición, pág. 336 y ss.

³⁷ *Infra*, párrafo 77.

³⁸ Véanse las *Instituciones de Justiniano*, IV, 5.

³⁹ *Instituciones de Justiniano*, IV, 5; *Digesto*, 9. 2.

⁴⁰ La síntesis del método generalizante de la modernidad y de la tradición moralista 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”. *Sobre el Derecho de la Guerra y de la Paz*, Libro VI, cap. XVII.

⁴¹ En nota al artículo 2478 del “Proyecto de Código Civil de 1853”, en *Obras Completas*, Tomo IV, (editadas por la Universidad de Chile). Santiago: Nascimento, 1932, pág. 580.

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 un principio de responsabilidad estricta), ya en el siglo XIX, sin embargo, la jurisprudencia estableció una regla de responsabilidad por negligencia, que pasó a ser el derecho común de la responsabilidad a falta de un estatuto legal específico. De este modo, en forma análoga a lo ocurrido en la tradición continental, en el *common law* se responde por culpa, entendiéndose por tal la infracción de un deber de cuidado que el autor del daño tenía respecto de la víctima. Por un camino jurisprudencial, y probablemente bajo influencia del derecho continental, se ha llegado a un ordenamiento de la responsabilidad que reposa sustancialmente en la idea genérica de negligencia, sin perjuicio de los estatutos especiales provenientes de la tradición 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.¹¹²

¹¹² 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).¹¹³ 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-

¹¹³ 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 generen costos indemnizatorios para quien negligentemente los provoca.¹¹⁴

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

¹¹⁴ *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.

PRIMERA PARTE. RESPONSABILIDAD POR EL HECHO PROPIO

22. Planteamiento. Como se ha señalado, la pregunta esencial que plantea la responsabilidad civil dice relación con las razones que el derecho considera para atribuir el efecto patrimonial de los daños a un tercero, distinto del sujeto que los sufre. A falta de estas razones jurídicas, y como ha sostenido HOLMES, se debe acudir al principio general según el cual los daños son soportados por quien los sufre, debiendo permanecer la pérdida causada por un accidente allí donde ésta se produce. En este sentido, sólo habrá responsabilidad en la medida que se cumplan las condiciones que el propio derecho establece.

Esta es una pregunta común a todos los sistemas de responsabilidad civil, pues resulta inimaginable concebir un ordenamiento jurídico en el que se imponga responsabilidad por todos y cada uno de los daños que nos ocasionamos recíprocamente con ocasión del tráfico espontáneo en que participamos.

El sistema de responsabilidad civil por culpa o negligencia impone las condiciones más exigentes para dar por establecida la responsabilidad, pues demanda la existencia de un hecho jurídicamente reprochable, una acción u omisión que pueda calificarse como dolosa o culpable. Para que el daño sea atribuido a un tercero, se requiere, de acuerdo con este sistema de responsabilidad, que éste haya sido el resultado de una acción ejecutada con infracción a un deber de cuidado⁴².

Este es el régimen común de responsabilidad en el derecho nacional, aplicable a todos aquellos casos que no están regidos por una regla especial diversa⁴³.

ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR CULPA O NEGLIGENCIA

23. Enumeración. Según la doctrina, los elementos que integran la responsabilidad civil por culpa o negligencia son: el hecho doloso o culpable, el daño y el vínculo causal

⁴² 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” (Corte Suprema, 21 de septiembre de 1923, RDJ, Tomo XXII, sec. 1^a, pág. 481). En otra sentencia, la misma Corte ha señalado que el fallo que declara que el demandado “no tuvo responsabilidad alguna en el hecho que motivó el deceso de un individuo y lesiones a varios más, por que no puede atribuirse a ignorancia, descuido, imprudencia o inobservancia de los reglamentos de parte suya” y que sin embargo condena a la Empresa de los Ferrocarriles del Estado al pago de una indemnización como tercero civilmente responsable, infringe los artículos 2314, 2316 y 2320 del Código Civil, “porque sin dolo o culpa no puede haber responsabilidad penal ni civil” (23 de mayo de 1962, RDJ, Tomo LIX, sec. 4^a, pág. 66).

⁴³ Así lo entiende ALESSANDRI: “Nuestro Código Civil consagra la teoría clásica de la *responsabilidad subjetiva* en toda su amplitud; la teoría del riesgo no la admite en caso alguno. No podría ser de otro modo si se considera que fue dictado en una época - 1855 - en que nadie discutía ni ponía en duda la necesidad de la culpa o dolo de parte del autor del daño para comprometer su responsabilidad”. *Op. cit.* [nota 1], pág. 123. También DUCCI, quien señala: “la idea de falta es, en nuestro derecho, el fundamento de la responsabilidad. El artículo 2314 dice que es obligado a la indemnización el que ha inferido daño a otro por haber cometido un delito o cuasidelito. Sabemos, de acuerdo con el artículo 2284, que el delito y cuasidelito son hechos ilícitos perjudiciales, intencional el primero y culpable el segundo. Siendo, por lo tanto, necesario proceder con dolo o culpa para poder incurrir en responsabilidad civil”. *Op. cit.* [nota 1], pág. 19.

entre los dos primeros. La jurisprudencia nacional también comparte esta enumeración⁴⁴.

Parte de la doctrina comparada contemporánea y también alguna doctrina nacional, agrega la capacidad delictual o cuasidelictual como un cuarto elemento de la responsabilidad civil⁴⁵. Aunque existen buenas razones para considerarla como un elemento autónomo, porque atiende al aspecto subjetivo de la responsabilidad, también es posible tratarla, como se ha optado en este curso, como la parte subjetiva del concepto de *acción culpable*⁴⁶.

En los capítulos siguientes se estudiarán los requisitos o elementos de este régimen de responsabilidad civil, que en términos lógicos pueden ser vistos como los supuestos de hecho para que pueda tener éxito la acción indemnizatoria. Para los efectos de este curso, los requisitos han sido ordenados de la siguiente forma:

- I. El hecho voluntario
- II. La culpa o ilicitud
- III. El daño
- IV. La causalidad.

Posteriormente, y en contraste con el régimen general de responsabilidad por negligencia, se estudiará el sistema de responsabilidad estricta u objetiva que sólo recibe aplicación en virtud de texto legal expreso, y que, a diferencia del anterior, prescinde del requisito de la negligencia o culpa.

I. EL HECHO VOLUNTARIO: ACCIÓN U OMISIÓN

24. Elemento material y subjetivo de la acción. La responsabilidad tiene por antecedente el hecho voluntario. No hay propiamente responsabilidad si no existe un daño reconducible a la conducta libre de un sujeto, que puede consistir en un hecho positivo (una acción), o en uno negativo (una omisión). Este principio de la responsabilidad civil se encuentra recogido en nuestro derecho, y en particular, en las normas de los artículos 1437, 2284, 2314 y 2329 del Código Civil⁴⁷.

⁴⁴ En un caso de responsabilidad civil por hecho doloso, la Corte de Apelaciones de Santiago ha señalado que “para que una persona se vea afectada a ella [responsabilidad extracontractual] deben concurrir tres requisitos: a) dolo de una de las partes; b) que los actos dolosos ocasionen un perjuicio a la víctima; y c) que entre los actos dolosos y los perjuicios exista relación de causalidad, esto es, que los daños o perjuicios sean una consecuencia directa e inmediata de aquellos” (28 agosto de 1944, confirmada por la Corte Suprema [cas. fondo] sin referirse a este punto, RDJ, Tomo XLIV, sec. 1ª, pág. 397).

⁴⁵ Para ALESSANDRI el primer elemento de la responsabilidad por negligencia es la “capacidad delictual y cuasidelictual”. *Op. cit.* [nota 1], pág. 129.

⁴⁶ Sobre la inclusión de la “antijuridicidad de la acción” como elemento de la responsabilidad por culpa ver *infra*, párrafo 37.

⁴⁷ El artículo 2284 del Código Civil señala: “Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes... Si el hecho es ilícito, y cometido con la intención de dañar, constituye un *delito*. Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un *cuasidelito*”. Por su parte, el artículo 2314 del mismo código obliga a indemnizar al que “ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro”; y el artículo

Así, desde el punto de vista del autor del daño, la responsabilidad tiene su condición más elemental en que éste sea atribuible causalmente a su conducta, exigencia común a la responsabilidad por negligencia y a la responsabilidad estricta.

Sin embargo, en algunos casos la ley puede imponer obligaciones que tengan por antecedente un hecho no voluntario. Así ocurre con las obligaciones tributarias, o con la obligación de proporcionar alimentos a ciertas personas, que a menudo tienen como referentes hechos puramente naturales, como el nacimiento o la muerte. En ninguno de estos casos se puede hablar de responsabilidad, como señala el propio artículo 1437 del Código Civil, se trata de obligaciones cuya fuente es la ley. Sólo una vez que estas obligaciones están incumplidas, se da lugar a una acción de responsabilidad⁴⁸.

Dentro de este hecho voluntario, es posible distinguir dos elementos, uno de carácter externo, consistente en la conducta del sujeto, que corresponde a su dimensión material, y otro de carácter interno, que se refiere a la voluntariedad y expresa su dimensión subjetiva.

En su dimensión material, el hecho voluntario se muestra en un comportamiento positivo, a través de la acción, o negativo, mediante la omisión. Por regla general, los daños relevantes para el derecho son los producidos a consecuencia de una acción, pues el comportamiento negativo, la pura omisión, está sujeto a requisitos particularmente exigentes para dar lugar a responsabilidad: se requiere la existencia de un deber especial de actuar en beneficio de otro. Por eso, el juicio de culpabilidad de una omisión, entendido como ilicitud o infracción de un deber de cuidado, plantea cuestiones diversas a las de la acción.

En su dimensión subjetiva, el hecho debe ser voluntario. La conducta sólo es voluntaria en la medida en que puede ser imputada a una persona como acción u omisión libre, lo cual supone necesariamente que el autor tenga discernimiento. Así, en esta dimensión subjetiva, la responsabilidad supone que la acción que causa el daño sea imputable a quien se le atribuye, esto es, que sea una acción voluntaria de quien es jurídicamente capaz.

25. La capacidad como condición de imputabilidad. La capacidad constituye una condición de imputabilidad de la responsabilidad civil, que, en tal sentido, muestra su carácter retributivo. En efecto, la imputabilidad supone que el autor sea capaz, y ello exige algún grado mínimo de aptitud de deliberación para discernir lo que es correcto.

Al igual que los demás elementos de la responsabilidad, la capacidad es un concepto jurídico, pues el derecho define quienes carecen de aptitud suficiente de deliberación para ser considerados responsables. En materia civil, la regla general es la capacidad, según la norma del artículo 1446 del Código Civil.

El estudio de las reglas de capacidad permite apreciar con claridad las diferencias

2329 del citado texto legal señala: “Por regla general, todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por esta”.

⁴⁸ *Supra*, nota 9.

existentes entre la responsabilidad civil y la penal*, por un parte y, aquellas existentes entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, por otra.

La capacidad civil extracontractual resulta ser más amplia que la penal y que la civil contractual, pues los requisitos de capacidad que el Código Civil establece en materia de responsabilidad extracontractual son extraordinariamente débiles. Al respecto, el artículo 2319 I del citado código señala que “no son capaces de delito o cuasidelito los menores de 7 años ni los dementes”, con lo que fija un umbral bastante más bajo que el existente en la responsabilidad penal y contractual.

En materia de responsabilidad civil extracontractual, el artículo 2319 II del Código Civil presume que el menor de 16 años y mayor de 7 años, ha cometido el delito o cuasidelito con discernimiento. Como es obvio, la razón de este diferente estándar se encuentra en los fines y en la justificación de ambos tipos de responsabilidad⁴⁹.

Por otra parte, la capacidad civil extracontractual es también más amplia que la contractual, en atención a que ésta se adquiere plenamente a los 18 años, sin perjuicio que se pueda actuar autorizado por el representante legal a partir de los 14 años si es varón y 12 si se es mujer (artículo 1447 en relación con el artículo 26 del Código Civil), y de la capacidad especial del menor que ejerce una industria o empleo (artículos 251 y 254 del Código Civil). Según ALESSANDRI esta diferencia de requisitos y la mayor amplitud de la capacidad civil delictual que la contractual “se debe a que el hombre adquiere la noción del bien y del mal mucho antes que la madurez y la experiencia necesarias para actuar en la vida de los negocios”⁵⁰.

A diferencia del derecho penal, como se expone, el derecho civil tiende a examinar la responsabilidad con prescindencia de los elementos subjetivos, aún cuando conserva el requisito de capacidad como condición general de imputabilidad⁵¹.

* N. del E.: En materia penal, por regla general están exentos de responsabilidad los menores de dieciocho. Los mayores de 14 y menores de 18, denominados adolescentes, se sujetan a un estatuto especial que regula la responsabilidad penal juvenil (artículo 10 N° 2 del Código Penal). La responsabilidad penal juvenil se encuentra regulada en la ley N° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad penal de los adolescentes por infracciones a la ley penal. La ley establece un régimen especial caracterizado por penas menos severas y medidas alternativas a las penas privativas de libertad que persiguen sancionar y favorecer el desarrollo e integración social del condenado. Bajo los 14 años las personas no pueden ser tenidas por responsables en materia penal y el Estado renuncia respecto de ellas a la persecución de las conductas constitutivas de delito. El en caso de las faltas sólo son responsables conforme a la Ley N° 20.084 los adolescentes mayores de dieciséis años y exclusivamente tratándose de aquellas tipificadas en los artículos 494 N°s 1,4,5 y 19, sólo en relación con el artículo 477, 494 bis, 495 N° 21, y 496 N° 5 y N° 26, del Código Penal y de las tipificadas en la Ley N° 20.000. En los demás casos, las faltas cometidas por los adolescentes constituyen contravenciones administrativas que para todos los efectos legales y su juzgamiento se sujetan al procedimiento regulado en el párrafo 4° de la Ley N° 19.968 de tribunales de familia (Ley N° 20.084, artículo 1° III; Ley N° 19.968 artículo 102 A).

⁴⁹ Así lo previene DUCCI: “Conviene hacer presente que las reglas de capacidad delictual en materia civil y penal no son las mismas, siendo por lo general mucho más amplia la posibilidad de incurrir en responsabilidad civil que penal, diferencias que tienen por base los distintos fundamentos de ambas instituciones”. *Op.cit.* [nota 1], pág. 49. Las diferencias entre la responsabilidad civil extracontractual y penal se analizan en *infra*, párrafo 178 y ss.

⁵⁰ *Op. cit.* [nota 1], pág. 130.

⁵¹ *Infra*, párrafo 33.

31. Incapacidad del demente. a) La demencia expresa genéricamente diversas formas de privación de la razón. En materia de responsabilidad civil, la privación de razón es una cuestión de hecho, que debe ser probada como excepción perentoria en el juicio. Sin embargo, es también una cuestión normativa, porque el concepto jurídico de demencia no es idéntico al de la medicina.

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

Ante todo, el decreto de interdicción no produce en materia de responsabilidad extracontractual efectos permanentes e irrevocables como ocurre en materia contractual.⁷ En esta sede, el decreto tiene el efecto de excluir la capacidad negocial, sin que sea posible alegar lucidez circunstancial (artículos 456 y 465 del Código Civil). Por el contrario, en materia extracontractual tal decreto es sólo un antecedente, que podrá servir de base para una declaración judicial específica de demencia en el juicio de responsabilidad.

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

c) En principio, debe asumirse que son constitutivas de demencia las graves deficiencias en la capacidad intelectual o volitiva. Está decisivamente afectada la capacidad intelectual si la persona carece de conciencia acerca de lo correcto o discernimiento respecto de los riesgos de la acción; lo está la voluntad si no puede ejercer un control racional sobre los propios actos. La expresión demente, en la medida que médicamente traiga consigo estos efectos, comprende condiciones tan diferentes como la imbecilidad, la esquizofrenia y los extremos estados maníaco-depresivos.⁸

⁷ Así, Alessandri 1943 134; para Ducci 1936 51, el decreto de interdicción tiene el valor de una prueba pericial; en contrario, P. Rodríguez 1999 189.

⁸ Deutsch/Ahrens 2002 70.

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

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

b) En circunstancias que el discernimiento requerido como condición de la capacidad expresa la exigencia elemental de que la acción pueda ser atribuida subjetivamente al menor, basta, como en el caso del demente, que el menor sea capaz de discernir la corrección y el riesgo que suponía su acción.⁹

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

En definitiva, el discernimiento sólo puede juzgarse en concreto, atendiendo a las particulares circunstancias del niño y del riesgo. Por el contrario, una vez despejada la pregunta por la capacidad, el estándar de cuidado que debe observarse en la situación de riesgo es una cuestión que pertenece al juicio de culpa y tiende a plantearse con prescindencia de las peculiaridades subjetivas del autor del daño (*infra* N° 42).

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

⁹ Así, tempranamente se falló que hay responsabilidad del menor de doce años que da muerte a una persona utilizando un arma de fuego “por no haber evitado la dirección del arma cargada hacia el finado M. en el momento en que éste pasaba por su frente” (Corte de Santiago, 20.6.1861, G. de los T., 1861, N° 1056, 666). En otro caso, se dijo que “comete cuasidelito (...) el menor de doce años de edad que atropella con el auto que maneja, sin tener la autorización competente ni la edad que requieren los reglamentos, a una persona, causándole la muerte” (Corte de Concepción, 9.10.1939, G. de los T., 1939, 2° sem., N° 161, 672). En el mismo sentido, Alessandri 1943 140, Ducci 1936 52.

¹⁰ El ejercicio por el juez civil de la facultad de efectuar un juicio de discernimiento es casi desconocido en la práctica. En materia penal se trata de un sistema abandonado para determinar la capacidad, por ser un mecanismo demasiado impreciso y de muy difícil determinación, que otorga una facultad jurisdiccional excesivamente discrecional (Mensaje del Presidente de la República de 2.8.2002, boletín N° 3.021-07); la deficiencia parece extensible al ámbito civil.



28. Responsabilidad por el hecho de los incapaces. La falta de capacidad excluye la responsabilidad y, en consecuencia, frente al hecho de un menor, la víctima del accidente queda en principio privada de reparación. Pero puede ocurrir que el acto del incapaz se deba a negligencia de quien lo tiene a su cargo. En este caso, habrá responsabilidad directa, personal y exclusiva de quien o quienes tienen el deber de cuidar al incapaz, porque el daño no es atribuible a éste, sino precisamente a quien lo tiene bajo su cuidado (artículo 2319 I del Código Civil).

Esta responsabilidad que grava al custodio del incapaz es distinta de la responsabilidad por el hecho ajeno, cuya regla general se encuentra en el artículo 2320 del Código Civil, y que está sujeta a un importante régimen de presunciones de culpabilidad⁵².

Son análogas en cuanto en ambos casos existe responsabilidad por los actos de otra persona. Sin embargo, en la responsabilidad por el hecho ajeno existen dos responsabilidades, la de quien actúa provocando el daño, que debe probarse, y la de aquel que tiene al autor del daño bajo su dependencia o cuidado, que se presume⁵³. Pero ambos son perfectamente capaces⁵⁴. En cambio, si quien comete el daño es un incapaz sólo existe la responsabilidad del custodio. No existe por tanto, responsabilidad por el hecho ajeno, sino responsabilidad personal y directa, pues al incapaz no puede imputarse responsabilidad alguna⁵⁵.

29. Responsabilidad por el hecho de las personas jurídicas. La capacidad de las personas jurídicas para contraer obligaciones civiles comprende no sólo el ámbito contractual, sino también el extracontractual⁵⁶.

⁵² Sobre la responsabilidad por el hecho de los incapaces, ver *infra* párrafo 112 y ss.

⁵³ La jurisprudencia ha señalado que “la responsabilidad civil de un tercero surge por la culpa o negligencia que la ley supone a éste por falta de esmero o cuidado en la elección y actitudes de quienes –por estar bajo su guarda o dependencia o por trabajar a sus órdenes- causan un hecho ilícito que produzca daño; y en esa forma, este responsable civil debe satisfacer, no propiamente por el hecho ilícito ajeno, sino que por su descuido personal como cuidador o empleador que debería estar vigilante de la capacidad o correcto desempeño de las labores de sus protegidos o dependientes en el ejercicio de sus actividades respectivas o en las tareas específicas que por razón del empleo se les hubieren encomendado” (Corte Suprema, 29 de agosto de 1974, RDJ, Tomo LXXI, sec. 4^a, pág. 261, también en Fallos del Mes, N°190, sent. 2, pág. 181). Por otra parte, en relación con la presunción de responsabilidad por el hecho ajeno contenida en el artículo 2320 del Código Civil, se ha señalado que “producido un acto ilícito del dependiente (chofer del camión) la ley presume la responsabilidad del empleador, la que basa en la omisión, descuido o negligencia de su parte, ya que ella hizo posible el actuar reprochable” (Corte de Apelaciones de Concepción, 7 de noviembre de 1985, RDJ, Tomo LXXXII, sec. 4^a, pág. 288).

⁵⁴ La Corte de Apelaciones de Santiago ha dicho que la responsabilidad por el hecho ajeno tiene que cumplir, entre otros requisitos, con aquel que exige “que ambas personas sean capaces del delito o cuasidelito” (3 de junio de 1973, RDJ, Tomo LXX, sec. 4^a, pág. 65).

⁵⁵ Así, ALESSANDRI concluye que tratándose de la responsabilidad del custodio, no recibe aplicación el artículo 2325 del Código Civil: “El guardián que ha sido condenado a reparar el daño causado por el incapaz, no tiene derecho para ser indemnizado sobre los bienes de éste, aunque los tenga. El artículo 2325 sólo confiere este derecho a la persona responsable del hecho ajeno cuando el autor del daño lo hizo sin orden suya y era *capaz de delito o cuasidelito, según el artículo 2319*. El guardián que es condenado a reparar ese daño, está respondiendo de su *propia culpa*, consistente en la falta de vigilancia o cuidado del incapaz, y no de la ajena; no sería justo hacer recaer sobre éste las consecuencias de esa culpa”. *Op. cit.* [nota 1], pág. 144.

⁵⁶ ALESSANDRI, *op. cit.* [nota 1], pág. 149, invocando que el artículo 545 del Código Civil no hace

A diferencia de lo que ocurre en materia de responsabilidad penal, que sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales, el artículo 58 II del Código Procesal Penal señala: “La responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales. Por las personas jurídicas responden los que hubieren intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que las afectare”. Pero incluso en materias infraccionales, que se encuentran en el límite de la responsabilidad penal, se reconoce un cierto atisbo de responsabilidad de las personas jurídicas, en cuanto la evolución del derecho, especialmente en materias económicas, ha extendido a éstas ciertas sanciones de analogía penal⁵⁷. Con todo, la regla sigue siendo la incapacidad de las personas jurídicas en materia penal*, a diferencia de la creciente extensión de su responsabilidad en materia civil.

Por último, debe tenerse presente que las personas jurídicas, al igual que las personas naturales responden por sus hechos propios que son los imputables directamente a la persona jurídica y responden, además, por el hecho ajeno cometido por sus dependientes⁵⁸.

30. Libertad en la acción. Para que la acción dañosa sea imputable a un sujeto se requiere, además de la capacidad, que exista voluntariedad, esto es, que la acción u omisión sean libres. El requisito de libertad alude al rasgo más elemental de la acción, pues basta que el sujeto haya tenido control sobre su conducta para que ésta pueda serle atribuida.

En esta voluntariedad elemental, que se expresa en el mero control de la acción, se agota el elemento subjetivo de la responsabilidad civil. No es siquiera necesario que el sujeto conozca los efectos de su conducta, basta que la controle.

Sobre el particular, resulta ilustrativo un caso resuelto por la jurisprudencia alemana, ocurrido en un club, donde una intensa discusión entre los socios amenazaba con pasar a la violencia. El Presidente, que hacía esfuerzos por apaciguar los ánimos, rozó casualmente la espalda de uno de los contendores quien, sintiéndose atacado, reaccionó defensivamente propinándole un codazo en el rostro. A consecuencias de ese golpe el

distinciones respecto de la capacidad contractual y extracontractual de las personas jurídicas. En idéntico sentido, señala DUCCI: “El art. 545 del Código Civil establece claramente que la persona jurídica es capaz de contraer obligaciones civiles, y no se vé por qué motivos debiera restringirse esta expresión general, interpretándola, como que solo se refiere a ciertas fuentes de las obligaciones, y no a todas ellas. La interpretación lógica consiste en considerar que si la persona jurídica puede obligarse lo hará, entre otros motivos, a consecuencia de un delito o cuasidelito”. *Op. cit.* [nota 1], pág. 55.

⁵⁷ El artículo 3º del Decreto Ley 211 de 1973, que fijó normas para la defensa de la libre competencia, contempla la posibilidad de sancionar con multas e incluso con su disolución a las personas jurídicas de derecho privado que incurran en actos monopólicos.

* N. del E.: La Ley N° 20.393, de 2009, regula un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas aplicable a los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y cohecho a funcionarios públicos nacionales o internacionales, bajo el cual la responsabilidad se configura cuando una de las personas naturales con facultades de dirección al interior de la empresa, algún subordinado de ella o algún funcionario con facultades de administración cometa alguno de esos delitos a favor de la empresa y ésta no haya adoptado modelos de prevención, o habiéndolo hecho, éstos hayan sido insuficientes.

⁵⁸ Ver *infra*, párrafo 134 y ss.

Presidente perdió un ojo. En este caso los jueces resolvieron que la acción había sido voluntaria, en cuanto había estado gobernada por la voluntad en grado suficiente para serle atribuida al sujeto como propia.

Los actos que no están bajo el control de la voluntad son inimputables, del mismo modo que los actos de los incapaces. En consecuencia, no imponen responsabilidad los actos que son resultados de reflejos, los que tienen su causa en enfermedades como la epilepsia⁵⁹, o los cometidos bajo la sujeción de una fuerza externa suficiente para privar de voluntad, análoga a la fuerza necesaria para viciar el consentimiento en materia contractual, definida en el artículo 1456 del Código Civil⁶⁰.

En estos casos, no existe propiamente una acción u omisión, sino la actuación en razón de una fuerza irresistible, que priva de la voluntad que caracteriza la libertad de decisión. Por el contrario, si el acto ha sido objeto de una decisión, aunque adoptada en circunstancias extremas, dicho acto está regido por la voluntad. Así, es conveniente tener presente para fines analíticos que no excluye la libertad la circunstancia de encontrarse alguien en un estado de necesidad: dicha condición excluye la ilicitud y no la libertad⁶¹. La tendencia a la objetivación de la culpa⁶², tiene como resultado la reducción de la exigencia de subjetividad al mínimo: la capacidad es entendida como el grado mínimo de aptitud de deliberación acerca del sentido y efectos de la acción, y la voluntariedad, en su sentido más elemental, como el simple control sobre la propia conducta.

Establecida la capacidad y la voluntariedad, resultan irrelevantes para dar por establecida la negligencia, el conocimiento que se tenga del deber de cuidado o la falta de aptitud o de carácter (torpeza, inexperiencia, etc.). Los efectos de estas debilidades personales deben ser soportados por cada cual, y no pueden ser cargados a cuenta de las víctimas de los accidentes que provocan. Con ello se plantea una diferencia fundamental entre la responsabilidad civil y la penal, pues mientras en materia penal la imputabilidad y la culpa son insolubles, en materia civil representan conceptos normativos diferentes entre sí. Por ello la culpa en materia civil se asimila, como se verá, a la noción objetiva de ilícito⁶³.

La asimetría entre la responsabilidad civil y la penal, en cuanto a la necesidad de

⁵⁹ En materia penal se ha fallado que el epiléptico es del todo incapaz e irresponsable de los actos que ejecuta durante el ataque mismo y durante los estados de trastornos que experimenta antes y después de dichas crisis (Corte de Apelaciones de Valdivia, 30 de junio de 1965, RDJ, Tomo LXII, sec. 4ª, pág. 218). Sobre esta materia pueden consultarse además las siguientes sentencias: Corte de Apelaciones de Concepción, 27 de agosto de 1918 (Gaceta de los Tribunales, año 1943, N°378, pág. 1145); Corte de Apelaciones de Concepción, 10 de mayo de 1943 (Gaceta de los Tribunales, año 1943, Tomo I, N°77, pág. 396); Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de junio de 1951 (RDJ, Tomo XLVIII, sec. 4ª, pág. 89); Corte Suprema, 24 de abril de 1952 (RDJ, Tomo XLIX, sec. 4ª, pág. 106); y, Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 27 de Julio de 1965 (RDJ, Tomo LXII, sec. 4ª, pág. 315).

⁶⁰ Así lo estima ALESSANDRI: “El artículo 1456 C.C. puede servir de pauta en esta materia, puesto que en concepto de la ley las circunstancias que contempla privan de voluntad y sin ésta no hay responsabilidad”. *Op. cit.* [nota 1], pág. 606.

⁶¹ *Infra*, párrafo 53.

⁶² *Infra*, párrafo 33.

⁶³ *Infra*, párrafo 37.

penetrar en la individualidad del sujeto, se explica por sus diferentes finalidades. Por diferentes que sean las funciones de la pena, la justicia exige que el ilícito sea atribuible al autor como su acción en un sentido más amplio que en el derecho civil. La responsabilidad civil, en cambio, tiene sólo en el extremo una función represiva o de pena privada. Cuando en la responsabilidad civil hay una calificación de pena privada, como ocurre con la valoración de ciertos daños morales, los jueces tienden a exigir un reproche personal⁶⁴.

En definitiva, la tendencia a la objetivación de la culpa ha llevado a reducir el elemento subjetivo a sus aspectos más elementales, razón por la que resulta errado hablar de *responsabilidad subjetiva* en oposición a la *responsabilidad objetiva*, para distinguir la responsabilidad civil con o sin requisito de culpa, porque la responsabilidad por culpa no supone un juicio de reproche personal al sujeto, sino que la comparación de su conducta con un patrón general y abstracto.

Por el contrario, tratándose de delitos civiles, a diferencia de los cuasidelitos, este elemento subjetivo no se agota en la voluntad libre de actuar. En el dolo, a diferencia de lo que ocurre con la culpa, la voluntad constitutiva del ilícito supone “la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro” (artículo 44 del Código Civil).

31. Situación del ebrio o drogado. La pérdida de discernimiento debida a una acción originariamente imputable al autor, como beber o drogarse, no excluye la responsabilidad. Así se desprende de lo preceptuado en el artículo 2318 del Código Civil: “El ebrio es responsable del daño causado por su delito o cuasidelito”.

La responsabilidad del ebrio o drogado, a pesar de la privación de la razón que se sigue eventualmente de su estado, se funda en que la ebriedad le es imputable, porque proviene de un acto voluntario. Si se mostrare que la ebriedad no es voluntaria, la privación de discernimiento o voluntad puede ser alegada como excepción de inimputabilidad⁶⁵.

Según ALESSANDRI, el ebrio es responsable del daño causado por su delito, sea la ebriedad voluntaria o involuntaria, es decir, provocada por el mismo o por un tercero, ya que el artículo 2318 del Código Civil no distingue, salvo el caso de la persona a quien otro ha embriagado contra su voluntad por fuerza o por engaño, y siempre que la embriaguez le privare totalmente de razón (caso en que la responsabilidad recaería íntegramente en el autor de la embriaguez⁶⁶). La norma del artículo 2318 del mismo código se refiere solamente al ebrio, pero se extiende a casos análogos, esto es, a todo el que comete un delito durante un estado de privación de razón producido por una droga⁶⁷.

⁶⁴ *Infra*, párrafo 77.

⁶⁵ “Si el reo incurrió en el hecho delictuoso de que se trata bajo el efecto del alcohol, mezclado subrepticamente por su co-reo con alcaloides y anfetaminas, debe concluirse que participó en el robo privado parcialmente de razón por causas independientes de su voluntad” (Corte Suprema, 10 de octubre de 1985, RDJ, Tomo LXXXII, sec. 4^a, pág. 239).

⁶⁶ *Op. cit.* [nota 1], pág. 137.

⁶⁷ ALESSANDRI, *ibídem*. La misma interpretación propone DUCCI, *op. cit.* [nota 1], pág. 63.

II. CULPA O DOLO

32. Planteamiento. El segundo elemento de la responsabilidad por negligencia es la culpa o dolo de quien causa el daño. Sin embargo, estos conceptos presentan radicales diferencias entre sí, pues, como se ha visto, mientras la determinación de la culpa importa comparar la conducta dañosa con un modelo o patrón abstracto, el dolo nos lleva a indagar la subjetividad del autor del daño.

Definido civilmente como “la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro” (artículo 44, Código Civil), el dolo está en el extremo opuesto de la culpa. Esta definición tan estricta, comprensiva únicamente de la hipótesis de dolo directo, hace que el dolo sea bastante inusual como fundamento de la responsabilidad civil. Por esa misma razón, las hipótesis de dolo eventual (en que el daño es aceptado como consecuencia de la acción para el caso de que éste se produzca), son usualmente asimilables bajo la culpa grave, con lo que la definición de dolo en materia civil pierde buena parte de su sentido práctico⁶⁸.

En los párrafos siguientes se analizarán separadamente la culpa y el dolo como fundamentos de la responsabilidad.

(A) CULPA

33. Objetividad y abstracción del concepto civil de culpa. La culpabilidad ha sido objeto de uno de los mayores cambios que ha experimentado la doctrina del delito civil, pasando de la concepción subjetiva de la responsabilidad que dominó el siglo XIX a la objetividad con que el derecho moderno concibe la noción de culpa.

La doctrina tradicional tendió a enfocar la responsabilidad preferentemente desde el punto de vista del sujeto que causaba el daño, considerando que la función de la indemnización era análoga a la de la pena (sancionar una conducta ilícita), y de ahí que en ambas se exigieran requisitos similares. Según este principio, el juicio de culpabilidad importaba establecer si el autor del hecho merecía o no la sanción y, desde esa perspectiva, el error de prohibición, las debilidades o carencias personales y la impericia del autor podían ser considerados como causales eximentes.

En la doctrina contemporánea, en cambio, la pregunta en torno a la responsabilidad se plantea de un modo diferente. Lo pertinente no es cómo actuó el sujeto específico atendidas sus circunstancias personales, sino como debió actuar en esas circunstancias una persona cualquiera. La culpabilidad aparece entonces como un juicio normativo respecto de la acción u omisión consideradas en abstracto, de modo que son irrelevantes los aspectos psicológicos o sociológicos del sujeto específico.

⁶⁸ En el mismo sentido, ALESSANDRI, *op. cit.* [nota 1], pág. 168; y, DUCCI, *op. cit.* [nota 1], pág. 27. Para RODRÍGUEZ, en cambio, “la necesidad de moralizar el derecho, con una visión moderna de su aplicación, exige incorporar el dolo eventual a la definición del artículo 44 inciso final del Código Civil”. *Op. cit.* [nota 12], pág. 165. En opinión de este autor, “constituye dolo para los efectos de configurar un delito civil, toda conducta en que su autor haya previsto el daño susceptible de producirse, así sea como cierto o probable, y admitido su realización, pudiendo evitarlo”. *Ibidem*, pág. 172.

En este sentido, existe en el derecho moderno una importante remisión al tratamiento romano de la culpa, que definía la responsabilidad en relación con modelos de conducta (como el *buen padre de familia*) y cuya principal característica es la de constituir patrones abstractos. Una clara manifestación de esta tendencia moderna la constituye en nuestro derecho la definición de culpa del artículo 44 del Código Civil.

Sólo bajo la influencia del derecho canónico en la Edad Media tardía el concepto de culpa se transformó en un criterio moral y no funcional, pasando a ser un concepto normativo unitario, prácticamente idéntico en la teología, en la moral y en el derecho, y directamente relacionado con la idea de pecado.

El derecho moderno, en cambio, vuelve a la objetividad que caracterizó al derecho romano y descansa sobre el supuesto que cada cual tiene que hacerse cargo de sus propias limitaciones, compensándolas con un actuar diligente: el ciego, el epiléptico, el poco instruido o el inexperto deben actuar con el cuidado que exige su respectiva condición, para evitar que a consecuencia de ello se sigan daños a terceros.

Como resultado de esta tendencia a la objetividad, como se expuso, los elementos subjetivos del juicio de responsabilidad han quedado reducidos a la capacidad (con requisitos mínimos) y la voluntad libre (entendida como el rasgo más elemental de la acción, consistente en que el sujeto haya tenido control sobre su conducta). Por el contrario, el juicio de valor respecto de la conducta se efectúa sobre la base de un patrón objetivo de comparación⁶⁹.

Por eso, resulta equívoca la idea de *responsabilidad subjetiva* utilizada con frecuencia para referirse a la responsabilidad por culpa⁷⁰. En el derecho civil, la responsabilidad por culpa es objetiva, porque no supone un juicio de reproche personal al sujeto, sino la comparación de su conducta con un patrón general y abstracto. Lo anterior no puede ser visto como una erosión del fundamento moral de la culpa (que es una de las críticas que se formula a la tendencia objetivista) ya que la discriminación entre lo que es correcto e incorrecto subsiste en el juicio de responsabilidad. Lo que ocurre es que para determinar si una conducta es o no correcta deja de atenderse a la subjetividad del autor y lo relevante pasa a ser si se ha infringido o no un deber de cuidado.

Nuestro Código Civil no contiene entre las normas sobre delito y cuasidelito civil una definición especial de la culpa, siendo aplicable a este respecto la definición legal del artículo 44 del mismo código. En dicha norma el legislador optó claramente por seguir

⁶⁹ *Supra*, párrafo 33.

⁷⁰ Un claro ejemplo de esta confusión puede verse en un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 21 de agosto de 1940, que señala: "...todo el Título XXXV del Código Civil, se basa en la imputabilidad del que ejecuta un hecho ilícito; la ley nuestra, para imponer la responsabilidad civil, no se detiene sólo en el daño causado, sino que, ante todo, en el hecho culpable, en la responsabilidad subjetiva" (RDJ, Tomo XXXIX, sec. 2^a, pág. 55). En el mismo error ha incurrido la Corte de Apelaciones de La Serena en sentencia de 3 de mayo de 1978, al señalar: "Que siendo el principio de la *responsabilidad subjetiva* el que inspiró al legislador al dictar las normas por las que debe regirse la materia relacionada con la indemnización a que tiene derecho quien ha sufrido un daño o perjuicio con motivo de la comisión de un delito o cuasidelito, sólo excepcionalmente la ley, apartándose de la doctrina clásica, ha establecido una responsabilidad legal objetiva respecto de determinados hechos ilícitos que causen daños" (RDJ, Tomo LXXV, sec. 4^a, pág. 343).

la noción romana de culpa, construida en relación con patrones abstractos de conducta (el *hombre de poca prudencia*, el *buen padre de familia* y el *hombre juicioso*), alejándose así del concepto moral, asociado a la idea de reproche personal.

La definición de culpa del artículo 44 del Código Civil tiene sus orígenes en materia contractual, lo que ha llevado a algunos a sostener que no sería aplicable tratándose de responsabilidad extracontractual. Sin embargo, nada impide que atendida su generalidad pueda ser extendida a este ámbito de la responsabilidad civil⁷¹.

De lo anterior resulta que en materia extracontractual la culpa se aprecia en abstracto, mediante la comparación de la conducta efectiva con un patrón de conducta debida, y que el grado de culpa por el cual se responde es culpa leve, pues las referencias del legislador a la culpa o negligencia en este ámbito son siempre genéricas, y en consecuencia, se aplica lo dispuesto en el artículo 44 II del Código Civil, según el cual “culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido *leve*”⁷².

Ninguna de estas afirmaciones está exenta de polémica. Ante todo, cierta jurisprudencia ha señalado que la culpa se aprecia en concreto, esto es, considerando las condiciones particulares del autor del daño, mientras que algunos autores nacionales sostienen que la graduación de la culpa del artículo 44 del Código Civil se aplicaría sólo al ámbito contractual. Así, se ha fallado que, prescindiendo de la actuación del hombre abstracto a que se acude para referirse a la culpa contractual, en materia extracontractual ésta consiste en “no evitar aquello que ha podido preverse y evitarse”, y “en una negligencia, es decir, un no haber previsto las consecuencias dañosas de la propia conducta”⁷³. En el mismo sentido, se ha dicho que “la previsibilidad es uno de los elementos de la culpa, requisito indispensable para que la negligencia, imprudencia o impericia sea punible”, y que “el agente infringe el deber exigible, menospreciando la atención y el cuidado que debe, en su obrar, a los bienes o intereses ajenos, pudiendo y debiendo prever el daño que en ellos causaría si ejecuta el acto voluntario”⁷⁴.

Sin embargo, lo relevante no es aquello que el autor previó, sino lo que *debió haber previsto*⁷⁵. Por eso, en los fallos el juicio está orientado a una valoración de la acción que

⁷¹ Para ALESSANDRI, el concepto de culpa del artículo 44 del Código Civil es aplicable igualmente en materia contractual y extracontractual. Señala el autor: “Nuestro Código Civil, en cambio, ha definido la culpa en el art. 44. Aunque las definiciones que da se refieren más bien a la culpa contractual, por ser la única que admite graduación, son aplicables igualmente en materia de delitos y cuasidelitos, tanto porque la culpa es una misma en materia contractual y en materia cuasidelictual, cuanto porque el art. 44 se limita a decir que la ley distingue tres especies de culpa o descuido, que en seguida define, sin referirlas a una materia determinada. De esas definiciones se desprende que la culpa, que ese artículo y otros (arts. 2319 y 2329) hacen sinónima de *descuido o negligencia*, es la falta de aquella diligencia o cuidado que lo hombres prudentes emplean ordinariamente en sus actos y negocios propios”. *Op. cit.* [nota 1], pág. 172. Sin embargo, el mismo autor sostiene que en materia extracontractual la culpa no admite graduación, y que por lo mismo, la clasificación en grave, leve y levísima del artículo 44 no se le aplica, por lo que se respondería de toda culpa, inclusive la levísima, lo que, sin embargo, resulta contradictorio con la exigencia de cuidado que luego considera exigible a una persona corriente.

⁷² *Supra*, párrafo 35.

⁷³ Corte Suprema, 23 enero 1975 (Fallo del Mes N°194, sent. 3, pág. 292).

⁷⁴ Corte de Apelaciones de Concepción, 8 de julio de 1974 (RDJ, Tomo LXXI, sec. 4ª, pág. 226).

⁷⁵ Así, la Corte Suprema ha dicho que la culpa “en su sentido general, consiste en la producción de un

se juzga, sin entrar en un análisis de las características particulares del sujeto. Es más, en la mayoría de los casos la impericia o la inexperiencia aparecen como sinónimos de culpa⁷⁶.

Gran parte de los problemas que se presentan en la jurisprudencia en materia de apreciación de la culpa, tienen su origen en un equívoco conceptual proveniente de la doctrina comparada y nacional, que hace el distingo entre responsabilidad objetiva y subjetiva, y al hablar de responsabilidad subjetiva hace referencia a la responsabilidad por culpa, que tal como hemos visto, tuvo en su origen un fuerte componente subjetivo expresado en la exigencia de un juicio de reproche personal al sujeto⁷⁷.

Sin embargo, y a pesar de hablar de una responsabilidad subjetiva, la misma doctrina adhiere a la noción objetiva de culpa, entendida como la comparación de la conducta efectiva con un patrón abstracto⁷⁸. En definitiva, tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional han tendido a restringir los elementos subjetivos de la acción, limitándolos a la capacidad y la voluntariedad del acto, y a considerar la culpa en materia civil como un juicio de valor respecto de la conducta y no respecto del sujeto. De esta forma, la culpa pasa a ser entendida como sinónimo de ilicitud.

Esta evolución de la noción de culpa, se aleja radicalmente de lo que señalara Gianpietro CHIRONI, jurista italiano de fines del s. XIX, en una monografía sobre la culpa civil⁷⁹. En su opinión, a la objetividad del deber de cuidado se agregaría en el

resultado (típicamente antijurídico) que pudo y debió ser previsto y que, por negligencia, imprudencia o impericia del agente, causa un efecto dañoso” (la cita está tomada por la Corte del Tratado de Derecho Penal de JIMÉNEZ DE ASÚA. 24 de octubre de 1963, RDJ, Tomo LX, sec. 4ª, pág. 459). El mismo concepto se repite en sentencia de la Corte Suprema de fecha 15 de septiembre de 1964, RDJ, Tomo LXI, sec. 4ª, pág. 372. También se ha fallado que “es de la esencia de la culpa la previsibilidad, y no hay culpa cuando el hecho no pudo razonablemente ser previsto...” (Corte Suprema, 17 de octubre de 1972, RDJ, Tomo LXIX, sec. 4ª, pág. 168).

⁷⁶ Se ha fallado que la impericia es una modalidad caracterizada de la culpa “que consiste en la carencia de aptitud, experiencia y conocimientos prácticos necesarios e indispensables para el ejercicio de una actividad, profesión u oficio” (Corte de Apelaciones de Concepción, 8 de julio de 1974, RDJ, Tomo LXXI, sec. 4ª, pág. 226).

⁷⁷ Así, ALESSANDRI, *op. cit.* [nota 1], pág. 92.

⁷⁸ El mismo ALESSANDRI en nota al pie señala: “Pero el hecho de que la responsabilidad a base de culpa sea *subjetiva* no significa que la conducta del sujeto deba apreciarse *in concreto*, esto es, tomando en cuenta su propio estado de ánimo, sus condiciones personales, averiguando si habría o no podido obrar mejor... la *culpa* ... se aprecia siempre *in abstracto*, esto es, comparando la conducta del autor del daño con la de un tipo abstracto, con la del hombre prudente o el buen padre de familia”. *Op. cit.* [nota 1], pág. 92, nota (1).

⁷⁹ “El juez, una vez apreciada la objetividad de la culpa y precisada la negligencia, deberá examinar, en relación al sujeto, si el desarrollo de su inteligencia y de su voluntad son capaces de persuadir la diligencia que en el caso especial era necesaria y las consecuencias posibles y dañosas de su acto.... la necesidad del elemento subjetivo, moral, en el cuasidelito, es pues, absoluta”. Gianpietro CHIRONI, *La Culpa en el Derecho Civil Moderno*, (traducción de A. Posada), Tomo I. Barcelona: Reus, 1978 (1898), pág. 322. En opinión de Ramón DOMÍNGUEZ AGUILA, el artículo 44 del Código Civil permite concebir la culpa de un modo clásico, señalando que “una acción u omisión es culpable, cuando se aparta del cuidado que, en igual caso, habría tenido el modelo o standard de conducta previsto por la ley”. Sin embargo, el mismo autor agrega que la culpa “a pesar de su apreciación objetiva, guarda un cierto fundamento moral... y, por lo mismo, el standard de conducta no es jamás enteramente objetivo, desde que admite ciertos caracteres propios al responsable”. “Aspectos Contemporáneos de la Responsabilidad Civil”, en *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*,

juicio de responsabilidad civil, un juicio de reproche subjetivo.

En el derecho comparado, a pesar de alguna doctrina que sigue sosteniendo que la subjetividad de la imputación es condición para que la responsabilidad por culpa conserve su dimensión moral (entendida, en el fondo, como juicio de retribución), y de cierta jurisprudencia que invoca elementos subjetivos como condición para dar por acreditada la culpa, la tendencia general es hacia la objetivación de la responsabilidad, reduciendo el elemento subjetivo de la voluntad a su rasgo más elemental.

Nº185 (1989), pág. 116 y ss. Sobre las analogías entre el concepto objetivo de culpa y de responsabilidad estricta, Tony HONORÉ, *Responsability and Fault*. Oxford: Hart, 1999, pág. 14 y ss.

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

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

⁷ Terry 1915 40.

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

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

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

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

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

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

¹¹ Calabresi 1970 253, Epstein 1999 93.



rían exponencialmente si el juez, además de definir el deber de diligencia sobre la base de un estándar objetivo, tuviera que analizar los aspectos subjetivos de la acción.

c) En tercer lugar, el derecho civil no está en condiciones de penetrar en la subjetividad de la acción humana. Por eso, aunque razones profundas de justicia así lo exigieran, “el derecho no toma en cuenta la infinita variedad de temperamentos, intelectos y educación, que hacen que la característica interna (subjetiva) de un acto pueda ser tan diferente”, porque “cuando los hombres viven en sociedad, el bienestar general exige un cierto promedio de conducta y el sacrificio de las peculiaridades individuales que vayan más allá de un cierto punto”.¹² En definitiva, no sólo razones de justicia correctiva, sino también de seguridad jurídica y de eficacia, hablan en favor de un concepto objetivo de la negligencia.¹³

d) Desde un punto de vista subjetivo, al derecho civil le basta que la acción sea atribuible al sujeto responsable como suya. Por eso, son condiciones de responsabilidad por negligencia la capacidad y la voluntariedad de la acción. En tal sentido, la responsabilidad se desdobra en un aspecto subjetivo fundamental, que supone que la acción sea imputable al demandado (*Capítulo II*), y en un aspecto objetivo, que se refiere al estándar de cuidado con que la conducta es medida. El término culpa pierde en el derecho civil la connotación de disvalor de la persona que tiene en el lenguaje corriente y pasa a ser entendido como ilicitud de la conducta (*supra* N° 36).

¹² Holmes 1923 106.

¹³ Se ha fallado que para que exista responsabilidad civil se requiere, fuera de los demás requisitos, “probar fehacientemente además, la culpa del hechor de acuerdo a la realidad objetiva”, Corte de Santiago, 14.10.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2ª, 132.

¹⁴ Rosso 2002 49 sitúa históricamente la sede de la clasificación en los deberes de conservar y restituir una cosa.

¹⁵ Así, Alessandri 1943 172, Abeliuk 1993 179, Meza 1988 252; P. Rodríguez 1999 180, con referencia a un concepto unitario de culpa.

34. El juicio de culpa es normativo. Por otra parte, la culpa es un concepto normativo, referido a la conducta debida, y no a un criterio estadístico de comportamiento⁸⁰. Pero este modelo normativo de conducta tiene una base real dada por las expectativas que las personas tienen acerca del comportamiento ajeno, expectativas que varían en el tiempo (de una época a otra) y en el espacio (de un lugar a otro). Una de las ventajas del patrón abstracto del hombre razonable es precisamente su flexibilidad para adaptarse a situaciones concretas muy diversas⁸¹.

Hay que señalar, además, que la culpa se valora o aprecia en abstracto, porque, como se ha visto, no considera las condiciones personales del autor, sino centra la atención en su conducta y la compara con la que habría observado el hombre razonable o prudente⁸². Sin embargo, la culpa se determina en concreto, en cuanto se consideran las circunstancias de la acción u omisión. En efecto, la determinación del grado de cuidado que habría empleado el hombre razonable o prudente depende, por una parte, de la situación externa, y por otra, del rol social o calidad del autor (la calidad de experto, por citar un ejemplo). La determinación en concreto no implica que la culpa devenga subjetiva, porque el rol social o la calidad del autor se consideran abstractamente, habida consideración de las circunstancias. Así, para apreciar si hay o no culpa de parte de un médico al practicar una operación urgente, se comparará su conducta con la de un médico prudente que se hallare en las mismas circunstancias.

35. El estándar de cuidado: la culpa leve. Como se ha anticipado, parece razonable que el grado de culpa de la que se responda en materia extracontractual sea culpa leve⁸³. Sin embargo, parte de la doctrina nacional siguiendo un antiguo proverbio recogido por la doctrina francesa, ha sostenido que en materia extracontractual se responde de toda culpa, incluida la levísima, pues la clasificación de la culpa en lata, leve y levísima que hace nuestro Código tiene una aplicación estrictamente contractual⁸⁴.

⁸⁰ La Corte Suprema ha señalado que la culpa es un “concepto jurídico, caracterizado en todo caso -ya se trate de culpa civil (delictual o contractual) o penal- por la falta de cuidado o diligencia, imprudencia o descuido que produce un daño, sin intención de causarlo”. En la misma sentencia se ha establecido, además, que “la culpa, es una materia esencialmente de carácter jurídico, puesto que tiene un significado técnico y preciso que le atribuye la ley; de consiguiente, su apreciación cae de lleno bajo el control de la Corte de Casación” (7 de abril de 1958, RDJ, Tomo LV, sec. 1ª, pág. 35).

⁸¹ Según ALESSANDRI: “Esta definición, aparte de dar a la culpa un sentido más de acuerdo con la realidad, tiene la enorme ventaja de dejar al juez en situación de apreciar libremente en cada caso si el hecho o la omisión causante del daño constituye o no culpa, si es o no ilícito, y de permitirle adaptar, por lo mismo, las reglas legales a las necesidades y circunstancias al momento de su aplicación”. *Op. cit.* [nota 1], pág. 173.

⁸² Señala ALESSANDRI: “La definición de culpa que acabamos de dar supone necesariamente una comparación entre la conducta del autor del daño y la que habría observado un tipo de hombre ideal, como quiera que consiste en la falta de aquel cuidado o diligencia que los *hombres prudentes* emplean en sus actividades”. *Ibidem*. En el mismo sentido RODRÍGUEZ, *op. cit.* [nota 12], pág. 178.

⁸³ Esta opinión es compartida por Ramón MEZA BARROS, *Manual de Derecho Civil. De las fuentes de las obligaciones*, Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1988, 8ª edición, pág. 252. Así también lo ha resuelto la Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de enero de 1941, confirmada por la Corte Suprema [cas. fondo] sin referirse a la materia (RDJ, Tomo XXXIX, sec. 1ª, pág. 79).

⁸⁴ Señala ALESSANDRI: “En materia delictual y cuasidelictual, en cambio, la culpa no admite graduación: toda falta de diligencia o cuidado, por levísima que sea, engendra responsabilidad”. *Op. cit.* [nota 1], pág. 48. Más adelante en la misma obra, agrega el autor: “La culpa cuasidelictual no admite graduación: la clasificación en grave, leve y levísima del art. 44 C.C. no se le aplica; se refiere

Si bien es cierto que la clasificación de la culpa se efectúa en el Código Civil a propósito de la responsabilidad contractual, ello ocurre sólo porque al tiempo de su redacción la responsabilidad extracontractual había experimentado una escasa evolución.

Por otra parte, constituye una contradicción afirmar que la culpa se aprecia en abstracto, aplicando el patrón de cuidado del hombre prudente, y al mismo tiempo señalar que en materia extracontractual se responde incluso de culpa levísima, pues se trata de grados de cuidado asimétricos. No es razonable que se exija al hombre medio emplear en sus actos “aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en sus negocios importantes”⁸⁵.

Sin embargo, a la hora de definir el estándar de cuidado que el sujeto debió observar en el caso concreto, la mayoría de los fallos que acogen la doctrina de la responsabilidad por culpa levísima acuden a la pauta del hombre prudente o buen padre de familia, al momento de determinar la conducta que resultaba exigible atendidas las circunstancias del caso⁸⁶.

a la culpa contractual únicamente. Toda culpa, cualquiera que sea su gravedad, aun la más leve o levísima, impone a su autor la obligación de reparar el daño causado”. *Ibidem*, pág. 196. En el mismo sentido DUCCI, *op. cit.* [nota 1], pág. 29. Por su parte, la Corte Suprema en sentencia de 12 de agosto de 1953, ha dicho que “en el orden contractual la culpa se gradúa en razón de la mayor o menor utilidad que una parte obtiene de un acto en relación con la otra” y, que “en materia de responsabilidad cuasidelictual, la culpa no tiene grados ni admite diferencias: hay culpa o no la hay, pues lo único que importa para los efectos del pleito, es el monto de los daños, y es esto lo que regula la indemnización, con entera prescindencia de la gravedad de la culpa” (RDJ, Tomo L, sec. 1ª, pág. 288). Con anterioridad la misma Corte, distinguiendo la responsabilidad civil extracontractual de la responsabilidad penal, había señalado que “mientras el Código Civil, no requiere para la procedencia de una indemnización sino un hecho del hombre que haya causado daño a otro, aunque ello se haya producido sin dolo y sólo con culpa leve o levísima del autor, el Código Penal exige para la existencia del delito y procedencia de las prestaciones que de él nacen, a más de la concurrencia del dolo, una disposición expresa de la ley que castigue el hecho de que se trata” (16 de septiembre de 1921, RDJ, Tomo XXI, sec. 1ª, pág. 119). Esta opinión también ha sido sostenida además en las siguientes sentencias: Corte Suprema, 20 de octubre de 1954 (RDJ, Tomo LI, sec. 1ª, pág. 509); Corte Suprema, 7 de abril de 1958 (RDJ, Tomo LV, sec. 1ª, pág. 35); y, Corte Suprema, 23 de enero de 1975 (Fallos del Mes, N°194, sent. 3, pág. 292).

⁸⁵ Así DUCCI, luego de señalar que la división de la culpa que contiene el artículo 44 del Código Civil “no se aplica a la responsabilidad delictual y tiene importancia sólo en materia contractual para señalar de qué grado de culpa responde el deudor en los diversos contratos de acuerdo con el artículo 1547”, y que “cualquiera culpa por leve que sea puede constituir cuasidelito, aún la culpa levísima”, en la página siguiente agrega: “¿Podemos concluir de lo ya expuesto, que el hecho de que la responsabilidad delictual se extienda a la culpa levísima significa que, según los términos del artículo 44, el individuo para no ser responsable debe actuar en todo momento con aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes? Si nos atenemos estrictamente a la letra del Código, esta pregunta debe tener necesariamente una contestación afirmativa; pero es necesario que tampoco perdamos de vista el aspecto siempre real y objetivo con que en la práctica se va abordar esta cuestión”, para concluir más adelante: “Podrá argumentarse que nuestros textos rechazan la apreciación «in concreto», pero es necesario no olvidar que en último término ésta es una cuestión práctica y será el juez quien determine la culpabilidad del actor, y que para ello se transformará en el buen padre de familia de la apreciación «in abstracto»”. *Op. cit.* [nota 1], pág. 29 y ss. En la misma inconsistencia incurre ALESSANDRI (ver *supra*, notas 91 y 92).

⁸⁶ En esta evidente contradicción incurre, por ejemplo, una sentencia de la Corte Suprema en la que junto con señalar que en materia extracontractual la culpa no admite graduación se sostiene que “hay culpa en los actos que una persona ejecuta sin el cuidado, atención o diligencia que pondría en

Por otra parte, la extensión de la responsabilidad hasta las hipótesis de culpa levísima exige que en cada una de nuestras actividades debamos emplear aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. De esta manera, en nuestro comportamiento cotidiano de relación nos veríamos obligados a actuar según los estándares de cuidado recíproco más exigentes, llevando en la práctica a la responsabilidad por culpa hacia los límites de la responsabilidad estricta.

Pareciera, por el contrario, que la noción de culpa invoca naturalmente la idea de cuidado ordinario, pues atiende a lo que razonablemente podemos esperar de los demás en nuestras relaciones recíprocas. Culpable es quien actúa defraudando las expectativas que los demás tenemos respecto de su comportamiento, y dichas expectativas no son otras que aquellas que corresponden al actuar del hombre simplemente prudente, y no del especialmente cauteloso.

Más allá de la generalidad con la que el artículo 44 del Código Civil expresa la identidad de la mera culpa con la culpa leve, el estándar del hombre razonable representa con naturalidad nuestros ideales de comunidad, pues lo que se nos exige en nuestro trato recíproco es un actuar respetuoso. Esto es, el cuidado ordinario se vincula a lo que se puede exigir en razón de la prudencia, y es el tipo de cuidado que expresa el patrón de conducta que naturalmente consideramos aplicable a nuestra propia conducta, y que esperamos los demás apliquen en la suya.

De ahí que aún quienes sostienen que en materia extracontractual se responde de toda culpa, no puedan eludir referirse al definirla a la *“falta de aquel cuidado o diligencia que el hombre prudente emplea en sus actividades”*, con clara alusión al estándar del buen padre de familia⁸⁷.

Lo anterior no debe inducir al error de creer que el nivel de cuidado exigible sea siempre el mismo, puesto que el hombre prudente determina su nivel de cuidado considerando las circunstancias que rodean su actuar. Por eso, la determinación del deber de cuidado es una tarea que atiende necesariamente a las circunstancias en que se desarrolla la actividad y al riesgo que ésta genera. Así, no es igual el nivel de cuidado exigible al médico que atiende espontáneamente a un accidentado en la vía pública, que al médico que efectúa una operación de peritonitis de urgencia en una posta pública de urgencia, y que al médico que realiza una operación programada con dos meses de anticipación.

36. La previsibilidad como requisito de la culpa. La culpa supone la previsibilidad de las consecuencias dañosas del hecho, porque el modelo del hombre prudente nos remite a una persona que delibera bien y actúa razonablemente, y como lo imprevisible no puede ser objeto de deliberación, dentro del ámbito de la prudencia sólo cabe considerar lo previsible.

Es justamente la previsibilidad como condición de la culpa lo que permite distinguir a ésta última del caso fortuito⁸⁸, es decir, del hecho con consecuencias dañosas

ellos un hombre prudente” (12 de agosto de 1953, RDJ, Tomo L, sec. 1ª, pág. 288).

⁸⁷ Ver *supra*, nota 100.

⁸⁸ Sobre la imprevisibilidad y demás elementos del caso fortuito, ver *infra* párrafo 105 y ss.

imprevistas e imposibles de resistir que no pudieron ser objeto de deliberación al momento de actuar y que, por lo tanto, queda fuera de la diligencia exigida⁸⁹.

Nuestra jurisprudencia ha admitido que la previsibilidad es un requisito esencial de la culpa, y más aún, ha definido a ésta última como “una posibilidad de prever lo que no se ha previsto”⁹⁰.

Que la previsibilidad sea un elemento esencial de la culpabilidad, tiene consecuencias en cuanto a los efectos de la responsabilidad por culpa, pues si sólo respecto de los daños previsibles ha podido el autor obrar imprudentemente, sólo estos daños deberán ser objeto de la obligación de indemnizar.

La idea de que la previsibilidad sea connatural a la responsabilidad por culpa no es, por lo general, compartida por la doctrina y por alguna jurisprudencia. Se ha expresado que la norma del artículo 1558 del Código Civil sólo tendría aplicación en materia contractual⁹¹, de lo cual cabría suponer que tratándose de responsabilidad extracontractual se responde de todo daño, incluso de los imprevisibles, aún cuando sólo se haya actuado con culpa.

Por otra parte, la pertenencia de la previsibilidad al ámbito de la culpa no es una cuestión pacífica, pues como se expondrá, también adquiere relevancia en materia de causalidad⁹². Mientras en sede de culpabilidad la pregunta sobre la previsibilidad se refiere a si es posible considerar ilícita una conducta que produce efectos dañinos imprevisibles, en sede de causalidad la previsibilidad es un elemento de juicio para definir cuáles consecuencias pueden ser consideradas como un efecto de la acción culpable.

Por ahora baste señalar que tanto en materia de culpa como de causalidad la previsibilidad relevante es un concepto normativo, y no puramente psicológico referido

⁸⁹ La Corte Suprema ha señalado que “es de la esencia de la culpa la previsibilidad, y no hay culpa cuando el hecho no pudo razonablemente ser previsto, y –en consecuencia– si el resultado no ha podido ser previsto por el reo, no le puede ser imputable” (17 de octubre de 1972, RDJ, Tomo LXIX, sec. 4ª, pág. 168).

⁹⁰ Corte Suprema, 29 de marzo de 1962 (RDJ, Tomo LXIX, sec. 4ª, pág. 21). También se ha fallado que “el cuasidelito se configura por la culpa con que actúan los hombres en la ejecución de sus actos; vale decir por la falta de previsión de hechos o circunstancias que son previsibles a la generalidad de los hombres” (Corte de Apelaciones de Iquique, 21 de octubre de 1952, RDJ, Tomo L, sec. 4ª, pág. 5). En el mismo sentido, se ha señalado que “la responsabilidad que en el caso de autos pesa sobre el vencido no es otra que la que nace de actos suyos que pudieron preverse y no previó, y de ninguna manera de toda clase de perjuicios, como sucedería en el caso de existir dolo” (Corte de Apelaciones de La Serena, 21 de octubre de 1907, RDJ, Tomo VI, sec. 2ª, pág. 3).

⁹¹ Corte Suprema, 14 de abril de 1953 (RDJ, Tomo L, sec. 4ª, pág. 40). También es la opinión de ALESSANDRI, quien señala: “Sea que se trate de un delito o de un cuasidelito, la reparación comprende tanto los perjuicios *previstos* como los *imprevistos* que sean su consecuencia necesaria y directa. El art. 1558 es inaplicable en materia delictual o cuasidelictual; se refiere a las obligaciones contractuales. Sólo en ellas las partes han podido prever los daños que su incumplimiento podría irrogar. Tratándose de un hecho ilícito, esta previsión no es posible: en materia delictual y cuasidelictual el daño es por naturaleza imprevisto”. *Op. cit.* [nota 1], pág. 552.

⁹² *Infra*, párrafo 87.

a la subjetividad del autor, y por ello debe apreciarse en abstracto⁹³. En consecuencia, la pregunta que cabe formularse no es si el autor pudo prever las consecuencias de su hecho, atendidas las circunstancias, la cuestión es si debió preverlas, sobre la base del estándar del hombre razonable.

La jurisprudencia nacional ha aceptado esta precisión al señalar que “no hay culpa cuando el hecho no pudo razonablemente ser previsto”⁹⁴. Con todo, si bien la previsibilidad del daño es una condición necesaria para establecer la culpa, no es jamás condición suficiente. En otras palabras, no todo daño previsible da lugar a responsabilidad, pues según se ha visto, la vida en sociedad importa necesariamente que debamos asumir el costo de ciertos daños estimados tolerables.

37. La culpa como ilicitud o infracción de un deber de cuidado. El principio a partir del cual se desarrolla la noción de responsabilidad por culpa es que el autor del daño sólo debe responder cuando existe una razón especial para ello, y esta razón está constituida por la ilicitud de su acto.

En la responsabilidad civil la noción de ilicitud se asocia a la idea de culpa, esto es, a la actuación que excede la esfera de comportamiento que el derecho reconoce como legítimo. En otros términos, en materia civil la culpa establece el umbral entre el actuar lícito y el ilícito⁹⁵.

Según se ha señalado, la culpa se define a partir de un patrón abstracto o modelo genérico de persona que permite precisar en cada caso la conducta debida y compararla con la conducta efectiva. Una acción es culpable (y a la vez ilícita) si infringe un deber de cuidado, que se establecerá determinando cuál habría sido, en esa situación, la conducta del modelo abstracto de persona. Este modelo es el del hombre cuidadoso o buen padre de familia, al cual se refiere el artículo 44 del Código Civil a propósito de un tipo particular de culpa (la culpa leve). La cuestión que resta por resolver, es quien y como efectúa la determinación en concreto de esos deberes de cuidado.

La determinación en concreto de los deberes de cuidado es tarea, ante todo, del legislador entendido en un sentido amplio. Sin embargo su actividad sólo se limita a ciertas actividades en que el riesgo es particularmente intenso, o susceptible de ser esquematizado, y en tales casos, su intervención rara vez tiene pretensiones de ser exhaustiva. Por eso, la regla general es que la tarea de definir el deber de cuidado pertenece a los jueces.

38. La culpa como infracción de un deber de cuidado establecido por la ley: culpa infraccional. En este tipo de culpa, los deberes de cuidado son establecidos por

⁹³ La culpabilidad se valora en abstracto y la previsibilidad es un elemento o condición de la culpabilidad.

⁹⁴ Corte Suprema, 17 de octubre de 1972 (RDJ, Tomo LXIX, sec. 4^a, pág. 168).

⁹⁵ En este sentido, la Corte Suprema ha señalado que la culpa “tiene un carácter normativo que la entrelaza con la antijuridicidad, ya que se incurre en ella precisamente porque se infringen deberes de cuidado impuestos por la norma, o sea, por el orden jurídico que los implanta” (12 de agosto de 1981, RDJ, Tomo LXXVIII, sec. 4^a, pág. 120).

el legislador u otra autoridad con potestad normativa, por medio de una ley, reglamento, ordenanza, etc.

Ejemplos de deberes de cuidado determinados por el legislador encontramos en la Ley N°18.290, Ley del Tránsito (típicamente los límites de velocidad), en las normas sobre seguridad en oleoductos, en las normas sobre control de medicamento y drogas, y en la legislación medioambiental.

El principio básico es que cuando el accidente se produce a consecuencia de la infracción de alguna de estas reglas, el acto es considerado *per se* ilícito. En otros términos, existiendo culpa infraccional el acto es tenido como ilícito sin que sea necesario entrar a otra calificación⁹⁶. Este efecto es particularmente fuerte tratándose de ilícitos penales, en virtud de la regla del artículo 178 del Código de Procedimiento Civil que señala: “En los juicios civiles podrán hacerse valer las sentencias dictadas en un proceso criminal siempre que condenen al procesado”.

La jurisprudencia da cuenta de numerosos casos en que se ha hecho aplicación de este principio. Así, se ha fallado que hay “mera imprudencia por el hecho de circular en contravención al Reglamento del caso”, y que “ella existe desde el momento en que, infringiendo la norma reglamentaria, se comete un cuasidelito”⁹⁷.

Con todo, no basta con la mera infracción de la norma para que pueda atribuirse responsabilidad, pues además se requiere que exista una relación de causalidad directa entre la ilicitud (infracción) y el daño. En otros términos, es necesario que el daño se haya producido a causa de la infracción⁹⁸.

⁹⁶ Señala ALESSANDRI: “Cuando así ocurre, hay culpa por el solo hecho de que el agente haya ejecutado el acto prohibido o no haya realizado el ordenado por la ley o el reglamento, pues ello significa que omitió las medidas de prudencia o precaución que una u otro estimaron necesarias para evitar un daño”. *Op. cit.* [nota 1], pág. 175.

⁹⁷ Corte de Apelaciones de Iquique, 13 de agosto de 1963 (RDJ, Tomo LX, sec. 4ª, pág. 374). En el caso de un maquinista de tranvía que no observó la disposición reglamentaria que le obligaba a interrumpir la corriente del carro al final de cada cuadra, y que atropelló a una persona, la Corte de Apelaciones de Santiago señaló que aquel “contribuyó con su negligencia a que el suceso se produjera, toda vez que si hubiera cumplido estrictamente con la obligación que dicho Reglamento le imponía, habría podido detener rápida y totalmente el tranvía gastando mediana diligencia” (19 de noviembre de 1906, confirmada por la Corte Suprema [cas. fondo], RDJ, Tomo VII, sec. 1ª, pág. 454). En otro caso, la Corte de Apelaciones de Talca señaló que la omisión de dar un pitazo largo el tren al aproximarse a un cruce infringiendo el respectivo reglamento, “estando destinada dicha prevención para advertir la proximidad del tren al paso de un cruce con un camino público”, resulta suficiente para configurar el cuasidelito que se persigue (17 de septiembre de 1952, RDJ, Tomo XLIX, sec. 4ª, pág. 247). Asimismo, una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago concluyó que acreditado por medios legales que el demandado no detuvo su vehículo frente a un disco PARE “su responsabilidad se encuentra establecida en el proceso” (25 de marzo de 1958, RDJ, Tomo LVI, sec. 4ª, pág. 195). Finalmente, puede citarse una sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, en la que se dijo que constituye un hecho ilícito de parte del Conservador de Bienes Raíces, inscribir una hipoteca sobre un inmueble respecto del cual el deudor no tiene derecho alguno, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces debió rehusar la inscripción (11 de junio de 1934, confirmada por la Corte Suprema [cas. forma y fondo], RDJ, Tomo XXXII, sec. 1ª, pág. 538).

⁹⁸ Una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago permite ilustrar claramente como opera este requisito. Señala la Corte: “de no haber cometido éste [el demandado] la infracción... no se habría producido ni el accidente ni las lesiones de la víctima” (4 de septiembre de 1991, Gaceta Jurídica,

Si alguien conduce con su licencia vencida y participa en un accidente, usualmente no habrá relación de causalidad entre la infracción y el daño⁹⁹. Este es un principio de causalidad de carácter general en el derecho actual, y en nuestra legislación aparece recogido expresamente en la Ley del Tránsito¹⁰⁰.

En la culpa infraccional se muestra claramente la diferencia que existe entre la responsabilidad civil y penal en materia de culpabilidad. En efecto, cuando la culpa civil es puramente infraccional no es necesario entrar en el juicio de culpabilidad, imprescindible tratándose de la responsabilidad penal, y por eso el error de prohibición, que bajo ciertas circunstancias es excusa suficiente en materia penal, en materia civil no tiene cabida. En la responsabilidad civil la culpa no supone un juicio de reproche personal al autor del daño, sino un juicio de valor respecto de su conducta.

Con todo, la circunstancia de que el legislador haya definido deberes de cuidado de una determinada materia, no significa que la responsabilidad se agote en las hipótesis de culpa infraccional. Por regla general, la determinación legal o reglamentaria de ciertos deberes no supone una regulación exhaustiva de la materia, de modo tal que aún en casos de una regulación legal, el juez está facultado para determinar deberes de cuidado no previstos por el legislador¹⁰¹. Así por ejemplo, puede ocurrir que atendidas las circunstancias particulares que rodean la acción, conducir al máximo de velocidad permitido sea imprudente, como ocurrirá cuando el vehículo se encuentra en condiciones deficientes o el camino está resbaladizo¹⁰².

Nº135, sent. 5, pág. 103; publicada además en RDJ, Tomo LXXXVIII, sec. 4ª, pág. 141). Sobre la conexión que debe existir entre la infracción y el daño, ver *infra*, párrafo 89.

⁹⁹ Refiriéndose a esta materia, la Corte de Apelaciones de Concepción ha señalado que no procede acoger la acción por daños ocasionados en un accidente de tránsito, basándose únicamente en que el demandado fue multado por conducir el vehículo sin la licencia respectiva, “porque dicha sanción se impuso, no por la culpabilidad en la colisión, sino por una contravención, que de acuerdo con el fallo, estaba desligada con el origen y consecuencias del choque, como pudo haber sucedido, por vía de ejemplo, con la falta de triángulos, de un botiquín o de un extinguidor” (5 de agosto de 1980, RDJ, Tomo LXXVII, sec. 2ª, pág. 105).

¹⁰⁰ El artículo 17 señala: “El mero hecho de la infracción no determina la responsabilidad civil del infractor, si no hay una relación de causa-efecto entre la infracción y el daño producido por el accidente”.

¹⁰¹ En opinión de ALESSANDRI: “Pero el hecho de cumplir estrictamente con las disposiciones legales o reglamentarias, no exime de adoptar las demás medidas de prudencia que las circunstancias requieran, y si el juez considera que estas habrían sido tomadas por un hombre prudente, podrá declarar culpable a quien no las tomó, aunque haya observado aquéllas. En este caso, la culpa no consiste en haber violado la ley o los reglamentos, sino en no haber observado la prudencia o atención que las circunstancias imponían”. *Op. cit.* [nota 1], pág. 180.

¹⁰² Se ha fallado que “la simple observancia de las disposiciones reglamentarias del tránsito [conducir a una velocidad no excesiva] puede servir, en general, para excusar la responsabilidad del conductor de un vehículo... siempre que los hechos se desarrollen en circunstancias normales y cuando se trate de vehículos debidamente acondicionados para circular sin riesgos excepcionales”, y que, “la circunstancia de conducir en tan precarias condiciones [el asiento era inestable], obligaba al reo a extremar las precauciones reglamentarias y a proceder en todo momento con la mayor prudencia, en condiciones de poder evitar sin peligro cualquier obstáculo imprevisto y sorpresivo” (Corte Suprema, 23 de agosto de 1951, RDJ, Tomo XLVIII, sec. 4ª, pág. 186). Otro ejemplo de aplicación de este criterio puede verse en sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 25 de mayo de 1945, confirmada por la Corte Suprema [cas. fondo], en el caso de un accidente de tránsito en el que participó un vehículo estacionado en una avenida de mucho tráfico, pero dentro del horario permitido por disposición municipal. A pesar de ello, la Corte estimó que la existencia de la

Excepcionalmente, una regulación puede entenderse exhaustiva si su fin es dar mayor seguridad jurídica a un área de actividad, estableciendo una regulación orgánica de las conductas debidas. En tal caso, no podrían determinarse judicialmente deberes de cuidado adicionales a los establecidos por el legislador. Con todo, la cuestión supone interpretar el estatuto legal en términos restrictivos (esto es, excluyente del establecimiento judicial de otros deberes de cuidado), lo que no resulta consistente por lo general, con el concepto de culpa que invoca más bien los sentidos sociales y no legalmente constituidos acerca de lo que es correcto.

La definición legal de los deberes de cuidado presenta la ventaja de la certidumbre, que en ciertas circunstancias puede tener un valor económico muy significativo, pues supone conocer de antemano y con exactitud las restricciones y eventuales responsabilidades de determinada actividad. Sin embargo, prever el futuro sobre la base de un detallado catálogo de conductas resulta imposible y también inequitativo, pues el riesgo de dejar fuera hipótesis de negligencia capaces de ocasionar daños a terceros es inevitable.

Por eso, salvo que la interpretación de un ordenamiento legal concluya que el propósito inequívoco del legislador ha sido la exhaustividad, la existencia de normas legales o administrativas no excluye la indagación propiamente judicial de los patrones de conducta debidos. La regla general entonces, es que la infracción de una norma legal permite dar por acreditada la culpa, pero *a contrario sensu*, el cumplimiento de todas las normas legales no garantiza que se haya actuado con la diligencia debida¹⁰³.

Por último, baste señalar que la definición legal de los deberes de cuidado presenta innegables ventajas de certeza especialmente cuando no existe una jurisprudencia articulada, y produce el beneficio adicional de disminuir la propensión a litigar, pues a

prohibición daba cuenta de evidentes peligros, lo que obligaba naturalmente a los conductores que quisieren aprovecharse de la excepción a la prohibición “a ser extremadamente cautelosos adoptando toda aquella clase de precauciones que la prudencia aconseja”, que en el caso no se cumplieron, por lo que en definitiva impuso responsabilidad al propietario del vehículo estacionado (RDJ, Tomo XLIII, sec. 1ª, pág. 495). En otro caso, las circunstancias particulares en que se produjo una colisión entre dos vehículos, específicamente que ocurrió de madrugada, hicieron que la Corte Suprema estimará responsable a uno de los conductores, no obstante que guiaba a una velocidad inferior a la máxima reglamentaria, y que el otro vehículo no respetó la señal de ceda el paso pues, según señaló, “es posible prever un accidente del tránsito en un cruce de calles en horas de la madrugada, si no se maneja con sumo cuidado, ya que es de ordinaria frecuencia que a esa hora no siempre se observen las normas del tránsito por los conductores” (12 de agosto de 1981, RDJ, Tomo LXXVIII, sec. 4ª, pág. 120).

¹⁰³ La Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 12 de agosto de 1942, ha sostenido el siguiente criterio: “no exime a la Empresa de responsabilidad la circunstancia de que el maquinista se haya ajustado a las leyes y reglamentos en el ejercicio de sus funciones, si el atropello se debe a negligencia de su parte y pudo haberlo evitado con la debida prudencia, pues la culpa delictual, cualquiera que sea, engendra responsabilidad cuando produce daño” (la cita textual corresponde a la doctrina extractada del fallo) (RDJ, Tomo XL, sec. 2ª, pág. 33). La misma Corte ha dicho que “la responsabilidad de la Empresa [de los Ferrocarriles del Estado] no deriva exclusivamente de la infracción de las leyes o reglamentos por parte de sus administradores y empleados, sino también de cualquier acto de los mismos, culpable o negligente, que traiga como consecuencia el daño de terceros” (13 de abril de 1939, confirmada por la Corte Suprema [cas. fondo], RDJ, Tomo XXXVIII, sec. 1ª, pág. 239).

mayor precisión de los ilícitos existe un menor incentivo a discutir si se actuó o no culpablemente.

39. La culpa como infracción a un deber general de cuidado definido por el juez: ¿ilicitud de la conducta o antijuridicidad del daño? La regla general en el sistema de responsabilidad por culpa, es que el deber de cuidado sea construido por el juez sobre la base del hombre razonable y, en cuanto tal, se aplica a todos los casos en que dicho deber no ha sido predefinido por la ley o por otra fuente normativa.

Frente a una situación concreta, el juez deberá determinar cual era el comportamiento exigible a un hombre razonable o prudente, para luego compararlo con el comportamiento efectivo del sujeto y juzgar si éste ha actuado o no culpablemente.

También en este caso, la culpa importa la infracción de un deber de cuidado, y en este sentido debe entenderse la clásica definición de PLANIOL: “la culpa es la infracción a un deber preexistente”¹⁰⁴.

Esta definición resulta conceptualmente adecuada en cuanto la ilicitud en materia civil se refiere al incumplimiento de un patrón de conducta que se supone debió ser reconocido *ex ante* por el autor del daño, aunque no haya estado formulado por norma legal alguna. Sin embargo, se ha dicho también que la definición es defectuosa en la medida que supone una regla preexistente, dando por establecido aquello que es precisamente el objeto del juicio de responsabilidad¹⁰⁵. En efecto, salvo en los casos en que el legislador ha definido positivamente los deberes de cuidado, la regla que define el patrón de conducta que debió observarse en el caso concreto, es construida *ex post* por el juez, sobre la base del modelo del hombre prudente. Lo que en verdad sucede es que el juez construye *ex post* un deber de cuidado que, atendidas las circunstancias, el demandando debió descubrir como máxima de su acción. En tal sentido, el juez no tiene la tarea de imponer, sino de poner al descubierto el deber de cuidado.

En un sentido que tiende a desplazar la noción de culpa desde la ilicitud de la acción hacia el resultado antijurídico de la acción, poniendo el énfasis en la perspectiva de la víctima del daño, la culpa ha sido definida como “la lesión de un derecho ajeno, sin que pueda invocarse un derecho superior”¹⁰⁶. Esta noción, típica de la idea de la justicia correctiva, concibe la culpa a la luz de la injusticia del daño, haciendo que los límites con la responsabilidad estricta se vuelvan casi imperceptibles. Aquí, el elemento constitutivo de la culpa ya no es la infracción de un deber de cuidado, sino la ausencia de justificación para atribuir las consecuencias del daño a la víctima, con lo cual la

¹⁰⁴ *Traité Élémentaire de Droit Civil*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1926, 10^a edición, pág. 290 y ss.

¹⁰⁵ Sobre el particular señala ALESSANDRI: “Prescindiendo de que esta supuesta obligación no existe ni puede calificarse de tal en el sentido jurídico de esta palabra, todo el sistema de Planiol es arbitrario e impreciso. Basta considerar que el legislador no ha señalado en parte alguna las obligaciones cuya violación constituiría un cuasidelito, que las mismas que Planiol menciona son muy vagas y que los hechos constitutivos de culpa son infinitos, como lo demuestra el examen de la jurisprudencia, muchos de los cuales no encuadran en ninguno de los grupos que él señala”. *Op. cit.* [nota 1], pág. 171.

¹⁰⁶ Tomado de CARBONNIER, *op.cit.*, [nota 9], pág. 423.

culpabilidad deja de estar fundada en el juicio de disvalor de la acción, y en último término, pierde su carácter normativo.

40. Deberes de cuidado como expresión de usos normativos. En otro nivel de cuestiones, la culpa plantea la pregunta acerca de la fuente del deber de cuidado que ella misma supone. En otras palabras, cuales son los criterios que el juez debe consultar para la determinación de ese deber de cuidado.

Como se ha expuesto, la noción de culpa nos conduce al estándar o patrón de conducta del hombre prudente, del *buen padre de familia*. Pero, ¿quedan comprendidas en este patrón, las costumbres, los usos o prácticas generalmente aceptadas en el medio social?, o ¿se trata de un patrón normativo, y por tanto, sólo representa la conducta debida, según el modelo del hombre razonable?. En otros términos, ¿considera este patrón la forma en que las personas se comportan normalmente en similares circunstancias, con un criterio que acerca el debido cuidado a un dato estadístico? o ¿está restringido a la forma en que el sujeto debía comportarse en su situación?

Las prácticas o usos existentes en determinada actividad no son en caso alguno vinculantes a la hora de determinar el deber de cuidado, pues dichas prácticas o usos no son necesariamente justas¹⁰⁷. Que en una actividad algo se haya hecho siempre de cierta manera no expresa *per se* que su uso sea correcto.

Cuestión distinta ocurre con los usos normativos, esto es, aquellas reglas reconocidas espontáneamente como expresión de un buen comportamiento, es decir, de aquello que usualmente se tiene por debido. En principio, estos usos normativos pueden ser concebidos como una invocación a principios de prudencia, esto es, a la forma en que normalmente se conduce el hombre diligente. Se trata por regla general, de normas que emanan de sistemas de autorregulación profesional, manifestados en códigos de ética o de conducta, como los que rigen la actividad publicitaria o la de algunos colegios profesionales (como el colegio de abogados o el de arquitectos).

Tratándose de este tipo de reglas, la contravención es calificada *prima facie* culpable, en cuanto importa infracción a un deber de cuidado generalmente aceptado. En otros términos, si alguien actúa violando las normas de conducta de su propia actividad, en principio actúa culpablemente.

La pregunta siguiente es si existiendo autorregulación es posible aún calificar como culpable una conducta sin que medie infracción alguna a dichas reglas¹⁰⁸. La respuesta cada vez más generalizada es que nada obsta a que en determinados casos la regla pueda ser calificada de injusta y reemplazada por otra creada por el juez, y el principio

¹⁰⁷ Según ALESSANDRI: “Pero como estos usos o hábitos no tienen fuerza obligatoria, a diferencia de lo que acontece con la ley o los reglamentos, el juez puede prescindir de ellos y estimar que no hay culpa en su infracción, si cree que un hombre prudente colocado en la misma situación no habría obrado en otra forma”. *Op. cit.* [nota 1], pág. 181.

¹⁰⁸ Señala ALESSANDRI: “Del mismo modo, el hecho de observarlos fielmente no exime de tomar las demás medidas de prudencia que las circunstancias requieran, y si el juez considera que éstas eran necesarias, podrá declarar culpable a quien no las tomó, aunque haya observado esos usos o hábitos”. *Ibidem*.

subyacente es que este tipo de reglas respecto de la conducta establecida por el propio gremio o profesión no pueden ser opuestas en perjuicio de los demás¹⁰⁹.

La tendencia de quienes ven el derecho como una expresión de la realidad social, es a concebir el deber de conducta como expresión de usos normativos, de las expectativas que surgen espontáneamente como razonables, o en otros términos, de aquello que naturalmente creemos poder exigir de los demás¹¹⁰. Quienes por el contrario, ven en la culpa una función normativa, que permite orientar el comportamiento de un modo esencialmente justo o eficiente, tienden a juzgar la razonabilidad de los usos normativos desde alguna de estas perspectivas, antes de darlos por aceptados¹¹¹.

Con todo, los usos normativos en una sociedad tan diferenciada como la actual, son generalmente imprecisos, y habitualmente difíciles de probar. Por ello, lo usual será que el juez se vea obligado a construir el deber de cuidado en ausencia de tales reglas.

41. Construcción judicial de deberes de conducta: modelo del hombre prudente. En el derecho nacional, a falta de reglas establecidas por usos normativos generalmente aceptados, la determinación de los deberes de conducta según el modelo del hombre prudente es el resultado de una tarea argumentativa. Lo relevante es entonces definir los criterios con los que se construyen argumentativamente esos deberes.

Esta forma de determinación de la conducta debida exige ponderar bienes e intereses jurídicos diversos: por una parte, aquellos que se identifican con la libertad de actuar, y por otra, los que representan el derecho de la víctima a no sufrir daños injustos. Supone, además, que esos bienes e intereses sean mínimamente conmensurables, de manera tal que resulte posible compararlos.

Para ponderar, el juez debe acudir a criterios de argumentación, algunos de los cuales serán analizados a continuación. Estos criterios no son exhaustivos, sino únicamente ejemplares de las orientaciones que ha seguido la jurisprudencia nacional y comparada para determinar la conducta debida en casos concretos. Por regla general, estos criterios no actúan en forma aislada, porque lo normal es que en cada caso intervengan dos o más en distinta medida, y a veces en sentidos diversos.

(a) Intensidad del daño. Este criterio atiende a la magnitud del daño que supone una acción. Así, el descuido que se asocia a daños severos a la integridad física, por ejemplo, es juzgado en forma más estricta que aquel que sólo genera daños materiales. La amenaza de un daño muy intenso llevará normalmente a exigir que se adopten mayores precauciones para evitarlo¹¹².

¹⁰⁹ FLEMING, *op. cit.* [nota 15], pág. 30.

¹¹⁰ En este sentido CARBONNIER, *op. cit.* [nota 9], pág. 415.

¹¹¹ Véase Henri, Léon y Jean MAZEAUD, y François CHABAS, *Leçons de droit civil, Les obligations. Théorie Générale*, Tomo II, Vol. I. Paris: Montchrestien, 1991, 8ª edición, pág. 445 y ss.

¹¹² No es común encontrar casos en que se acuda exclusivamente a la intensidad del daño como criterio para determinar la culpa. Por lo general, ésta actúa conjuntamente con otros criterios, como la probabilidad del daño, y normalmente no es posible distinguir la relevancia que los jueces asignan a uno u otro, atendida la falta de consideraciones explícitas en los fallos. Un ejemplo de cómo la

Según este criterio, por tanto, la gravedad del daño aumenta el indicio de culpabilidad, al extremo que en ciertos casos su magnitud permite presumir que el hecho que lo causa es culpable, invirtiendo la carga de la prueba en perjuicio del demandado¹¹³.

Algunos ejemplos pueden encontrarse en los casos de accidentes ferroviarios que correspondió resolver a la jurisprudencia nacional durante la primera mitad del siglo veinte. En más de una ocasión, la rigurosa aplicación de las presunciones de culpabilidad en estos casos, llevaron a situar la responsabilidad por culpa en el límite de la responsabilidad estricta. Así, tratándose de la colisión de dos trenes, se dijo que ésta “se produce generalmente por imprudencia o por negligencia o descuido en el cumplimiento de los reglamentos de la Empresa demandada, de parte de sus empleados, como ocurre en este pleito, salvo caso fortuito cuya existencia no se ha alegado ni probado”¹¹⁴. Bien puede estimarse que la intensidad del daño fue lo determinante para que la Corte haya considerado en estos casos que el sólo hecho del accidente sea indicio de culpabilidad.

(b) Probabilidad. La probabilidad de la ocurrencia del daño es otro de los criterios utilizados por la jurisprudencia nacional para determinar los deberes de cuidado. La probabilidad es una variable acotada de la previsibilidad, pues mientras ésta muestra un resultado como posible, aquella mide el grado de esa posibilidad. Existen numerosas

intensidad del daño puede ser un factor relevante para determinar el deber de cuidado es la sentencia de la Corte Suprema de 7 de abril de 1958, que se pronunció sobre el caso de un tren que arrolló a un vehículo que pasaba por un cruce, resultando muerto el conductor. La sentencia de apelación estableció que el tren viajaba con sus focos encendidos, y que al aproximarse al cruce dio los pitazos de reglamento, tocó campana, y que además en el lugar existían barreras visibles por la luz de un restaurant cercano. Sin embargo, la Corte Suprema estimó que la Empresa de los Ferrocarriles del Estado había actuado con culpa, siendo suficiente a su juicio, la circunstancia de mantener ésta una construcción cercana al cruce que impedía la correcta visibilidad de la línea. Lo anterior pese a que la sentencia de apelación había señalado que tal circunstancia no constituía por sí sola una falta de cuidado o conducta negligente, pues la demandada tenía en práctica otras medidas de seguridad. El rigor de la Corte Suprema al juzgar la conducta de la demandada la lleva incluso a señalar que la culpa delictual civil “origina siempre responsabilidad aunque sea levisima” (RDJ, Tomo LV, sec. 1ª, pág. 35). Sobre otros casos de determinación de deberes de cuidado por aplicación de este criterio, pueden consultarse las siguientes sentencias: Corte Suprema, 25 de julio de 1930 (RDJ, Tomo XXVIII, sec. 1ª, pág. 164); Corte de Apelaciones de Talca, 25 de septiembre de 1990, confirmada por la Corte Suprema [queja] sin referirse a la materia (Gaceta Jurídica N°131, sent. 3, pág. 78); y, Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de enero de 1993 (Gaceta Jurídica N°151, sent. 2, pág. 54).

¹¹³ El efecto de inversión de carga de la prueba ocurre bajo la presunción de culpa por el hecho propio contenida en el artículo 2329 del Código Civil, posición que se sigue en este curso, según se expone en los párrafos 59 y ss.

¹¹⁴ Corte Suprema, 11 de agosto de 1932, RDJ, Tomo XXIX, sec. 1ª, pág. 570. En un caso similar, la Corte de Apelaciones de Santiago, señaló: “Que el hecho de que choquen dos trenes de la misma Empresa no sólo manifiesta que sus empleados no han cumplido sus obligaciones, sino también que no han usado de la menor prudencia, pues, como lo dice el art. 186 del Reglamento General de 1884, «nada justifica el choque de dos trenes». La sentencia además hace expresa referencia a la presunción del artículo 2329 del Código Civil para acreditar la culpa (12 de octubre de 1909, RDJ, Tomo IX, sec. 2ª, pág. 25). Sobre la misma materia pueden consultarse además las siguientes sentencias: Corte de Apelaciones de Santiago, 1 de agosto de 1923, confirmada por la Corte Suprema [cas. fondo] sin referirse a la materia (RDJ, Tomo XXII, sec. 1ª, pág. 912); y, Corte Suprema, 14 de diciembre de 1923, que califica el choque de trenes como “inexcusable” (RDJ, Tomo XXII, sec. 1ª, pág. 785).

sentencias que han hecho aplicación de este criterio, de las que cabe destacar algunas a modo ilustrativo.

Se ha fallado que actuó culpablemente el conductor de un vehículo, si podía prever que “manejar en condiciones anómalas una máquina recolectora de basuras, de por sí pesada, en una pendiente con bastante inclinación y efectuar en ella manipulaciones técnicamente erróneas, los resultados antijurídicos y dañosos producidos eran perfectamente probables”¹¹⁵.

En otro accidente de tránsito, ocurrido a altas horas de la noche y en el que un vehículo embistió a otro que no respetó una señal *ceda el paso*, se estimó que el conductor del primer vehículo había actuado con culpa, porque “es posible prever un accidente del tránsito en un cruce de calles en horas de la madrugada, si no se maneja con sumo cuidado, ya que es de ordinaria frecuencia que a esa hora no siempre se observen las normas del tránsito por los conductores”¹¹⁶.

Finalmente, en un caso en que la fumigación aérea de un predio ocasionó daños a un predio contiguo, se determinó que tanto la persona que ordenó la fumigación como la empresa encargada de efectuarla, actuaron culpablemente pues aquella se realizó en circunstancias que soplaban viento y a muy poca distancia del otro predio, cuyas plantaciones en definitiva resultaron dañadas¹¹⁷.

¹¹⁵ Corte de Apelaciones de Concepción, 8 de julio de 1974 (RDJ, Tomo LXXI, sec. 4ª, pág. 226).

¹¹⁶ Corte Suprema, 12 de agosto de 1981 (RDJ, Tomo LXXVIII, sec. 4ª, pág. 120).

¹¹⁷ Corte Suprema, 27 de noviembre de 1965 (RDJ, Tomo LXII, sec. 1ª, pág. 445). En un caso similar, se señaló que hay culpa de parte de la empresa de fumigación que aplica un producto altamente volátil en un predio contiguo a otro en el que existe una viña, con viento desfavorable, no pudiendo menos que prever que podía causar daño a este último predio. En este caso, la responsabilidad de quien encomendó la fumigación estaba sujeta al régimen de responsabilidad estricta de Ley N°15.703, de 1º de octubre de 1964, que no se aplicó en el primer fallo citado, por tratarse de hechos anteriores a su dictación (Corte de Apelaciones de Chillán, 5 de octubre de 1970, RDJ, Tomo LXVII, sec. 2ª, pág. 85). Otros casos en que la probabilidad del daño parece ser el criterio relevante en la determinación de los deberes de cuidado, pueden consultarse en las siguientes sentencias: Corte Suprema, 29 de marzo de 1901 (Gaceta de los Tribunales, año 1901, Tomo I, N°263, pág. 229); Corte Suprema, 22 de marzo de 1902 (Gaceta de los Tribunales, año 1902, Tomo I, N°258, pág. 273); Corte Suprema, 11 de octubre de 1902 (Gaceta de los Tribunales, año 1902, Tomo II, N°2594, pág. 965); Corte Suprema, 24 de julio de 1905, en la que se señala que hay negligencia de parte del ejecutante que consiente en el embargo después de habersele dado a conocer con insistencia la verdadera propiedad de las especies (RDJ, Tomo III, sec. 1ª, pág. 60); un caso similar al anterior en sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena, 21 de octubre de 1907 (RDJ, Tomo VI, sec. 2ª, pág. 3); Corte de Apelaciones de Tacna, 4 de septiembre de 1905 (RDJ, Tomo IV, sec. 2ª, pág. 8); Corte Suprema, 13 de enero de 1922, señalando que hay “negligencia inexcusable e imprudencia temeraria” en confiar el manejo de un carretón a un niño que por su edad no puede dirigirlo con acierto (RDJ, Tomo XXI, sec. 1ª, pág. 529); Corte de Apelaciones de Valparaíso, 29 de septiembre de 1916, confirmada por la Corte Suprema [cas. fondo] sin referirse a la materia (RDJ, Tomo XVII, sec. 1ª, pág. 375); Corte Suprema, 30 de noviembre de 1923 (RDJ, Tomo XXII, sec. 1ª, pág. 681); Corte Suprema, 5 de octubre de 1929 (RDJ, Tomo XXVII, sec. 1ª, pág. 557); Corte Suprema, 7 de enero de 1931 (RDJ, Tomo XXVIII, sec. 1ª, pág. 461); Corte Suprema, 13 de agosto de 1931 (RDJ, Tomo XXVIII, sec. 1ª, pág. 747); Corte de Apelaciones de Iquique, 19 de noviembre de 1933, confirmada por la Corte Suprema [cas. forma y fondo] sin referirse a la materia (RDJ, Tomo XXXII, sec. 1ª, pág. 382); Corte Suprema, 20 de octubre de 1934 (RDJ, Tomo XXXII, sec. 1ª, pág. 93); Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de septiembre de 1940, confirmada por la Corte Suprema [cas. fondo] sin referirse a la materia (RDJ, Tomo XXXIX, sec. 1ª, pág. 203); Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de enero de 1953 (RDJ, Tomo L, sec. 2ª, pág. 11); Corte de Apelaciones de La Serena, 24 de junio de 1954 (RDJ, Tomo LII, sec. 1ª, pág. 25); Corte Suprema, 8 de agosto de 1956 (RDJ, Tomo LIII, sec. 1ª, pág. 217);

Además, la probabilidad del daño es uno de los factores que permite determinar el riesgo. En términos estadísticos, el riesgo de una actividad puede definirse como función, por un lado, de la intensidad del daño que ésta amenaza ocasionar, y, por otro, de la probabilidad de que ese daño ocurra. Así, una actividad será riesgosa, si el daño con que amenaza es grave (la pérdida de vidas, por ejemplo) y la probabilidad de que se concrete es elevada.

Aplicando el criterio del riesgo de la acción, se ha fallado que la circunstancia de conducir un vehículo en precarias condiciones (un chasis de camioneta que tenía menos peso en la parte posterior y que por ello se “coleaba” al frenar) impone al conductor el deber de extremar las precauciones reglamentarias, y de “proceder en todo momento con la mayor prudencia, en condiciones de poder evitar sin peligro cualquier obstáculo imprevisto y sorpresivo”¹¹⁸.

Lo usual es que probabilidad e intensidad del daño actúen conjuntamente para determinar la culpa. Así, una probabilidad menor pero asociada a un daño muy intenso será suficiente para imponer el deber de evitarlo, y por ello, las actividades o productos catalogados como *peligrosos* están sujetos, en general, a reglas de cuidado más estrictas que aquellas que previenen un riesgo moderado. Lo mismo ocurrirá cuando se trate de daños de menor intensidad, pero con una alta probabilidad de ocurrencia.

En la jurisprudencia nacional existen numerosos casos en que la determinación de la culpa resulta de la actuación conjunta de estos dos criterios, aún cuando no se mencionen en forma expresa.

Así por ejemplo, en el caso de un vehículo que atropelló y dio muerte a un peatón, se ha fallado que el accidente se debió a imprudencia del conductor, “pues éste venía en su automóvil a gran velocidad... no tocó la bocina y el automóvil marchaba con las luces apagadas”¹¹⁹. En otro accidente en el que una persona fue atropellada por una máquina

Corte Suprema, 23 de enero de 1975, estimando que actúa culpablemente quien olvida cerrar una llave de paso luego de un corte de agua, omisión que horas más tarde al retornar el suministro, provoca una inundación que causa daños al piso inferior (Fallos del Mes N°194, sent. 3, pág. 292); y, Corte de Apelaciones de Concepción, 7 de noviembre de 1985, en el caso de un choque que se produjo en una vía de circulación restringida, señalando que “era obvio, entonces, que los vehículos que entraban al trayecto controlado, lo hicieran con elementales precauciones, por la posibilidad de encontrarse con una máquina que viajara en sentido contrario” (RDJ, Tomo LXXXII, sec. 4ª, pág. 288).

¹¹⁸ Corte Suprema, 23 de agosto de 1951 (RDJ, Tomo LXVIII, sec. 4ª, pág. 186).

¹¹⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de octubre de 1929, confirmada por la Corte Suprema [cas. forma y fondo] sin referirse a la materia (RDJ, Tomo XXXIV, sec. 1ª, pág. 389). Un caso similar puede consultarse en la sentencia de la Corte Suprema, de 3 de julio de 1930 (RDJ, Tomo XXVIII, sec. 1ª, pág. 117). Otros ejemplos en las siguientes sentencias: Corte de Apelaciones de Santiago, 19 de noviembre de 1934, que señala que hay culpa en conducir un tranvía a 40 km./hr. si la línea está húmeda y los frenos se encuentran en mal estado (RDJ, Tomo XXXII, sec. 2ª, pág. 46); Corte Suprema, 12 de agosto de 1953, que señala que es culpable “quien maneja un vehículo en un pavimento humedecido, en forma de no poder detenerlo sino a condición de lanzarse sobre la zona del camino destinada a los peatones, exponiéndose a atropellar a los transeúntes que caminan por ella” (RDJ, Tomo L, sec. 1ª, pág. 288); Corte Suprema, 9 de agosto de 1944, caso en el que se señala que hay imprudencia temeraria de parte del conductor de un camión que, transitando a una velocidad exagerada, pretende adelantar a otro vehículo que permanece detenido esperando pasajeros, en circunstancias que la proximidad de un tranvía hacía previsible el accidente supuesto

de ferrocarril que se desplazaba dentro de la estación sin tocar la campana ni el pito, se dijo que hubo culpa de los empleados de la empresa “por cuanto era de elemental prudencia que haciendo como hacían, un servicio dentro del recinto de la estación, lugar frecuentado por numerosas personas, no se descuidaran un solo momento en dar las señales de alarma por medio de la campana o el pito”¹²⁰.

el ancho de los vehículos y el de la calzada (RDJ, Tomo XLII, sec. 1ª, pág. 244); Corte Suprema, 11 de enero de 1960, fallo que estima que hay culpa del conductor de un vehículo que intenta adelantar al que le precede en una curva, y que al chocarlo hace que éste pierda su dirección y se estrelle con un muro, situación que debió ser prevista al ejecutar la acción (RDJ, Tomo LVII, sec. 4ª, pág. 7); casos similares al anterior pueden verse en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 9 de agosto de 1960 (RDJ, Tomo LVII, sec. 4ª, pág. 229) y en el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 3 de junio de 1968 (RDJ, Tomo LXVI, sec. 4ª, pág. 21). Otros casos de accidentes de tránsito en los que reciben aplicación los criterios de probabilidad e intensidad del daño, pueden encontrarse en las siguientes sentencias: Corte de Apelaciones de Concepción, 27 de mayo de 1969, confirmada por la Corte Suprema [queja] (RDJ, Tomo LXVI, sec. 4ª, pág. 203); y, Segundo Juzgado Civil de San Fernando, 2 de noviembre de 1992, confirmado por la Corte Suprema [queja] (Fallos del Mes, N°427, sent. 10, pág. 344).

120

Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de julio de 1931, confirmada por la Corte Suprema [cas. fondo] sin referirse a la materia (RDJ, Tomo XXIX, sec. 1ª, pág. 549). Casos con circunstancias de hecho similares a los de la sentencia anterior, se encuentran en los siguientes fallos: Corte de Apelaciones de Tacna, 27 de octubre de 1906, que señala que hay culpa de la Empresa de Ferrocarriles del Estado si una locomotora que no anuncia su paso haciendo sonar campana y pito, atropella a un trabajador causándole graves daños (RDJ, Tomo IV, sec. 2ª, pág. 93); Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de junio de 1909, confirmada por la Corte Suprema [cas. forma] sin referirse a esta materia (RDJ, Tomo VII, sec. 1ª, pág. 324); Corte Suprema, de 15 de octubre de 1920 (RDJ, Tomo XIX, sec. 1ª, pág. 383); y, Corte de Apelaciones de Iquique, de 2 de enero de 1934, confirmada por la Corte Suprema [cas. forma] sin pronunciarse sobre la materia, caso en que el fogonero además padecía de “sordera bastante reconocida” (RDJ, Tomo XXXII, sec. 1ª, pág. 386). Durante la primera mitad del siglo XX, los accidentes con daños más intensos fueron ocasionados usualmente por ferrocarriles y tranvías, y correspondieron a la mayor parte de los casos de responsabilidad extracontractual conocidos por los tribunales. A pesar de la ausencia de consideraciones explícitas en torno a los criterios utilizados para la determinación de la culpa, de la exposición y análisis de los hechos puede desprenderse que en estos casos la culpa fue determinada en consideración tanto a la intensidad como a la probabilidad de la ocurrencia del daño. Sobre la materia pueden consultarse, además de las sentencias citadas anteriormente en esta nota, las siguientes: Corte Suprema, 20 de octubre de 1902, que señala que hay culpa en ingresar un tren a excesiva velocidad a una estación y en llevar un carro en mal estado, el que al volcarse ocasiona graves daños a sus pasajeros (Gaceta de los Tribunales, año 1902, Tomo II, N°2606, pág. 972); Corte de Apelaciones de Valparaíso, 30 de noviembre de 1907, confirmada por la Corte Suprema [cas. fondo] sin referirse a la materia, en el caso de un transeúnte que caminando al atardecer tropezó y cayó en las vías, siendo atropellado por un tranvía que le cortó un brazo, señaló que hubo negligencia de la empresa al no colocar señal alguna para prevenir al público del peligro que deparaban los trabajos que se efectuaban en dichas vías (RDJ, Tomo VI, sec. 1ª, pág. 393); Corte de Apelaciones de Valparaíso, 6 de junio de 1908 (RDJ, Tomo VII, sec. 2ª, pág. 3); Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de mayo de 1910, confirmada por la Corte Suprema [cas. forma] sin referirse a esta materia, sentencia que señala que la diligencia y prudencia debidas exigen que el maquinista de un tranvía toque su campana y disminuya la velocidad al llegar a un cruce (RDJ, Tomo VII, sec. 1ª, pág. 546); Corte Suprema, 22 de junio de 1913 (RDJ, Tomo XII, sec. 1ª, pág. 300); Corte de Apelaciones de Santiago, 27 de mayo de 1916, confirmada por la Corte Suprema, sin referirse a la materia (RDJ, Tomo XIV, sec. 1ª, pág. 498); Corte Suprema, 29 de agosto de 1917 (RDJ, Tomo XV, sec. 1ª, pág. 131); Corte de Apelaciones de Santiago, 31 de agosto de 1919 (RDJ, Tomo XVIII, sec. 1ª, pág. 335); Corte de Apelaciones de Iquique, 20 de diciembre de 1919, confirmada por la Corte Suprema [cas. fondo] sin referirse a la materia, señalando que hay culpa en mantener en mal estado la vía, cuando esto es causa de un accidente que ocasiona la muerte de un operario (RDJ, Tomo XXVII, sec. 1ª, pág. 822); Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de abril de 1920, confirmada por la Corte Suprema sin referirse a esta materia (RDJ, Tomo XIX, sec. 1ª, pág. 378); Corte Suprema 16 de septiembre de 1921, RDJ Tomo XXI, sec. 1ª, pág. 119; Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de agosto de 1922, confirmada por la Corte Suprema [cas. fondo] (RDJ, Tomo XXII,

También, se ha fallado que hay culpa en el hecho que un cobrador haya dado la partida a un tranvía, en circunstancias que muchos pasajeros ocupan las pisaderas de éste, uno de los cuales cae del carro y muere atropellado¹²¹.

Puede referirse además el caso del anestesista que abandonó a su paciente luego de suministrar la anestesia, ausentándose por el tiempo necesario para que ésta sufriera un daño cerebral irreversible a consecuencia de un paro cardíaco. Si bien se acreditó que el paro cardíaco era un riesgo descrito dentro del proceso anestésico, la existencia de este riesgo fue suficiente para estimar que el facultativo debió permanecer junto a la paciente hasta que la anestesia terminase de producir sus efectos, y en consecuencia, que al no hacerlo había incurrido en culpa¹²².

Finalmente, en el caso de una persona que sufrió graves lesiones al caer dentro de un sumidero de aguas lluvias en la vía pública, la sentencia estimó que actuó culpablemente la municipalidad cuyos empleados omitieron reponer la tapa o protección, toda vez que esta última estaba “destinada a impedir la ocurrencia de accidentes a los transeúntes” a los que éstos se hallan “grave y constantemente expuestos atendida la ubicación de dicho sumidero”¹²³.

sec. 1ª, pág. 241); y, Corte Suprema, 16 de diciembre de 1922 (RDJ, Tomo XXI, sec. 1ª, pág. 1053); Corte de Apelaciones de Santiago, 1 de octubre de 1923, confirmada por la Corte Suprema [cas. forma] sin referirse a la materia (RDJ, Tomo XXII, sec. 1ª, pág. 987); Corte Suprema, 9 de noviembre de 1925 (RDJ, Tomo XXIII, sec. 1ª, pág. 577); Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de enero de 1928, confirmada por la Corte Suprema [cas. fondo] (RDJ, Tomo XXVII, sec. 1ª, pág. 240); Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de octubre de 1929, confirmada por la Corte Suprema [cas. forma y fondo] sin referirse a la materia (RDJ, Tomo XXIX, sec. 1ª, pág. 43); Corte Suprema, 4 de junio de 1930 (RDJ, Tomo XXVIII, sec. 1ª, pág. 66); Corte Suprema, 13 de octubre de 1930 (RDJ, Tomo XXVIII, sec. 1ª, pág. 295); Corte de Apelaciones de Santiago, 8 de noviembre de 1932, confirmada por la Corte Suprema [cas. fondo] (RDJ, Tomo XXX, sec. 1ª, pág. 524); Corte Suprema, 26 de agosto de 1938, señalando que hay culpa en no establecer barreras y mantener guarda-vías en los pasos a nivel (RDJ, Tomo XXXVI, sec. 1ª, pág. 199); Corte Suprema, 13 de enero de 1939 (RDJ, Tomo XXXVI, sec. 1ª, pág. 478); Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de abril de 1939, confirmada por la Corte Suprema [cas. fondo] (RDJ, Tomo XXXVIII, sec. 1ª, pág. 239); Corte Suprema, 15 de abril de 1939 (RDJ, Tomo XXXVI, sec. 1ª, pág. 544); Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de junio de 1941, confirmada por la Corte Suprema [cas. fondo] (RDJ, Tomo XLI, sec. 1ª, pág. 430); Corte de Apelaciones de Santiago, 12 de agosto de 1942, que sostiene el siguiente criterio: “La Empresa de los Ferrocarriles es responsable del daño ocasionado con motivo de haber atropellado un tren a un automóvil que en forma imprevista se detuvo en la línea y que pudo ser visto por el maquinista antes de partir de la estación y en todo caso puso detenerlo antes de llegar hasta a él si hubiera obrado con prudencia, haciendo caso a las señas que se le hacían con ese objeto” (la cita textual corresponde a la doctrina extractada del fallo) (RDJ, Tomo XL, sec. 2ª, pág. 33); y, Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de mayo de 1945, confirmada por la Corte Suprema [cas. fondo] sin referirse a la materia (RDJ, Tomo XLIV, sec. 1ª, pág. 264).

¹²¹ Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de mayo de 1944 (RDJ, Tomo XLI, sec. 2ª, pág. 41). Ejemplos similares en: Corte Suprema, 21 de junio de 1941, señalando que hay culpa en transitar un tranvía a excesiva velocidad y ocupado hasta las pisaderas, toda vez que ello constituye un “evidente peligro” para los pasajeros que van en éstas (RDJ, Tomo XXXIX, sec. 1ª, pág. 79); y, Corte Suprema, 8 de septiembre de 1954, señalando que hay culpa del maquinista de un tranvía que no cierra oportunamente las puertas traseras, ocasionando la caída de un menor luego de un movimiento brusco en la partida (RDJ, Tomo LI, sec. 4ª, pág. 182).

¹²² Corte Suprema, 4 de octubre de 1984 (RDJ, Tomo LXXXI, sec. 4ª, pág. 206).

¹²³ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 3 de diciembre de 1948, confirmada por la Corte Suprema [cas. fondo] (RDJ, Tomo XLIX, sec. 1ª, pág. 281).

Ahora bien, lo propio del hombre prudente no es rechazar absolutamente el riesgo, sino distinguir entre aquel que es una consecuencia razonable de su acción, y el que resulta excesivo. El hombre prudente puede actuar asumiendo una cuota de riesgo, teniendo en cuenta la intensidad del daño y la probabilidad de que éste ocurra.

La circunstancia que la probabilidad del daño sea uno de los criterios que permiten al juez determinar los deberes de cuidado, permite además confirmar que la previsibilidad es un elemento inseparable de la culpa, pues sólo es posible medir la probabilidad del daño cuando éste resulta previsible para el actor¹²⁴.

Finalmente, la información sobre la probabilidad e intensidad del daño es relevante en caso que la víctima decida asumir voluntariamente el riesgo, y el autor pretenda con posterioridad beneficiarse de este consentimiento como causal de justificación. Para que pueda configurarse esta excusa, la buena fe contractual exige que el autor del daño haya informado suficientemente a la víctima sobre ambos aspectos.

(c) Valor social de la acción que provoca el daño. La definición del cuidado debido tampoco es indiferente a la valoración que haga el juez acerca del beneficio social que reporta la acción que ocasiona el daño. Así, el cuidado exigible para ejecutar una acción socialmente neutra será usualmente mayor al que se demanda tratándose de una acción de valor social elevado¹²⁵.

El objeto de esta valoración está constituido, por una parte, por los intereses jurídicos que se ven afectados por la acción que causa el daño, y por la otra, por el interés social en que la acción se desarrolle. Un buen ejemplo de aplicación de este criterio puede verse en el caso *New York Times Co. v. Sullivan*, resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el año 1964. En la sentencia, dicha Corte estableció que atendido el valor constitutivo de la libertad de expresión, los medios de prensa sólo responden por los daños que causan a la honra de las personas, cuando actúan con completa desaprensión respecto de la verdad de lo informado (estándar de culpa grave). En otros términos, este fallo estimó que el valor social de la libertad de informar era de tal modo significativo, que su ejercicio no imponía responsabilidad sino en los casos de negligencia inexcusable.

A menudo la determinación de los deberes de cuidado exige ponderar los bienes en juego. Es el caso, por ejemplo, del conflicto entre el derecho a desarrollar una actividad económica y la protección del medio ambiente.

¹²⁴ Sobre la previsibilidad como requisito de la culpa, ver *supra* párrafo 36 y jurisprudencia citada en notas del mismo párrafo.

¹²⁵ Un caso en que puede advertirse la aplicación implícita de este criterio, puede verse en la sentencia de la Corte Suprema, de fecha 6 de septiembre de 1952, caso en que una persona procesada por estafa y luego absuelta de dicho cargo, demandó la responsabilidad civil de los querellantes, los que finalmente fueron absueltos. La doctrina extractada del fallo señala que fuera de los casos en que el ejercicio de la acción penal pública impone responsabilidad civil, y que se encuentran expresamente mencionados en la ley, “los tribunales, atendido el interés público vinculado a la persecución y castigo de los delitos, y la gravedad de las causales que, según el Código de Procedimiento Penal, acarrearán responsabilidad por el ejercicio abusivo del derecho de entablar la acción penal pública, deben aplicar un criterio particularmente estricto al estudiar y ponderar las actuaciones procesales en que se hace consistir el cuasidelito civil a que pudiera dar origen el ejercicio [de la acción] que confiere el artículo 15 del mencionado Código” (RDJ, Tomo XLIX, sec. 1ª, pág. 305).

Por último, por aplicación de este criterio existen casos en que las circunstancias que rodean el desarrollo de la acción hacen exigible un menor cuidado al actor, como ocurre en todos aquellos que el derecho anglosajón denomina genéricamente *rescate*. Así, el médico que interviene espontáneamente en ayuda de una víctima de accidente de tránsito en plena vía pública, el que causa daños a la propiedad ajena para evitar un incendio, el que se lanza al agua para auxiliar a alguien se ahoga, serán juzgados con un rigor atenuado, por el valor social que reporta su acción¹²⁶.

(e) Tipo de relación entre el autor del daño y la víctima. Finalmente, hay ciertos casos en que el tipo de relación entre el autor del daño y la víctima contribuye a determinar los deberes de cuidado. Este criterio excluye las relaciones contractuales, y se refiere únicamente a los vínculos espontáneos que pudieren existir entre el autor del daño y la víctima¹²⁹.

¹²⁶ FLEMING, *op. cit.* [nota 15], pág. 53 y ss.

¹²⁹ El Repertorio de Legislación y Jurisprudencia del Código Civil no contiene referencia a casos de aplicación expresa de este criterio por la jurisprudencia nacional. Con todo, puede citarse el accidente sufrido por una estudiante de 13 años que viajaba en la pisadera de un vehículo de locomoción colectiva con la anuencia del conductor, y que a consecuencia de un viraje brusco cayó y fue aplastada por el vehículo ocasionándole la muerte. La sentencia señaló: “es un hecho no

Ya se ha mencionado el rescate como un caso típico en que la posición relativa de la víctima frente al autor del daño, contribuye a disminuir el cuidado exigible. A la inversa ocurrirá, si entre ambos existe una relación que impone deberes de lealtad recíprocos, como la negociación de un contrato, aunque por definición las partes de una negociación no tengan obligación de concluir en un contrato¹³⁰.

En el derecho nacional (al igual que en el derecho francés y español, pero a diferencia del anglosajón) no es necesario que exista un deber de cuidado específico respecto de la víctima para dar aplicación a este criterio. Con todo, para quien administra una piscina pública, un andarivel en la nieve o un parque de diversiones, surgen deberes extracontractuales relativamente precisos respecto de aquellos que están expuestos a riesgo por hacer uso de las instalaciones, aunque no exista propiamente contrato.

discutido que a la víctima que era una niña menor de edad que viajaba para asistir a sus clases del colegio en que estudiaba se le permitió viajar en la pisadera del vehículo, hecho que por sí solo revela una falta a la más elemental prudencia de parte del conductor de la góndola, que se encuentra obligado a velar por la seguridad de los pasajeros que transporta, en especial si se trata de la seguridad de menores que en razón de sus años no se encuentran en situación de apreciar con acierto las precarias condiciones en que puedan encontrarse”. Podría afirmarse que, para la Corte, la relación del transportista de una menor, quien en razón de sus años no se encuentra en situación de apreciar con acierto los riesgos a que se expone, genera para el primero un deber de cuidado más intenso que aquel que cabe exigirle respecto de otros pasajeros. Sin duda, además del criterio señalado, en la determinación de la culpa han influido en este caso la intensidad y probabilidad del daño asociadas a la acción que se juzga (Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de noviembre de 1944, confirmada por la Corte Suprema [cas. fondo], RDJ, Tomo XLV, sec. 1ª, pág. 526). En relación con este criterio, puede citarse además un caso de “transporte de favor” en que el “pasajero” resultó muerto a consecuencia de un accidente. Para establecer la responsabilidad, se estimó que la circunstancia de haberse efectuado el transporte con la voluntad del empresario era suficiente para imponer a éste último el deber de transportar indemne a la víctima. Señala la sentencia: “la circunstancia de que el señor M. hiciera el viaje sin que mediaran un contrato de transporte o necesidades del servicio, no basta para enervar la culpa por omisión, imputable al empresario según lo expuesto en el considerando anterior, por cuanto es un hecho de la causa que el señor M. había sido invitado o por lo menos autorizado para hacer ese viaje, de donde debe concluirse que lo realizó con la voluntad del empresario, antecedente que basta para crear la obligación de éste de transportar a aquél indemne de todo o daño o perjuicio previsible” (Corte Suprema, 29 de septiembre de 1942, RDJ, Tomo XL, sec. 1ª, pág. 212).

¹³⁰ En materia de negociaciones precontractuales puede referirse el caso de una sucesión que luego de formular una oferta de venta de un inmueble, y de renovar verbalmente dicha oferta sin obtener la aceptación de la destinataria, se negó a suscribir la matriz de escritura que había sido finalmente firmada por la compradora después de varios días de renovada la oferta. La Corte de Apelaciones de Santiago resolvió que en la especie no se había establecido que los demandados (la sucesión), al negarse a celebrar el contrato de compraventa proyectado, hubieren ejecutado un hecho ilícito culpable, sin que bastare al efecto el solo hecho de haber desistido de llevar a término el contrato en gestación perfeccionándolo con la suscripción de la escritura pública correspondiente, estimando que en este caso la negativa podía presumirse perfectamente lícita, y una mera consecuencia del ejercicio del derecho a no perseverar en las gestiones tendientes a celebrar el contrato (25 de agosto de 1948, RDJ, Tomo XLVI, sec. 2ª, pág. 48).

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

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

¹²⁶ La errónea técnica aseguradora hace cambiar en algunos sistemas jurídicos la lógica de la responsabilidad en estos casos; así se explica que en el derecho francés se permita a las víctimas de transporte benévolo prevalerse de las normas sobre responsabilidad estricta por el hecho de las cosas, solución estimulada por la creación del seguro civil obligatorio, que rige para los accidentes del tránsito (Viney/Jourdain 1998 619). En Chile, en un antiguo caso de ‘transporte de favor’, en que resultó muerto el pasajero de un vehículo de transporte colectivo, se argumentó implícitamente sobre la base de una obligación de seguridad; señala la sentencia que “la circunstancia de que el señor Marín Vicuña hiciera el viaje sin que mediaran un contrato de transporte o necesidades del servicio, no basta para enervar la culpa por omisión, imputable al empresario según lo expuesto en el considerando anterior, por cuanto es un hecho de la causa que el señor Marín había sido invitado o por lo menos autorizado para hacer ese viaje, de donde debe concluirse que lo realizó con la voluntad del empresario, antecedente que basta para crear la obligación de éste de transportar a aquél indemne de todo daño o perjuicio previsible”, Corte Suprema, 29.9.1942, RDJ, t. XL, sec. 1ª, 212. Véase también, CS, 18.1.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 4ª, 3.

¹²⁷ Hace un siglo, la *fuera pública* que custodiaba un puerto arrojó al mar cajones de cerveza de propiedad de un particular para impedir que cayeran en poder de unos huelguistas; la Corte de Santiago señaló que “el deber de la autoridad de mantener ante todo el orden público, no la faculta para adoptar el primer medio que se le presente, ni la exime de la obligación de recurrir entre varios, a los que menos daños ocasionen al derecho de los particulares”, Corte de Santiago, 11.1.1908, RDJ, t. V, sec. 2ª, 55. Si bien la sentencia citada no razona explícitamente sobre la base del ‘costo’ de evitar el daño, subyace a ella una lógica económica similar a la que inspira el criterio anotado. Puede citarse además el caso de un *protesto de cheque* practicado con evidente descuido, ocasionando perjuicios al titular de la cuenta, quien la había cerrado voluntariamente para ausentarse del país, dando aviso a la institución sobre el extravío de su último talonario de cheques; durante su ausencia, uno de los cheques extraviados fue presentado a cobro y posteriormente protestado invocándose la causal de giro contra cuenta cerrada; en circunstancias que el cuentacorrentista se vio expuesto a un proceso criminal iniciado en su contra, demandó a la institución bancaria, la que fue condenada; al discurrir sobre la culpa, la Corte Suprema hizo especial énfasis en la circunstancia de que la firma puesta en el cheque aparecía “ostensiblemente diversa a la auténtica” y “visiblemente disconforme”, dando a entender así que para evitar el daño se requería la adopción de elementales medidas de resguardo y que, en consecuen-

Por más que se tengan reservas respecto del análisis puramente económico de la culpa (*infra* N° 67), el costo de eliminar o disminuir el riesgo de accidentes es relevante a la luz del estándar de la persona diligente y razonable. Por cierto que los accidentes del tránsito se podrían disminuir sustancialmente si se eliminaran los cruces de calles al mismo nivel, si todas las carreteras tuvieran doble pista, si las curvas pronunciadas se evitaran con túneles y así sucesivamente. Y también pueden eliminarse muchos daños personales si todos los automóviles estuviesen provistos de *airbag* y de frenos con dispositivo *ABS*. En uno y otro caso, sin embargo, exigir esas precauciones resulta generalmente exorbitante. Su costo dificultaría que se completara la red de carreteras e impediría a muchas personas acceder al automóvil. Mal puede estimarse entonces negligente la conducta de los concesionarios viales o de los fabricantes de automóviles que omiten esos resguardos.

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

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

cia, la institución librada actuó culpablemente al omitir cuidados que no suponían costos exorbitantes (CS, 20.10.1954, RDJ, t. LI, sec. 1ª, 509). En el mismo sentido, razonando implícitamente en torno al limitado esfuerzo de evitar el daño, se ha estimado culpable la conducta de la entidad bancaria que omite comprobar la exactitud del domicilio que da el cuentacorrentista al abrir la cuenta corriente, producto de lo cual no es posible la *notificación de los protestos de los cheques* y se produce la pérdida de las acciones para obtener su cobro, CS, 4.9.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 1ª, 186; y CS, 26.1.2004, GJ 283, 121.

¹²⁸ Corte de Concepción, 7.11.1985, RDJ, t. LXXXII, sec. 4ª, 288.



costos reitera el principio práctico de que no todo riesgo debe ser prevenido, sino sólo aquel que ordena la prudencia.

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

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

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

¹²⁹ Corte de Santiago, 25.8.1948, RDJ, t. XLVI, sec. 2ª, 48.

¹³⁰ El principio contrario rige en el *common law*, que exige la infracción de un deber de cuidado respecto de la víctima (Fleming 1988 36, Weir 2002 29). Es obvio que en la mayoría de los casos el deber se tiene respecto de conjuntos amplios de personas (como ocurre con los deberes del tránsito, por ejemplo). Sin embargo, hay hipótesis de accidentes en que la víctima no pertenece al ámbito del cuidado del autor del daño. Un famoso caso norteamericano se refiere al accidente provocado por un funcionario de ferrocarriles que ayudó, contra los reglamentos, a un pasajero para que subiera a un tren en marcha, con el infortunio de que cayó al andén un paquete con fuegos artificiales que llevaba el pasajero, los que se activaron con el golpe y salieron disparados, hiriendo seriamente a una persona que se encontraba en la estación. El tribunal de Nueva York denegó la acción indemnizatoria porque el funcionario no tenía un deber de cuidado respecto de la víctima (*Palsgraf v. Long Island Railroad*, 1928, 248 NY 339, 162 NE 99, en Keeton/Keeton 1977 332). En el Reino Unido, sobre la base de consideraciones semejantes la Cámara de los Lores ha desechado acciones indemnizatorias interpuestas por víctimas de shocks nerviosos producidos por presenciar un accidente (Fleming 1988 37). Casos de este tipo pueden calificarse entre nosotros en sede de causalidad, bajo la pregunta acerca de si es directo el daño sufrido por la víctima, lo que es expresivo de la flexibilidad que tienen los instrumentos doctrinarios para construir los casos en el derecho de la responsabilidad civil.

vamente precisos respecto de aquellos que están expuestos a riesgo por hacer uso de las instalaciones, aunque no exista propiamente contrato.¹³¹

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

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

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

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

¹³¹ Según un reiterado criterio jurisprudencial, las instalaciones abiertas al público deben encontrarse en las condiciones adecuadas para su uso normal. Así, en el caso de un menor que sufrió un golpe en la cabeza, que le causó la muerte, a resultas de la caída de un mástil ubicado en un parque (Corte de Concepción, 31.3.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 5ª, 59); en un accidente ocurrido en un estadio municipal de fútbol debido a la ausencia de tabloneros en las graderías, a consecuencias de lo cual se produjo la caída de un espectador al vacío (Corte de Concepción, 28.11.2002, confirmado por la CS [cas. fondo y forma], 4.4.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 5ª, 77); el mismo criterio para juzgar la conducta de quien administra un parque de diversiones en CS, 15.11.1999, F. del M. 492, 2600; y para quien administra una piscina pública, en Corte de Santiago, 14.1.2002, confirmado por la CS [cas. fondo], 7.1.2003, GJ 271, 96.

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



estándar exige que nadie haga soportar a los demás riesgos que superen lo que exigen las circunstancias. Por eso, la construcción de los deberes de cuidado específicos tiene más de prudencial que de exacto, pues importa ponderar los bienes e intereses jurídicos en conflicto en el contexto de la acción. En consecuencia, criterios generales para apreciar la diligencia debida, como los desarrollados en este capítulo, sólo son puntos de vista, cuyo mérito es que por lo general resultan relevantes para efectuar en concreto esa determinación prudencial.

e. Análisis económico de la culpa

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

En el fondo, esta fórmula define la culpa como un umbral de eficiencia determinado por la comparación del costo de prevención con el costo del daño accidental. A su vez, como se ha visto, el costo del daño accidental es función del riesgo, medido sobre la base de la intensidad del daño previsible (*supra* N° 59) y la probabilidad de que éste ocurra (*supra* N° 60). Así, si con cada unidad adicional de gasto en prevención se ahorran costos del daño accidental superiores a esa unidad, es exigible que se incurra en ese costo. Habrá, sin embargo, un punto en que la unidad marginal de gasto preventivo tendrá por efecto una disminución de los daños inferior a ese gasto. En este umbral la inversión en prevención deja de ser eficiente y no resulta exigible respecto de quien desarrolla la actividad. La tabla siguiente resulta ilustrativa de lo expresado:¹³⁴

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

¹³⁴ Modelo explicativo tomado de Kötz 1991 47.



TABLA DE ÓPTIMO CUIDADO

<i>Costo prevención</i>	<i>Costo accidentes</i>	<i>Costo Social total</i>
0	60	60
5	30	35
10	20	30
15	17	32
20	15	35

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

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

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

¹³⁵ Posner 1992 157.

¹³⁶ Por ejemplo, Cooter/Ulen 1997 400.



Nº 16). En la perspectiva de la justicia correctiva, concebir la responsabilidad como una técnica social significa desatender que “el núcleo estructural del derecho de la responsabilidad civil está representado por el juicio caso a caso en que la víctima específica persigue reparación de ciertos perjuicios de parte de aquel que ella estima responsable”.¹³⁷

Por lo mismo, no parece justo un discernimiento de la diligencia debida que iguale aritméticamente los costos de prevención a los costos que la actividad irroga a las víctimas de los accidentes, en particular en situaciones en que no existe reciprocidad en los riesgos (*supra* Nº 16). La fórmula del juez Hand, desde esta perspectiva, es radicalmente unilateral, porque supone que quien realiza la actividad tiene el derecho a comparar el valor que atribuye a su acción con el riesgo que provoca sólo en razón de los costos de precaución, de modo que ignora (como es usual en el análisis económico de la responsabilidad) la relación de bilateralidad entre el autor del daño y la víctima.¹³⁸ En otras palabras, la fórmula fracasa porque es injusta, al no hacerse cargo de la asimetría de riesgos y beneficios entre el autor del daño y la víctima. A ello se suma la dificultad de comparar costos propiamente económicos con valores no patrimoniales, como la vida, la privacidad o la libertad.¹³⁹

En verdad, desde el punto de vista de la justicia correctiva, puede argumentarse que la existencia de un riesgo anormalmente elevado es razón suficiente para estimar negligente la conducta, cualesquiera sean los costos para reducir el riesgo, lo que explica que las actividades en extremo riesgosas estén sujetas a regímenes de responsabilidad estricta o a presunciones de culpa muy difíciles de contrarrestar.¹⁴⁰

b) Finalmente, el análisis económico parece especialmente pertinente en actividades donde predomina el cálculo racional (como, por ejemplo, en la responsabilidad en el ámbito de los negocios), pero difícilmente da cuenta de la realidad práctica allí donde las decisiones son instantáneas o simplemente impulsivas.¹⁴¹ En verdad, uno de los más interesantes desarrollos críticos del análisis económico del derecho tradicional consiste en un cuestionamiento del modelo abstracto del sujeto racional que persigue maximizar su propio bienestar.¹⁴² A diferencia del *homo oeconomicus*, la persona de carne y hueso suele actuar sobre la base de información que ha sido recogida con algunos sesgos: tendemos a dar relevancia a datos que son coincidentes con nuestros intereses y principios (lo que produce una especie de disonancia cognitiva);

¹³⁷ Coleman 2001 16.

¹³⁸ Coleman en Postema 2001 206.

¹³⁹ Fleming 1992 119.

¹⁴⁰ Weinrib 1995 149, Coleman 1992 368.

¹⁴¹ Kötz 1991 50, Gordley en Owen 1995 151.

¹⁴² Un lúcido análisis de los correctivos que la economía de las instituciones y el estudio de las conductas efectivas introducen al modelo del *homo oeconomicus*, con referencias al derecho de obligaciones, en Eidenmüller 2005 a 216.

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

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

c) Aunque las consideraciones anteriores nos permiten tomar distancia crítica frente al análisis económico más ideologizado, conviene tener presente que un enfoque pragmático de la responsabilidad tiene la ventaja de dar en el centro de la responsabilidad por negligencia, en la medida que nos alerta sobre algo que sabemos con naturalidad en la vida corriente, como es “que para obtener una cosa debemos renunciar a otra, y nos enseña a comparar lo que obtenemos con lo que perdemos y a discernir qué estamos haciendo cuando decidimos”.¹⁴³ Pareciera que esta forma de pensar no es ajena a la prudencia de la persona diligente. Aunque esta última parece ser más sensible al contexto de la acción que a modelos puramente cuantitativos, los esquemas de análisis desarrollados por la economía permiten descomponer las variables constitutivas del cuidado debido, contribuyendo a un control racional de la argumentación (que, al contrario, suele ser puramente intuitiva).¹⁴⁴

¹⁴³ Holmes 1897 474.

¹⁴⁴ Es extraño que en el desarrollo del modelo de la persona diligente y razonable no se haya explorado más profundamente la virtud de la prudencia, que precisamente tiene que ver con la sabiduría práctica, esto es, con la capacidad de considerar en la decisión las circunstancias de la acción (Aristóteles *Ética Nicomaquea* 6.5; Tomás de Aquino *Suma Teológica* 49.4 y 54.2). En parte, este olvido de Aristóteles y Tomás de Aquino puede deberse al excesivo énfasis en una moral de reglas, especialmente en la tradición eclesial postridentina, Kerr 2002 122. La idea jurídica de negligencia, tal como tiende a ser construida por los jueces en las más diversas jurisdicciones, parece más comprensible a la luz de esa antigua tradición de la filosofía práctica (Gordley en Owen 1995 145).



42. Conclusiones. Se ha mencionado el intento del juez Learned HAND para determinar la culpa mediante la aplicación de una fórmula matemática que conjugue diversos criterios conducentes a determinar el nivel de cuidado exigible en las diversas situaciones creadoras de riesgos. En verdad, la construcción de los deberes de cuidado específicos tiene mucho más de razonable que de exacto, pues importa ponderar los bienes e intereses jurídicos en conflicto, y por ello, es una cuestión esencialmente argumentativa, que se sirve de criterios como los que se han analizado.

(B) CULPA POR OMISIÓN

43. Nociones. Lord ATKIN, jurista y juez británico, señaló en una sentencia sobre un conflicto de vecindad las diferencias de la moral y la religión con el derecho: “La regla de que usted debe amar a su vecino, deviene en el derecho que usted no debe molestar a su vecino”¹³¹.

En un sentido similar, ALESSANDRI ha dicho que “la ley nos obliga a obrar con prudencia, pero no con caridad, y a nadie puede exigírsele que sacrifique su persona o bienes en beneficio ajeno”¹³².

Ambos autores dan cuenta del mismo principio: en el derecho civil no existe una obligación genérica de actuar para evitar daños a terceros.

Lo relevante entonces es determinar cuales son los casos específicos en que existe esa obligación, de modo que la omisión acarreará responsabilidad. Para responder a esta pregunta es necesario tener en cuenta que la acción y la omisión presentan una diferencia cualitativa, pues mientras en la primera el daño es resultado del riesgo creado por el actor, en la segunda, el riesgo es completamente autónomo, es decir, no depende de la acción.

De esta importante distinción surgen dos tipos o categorías de omisión: (i) la omisión en la acción y (ii) la omisión propiamente tal, que serán analizadas a continuación.

44. Omisión en la acción. Hay *omisión en la acción*, cuando ésta se produce en el ámbito más extenso de una acción positiva, es decir, cuando quien ejecuta la acción omite tomar las precauciones necesarias para evitar el daño, exigidas por las circunstancias¹³³.

Así se ha resuelto respecto de aquel que no coloca señales para prevenir el peligro que representan los hoyos abiertos en la vía pública con motivo de las reparaciones que ejecuta, ni cierra el sitio en que éstas se practican¹³⁴; de quien olvida reponer la tapa de un pozo en el que efectúa reparaciones, que además carece de señales que prevengan de su existencia¹³⁵; del maquinista que omite avisar el paso del tren tocando campana y pito¹³⁶; del dueño de un edificio dañado por un temblor que omite efectuar en él las reparaciones necesarias¹³⁷; del anestesista que abandona a su paciente mientras está

¹³¹ *Donohue v. Stevens* (1932) A.C. 580, citado por FLEMING, *op. cit.* [nota 15], pág. 55 y ss.

¹³² *Op. cit.* [nota 1], pág. 167.

¹³³ En este sentido, ALESSANDRI, *op. cit.* [nota 1], pág. 197 y 199.

¹³⁴ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 30 de noviembre de 1907, confirmada por la Corte Suprema [cas. fondo] sin referirse a la materia (RDJ, Tomo VI, sec. 1ª, pág. 393).

¹³⁵ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 3 de diciembre de 1948, confirmada por la Corte Suprema [cas. fondo] (RDJ, Tomo XLIX, sec. 1ª, pág. 281).

¹³⁶ Corte Suprema, 15 de octubre de 1920 (RDJ, Tomo XIX, sec. 1ª, pág. 383).

¹³⁷ En este caso se aplica además la presunción de responsabilidad del artículo 2323 del Código Civil Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de septiembre de 1940, confirmada por Corte Suprema [cas. fondo] (RDJ, Tomo XXXIX, sec. 1ª, pág. 203).

haciendo efecto la anestesia, por el tiempo necesario para que ésta sufra daño cerebral irreversible a consecuencia de un paro cardíaco¹³⁸; de quienes por no cumplir con sus obligaciones de vigilancia permiten que personas extrañas al servicio, sin tener la experiencia necesaria, muevan dos carros de ferrocarril que ocasionan una tragedia¹³⁹; y de quien entrega las llaves de su vehículo para su lavado en el estacionamiento, sin adoptar las medidas encaminadas a evitar que el encargado de dicha labor efectúe su cometido de modo impropio¹⁴⁰.

Desde el punto de vista del tratamiento legal, no existe diferencia alguna entre la omisión en la acción y la acción negligente. Se trata de un defecto de la acción y, por lo tanto, no hay delito o cuasidelito de omisión sino de acción¹⁴¹.

45. Omisión propiamente tal. Existe *omisión propiamente tal* cuando frente a un riesgo autónomo, independiente de la conducta del agente, éste no actúa para evitar el daño o disminuir sus efectos, pudiendo hacerlo¹⁴².

Según el principio individualista imperante en el derecho moderno, el hombre prudente no tiene el deber genérico de actuar para evitar daños a terceros. En consecuencia, la omisión acarrea responsabilidad civil solo excepcionalmente, en aquellos casos en que una regla especial impone un deber en tal sentido. Esos casos son los siguientes:

- (a) Cuando la omisión es dolosa;
- (b) Cuando existe un deber especial de cuidado, atendidas las circunstancias; y,
- (c) Cuando se omite ejecutar un acto expresamente ordenado por la ley (culpa infraccional por omisión).

46. Omisión dolosa. En primer término, la abstención genera responsabilidad cuando está acompañada de la intención positiva de dañar, en virtud del principio general según el cual el dolo nada justifica¹⁴³.

47. Existencia de un deber especial de cuidado atendidas las circunstancias. Fuera del ámbito del dolo, hay casos en que la relación de cercanía existente entre quien

¹³⁸ Corte Suprema, 4 de octubre de 1984 (RDJ, Tomo LXXXI, sec. 4ª, pág. 206).

¹³⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, 12 de enero de 1988 (RDJ, Tomo LXXXV, sec. 2ª, pág. 1).

¹⁴⁰ Corte Suprema, 21 de enero de 1988 (RDJ, Tomo LXXXV, sec. 4ª, pág. 1). Otros casos de omisión en la acción pueden verse en las siguientes sentencias: Corte Suprema, 29 de marzo de 1901 (Gaceta de los Tribunales, año 1901, Tomo I, N°263, pág. 229); Corte Suprema, 10 de octubre de 1906 (RDJ, Tomo III, sec. 1ª, pág. 402); Corte Suprema, 22 de julio de 1913 (RDJ, Tomo XII, sec. 1ª, pág. 300); Corte Suprema, 4 de agosto de 1933, RDJ, Tomo XXX, sec. 1ª, pág. 524; Corte Suprema, 29 de septiembre de 1942 (RDJ, Tomo XL, sec. 1ª, pág. 212); Corte de Apelaciones de Santiago, 8 de noviembre de 1932, confirmada por la Corte Suprema [cas. fondo] (RDJ, Tomo XXX, sec. 1ª, pág. 524); Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de enero de 1953 (RDJ, Tomo 50, sec. 2ª, pág. 11); y, Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de enero de 1993 (Gaceta Jurídica N°151, sent. 2, pág. 54).

¹⁴¹ Para ALESSANDRI: “La *abstención en la acción*, que constituye el caso más frecuente... es lo que se llama *negligencia*. Esta consiste precisamente en un descuido u omisión, en no tomar las medidas de prudencia exigidas por las circunstancias”. *Op. cit.* [nota 1], pág. 199.

¹⁴² Según ALESSANDRI: “Si su acción le ha de irrogar un perjuicio o carece de los medios para realizarla sin exponerse a un peligro, no comete culpa”. *Op. cit.* [nota 1], pág. 201.

¹⁴³ En opinión de CARBONNIER, éste es el único caso en que la omisión pura y simple acarrea responsabilidad. *Op. cit.* [nota 9], pág. 408.

sufre el daño y quien omite actuar para evitarlo, impone responsabilidad a éste último. El ejemplo clásico de este tipo de relaciones es el que se da entre los pasajeros de un barco y su capitán; si uno de los pasajeros cae al mar durante una tormenta y el capitán no efectúa las maniobras de rescate, se entiende que hay responsabilidad de éste último.

Según el mismo criterio, hay también responsabilidad por omisión cuando el sujeto es el único que se encuentra en condiciones de socorrer a la víctima (*víctima en despoblado*) y no obstante ello, la abandona a su propia suerte, como el caso de quien presencia un accidente de tránsito en un camino desierto¹⁴⁴.

En el extremo opuesto a estas hipótesis de omisión están aquellos casos en que el sujeto actúa en auxilio de quien se encuentra expuesto a un daño inminente, y termina causándole un daño mayor. Un típico ejemplo es el del médico poco experimentado que interviene en ayuda de un accidentado y a causa de su poca experiencia le ocasiona la muerte. Tradicionalmente se ha entendido que la diligencia exigida en estos casos es menor a la que se exigiría en circunstancias normales, en atención al valor social atribuido a la acción de socorro¹⁴⁵. Esta ha sido por lo demás la tendencia generalizada de la jurisprudencia comparada.

En general, cuando alguien interviene espontáneamente en una situación de peligro queda eximido de los deberes ordinarios de cuidado, lo que desde el punto de vista de la prevención general actúa como un incentivo al socorro¹⁴⁶.

¹⁴⁴ ALESSANDRI cita además los casos, tomados de MAZEAUD, del médico que en una región desamparada rehusa asistir a un enfermo, sabiendo que una intervención inmediata es indispensable, y del hotelero que en un camino desierto y en una noche de invierno se niega a hospedar a un viajero moribundo. *Op. cit.* [nota 1], pág. 200.

¹⁴⁵ Ver *supra*, párrafo 41, (c).

¹⁴⁶ Según el juez Benjamin N. CARDOZO de la Corte Suprema de Estados Unidos, “el peligro invita al rescate”. Citado por FLEMING, *op. cit.* [nota 15], pág. 53.

72. Culpa infraccional por omisión. a) Atendidas las reservas del derecho civil para admitir ilícitos por omisión, corresponde especialmente al legislador definir los deberes positivos de cuidado. Del mismo modo como ocurre cuando el daño es producido por una acción, la infracción a un deber legal de actuar es suficiente para dar por acreditada la culpa (*supra* N° 53). En otras palabras, hay culpa infraccional por el solo hecho de no haberse ejecutado un acto ordenado por la ley.¹⁵⁶

b) A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, donde no existe deber de actuar como buen samaritano, ni siquiera en situaciones extremas,¹⁵⁷ el derecho chileno establece ciertos deberes positivos de auxi-

¹⁵⁴ En opinión de Carbonnier 2000 404, este es el único caso en que la omisión pura y simple acarrea indubitadamente responsabilidad.

¹⁵⁵ En el derecho francés se suele remitir al caso de una pareja judía divorciada, donde el marido se resistía, sin interés personal alguno, en entregar la carta de repudiación, que permitiría a la mujer contraer nuevo matrimonio (cass. civ. 2°, 1972, citado por Viney/Jourdain 1998 336; Carbonnier 2000 417).

¹⁵⁶ Alessandri 1943 201.

¹⁵⁷ Es el caso del *common law*, aunque con algunas calificaciones (Jones 2002 50, Epstein 1999 287).



lio. Dos situaciones de abandono y necesidad dan lugar a deberes de actuación en favor de un tercero, cuya infracción es tipificada como falta por el Código Penal: el que encuentra perdido o abandonado a un niño menor de siete años tiene el deber de entregarlo a su familia, recogerlo o ponerlo en lugar seguro, dando aviso a la autoridad en estos últimos casos (artículo 494 N° 13); y el que encuentra en des poblado a una persona herida, maltratada o en peligro de perecer debe socorrerla y auxiliarla cuando pueda hacerlo sin detrimento propio (artículo 494 N° 14). Esas normas imponen un deber de socorro en ciertas situaciones de extrema necesidad de la víctima, y en circunstancias, además, que quien está en posición de auxiliar no asume con ello riesgo o costo significativo alguno.¹⁵⁸ Queda pendiente la pregunta, que se analizará en el párrafo siguiente, respecto de si estos ilícitos penales pueden ser extendidos por analogía, en sede de responsabilidad civil, a otras situaciones que respondan al mismo principio.

c) Más allá de estas situaciones extremas de vulnerabilidad de la víctima, la legislación establece deberes positivos de conducta con fines protectores de terceros, en materias tan diversas como las urbanísticas, ambientales, de salubridad pública y de información en los mercados. En cada caso, la omisión da lugar a una culpa infraccional que puede generar responsabilidad por los daños causados por la omisión según las reglas generales antes analizadas (*supra* N° 53).¹⁵⁹

d) De particular interés en el derecho contemporáneo son los *deberes de información* que la ley ha establecido para prevenir daños derivados de injustificadas asimetrías entre las partes que negocian un contrato. La omisión de la información puede dar lugar a obligaciones indemnizatorias derivadas de la *culpa in contrahendo*. En circunstancias que se trata de daños que no emanan del incumplimiento de un contrato, sino que se producen en la fase previa de negociación o de celebración, están sujetos a las reglas de la responsabilidad extracontractual; pero, por razones prácticas, su estudio en detalle usualmente se realiza al tratar la formación del contrato. Por tratarse, sin embargo, de una materia de creciente interés práctico, en que ha habido una expansión de los deberes positivos de conducta, se hará una breve referencia al tratar de los ilícitos precontractuales en el capítulo sobre responsabilidad contractual y extracontractual (*infra* § 66 f).

¹⁵⁸ Es posible que el buen samaritano de los evangelios, de acuerdo con la segunda de esas normas, hubiese cumplido un deber legal: ¿era un des poblado, en circunstancias que ya otras dos personas habían pasado por el lugar? (Lucas 10, 29-37).

¹⁵⁹ Sobre la culpa por omisión infraccional en la acción puede consultarse una sentencia que considera que una sociedad anónima incurre en culpa cuando no cumple los deberes que le impone la Ley de sociedades anónimas y su reglamento, autorizando trasposos de acciones, pero omitiendo verificar, examinar y comprobar los aspectos formales de los mismos (Corte de Santiago, 14.7.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 2ª, 58). Análogamente, en el ámbito bancario se conocen casos en que los bancos omiten cumplir con las reglas sobre comprobación de domicilio e identidad al momento de abrir cuentas corrientes, lo que por distintas vías termina por causar daños a terceros; sobre la materia, CS, 4.9.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 1ª, 186; Corte de Santiago, 1.9.2003, GJ 281, 104 CS, 26.1.2004, GJ 283, 121.

73. Construcción judicial de la culpa por omisión: deber especial de protección respecto de la víctima. a) Aunque excepcional, la culpa por omisión del ilícito civil no está sujeta al principio penal de legalidad. Por consiguiente, en principio, la responsabilidad por abstenciones puede ser construida por el juez sobre la base del estándar general de la persona prudente y diligente. El problema radica, sin embargo, en descubrir los criterios de ilicitud, atendidas las limitaciones prácticas con que tropieza, en general, construir una responsabilidad civil por omisiones.¹⁶⁰

b) En atención a que el derecho civil no está sujeto a las limitaciones de tipicidad que son propias del delito penal, se podría construir un principio general a partir de la norma penal que establece el deber de socorro respecto de quien está en despoblado herido, maltratado o en peligro de perecer y que puede ser auxiliado sin detrimento de quien lo hace. Una regla de este tipo ha sido objeto de intensa discusión en el ámbito del *common law*, que como se ha visto, ha sido tradicionalmente reticente a establecer deberes positivos de colaboración. Para reconocer un deber de este tipo se ha argumentado precisamente a la luz de supuestos equivalentes a los del artículo 494 N° 12 del Código Penal chileno: el mínimo requerimiento de solidaridad que debiere exigir el derecho civil es reconocer un deber de socorrer a quien está en riesgo de morir, en circunstancias que el auxilio no es carga para quien está en situación de prestarlo y no hay otras personas en condiciones de ofrecerlo (*duty of easy rescue*).¹⁶¹ El derecho civil establecería de este modo una función distributiva básica, en el punto en que la moral se impone al derecho.¹⁶²

A pesar de lo correcto que parece intuitivamente el principio que subyace a una aplicación extensiva de la regla del Código Penal en materia civil, conviene tener presentes los argumentos planteados en contra de una regla de

¹⁶⁰ En el derecho francés se suele decir que la culpa por omisión está esencialmente sujeta a los mismos requerimientos que la culpa en la acción, invocando al efecto el modelo de la persona diligente (Viney/Jourdain 1998 338, Mazeaud/Chabas 1998 488). Se suele citar una decisión de 1951 en que se declaró ilícita la conducta de un historiador que rehusaba citar un nombre célebre, con fundamento en un ‘deber de objetividad de la ciencia’ (caso *Branly*, cass. civ., 1951, citado por Viney/Jourdain 1998 339); sin embargo, la decisión, además de extremadamente discutible en su propio mérito, no resulta compatible con la libertad de expresión, de modo que no ha sido sostenida en casos posteriores (ídem). A juzgar por la jurisprudencia que se acostumbra citar, y más allá de casos aislados, los jueces parecen ser más reflexivos que la doctrina acerca de las dificultades de aceptar a la banda deberes positivos de cuidado; así, por ejemplo, se ha fallado que no cabe hacer responsable por omisión al propietario que no esparce arena en la vereda colindante con su inmueble, sobre cuya superficie congelada cayó un peatón, a pesar de que un aviso municipal hacía referencia a este deber, porque no era posible invocar norma legal o reglamentaria que lo estableciera (cass. civ., 2000, *Méga Code* § 1383 22).

¹⁶¹ Una vigorosa argumentación desde las perspectivas de la filosofía práctica y de la moral utilitarista, en Weinrib 1980 con referencia a los argumentos de J. Bentham; una justificación a la luz de la teoría moral kantiana, en Wright en Owen 1995 271; véase también Cane/Atiyah 1999 63. Críticos del establecimiento de una regla general de socorro, con argumentos económicos, Landes/Posner 143, Epstein 1999 287.

¹⁶² Coleman 1992 313.



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

Todo indica, sin embargo, que la regla penal chilena tiene calificaciones suficientes para evitar que el deber de socorro se expanda sin control, aunque se admita en derecho civil una aplicación extensiva a casos análogos; como el del médico de una zona carente de servicios que rehúsa sin justificación atender un paciente grave, el cual conocidamente requiere urgente atención, o el hotelero que se niega a recibir a un viajero gravemente amenazado por condiciones climáticas extremas.¹⁶³ Más allá de estas situaciones extremas, no puede asumirse un deber general de cuidado que tenga por objeto prevenir que un daño sea causado a terceros.¹⁶⁴

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

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

¹⁶³ Alessandri 1943 200, citando a los hermanos Mazeaud. Un interesante caso de responsabilidad médica por omisión de servicio, fallado con fundamento en el artículo 490 N° 1 del Código Penal, se refiere a un médico de turno en el Hospital de Constitución, quien ante un llamado de un paramédico ante una urgencia se negó a asistir al hospital durante la noche y visitado en su casa por los padres del menor enfermo también rehusó atenderlos, con la consecuencia de que una enfermedad médicamente tratable produjo la muerte del niño (CS, 28.1.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 4ª, 71). En el caso parece determinante que el condenado por la omisión estaba de turno en el hospital; descartada esa circunstancia, ¿hasta dónde llega la privacidad de los médicos?; ¿está un médico obligado a atender cualquiera urgencia?; ¿establece su profesión deberes jurídicamente exigibles de servicio universal? Es interesante constatar que las Siete Partidas tendían a contestar negativamente estas preguntas, porque sólo hacían responsable al médico una vez que éste había comenzado a medicinar a la persona o animal (Siete Partidas 7.15.9).

¹⁶⁴ Así fue formulada la regla por Lord Goff en un caso en que se reclamaban perjuicios del propietario de un teatro que estaba cerrado y a la espera de su demolición, por no haber cuidado que se introdujeran pandilleros que luego provocaron un incendio causando de daños a los vecinos (*Smith v. Littlewoods Organisation Ltd.*, 1987, 1 All ER 710, citado por Jones 2002 52).

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

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

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

Lo típico en estos casos es la existencia de una especial relación, aunque no esté fundada en un contrato, que confiere la expectativa legítima de la víctima de ser debidamente protegida. Puede decirse que existen deberes positivos de cuidado al interior de relaciones concretas, que generan una expectativa especial de protección que no puede hacerse valer como regla general en el ámbito de la gran sociedad.¹⁶⁵

74. Deberes positivos de información con ocasión de la celebración de un contrato. a) La autonomía privada tiene su ámbito más fecundo de aplicación en materia contractual. Ello se muestra en que, mientras no haya consentimiento, no hay contrato, ni obligaciones recíprocas entre las partes. El principio de libertad negativa, que autoriza para contratar, pero no obliga a hacerlo, es dominante en la doctrina jurídica del contrato. En principio, el derecho de los contratos sanciona con la rescisión la acción dolosa y positiva orientada a obtener el consentimiento. El dolo contractual da lugar, además, a acciones indemnizatorias y restitutorias (artículo 1458 II).

b) La doctrina tradicional del contrato fue reticente a reconocer deberes positivos de conducta durante la negociación de un contrato. Sin embargo, la doctrina de los vicios redhibitorios establece un formidable fundamento en esa dirección (artículos 1858, 1861, 1932, 1933, 1934, 2192, 2203). Uno de los más importantes desarrollos del derecho de las obligaciones reside precisamente en la definición de deberes positivos de conducta durante la negociación contractual. La materia pertenece a la responsabilidad extracontractual (porque los ilícitos no consisten en incumplimiento de contrato), pero está estrechamente relacionada con la doctrina del contrato, pues se refiere a deberes que surgen durante la formación del consentimiento. Atendida la importancia de la materia en

¹⁶⁵ Fleischer 2001 574. Véase respecto de los criterios de cercanía para determinar los deberes, Palandt/Heinrichs § 249 84, Deutsch/Ahrens 2002 18, Restatement/Torts II 314 A, Epstein 1999 295, Franklin/Rabin 2001 139, Jones 2002 59.



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

(C) CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN

49. Nociones. Como se ha señalado, en la responsabilidad civil la culpa es sinónimo de ilicitud, y por ello, a diferencia de lo que ocurre en materia penal, no existen diferencias conceptuales relevantes entre culpabilidad y antijuridicidad. El hecho culpable es, por definición, antijurídico¹⁴⁷.

Por ello, mientras en materia penal las causales de justificación excluyen la antijuridicidad del hecho, tratándose de la responsabilidad civil éstas actúan sobre el ilícito, eliminando la culpabilidad. Su función, por tanto, es servir de excusa razonable para el hombre prudente¹⁴⁸.

Las causales de justificación no están reguladas detalladamente por la ley civil, como ocurre en el derecho penal¹⁴⁹. Para ALESSANDRI, su existencia se desprende de los principios generales de nuestro derecho, según los cuales, sólo se responde de los daños causados con dolo o culpa (artículos 2314 y 2284 del Código Civil)¹⁵⁰.

50. Enumeración. Las causales de justificación o excluyentes de la culpa, son:

- (a) La ejecución de actos autorizados por el derecho;
- (b) El consentimiento de la víctima;
- (c) El estado de necesidad; y,
- (d) La legítima defensa.

En opinión de ALESSANDRI, entre las causales de justificación que denomina “eximentes de responsabilidad”, se incluyen además el caso fortuito o fuerza mayor, la violencia física o moral, la culpa exclusiva de la víctima y el hecho de un tercero¹⁵¹. Sin embargo, si bien las causales señaladas determinan la inexistencia de responsabilidad, no lo hacen por la vía de excluir la culpa, sino actuando sobre otros elementos de la responsabilidad por negligencia, como la voluntariedad del acto o la relación casual¹⁵².

¹⁴⁷ *Supra*, párrafo 33 y ss.

¹⁴⁸ En opinión de RODRÍGUEZ, para quien la culpa es sólo uno de los factores de “imputación subjetiva” que determinan la existencia del elemento antijuridicidad, al que dicho autor le asigna un mayor alcance, “lo que caracteriza las causales de justificación es la presencia del dolo o de la culpa, y la ausencia de antijuridicidad, atendido el hecho que la conducta dañosa no puede considerarse contraria a derecho, sino ajustada a él”. *Op. cit.* [nota 12], pág. 153.

¹⁴⁹ El artículo 10 del Código Penal enumera taxativamente las causales de justificación.

¹⁵⁰ *Op. cit.* [nota 1], pág. 598.

¹⁵¹ *Ibidem*, pág. 599.

¹⁵² Como se señaló en el párrafo 30, la fuerza externa en los términos del artículo 1456 del Código Civil excluye la libertad de la acción y la voluntariedad, y en consecuencia, el acto resulta inimputable. Por su parte, tanto el caso fortuito o fuerza mayor, como la culpa exclusiva de la víctima y el hecho de un tercero, actúan como eximentes de responsabilidad por la vía de eliminar la causalidad, no la culpa. Como se expondrá, es perfectamente posible que existiendo un acto culpable, el daño no sea atribuible causalmente a ese último, sino al caso fortuito. El propio ALESSANDRI parece confirmar lo anterior, al señalar respecto del caso fortuito, que es necesario que éste “sea la *causa única* del daño”. *Op. cit.* [nota 1], pág. 602. El mismo autor señala además: “El *hecho de un tercero*, sea o no ilícito, constituye una causa eximente de responsabilidad siempre que... ese hecho constituya la *causa exclusiva* del daño, es decir, que el demandado no haya contribuido a él por su dolo o culpa”.

51. Actos autorizados por el derecho. Dentro de estos actos es posible distinguir: (a) los ejecutados en ejercicio de un derecho, (b) los ejecutados en cumplimiento de un deber legal, y (c) los autorizados por usos normativos.

(a) El ejercicio de un derecho. El ejercicio de un derecho elimina la ilicitud de la acción que causa el daño y, por ello, en principio no hay ilicitud en el hecho de que un restaurante se instale a media cuadra de otro ya existente y le prive de parte de su clientela, siempre que respete las normas de la libre competencia¹⁵³.

El límite a esta justificación está constituido por el abuso de derecho, esto es, el actuar formalmente dentro del marco del derecho que se ejerce, pero desviándose de sus fines¹⁵⁴.

En un sentido amplio, comete abuso quien ejerce un derecho lesionando otro de mayor envergadura¹⁵⁵. En tal caso, la cuestión del abuso se plantea como una colisión de

Ibidem, pág. 611; y, que “la culpa de la víctima... es causa eximente de responsabilidad siempre que sea la causa exclusiva del daño”. *Ibidem*, pág. 614. Por su parte, DUCCI se refiere expresamente a estas causales como eximentes de responsabilidad por la vía de eliminar el vínculo causal. Así, señala: “Hemos dicho que puede suceder que el daño no tenga como antecedente una falta del demandado sino que se deba a una causa extraña. Estas causas extrañas pueden consistir en que el daño se deba a un caso fortuito o de fuerza mayor, o que haya sido determinado por una falta personal de la víctima o de un tercero y no del demandado” [sic]. *Op. cit.* [nota 1], pág. 215.

¹⁵³ Aplicando esta causal de justificación, la jurisprudencia nacional ha señalado que “el mero ejercicio de una acción judicial, aunque los tribunales no la acojan en definitiva, no constituye injuria o daño por sí solo” (Corte de Apelaciones de Santiago, 1 de enero de 1925, confirmada por la Corte Suprema [cas. fondo] sin referirse a la materia, RDJ, Tomo XXV, sec. 1ª, pág. 117). En un sentido similar, Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de julio de 1936, confirmada por la Corte Suprema [cas. forma] (RDJ, Tomo XXXV, sec. 1ª, pág. 173). Otros casos de ejercicio legítimo de un derecho pueden verse en los siguientes fallos: Juzgado de Letras de Santiago, 2 de noviembre de 1858 (Gaceta de los Tribunales, año 1859, N°347, pág. 162); Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de mayo de 1884 (Gaceta de los Tribunales, año 1884, N°923, pág. 594); Corte de Apelaciones de Santiago, 1 de diciembre de 1880 (Gaceta de los Tribunales, año 1880, N°1847, pág. 1310); Corte de Apelaciones de Santiago, 1 de abril de 1881 (Gaceta de los Tribunales, año 1881, N°294, pág. 189); Corte de Apelaciones de Concepción, 27 de julio de 1886 (Gaceta de los Tribunales, año N°2234, pág. 1415); Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de agosto de 1940 (RDJ, Tomo 39, sec. 2ª, pág. 55); Corte de Apelaciones de Santiago, 6 de octubre de 1944, (RDJ, Tomo XLI, sec. 2ª, pág. 71); y, Corte Suprema, 6 de septiembre de 1952 (RDJ, Tomo XLIX, sec. 1ª, pág. 305).

¹⁵⁴ En relación con el abuso de derecho, se ha fallado que “cualquiera sea el ámbito de aplicación, de la doctrina sobre el abuso del derecho, dolo, culpa o negligencia, irracionalidad en su ejercicio, falta de interés o necesidad legítimas, intención del agente en perjudicar, o con desvío de los fines de la institución o para los que fue concebida e incluso, aplicado a procedimientos judiciales, es evidente que, de parte del agente causante del mal, debe existir un ánimo manifiesto de perjudicar o una evidente falta de interés o necesidad de lo que promueva o un actuar motivado por el afán de causar un perjuicio a su contraparte o cocontratante” [sic] (Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de noviembre de 1992, Gaceta Jurídica N°149, sent. 5, pág. 58). Sobre el abuso de derecho, véase Enrique BARROS, “Límites a los Derechos Subjetivos Privados. Introducción a la Doctrina del Abuso de Derecho”, en *Revista Derecho y Humanidades*, N°7 (1999), pág. 11 y ss.

¹⁵⁵ Esta interpretación proviene de reconocer como límite del ejercicio de nuestros derechos el derecho ajeno. Así lo consagra expresamente el artículo 582 del Código Civil. Sobre esta base, y adhiriendo a una interpretación amplia del artículo 583 del Código Civil, según el cual “sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad”, DUCCI concluye que: “al ejercer cualquier derecho debemos abstenernos de ir en contra de la ley o el derecho ajeno; si lo hacemos, habremos traspasado el límite dentro del cual podemos hacer valer nuestro derecho legítimamente y éste no nos conferirá ya aptitud jurídica para actuar y seremos responsables del daño causado voluntaria o

derechos, esto es, como el enfrentamiento de dos derechos simultáneamente cautelados por el ordenamiento jurídico: el de la víctima y el del autor del daño. Entre los numerosos casos de conflictos de este tipo, puede citarse el del aborto en la tradición jurídica norteamericana, ejemplo de una colisión entre el derecho a la vida del que está por nacer y el derecho a la intimidad de la mujer, y en nuestro país, con creciente relevancia el conflicto entre la libertad de expresión y el derecho a la honra y privacidad.

La solución de estos conflictos supone sopesar los intereses involucrados, y depende, en último término, de los valores culturales de cada sociedad, de modo tal que el ejercicio de un derecho actuará como justificación sólo en la medida que ese derecho se considere de mayor entidad que el bien jurídico lesionado.

En un sentido estricto, comete abuso quien ejerce un derecho con el único propósito de dañar a otro. Esta hipótesis se asimila a la definición legal de dolo del artículo 44 del Código Civil y, como tal, siempre da origen a responsabilidad. La doctrina nacional se ha manifestado tradicionalmente a favor de este concepto restringido. Así, para ALESSANDRI el abuso de derecho no es sino una especie de acto ilícito y, como tal, se resuelve con arreglo a criterios generales. Luego, habrá abuso cuando el titular de un derecho lo ejerza dolosa o culpablemente¹⁵⁶. La jurisprudencia nacional también parece inclinarse en este sentido¹⁵⁷.

culpablemente”. *Op. cit.* [nota 1], pág. 45.

¹⁵⁶ *Op. cit.* [nota 1], pág. 261. DUCCI, por su parte, señala: “El abuso del derecho aparece así en nuestra teoría, no como una responsabilidad especial, sino como la aplicación de las reglas comunes de responsabilidad que hemos expuesto. El que al ejercitar un derecho sobrepasa los límites que éste tiene fijado, o sea procede ilegítimamente y produce un daño con dolo o culpa comete una falta y está obligado a indemnizar el perjuicio causado”. *Op. cit.* [nota 1], pág. 43. Para RODRÍGUEZ, en cambio, “lo que se ha llamado erradamente «abuso del derecho» no es más que el ejercicio de una apariencia jurídica, en la cual el sujeto, a pretexto de ejercer el derecho subjetivo, excede o desvía el «interés jurídicamente protegido»... el sujeto se coloca al margen del derecho, de modo que el daño que se causa no tiene otro antecedente que un obrar ilícito, no de iure, sino de facto”. *Op. cit.* [nota 12], pág. 137. Más adelante, y en oposición al concepto tradicional de abuso al que se ha hecho referencia en esta nota, el mismo autor agrega: “quien ejerce un derecho, cualquiera que sea su posición subjetiva (dolosa o culpable), no incurre en responsabilidad, por que el perjuicio que desencadena está amparado o justificado en la norma que lo consagra. Hablar de responsabilidad derivada del ejercicio doloso o culpable de un derecho constituye, por ende, un error craso”. *Ibidem*, pág. 138.

¹⁵⁷ Al respecto se ha fallado que “el ejercicio de un derecho, si de él deriva un daño, mediante culpa o dolo, se transforma en la comisión de un delito o cuasi-delito civil que, como fuente de obligaciones, se rigen por los preceptos del Título XXXV del Libro IV del Código Civil” (Corte de Apelaciones de Santiago, 27 de julio de 1943, RDJ, Tomo XLI, sec. 2º, pág. 1). Otros ejemplos de abuso de derecho pueden consultarse en las siguientes sentencias: Corte Suprema, 24 de julio de 1905, en la que se sostiene que el ejecutante que a sabiendas de no pertenecer al deudor, embarga animales de propiedad de un tercero, de lo que pudo cerciorarse antes del embargo con mediana diligencia, debe responder por las faltas del ganado que debe restituir al tercero a cuyo dominio ha sido reconocido en el respectivo juicio (la cita corresponde a la doctrina extractada del fallo) (RDJ, Tomo III, sec. 1ª, pág. 60). En el mismo sentido, Corte de Apelaciones de La Serena, 21 de octubre de 1907, en la que se sostiene que es responsable quien embarga mercaderías a sabiendas de que no pertenecían al deudor, o que no debía ignorarlo sin negligencia grave o malicia de su parte (la cita corresponde a la doctrina extractada del fallo) (RDJ, Tomo VI, sec. 2ª, pág. 3); Corte Suprema, 14 de enero de 1913, señalando que la solicitud de quiebra que, acogida en principio, resulta finalmente rechazada, no impone responsabilidad si no se acredita haber obrado el solicitante con dolo o malicia (RDJ, Tomo II, sec. 1ª, pág. 294); en el mismo sentido, Corte Suprema, 11 de noviembre de 1944 (RDJ, Tomo XLII, sec. 1ª, pág. 399). Un claro ejemplo de abuso de derecho con concurrencia de dolo del autor

Con todo, resulta impreciso señalar que un derecho puede ser abusado cuando es ejercido con culpa; pareciera que el acto debe ser contrario a la buena fe o a las buenas costumbres, aunque formalmente corresponda al ejercicio de un derecho, porque de lo contrario se arriesga que el ejercicio de un derecho sea desprovisto de sus características esenciales, especialmente de la facultad del titular de ejercerlo según su contenido. Así, la culpa en el abuso de derecho exige una especial calificación (acto contrario a la buena fe o a las buenas costumbres, según una terminología conocida en el derecho civil)¹⁵⁸.

(b) El cumplimiento de un deber legal. Ciertamente, quien actúa en cumplimiento de un deber impuesto por la ley no comete ilícito alguno¹⁵⁹. Tal es el caso del agente de policía que priva de libertad al detenido, o del receptor judicial que traba un embargo.

Algo más complejo es el tema de la observancia de órdenes emanadas de autoridad competente. En principio, estas no actúan como eximentes por el mero hecho de emanar de la autoridad, y corresponderá al juez determinar cuándo justifican la exención de responsabilidad. Por regla general, la circunstancia de actuar en cumplimiento de una orden de autoridad actúa como causal de justificación siempre y cuando dicha orden no sea manifiestamente ilegal. En otros términos, el límite está dado por la “ilegalidad manifiesta de la orden”¹⁶⁰.

Sin embargo, subsiste la pregunta respecto de la forma en que el destinatario de la orden debe plantear su ilegalidad para beneficiarse de la excusa: ¿basta la mera representación de la ilegalidad al superior o es necesario rechazar la orden? La cuestión pertenece al derecho administrativo.

(c) Actos autorizados por usos normativos. Más allá de las fuentes formales, la ilicitud en materia civil se refiere a aquello que es generalmente considerado como impropio. De este modo, queda también excluida la culpa cuando la conducta da cuenta de usos o prácticas que son tenidos comúnmente por correctos.

puede verse en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de 28 de mayo de 1925, confirmada por la Corte Suprema [cas. forma y fondo] (RDJ, Tomo XXV, sec. 1ª, pág. 501); Corte Suprema, de 20 de junio de 1934, caso el que se aplica la presunción de dolo que contiene el actual artículo 280 del Código de Procedimiento Civil en relación con las medidas prejudiciales precautorias (RDJ, Tomo 31, sec. 1ª, pág. 462); y, Corte Suprema, 23 de junio de 1939, en un caso en que el ejercicio de un derecho importa la comisión de un cuasidelito civil (RDJ, Tomo XXXVII, sec. 1ª, pág. 90).

¹⁵⁸ BARROS, *op. cit.* [nota 172], pág. 20 y ss.

¹⁵⁹ En palabras de DUCCI: “El cumplimiento de un mandato de la ley no puede, evidentemente, en ningún caso dar lugar a responsabilidad. El obrar en cumplimiento de una ley imperativa, o el abstenerse de acuerdo con un precepto legal prohibitivo constituyen los casos más claros e indiscutibles de proceder con aptitud jurídica”. *Op. cit.* [nota 1], pág. 67. En el mismo sentido, ALESSANDRI, *op. cit.* [nota 1], pág. 604.

¹⁶⁰ Según ALESSANDRI: “...el funcionario público o municipal, y aún el simple particular, que ejecuta un acto en cumplimiento de órdenes emanadas de la autoridad administrativa o judicial, por ilegales que ellas sean, no responde del daño que así cause, a menos que la ilegalidad o ilicitud del acto sea tal que un hombre prudente se habría abstenido de ejecutarlo o que el daño provenga de la forma como se cumplió la orden, por ejemplo, causándolo o agravándolo innecesariamente o con manifiesto descuido o negligencia”. *Op. cit.* [nota 1], pág. 604.

En este sentido, la incisión que hace el médico al operar conforme a las prescripciones de su *lex artis*, o las lesiones que ocasiona el futbolista que ejecuta una acción violenta, pero tolerada por las reglas del juego, no constituyen hechos ilícitos. En todos estos casos, el límite está dado por los deberes de cuidado que rigen cada actividad. Luego, sólo la infracción a esos deberes, y no la lesión producida, acarreará responsabilidad.

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

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

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

¹⁷⁹ El Código de Justicia Militar dispone que queda exculpado el militar que cumple una orden de servicio que supone un hecho punible si ha suspendido su ejecución y ha representado previamente al superior la ilegalidad (Código de Justicia Militar, artículo 214).

¹⁸⁰ En el mismo sentido Alessandri 1943 636, con referencia a la equivalencia de la culpa grave con el dolo.



c) Marginalmente diferentes a la aceptación del riesgo (donde hay una voluntad específica) son los casos de *asunción voluntaria de un riesgo*. Así ocurre respecto de quien participa de actividades deportivas. En verdad, el deporte riesgoso es hoy un área especial de la responsabilidad, precisamente porque combina por naturaleza el placer hedonista con el peligro.¹⁸¹ Como se ha expresado, los riesgos que se entienden asumidos en el deporte son aquellos que surgen de las reglas del juego. Sin embargo, la mera infracción a la regla no parece ser suficiente para dar por establecida la culpa, precisamente porque quien participa en un deporte riesgoso asume el riesgo de desviaciones que razonablemente se pueden esperar en el marco de la competencia o del desafío personal (*supra* N° 79).

Lo anterior es en especial claro en el caso de deportes particularmente riesgosos. Así, no puede atribuirse culpa al empresario que administra un centro de ski y que accede a la petición de un esquiador de ser llevado a una zona conocida por peligrosa; o de la empresa que suministra una canoa a quien desea navegar por rápidos particularmente riesgosos (en oposición al cuidado debido en la mantención de las canchas o de las excursiones abiertas a todo público).

En definitiva, la asunción de un riesgo por la víctima supone considerar el efecto que tiene su acto voluntario en el resultado dañoso, de modo que si también ha intervenido un hecho de tercero, el problema es típicamente de causalidad concurrente del hecho de la víctima y del tercero cuya negligencia se invoca (*infra* N° 294).

d) En materia de aceptación y asunción de riesgos son particularmente relevantes los *deberes de información* acerca de la entidad del riesgo (esto es, acerca de su probabilidad e intensidad), cuando hay asimetría entre el conocimiento de quien ofrece o facilita la actividad riesgosa y el conocimiento que se puede esperar de quien la realiza (*infra* N° 815). No puede entenderse que asume en forma voluntaria un riesgo quien conocidamente no está en situación de medirlo. Por el contrario, quien está en conocimiento de un riesgo que es desconocido para las potenciales víctimas, puede incurrir en responsabilidad si no lo informa.¹⁸²

e) De particular importancia es el *consentimiento presunto* cuando la víctima no estaba en condiciones de prestarlo. Es una situación típica en materia de responsabilidad médica. Puede asumirse en la materia una regla de razonabilidad pasiva: se trata de una modalidad de la pregunta acerca de la conducta hipotética de una persona razonable y prudente, que está referida a cómo habría decidido respecto de la asunción del riesgo, si hubiese estado en condiciones de hacerlo, atendidas las circunstancias.¹⁸³

¹⁸¹ Carbonnier 2000 426.

¹⁸² La regla es de gran importancia en materia de responsabilidad por productos defectuosos, especialmente cuando se trata de productos peligrosos (*infra* N°s 550 y 552).

¹⁸³ Sobre el consentimiento del riesgo en materia médica, *infra* N°s 483 y 485.

53. El estado de necesidad. En principio, quien ocasiona un daño para evitar uno mayor, actúa sin culpa. El estado de necesidad es una excusa que se basa en la desproporción de los bienes en juego: la víctima soporta un daño que es substancialmente menor a aquel que el autor pretende evitar¹⁶¹.

Desde la perspectiva de la culpa, el estado de necesidad opera como causal excluyente de la responsabilidad en cuanto es propio del hombre prudente optar por un mal menor para evitar un mal mayor¹⁶².

Los requisitos para que opere esta causal son los siguientes: (a) que el peligro que se trata de evitar no tenga su origen en una acción culpable del que alega la justificación¹⁶³; y, (b) que no existan medios inocuos o menos dañinos para evitar el daño¹⁶⁴. En el primer caso hay culpa en el origen del supuesto estado de necesidad; en el segundo, el estado de necesidad está descartado en razón de la desproporción del medio empleado.

Por último, el estado de necesidad excluye la acción indemnizatoria de la víctima por el daño ocasionado, pero no obsta al ejercicio de la acción restitutoria, pues el derecho no puede amparar el enriquecimiento injusto de aquel que salva un bien propio con cargo a un patrimonio ajeno¹⁶⁵.

54. La legítima defensa. La legítima defensa opera en derecho civil de modo análogo que en derecho penal. Así, actúa en legítima defensa quien ocasiona un daño obrando en defensa de su persona o derechos, a condición que concurran las siguientes circunstancias: (a) que la agresión sea actual e ilegítima; (b) que no haya mediado provocación suficiente por parte del agente, (c) que la defensa sea necesaria y

¹⁶¹ Un claro ejemplo de aplicación de esta excusa es el del funcionario policial que ante la falta de agua y con temor de que un incendio se propague a los inmuebles vecinos, derrama el contenido de unas pipas de agua ardiente que se hallaban al interior de uno de esos inmuebles. Demandado por el dueño del agua ardiente, el policía fue declarado exento de responsabilidad por haber actuado destruyendo “la propiedad privada de un individuo para salvar la de muchos” (Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de octubre de 1890). El fallo de primera instancia, confirmado por la Corte, había señalado además que “según la ley, no existe cuasidelito cuando se obra en cumplimiento de un deber o en ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo” [sic] (Gaceta de los Tribunales, año 1890, N°3211, sent. 4135, pág. 999).

¹⁶² Señala ALESSANDRI: “Es indispensable que el daño que se trata de evitar sea mayor que el causado para evitarlo: un hombre prudente no sacrifica un bien ajeno para salvar uno suyo que vale lo mismo o menos”. *Op. cit.* [nota 1], pág. 610.

¹⁶³ En palabras de ALESSANDRI: “...que el estado de necesidad en que se halle el autor del daño no provenga de su propia culpa”. *Op. cit.* [nota 1], pág. 611.

¹⁶⁴ ALESSANDRI, *op. cit.* [nota 1], pág. 611. En relación con el segundo de los requisitos mencionados, se ha fallado que el Fisco es responsable de los daños ocasionados por la fuerza policial que, para evitar que cayesen en manos de unos huelguistas, arrojó al mar unos cajones de cerveza que se hallaban en el muelle, toda vez que la autoridad no está eximida de “la obligación de recurrir entre varios [medios] á los que menos daños ocasionen al derecho de los particulares” [sic], y tampoco se acreditó que éste fuese el “medio necesario y único de impedir su apropiación” (Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de enero de 1908, RDJ, Tomo V, sec. 2ª, pág. 55).

¹⁶⁵ Al respecto señala RODRÍGUEZ: “Nótese que en este caso, la responsabilidad no se extenderá a todos los perjuicios sufridos, sino única y exclusivamente a la compensación de los daños materiales que haga posible restaurar el equilibrio existente entre ambos patrimonios antes de que surgiera el estado de necesidad”. *Op. cit.* [nota 12], pág. 157. En verdad, ello es resultado de que la acción de quien sufre el daño es restitutoria (impide el enriquecimiento sin causa) y no indemnizatoria.

proporcionada al ataque¹⁶⁶; (d) que el daño se haya producido a causa de la defensa; y, (e) Se dirija contra el agresor.

Lo usual será que del demandado oponga la legítima defensa como causal eximente de responsabilidad penal, en el juicio en que se investigue dicha responsabilidad. Sin embargo, aún cuando la excusa sea aceptada en esa sede, la absolución no producirá efectos de cosa juzgada en materia civil, en virtud de lo dispuesto en el artículo 179 del Código de Procedimiento Civil¹⁶⁷.

(D) PRUEBA DE LA CULPA

55. Régimen probatorio. Peso de la prueba. Como se ha visto, el juicio civil de culpabilidad consiste en la calificación normativa de una conducta mediante su comparación con un estándar de comportamiento debido. Esta calificación supone atender a cuestiones de hecho, que requieren ser probadas, y cuestiones de derecho que no requieren prueba.

El principio general es que la culpa debe ser probada por quien la alega, por aplicación de la regla del artículo 1698 del Código Civil, toda vez que el hecho culpable es uno de los supuestos de la obligación de indemnizar¹⁶⁸.

56. Objeto de la prueba. Para acreditar la culpa es necesario probar: (a) el hecho voluntario, que puede consistir en una acción u omisión; y, (b) el deber de cuidado que se supone infringido¹⁶⁹.

En consecuencia, el objeto de la prueba variará según se trate de fundar la responsabilidad en una hipótesis de culpa infraccional, de infracción de usos normativos, o de un deber de cuidado construido por el juez.

¹⁶⁶ Sobre ausencia de proporcionalidad entre el ataque y el medio empleado para defenderse, véase la sentencia de la Corte Suprema, de 8 de enero de 1979 (Fallos del Mes, N°244, sent. 1, pág. 33).

¹⁶⁷ Como se sabe, esta disposición se funda en las diferencias existentes en materia de responsabilidad civil y penal, que se expondrán en el párrafo 191 y ss. Aplicando este principio ALESSANDRI ha sostenido que en materia civil no rige la presunción de irresponsabilidad que establece el inciso final del artículo 10 N°4 del Código Penal (“legítima defensa privilegiada”). *Op. cit.* [nota 1], pág. 607.

¹⁶⁸ Así lo ha resuelto Corte Suprema, al señalar que “la prueba de la culpa cuasidelictual o aquiliana corresponde al demandante, y la de irresponsabilidad o atenuación corresponde al demandado” (16 de octubre de 1954, RDJ, Tomo LI, sec. 1ª, pág. 488). Otras sentencias que se han pronunciado en este sentido: Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de agosto de 1904 (RDJ, Tomo II, sec. 1ª, pág. 46); Corte Suprema, 14 de enero de 1913 (RDJ, Tomo XI, sec. 1ª, pág. 294); Corte de Apelaciones de Iquique, 23 de mayo de 1918 (RDJ, Tomo XVI, sec. 2ª, pág. 25); Corte Suprema, 13 de enero de 1922 (RDJ, Tomo XXI, sec. 1ª, pág. 529); Corte Suprema, 21 de septiembre de 1923 (RDJ, Tomo XXII, sec. 1ª, pág. 481); Corte de Apelaciones de Temuco, 11 de junio de 1934, confirmada por la Corte Suprema [cas. forma y fondo] (RDJ, Tomo XXXII, sec. 1ª, pág. 538); y, Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de julio de 1936, confirmada por la Corte Suprema [cas. fondo] sin referirse a esta materia (RDJ, Tomo XXXV, sec. 1ª, pág. 173).

¹⁶⁹ La Corte Suprema ha fallado que el demandante que solicita la indemnización por el daño sufrido, debe acreditar, entre otros, “el hecho con sus circunstancias especiales que constituyan y caractericen el acto delictuoso” (25 de junio de 1921, RDJ, Tomo XX, sec. 1ª, pág. 480).

(a) Culpa infraccional. Si el deber de conducta se encuentra definido por una norma legal o reglamentaria, al demandante le bastará probar su infracción, constituyendo ese solo hecho una evidencia de culpabilidad. Así ocurre, por ejemplo, con la norma del artículo 172 de la Ley N°18.290, Ley del Tránsito¹⁷⁰. En todos los casos en que se infringe una norma legal o reglamentaria, por tanto, es suficiente probar la infracción para dar por acreditada la culpa¹⁷¹.

El artículo 172 de la Ley del Tránsito habla de una presunción de responsabilidad en caso de infracción a sus normas, pero, en verdad, la culpa infraccional se da por establecida por el mero hecho de la contravención al deber legal de conducta.

Ello no significa que la culpa así establecida de sin más lugar a la responsabilidad, porque bien puede ocurrir que la infracción esté neutralizada por una causal de justificación, o por la falta de nexo causal entre la infracción y el daño, aunque técnicamente ésta última es una hipótesis de exclusión de la causalidad y no de la culpa. Así, si alguien conduce con su licencia vencida y participa pasivamente en un accidente no habrá por ese solo hecho responsabilidad, porque rara vez ocurrirá que se pueda establecer un nexo causal entre esa infracción y el accidente producido. Este principio, de aplicación general, está recogido por la Ley del Tránsito, que en su artículo 171 dispone: “El mero hecho de la infracción no determina necesariamente la responsabilidad civil del infractor, si no existe relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido por el accidente”.

Por otra parte, la licitud formal del acto que constituye infracción a una norma legal o reglamentaria no excluye que esa infracción no sea atribuible a una acción de quien aparece como culpable, si el acto no se debe a su acción voluntaria, sino a un caso fortuito (por ejemplo, la rotura de los frenos en un accidente de tránsito) que, como se expondrá, interrumpe el nexo causal¹⁷².

Conviene tener presente que a pesar de la analogía con la tipicidad penal, existe una diferencia entre la culpa infraccional en materia civil y la culpa penal. En materia penal se admite el error de prohibición como excusa suficiente, que excluye la culpabilidad. La culpa civil, por el contrario, atendida la objetividad de la infracción de un deber de cuidado, excluye el juicio de reproche personal, de modo que en esta sede esa excusa no resulta aceptable: la sola infracción es constitutiva de culpa, sin que resulte necesario valorar si el autor del daño tuvo consciencia de que cometía un acto ilícito.

Finalmente, la circunstancia de que una materia esté regulada por la ley no significa que la responsabilidad civil se agote en la culpa infraccional. Así ocurre, por ejemplo, en la

¹⁷⁰ La noción de culpa infraccional ha sido extendida por la doctrina a todos los ámbitos en que la autoridad competente ha establecido deberes de conducta para una determinada actividad. Así, ALESSANDRI, *op. cit.* [nota 1], pág. 175.

¹⁷¹ Así, se ha fallado que “hay mera imprudencia por el hecho de circular en contravención al Reglamento del caso, y ya se ha dicho que ella existe desde el momento en que, infringiendo la norma reglamentaria, se comete un cuasidelito” (Corte de Apelaciones de Iquique, 13 de agosto de 1963, RDJ, Tomo LX, sec. 4ª, pág. 374). En un sentido similar, Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de diciembre de 1961 (RDJ, Tomo LXVIII, sec. 4ª, pág. 374).

¹⁷² *Infra*, párrafo 105 y ss.

Ley del Tránsito: atendidas las circunstancias (que la calzada esté ocupada por un entierro o procesión o que haya niños en el camino, por ejemplo) puede ocurrir que la velocidad máxima tolerada por la ley resulte imprudente. En otras palabras, el hecho que el legislador defina deberes de cuidado no excluye que el juez construya una regla de diligencia no prevista por la ley.

Excepcionalmente puede ocurrir que el legislador emprenda la tarea de normar orgánicamente una materia (así, el proyecto de ley sobre daño ambiental preveía responsabilidad sólo por infracción a normas ambientales preestablecidas). Surge entonces un problema de interpretación: ¿es orgánica la regulación? Con todo, la regla general será que, en principio, los deberes definidos por el legislador no excluyen el deber general y residual de diligencia, que va más allá de las normas legales o reglamentarias. En otras palabras, la infracción a estas normas permite dar por establecida la culpa; la observancia, si bien puede ser un indicio de comportamiento debido, no excluye que, sin embargo, se haya actuado negligentemente.

87. Prueba de la infracción a los usos normativos. a) Tratándose de la culpa que resulta de la infracción de usos normativos, además del hecho infractor, habrá que probar los usos.

La noción de usos profesionales se refiere a las reglas de la buena práctica de un oficio o profesión que son reconocidas generalmente como válidas. Esas prácticas tienen la característica de discriminar de un modo más o menos espontáneo entre la conducta correcta e incorrecta. La conducta profesionalmente incorrecta de acuerdo con dichos usos infringe el estándar profesional de debido cuidado (*lex artis*) y, en consecuencia, puede ser calificada *per se* como culpable.²⁰⁰

¹⁹⁸ Corte de Valdivia, 9.11.1988, confirmada por la CS [cas. fondo], 3.5.1990, GJ 119, 72. Asimismo, se ha fallado que “es dable inferir que el que se ha venido en denominar como ‘estado contravencional’ –la vulneración de la norma reglamentaria– responde o se debe al actuar poco diligente o carente de prudencia por parte del infractor” (CS, 12.4.1999, GJ 226, 131). En el mismo sentido, Corte de Santiago, 28.12.1961, RDJ, t. LVIII, sec. 4ª, 374; Corte de Iquique, 13.8.1963, RDJ, t. LX, sec. 4ª, 374; Corte de Santiago, 10.11.1998, RDJ, t. XCV, sec. 2ª, 78; Corte de Santiago, 24.5.1999, GJ 227, 138; Corte de Copiapó, 6.9.1999, confirmado por la CS [cas. forma y fondo], 22.12.1999, GJ 234, 95; CS, 15.9.1999, RDJ, t. XCVII, sec. 1ª, 158; Corte de Valdivia, 25.6.2001, confirmado por la CS [cas. fondo], 6.5.2002, GJ 263, 120; Corte de Antofagasta, 10.10.2002, GJ 268, 115; y CS, 13.11.2002, GJ 269, 39.

¹⁹⁹ Sobre culpa infraccional por contravención a la Ley del tránsito, siguiendo una norma legal expresa en la materia (artículo 172), se ha fallado que “las infracciones referidas en el motivo que precede, constituyen presunción de responsabilidad del conductor en los accidentes en que intervinieren”, Corte de Santiago, 31.12.2002, confirmado por la CS [cas. fondo], 30.4.2003, GJ 274, 212. Sobre la prueba de la culpa en los accidentes del tránsito, *infra* N° 518.

²⁰⁰ Recurriendo a la noción de usos profesionales y a las reglas de la buena práctica de la *profesión médica*, se ha fallado que para que surja la responsabilidad médica extracontractual es menester que el causante del daño sea médico y que “el hecho se haya ejecutado intencionalmente o con imprudencia o negligencia, lo que se expresa a través de la infracción a la *lex artis*” (CS, 29.9.1998, RDJ, t. XCV, sec. 1ª, 157). Sobre el alcance de las reglas de la buena práctica de la profesión médica y la actividad hospitalaria en la jurisprudencia, véanse, entre otras: CS, 16.3.1998, GJ 213, 112; CS, 2.7.1998, RDJ, t. XCV, sec. 4ª, 95, también publicada en F. del M. 476, 1141; CS, 28.1.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 4ª, 71; Corte de Santiago, 28.12.1999, GJ 234, 63; Corte de Concepción, 10.8.2000, confirmada por la CS [cas. forma y fondo], 24.1.2002, GJ 259, 38; Corte de Santiago, 10.10.2000, GJ 245, 169; Corte



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

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

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

de Santiago, 23.3.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 2ª, 24; Corte de Iquique, 9.1.2002, confirmada por la CS [cas. fondo], 2.4.2003, GJ 274, 194; Corte de Concepción, 6.3.2002, confirmada por la CS [cas. fondo], 30.4.2002, GJ 274, 59; Corte de Copiapó, 25.3.2002, confirmada por la CS [cas. fondo], 8.7.2002, GJ 265, 127; y Corte de Copiapó, 28.6.2002, GJ 268, 133. En general, sobre la responsabilidad médica, *infra* § 50.

57. Medios de prueba. Para probar la culpa pueden emplearse todos los medios probatorios previstos por las reglas generales. A diferencia de lo que ocurre en materia de actos jurídicos, no rige aquí la limitación de la prueba testimonial contemplada en los artículos 1708 y siguientes del Código Civil¹⁷³. La ley sólo le establece límites cuando el actor estuvo en condiciones de procurarse *ex ante* una prueba escrita, lo que sólo puede ocurrir en el caso de los actos jurídicos.

58. Presunciones de culpa. El principio general en virtud del cual la culpa debe ser probada por quien la alega, pone con frecuencia a la víctima en una importante desventaja estratégica frente al autor del daño.

Por lo general, el demandante carecerá de los instrumentos probatorios para demostrar que el autor del daño no empleó la diligencia debida, y en los casos más complejos, difícilmente estará en condiciones de probar cual era el deber de cuidado que correspondía observar. En consideración a estas dificultades, el sistema de responsabilidad contempla presunciones de culpabilidad, cuyo efecto es invertir el peso de la prueba en favor de la víctima.

De este modo, sin alterar la naturaleza de la responsabilidad, fundada en la negligencia o dolo, se modifica la posición estratégica de las partes frente a la prueba, correspondiendo al demandante probar el hecho, el daño y la relación causal, y al demandado su diligencia, o la concurrencia de fuerza mayor o de alguna causal de justificación.

El Código Civil establece presunciones de culpabilidad referidas al hecho propio (artículo 2329), las que se refieren al hecho de las cosas (artículos 2323, 2324, 2326, 2327 y 2328) y las que se refieren al hecho ajeno (artículos 2320 y 2322).

En rigor, las dos últimas son también presunciones de culpabilidad por el hecho propio. En el primer caso se presume que el daño causado por una cosa se ha debido al hecho culpable de quien la tiene o de su propietario; en el segundo, que el daño ocasionado por una persona es imputable a una acción u omisión culpable de aquel que la tiene bajo su dependencia o cuidado. Por ello, en los tres casos el objeto de la presunción es un hecho del demandado: sea por su propio hecho que causa daño; sea por el hecho de las cosas de que es dueño o tenedor; sea, finalmente, por no haber sido diligente en la prevención de daños provocados por otras personas que están bajo su dependencia o cuidado.

Este capítulo abordará la presunción de culpabilidad por el hecho propio, pues aquí se analiza precisamente este tipo de responsabilidad. Las presunciones de culpabilidad por el hecho ajeno y el hecho de las cosas serán tratadas en la segunda y tercera parte de este curso.

59. Presunción de culpabilidad por el hecho propio (artículo 2329 del Código Civil). La presunción general de culpabilidad por el hecho propio ha sido estructurada en el derecho nacional a partir de la norma del artículo 2329 del Código Civil.

¹⁷³ Así concluye ALESSANDRI, *op. cit.* [nota 1], pág. 515. En este mismo sentido puede consultarse la sentencia de la Corte Suprema, de 5 de octubre de 1929 (RDJ, Tomo XXVII, sec. 1ª, pág. 557).

Según las notas de BELLO al Proyecto de Código Civil de 1853, esta norma tiene su origen en las leyes 6,7,8 y siguientes del título XV, Partida VII¹⁷⁴. Es interesante tener presentes algunos de los ejemplos de responsabilidad referidos en esas leyes: se hace responsable de los daños causados a hombres o animales domésticos por trampas (“cauas, foyas o cepos”) colocadas en lugares donde circulen usualmente hombres y rebaños; de los perjuicios que producen rebaños en estampida; y de los incendios producidos por la quema de rastrojo cuando hay viento fuerte, entre otras circunstancias. En todos los casos se trata de accidentes evitables, por lo general, con el debido cuidado.

Inicialmente, la doctrina y cierta jurisprudencia consideraron que el artículo 2329 del Código Civil no era sino una repetición de la norma del artículo 2314, cuya única peculiaridad consistía en citar algunos ejemplos o casos de aplicación del principio general de responsabilidad por culpa¹⁷⁵.

La primera explicación del artículo 2329 bajo una hipótesis de presunción de culpa fue formulada por Carlos DUCCI en 1936, probablemente inspirado en la jurisprudencia de la corte de casación de Colombia, que interpretando el artículo 2356 del Código Civil de ese país (idéntico al artículo 2329 del Código Civil chileno), había concluido que la norma establecía una presunción de culpabilidad cuando el daño proviene de actividades caracterizadas por su peligrosidad¹⁷⁶. Esta interpretación fue complementada por el mismo DUCCI en 1971, señalando que los dos primeros ejemplos del artículo 2329 del Código Civil, tenían por objeto mostrar actividades en que la peligrosidad es un indicio de la culpa¹⁷⁷. Así parece haberlo entendido también cierta jurisprudencia que, incluso con anterioridad a la memoria de prueba de 1936, y de manera más bien intuitiva, hizo aplicación de la idea de peligrosidad de la acción como demostrativa de culpa¹⁷⁸.

¹⁷⁴ En nota al artículo 2493 de dicho proyecto. *Op. cit.* [nota 44], pág. 584.

¹⁷⁵ Siguiendo esta opinión, ha dicho la jurisprudencia: “el [artículo] 2329 que en su inciso primero se limita, en verdad, a repetir en otra forma pero en términos más absolutos, la regla que se contiene en la primera parte del artículo 2314” (Corte Suprema, 3 de agosto de 1932, RDJ, Tomo XXIX, sec. 1ª, pág. 549). En el mismo sentido, Corte Suprema, 24 de julio de 1905 (RDJ, Tomo III, sec. 1ª, pág. 60).

¹⁷⁶ Refiriéndose a la responsabilidad por el hecho de las cosas, señala DUCCI: “...hay ciertos daños que, dadas las circunstancias en que se producen, significan por sí mismos la existencia de dolo o culpa en la persona que ha determinado esas circunstancias; o sea, que se trate de daños que puedan imputarse a malicia o negligencia de una persona por el sólo hecho de producirse y sin necesidad de que esa malicia o negligencia se prueben”. *Op. cit.* [nota 1], pág. 134.

¹⁷⁷ “Es decir, se trata de actividades o actuaciones cuya peligrosidad implica culpa por sí sola, sin necesidad de prueba al efecto, porque ella va implícita en el daño. Es por ello que el legislador la presume”. Más adelante en la misma obra, resumiendo su posición, señala: “Por lo tanto, una interpretación adecuada del Art. 2329 del Cód. Civil, debe llevar a la conclusión que él contiene una presunción de responsabilidad con relación a las actividades peligrosas y a las cosas que causan daño. En el primer caso, respecto al que las desarrolla; en el segundo, respecto del que las tiene a su cuidado”. *Responsabilidad Civil. Actividades peligrosas – Hechos de las cosas – Circulación de vehículos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1971, pág. 99 y 100.

¹⁷⁸ Aplicando la idea de peligrosidad de la acción pero sin referirse explícitamente al artículo 2329 del Código Civil, una sentencia ha dicho que los daños provenientes de un incendio que se origina en una propiedad vecina, en la que los dueños almacenan ciertos productos combustibles con absoluto descuido, “deben imputarse a negligencia” de éstos últimos “por la situación de peligro en que

Luego de la memoria de prueba de DUCCI, ALESSANDRI, siguiendo a la doctrina francesa y cierta doctrina colombiana que postulaba una interpretación más amplia del artículo 2356 del Código Civil de ese país, extendió el ámbito de la presunción señalando que el artículo 2329 establece “una presunción de culpabilidad cuando el daño proviene de un hecho que, por su naturaleza o por las circunstancias en que se realizó, es susceptible de atribuirse a culpa o dolo del agente”¹⁷⁹. Según esta tesis, un hecho que por su naturaleza se presume culpable es, por ejemplo, un choque de trenes, pues “los trenes deben movilizarse en condiciones de no chocar”.

En contraposición, Ramón MEZA BARROS ha sostenido una interpretación del artículo 2329 del Código Civil distinta de las ya mencionadas. En su opinión, el inciso primero de la disposición contendría el principio general de la culpa probada, mientras que el inciso segundo sería una enumeración de casos específicos en que rige una presunción de culpabilidad¹⁸⁰. Nada parece justificar que el inciso primero de la disposición del artículo 2329 sea leído con independencia de los ejemplos del inciso segundo.

mantenían su establecimiento respecto de las propiedades vecinas” (Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de agosto de 1928, confirmado por la Corte Suprema [cas. forma y fondo], RDJ, Tomo XXXII, sec. 1ª, pág. 93). Otros casos de aplicación implícita del mismo concepto, pueden encontrarse en las siguientes sentencias: Corte de Apelaciones de Tacna, 21 de marzo de 1905, confirmada por la Corte Suprema [cas. forma] sin referirse a la materia, que señala que “permitir o no impedir que los trabajadores transiten al lado de los cachuchos de salitre hirviendo, cuando éstos no están defendidos por rejas protectoras, importa negligencia de parte del dueño de la oficina ó de su administrador” [sic] (RDJ, Tomo III, sec. 1ª, pág. 125); Corte de Apelaciones de Tacna, 4 de septiembre de 1905, confirmada por la Corte Suprema [cas. fondo] sin referirse a esta materia, indicando que “la negligencia de la parte de la Compañía y del capitán del buque de mantener á bordo aparatos para la descarga y descarga que no ofrecen seguridad al trabajador, les hace responsable del cuasi delito y de la indemnización correspondiente” [sic] (RDJ, Tomo V, sec. 1ª, pág. 144); Corte Suprema, 29 de agosto de 1917, caso en el que la sentencia señala que “los hechos de la causa demuestran que hubo culpa y negligencia en el motorista A. al imprimir al tranvía, sin causa justificada, una velocidad mayor que la reglamentaria y al no preveer la resistencia o estado de los frenos que debieron servirle para detener el carro antes de que se produjera el accidente; culpa o negligencia que cuando menos merecen el calificativo de levisimas” (RDJ, Tomo XV, sec. 1ª, pág. 131); y, Corte de Apelaciones de Valparaíso, 1º de mayo de 1918, confirmada por la Corte Suprema [cas. forma y fondo], sentencia que señala que “la operación que se ejecutaba [cargar y descargar carbón] es por su naturaleza peligrosa para los obreros que se ocupan en ella... y que por regla general los daños que puedan imputarse a malicia o negligencia de una persona deben ser reparados por ésta” (RDJ, Tomo XVIII, sec. 1ª, pág. 126).

¹⁷⁹ *Op. cit.* [nota 1], pág. 292. Ejemplos de aplicación de la presunción en materia de accidentes ferroviarios como los que señala ALESSANDRI, pueden verse en las siguientes sentencias: Corte de Apelaciones de Santiago, 12 de octubre de 1909, que señala que “el hecho de que choquen dos trenes de la misma Empresa no sólo manifiesta que sus empleados no han cumplido sus obligaciones, sino también que no han usado la menor prudencia, pues, como lo dice el art. 186 del Reglamento General de 1884, «nada justifica el choque de dos trenes»”. Esta sentencia además hace expresa referencia al artículo 2329 del Código Civil (RDJ, Tomo IX, sec. 2ª, pág. 25); Corte de Apelaciones de Santiago, 1 de agosto de 1923, confirmada por la Corte Suprema [cas. fondo] sin referirse a la materia, en un caso similar al anterior (RDJ, Tomo XXII, sec. 1ª, pág. 912); Corte Suprema, 14 de diciembre de 1923, que califica el choque de trenes como “inexcusable” (RDJ, Tomo XXII, sec. 1ª, pág. 785); Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de enero de 1928 (RDJ, Tomo XXVII, sec. 1ª, pág. 240); y, Corte Suprema 11 de agosto de 1932, caso en que a juicio de la Corte la responsabilidad de la empresa sólo se excluiría por caso fortuito, con lo cual la sitúa en el límite de la responsabilidad estricta. Al respecto señala la sentencia: “la colisión de dos trenes se produce generalmente por imprudencia o por negligencia o descuido en el cumplimiento de los reglamentos de la Empresa demandada, de parte de sus empleados como ocurre en este pleito, salvo caso fortuito cuya existencia no se ha alegado ni probado” (RDJ, Tomo XXIX, sec. 1ª, pág. 570).

¹⁸⁰ En relación con el inciso segundo del artículo 2329 del Código Civil señala: “Los casos enumerados,

Por eso, la interpretación de ALESSANDRI es la que mejor se aviene con el sentido del artículo 2329 del Código Civil. Esta interpretación resulta además coherente con la evolución del derecho comparado en esta materia. Existe también jurisprudencia que la sostiene¹⁸¹.

Los más diversos tipos de argumentos han sido planteados para justificar la doctrina de que el artículo 2329 es fundamento para dar por establecida la presunción de culpabilidad por el hecho propio de quien causa el daño:

(a) Desde un punto de vista exegético, son ilustrativos de la intención del legislador (i) la ubicación del artículo 2329, inmediatamente después de las normas que establecen presunciones de culpabilidad por el hecho ajeno (artículos 2320 y 2322) y por el hecho de las cosas (artículos 2323 a 2328), y (ii) el enunciado inicial de la norma, “*por regla general todo daño...*”. En verdad, todo parece indicar que el legislador quiso establecer una regla de clausura del sistema de presunciones que contempla el Código Civil. Según ALESSANDRI, de esta forma se quiso dictar una regla que comprendiere los demás casos análogos que pudiesen haberse omitido¹⁸². La norma sigue la lógica interna de este sistema de presunciones, agregando algunos hechos que eran de usual ocurrencia a la época de su redacción.

Esta es, por lo demás, la única forma de dar sentido y utilidad a la disposición, pues de lo contrario habría que aceptar que se trata de una innecesaria repetición de la regla del artículo 2314 del Código Civil¹⁸³.

(b) También existen razones de texto que avalan esta interpretación. La norma no se refiere a todo daño *causado por o proveniente de* malicia o negligencia, sino a “todo daño que *pueda imputarse a* malicia o negligencia de otra persona”. Este concepto, ilustrado por los ejemplos del inciso segundo, se refiere a una conducta que por sí misma tiende naturalmente a ser negligente, aún antes de prueba alguna. Es una

pues, se apartan del principio consagrado en el primer inciso. Así lo demuestra el término «especialmente»; en efecto, «especial» significa aquello que se diferencia de lo común, ordinario o general. La singularidad de estos casos consiste en que la culpa del autor se presume”. *Op. cit.* [nota 98], pág. 266. Por su parte, RODRÍGUEZ, a pesar de reconocer utilidad a la interpretación propuesta por ALESSANDRI, sostiene que el artículo 2329 I “enuncia un principio general plenamente concordante con el artículo 2314”, que vendría a cerrar el sistema de responsabilidad del código, “independizando el delito y cuasidelito penal del delito y cuasidelito civil”, y que las tres hipótesis enumeradas en ese artículo establecerían presunciones específicas de culpa”. *Op. cit.* [nota 12], pág. 211.

¹⁸¹ Recogiendo esta interpretación, ha señalado la jurisprudencia: “el citado artículo 2329 no se limita a dogmatizar acerca de la necesidad de los elementos subjetivos de malicia o negligencia para imponer responsabilidad, sino que se anticipa a dar por establecida la concurrencia de los elementos necesarios para imponer dicha responsabilidad cada vez que una persona sufra un daño que constituya la razonable consecuencia de haberse ejecutado un hecho o dejado de cumplir un deber y tal acción u omisión es susceptible de perjudicar a terceros” (Corte de Apelaciones de Valparaíso, 3 de diciembre de 1948, confirmada por la Corte Suprema [cas. fondo] sin referirse a esta materia, RDJ, Tomo XLIX, sec. 1ª, pág. 281).

¹⁸² *Op. cit.* [nota 1], pág. 293.

¹⁸³ Según ALESSANDRI: “...era innecesario sentar nuevamente el principio de que todo daño causado con malicia o negligencia debía repararse, pues ya estaba formulado con caracteres de bastante generalidad en el art. 2314 con que se inicia el Título «De los delitos y cuasidelitos»”. *Ibidem*.

referencia a un actuar que *pueda ser* calificado como descuidado y no a algo que *es*. El artículo 2329 no exige que se haya acreditado que el daño proviene de dolo o culpa para imponer la obligación de repararlo, sino que obliga al autor a indemnizar cuando es razonable suponerlo, dando a entender que mientras no se establezca lo contrario, pesa sobre el autor del daño la obligación de indemnizar¹⁸⁴. Un daño que de acuerdo a la experiencia pueda estimarse como debido a negligencia hace presumir la culpabilidad, correspondiendo al inculpaado descargarse probando su propia diligencia.

Los ejemplos del artículo 2329 también contribuyen en favor de esta interpretación, pues todos se refieren a hechos que por sí solos son expresivos de culpa. Así, en el caso del disparo imprudente de un arma de fuego, la circunstancia que permite inferir la culpabilidad es el peligro implícito en disparar un arma. En la remoción de las losas de una acequia o cañería en una calle o camino sin las precauciones necesarias, y la mantención en mal estado de un puente o acueducto que atraviesa un camino, se está frente a manifiestas omisiones en la acción que justifican la presunción de culpa.

(c) Esta interpretación resulta coincidente también con la experiencia y la razón. Se atribuye en principio responsabilidad a otro, cuando el sentido común y la experiencia indican que el daño provocado en tales circunstancias usualmente se debe a culpa o dolo del que lo causa. Es lo que en el derecho anglosajón se conoce con la expresión latina *res ipsa loquitur* (“dejad que las cosas hablen por sí mismas”)¹⁸⁵.

(d) Desde el punto de vista de la justicia correctiva, la presunción de culpa por el hecho propio se justifica porque resulta a menudo el único camino para poder construir en la práctica la responsabilidad del autor del daño. La presunción es de especial relevancia en caso de accidentes que se deben a algún error en un complejo proceso industrial o de servicios, sin que sea posible determinar, sin embargo, el acto u omisión concretos que lo provocaron. Es el caso, por ejemplo, de los productos defectuosos (fármacos, alimentos), a falta de una legislación que establezca, como en otros ordenamientos, una regla de responsabilidad estricta.

Hay que señalar, por último, que la jurisprudencia coincide en señalar que la enumeración del artículo 2329 no tiene carácter exhaustivo, y ha considerado otros hechos como reveladores de negligencia, tales como los derrumbes que durante la demolición de un edificio causan daños a terceros¹⁸⁶, la muerte de un transeúnte causada por una línea eléctrica extendida en condiciones peligrosas¹⁸⁷, la existencia de un pozo descubierto sin señales de prevención¹⁸⁸, el volcamiento de un carro de ferrocarril por mal estado de la vía férrea¹⁸⁹.

¹⁸⁴ *Ibidem*, pág. 294.

¹⁸⁵ En el derecho inglés se conoce el caso de un barril que cayó desde una fábrica de cervezas con destino a un camión repartidor que en ese momento no estaba en su lugar, y aplastó a un transeúnte. Citado por POSNER, *op. cit.* [nota 19], pág. 243.

¹⁸⁶ Corte Suprema, 13 de enero de 1937 (RDJ, Tomo XXXIV, sec. 1ª, pág. 201).

¹⁸⁷ Corte Suprema, 14 de junio de 1945 (RDJ, Tomo XLIII, sec. 1ª, pág. 26).

¹⁸⁸ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 3 de diciembre de 1948, confirmada por la Corte Suprema [cas. fondo] sin referirse a esta materia (RDJ, Tomo XLIX, sec. 1ª, pág. 281).

¹⁸⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de junio de 1941, confirmada por la Corte Suprema [cas. forma y fondo] sin referirse a la materia (RDJ, Tomo XLI, sec. 1ª, pág. 430).

b. *Sentido y alcance de la presunción*

94. Condiciones de aplicación de la presunción. La presunción de culpabilidad por el hecho propio del artículo 2329 del Código Civil reconoce dos grupos de casos: ante todo, las actividades particularmente peligrosas, según la interpretación original de la regla; y, además, aquellos en que las circunstancias indican *prima facie* que el daño ha sido causado por negligencia.

95. Primera hipótesis: peligrosidad desproporcionada de la acción. a) Aun cuando la interpretación postulada por Ducci haya sido superada por una doctrina posterior, que es más general, la inusual peligrosidad de la acción sigue siendo un elemento decisivo para aplicar la presunción de responsabilidad en caso de accidentes.²²² Quien actúa en ámbitos particularmente riesgosos está obligado, según se ha visto (*supra* N^{os} 59 y 60), a adoptar extremos resguardos para evitar que ocurra un accidente que amenaza un daño intenso y probable. Así se explica, por ejemplo, la jurisprudencia referida que tempranamente dio por establecida la culpa por el solo hecho de ocurrir un choque de trenes.

²²² Así, conociendo de un caso en que una compañía de gas no adoptó los resguardos necesarios para evitar filtraciones que terminaron por causar la muerte a tres personas, se falló que “la jurisprudencia de nuestros Tribunales ha sido reiterativa en cuanto a establecer una verdadera presunción de responsabilidad en el desarrollo de actividades peligrosas, concordando con la opinión de los tratadistas, como es el caso del profesor Ducci, y por ello el artículo 2329 es aplicable cada vez que una persona sufre un daño que constituye la razonable consecuencia de haberse dejado de cumplir un deber (como en el caso en estudio) y que tal omisión es susceptible de perjudicar a terceros” (Corte de Concepción, 4.11.1997, confirmada por la CS [cas. fondo], 3.11.1998, F. del M. 481, 2600); en el caso de un accidente en la ciudad de Concepción debido a un hoyo profundo, contiguo a un colector de aguas lluvias, no existiendo protección ni señalización que advirtiera del peligro a los transeúntes, la Corte Suprema sostuvo que “para rechazar el recurso bastaría tener en cuenta que la sentencia de primera instancia, que el fallo recurrido hizo suya al confirmarla, ha dado por establecida, a partir de los hechos referidos, una presunción de culpabilidad de la demandada por su hecho propio, según el artículo 2329 del Código Civil, que se infiere de la circunstancia de haber tenido la municipalidad la acera en estado de causar peligro a quienes transitaban por ella (...). Sin embargo, el recurso no dio por infringida esa norma legal, de lo que ha de concluirse que aun sin perjuicio de las consideraciones siguientes relativas a las normas que se invocan como infringidas, el fallo recurrido puede ser sostenido subsidiariamente en el referido artículo 2329 del Código Civil” (CS, 7.5.2001 RDJ, t. XCVIII, sec. 1^a, 88).



En el derecho comparado ha sido usual que las actividades peligrosas estén sujetas a un estatuto de responsabilidad estricta. En el propio derecho chileno muchos de los casos de responsabilidad estricta establecidos por la ley tienen por antecedente la peligrosidad natural de la actividad desplegada por el agente del daño (*infra* § 37). Son especialmente sugestivas las condiciones que la jurisprudencia comparada ha establecido para aceptar una responsabilidad estricta en este tipo de casos;²²³ en esencia, tales condiciones guardan relación con los criterios para determinar el nivel de cuidado exigible (*supra* N° 58): mientras mayor sea el peligro y la probabilidad de un accidente y menor la utilidad que presenta para los demás (a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre con los accidentes del tránsito o con las intervenciones médicas), más cerca se encuentra la cosa o actividad de estar sujeta al régimen especial de responsabilidad sin culpa.²²⁴

b) En nuestro derecho se responde sobre la base de una culpa presumida, porque la circunstancia de que el peligro excesivo se haya materializado en daño permite inferir que se ha actuado con negligencia, según el artículo 2329 I. El primer ejemplo del artículo 2329 II es ilustrativo de un caso de peligrosidad en que concurren todos los factores que aumentan el deber de cuidado y, correlativamente, conducen a la aplicación de este primer criterio de operación de la presunción: disparar un arma de fuego en condiciones que pueden dañar a otro es peligroso, porque el daño puede ser muy intenso, la probabilidad no es insignificante y, además, la acción usualmente se realiza en el solo beneficio de quien la ejerce. Los otros ejemplos muestran antiguos casos de peligro, que hoy han devenido en situaciones sujetas a un régimen

²²³ El caso que estableció la jurisprudencia inglesa en la materia tuvo su antecedente en daños causados por el agua que los dueños de una fábrica habían almacenado en un depósito construido en su propiedad. El agua se filtró y escurrió a través de una mina abandonada hasta la mina en actual operación del demandante, haciendo imposible su explotación. El tribunal supremo declaró que el uso anormalmente peligroso del agua por el demandado lo hacía responsable de los daños con independencia de su diligencia (*Fletcher v. Rylands*, 1866, LR 1 Ex. 265, analizado por Prosser/Keeton *et al.* 1984 545, Fleming 1992 334).

²²⁴ Restatement/Torts II §§ 519, 520 y 520 A. De particular interés es el § 520, que define ‘actividades anormalmente peligrosas’: “Para determinar si una actividad es anormalmente peligrosa se deben considerar los siguientes factores: a) existencia de un alto grado de riesgo de causar algún daño en la persona, tierra o demás bienes de otro; b) probabilidad de que el daño resultante sea significativo; c) imposibilidad de eliminar el riesgo mediante el ejercicio de cuidado razonable; d) que la actividad no sea de ejercicio generalizado; e) impropiedad del lugar donde se desarrolla la actividad; y f) extensión en que el beneficio a la comunidad es sobrepasado por los peligros de la actividad”. Sobre la responsabilidad por actividades peligrosas en el *common law*, Fleming 1992 338, Jones 2002 394, Epstein 1999 171. En el derecho francés la evolución fue más radical: a partir de una norma que se refiere a las presunciones de culpabilidad (Código Civil francés, artículo 1384), la jurisprudencia ha establecido una regla general de responsabilidad estricta por el hecho de las cosas (Mazeaud/Chabas 1998 555, Carbonnier 2000 460, Flour/Aubert 2001 228, Viney/Jourdain 1998 601). En Alemania e Inglaterra no se ha establecido un régimen general de responsabilidad estricta, sino sólo estatutos legales específicos, pero la jurisprudencia ha establecido un conjunto de presunciones de culpabilidad, como en el caso chileno (Kötz/Wagner 2006 197).

de responsabilidad por falta de servicio presumida de la Administración Pública (*infra* N° 370). Siguiendo esta línea se ha fallado que una quema autorizada puede presumirse culpable si el fuego se expande al predio vecino por efecto del viento, en una zona donde es usual que éste se levante y atendido el peligro que ello significaba para los predios forestales colindantes.²²⁵

96. Segunda hipótesis: control de las circunstancias y rol de la experiencia.

a) La regla de presunción de culpa por el hecho propio tiene su antecedente más general en una máxima fundada en la experiencia: el solo hecho del accidente puede ser indicio *prima facie* de la culpa de quien desarrolla la actividad. La máxima latina *res ipsa loquitur*, dejad que las cosas hablen por sí mismas, que se emplea en el *common law*,²²⁶ es expresiva de la condición de aplicación más general de la presunción: la experiencia enseña que en ciertos casos el daño puede ser más bien atribuido a negligencia que a un hecho que escapa al cuidado del agente.²²⁷

b) Para que se aplique la presunción bajo este concepto resulta necesario, ante todo, que la cosa o la actividad hayan estado bajo el *control del demandado*, pues no puede presumirse la culpa si el daño ocurre fuera de su ámbito de cuidado. De hecho, uno de los campos contemporáneos de mayor importancia en la aplicación de la presunción son los daños resultantes de procesos industriales o provocados por cosas sujetas al control del demandado (como en el caso británico del barril que cae de la ventana superior de un establecimiento de comercio o de un producto defectuoso que causa daño a un consumidor).²²⁸ En el caso de las empresas que comprenden diversas actividades, aunque no se conozca individualmente a quien incurrió en la culpa, puede asumirse que el control se radica en la organización en su conjunto (como puede ocurrir con la muerte producida en un hospital por la inoperancia de un sistema de información clínica acerca del paciente).

La idea de control de la fuente de daño por parte del demandado excluye, como es natural, que el daño pueda haberse debido a alguna acción de la propia víctima. Por lo mismo, la presunción no puede operar si la víctima, de conformidad con los hechos de la causa, *pudo* razonablemente haber tenido un rol decisivo en el accidente.

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

²²⁶ Fleming 1985 148, Prosser/Keeton *et al.* 1984 242, Markesinis/Deakin *et al.* 2003 182.

²²⁷ En el derecho alemán se habla en estos casos de ‘prueba por apariencia’ (*Anscheinsbeweis*), y en el francés de culpa virtual (Deutsch/Ahrens 2002 238; Mazeud/Chabas 1998 465, con referencia a los incumplimientos contractuales por obligaciones de medios que hacen presumir la culpa; la regla es aplicable, por las mismas razones, a la responsabilidad extracontractual).

²²⁸ Son notorias las analogías con las condiciones para que opere la responsabilidad estricta por el hecho de las cosas en el derecho francés, donde se exige que el responsable tenga objetivamente el uso, la dirección y el control sobre la cosa que interviene en la producción del daño: “es necesario que el custodio tenga el poder de supervigilar y dominar todos los elementos de la cosa (incluyendo, tal vez, sus secretos internos), porque sólo así está en condiciones de prevenir el daño” (Carbonnier 2000 463).



Por otro lado, la idea de control es decisiva en un sentido diferente, porque la regla tiene usualmente la función de desviar el peso de la prueba hacia la parte que está en mejor condición de explicar las causas precisas del accidente. Mientras el demandado no demuestre que el accidente se debió (o pudo razonablemente deberse) a una causa distinta a su propia culpa, su negligencia puede ser presumida. La presunción puede evitar a la víctima una *prueba diabólica*, en circunstancias que la otra parte tiene el control de los hechos.²²⁹

c) El control del riesgo por el demandado supone que éste estaba bajo el deber de cuidado de quien se pretende negligente. En consecuencia, el control constituye el fundamento causal de la presunción. Sin embargo, ello no es suficiente para asumir la culpa, porque bien puede ocurrir que en la producción del daño haya intervenido efectivamente el demandado, pero que no le sea atribuible culpa alguna (como ocurre frecuentemente en los juicios por responsabilidad profesional). Por eso, además del control que el demandado debe tener sobre la actividad o la cosa que provoca el accidente, es necesario que se cumpla el requisito, destacado desde los orígenes de la doctrina, de que *el accidente sea de aquellos que en el curso ordinario de los acontecimientos no ocurren en ausencia de negligencia*.²³⁰

Si se analizan los ejemplos del artículo 2329 II se constata que ambos requisitos son comunes al disparo de un arma de fuego, a la calle o camino cuya acequia o cañería amenaza a los que la transitan y al puente en

²²⁹ En verdad, en estos casos la cuestión más significativa es de distribución de la carga de aportar antecedentes probatorios. Es interesante el caso líder alemán, donde a falta de una regla como la contenida en el artículo 2329 del Código Civil, en un caso de vacunación de las aves del demandante, que murieron masivamente en el tiempo subsiguiente, asumiéndose que ello ocurrió por un defecto indeterminado de las vacunas, se estimó que “el que ha causado el daño más que quien lo sufrió se encuentra en la situación de explicar cómo pudo producirse el resultado sin que interviniera su propia culpa” (BGH 51, 91, 1968, citado por Medicus 2003 a 60). La jurisprudencia posterior ha extendido la presunción a la responsabilidad por emisiones dañinas (ídem 62). Sobre la función estratégica de la presunción en materia de accidentes atribuibles a empresas, en atención a la dificultad de la víctima de probar el hecho preciso que provocó el accidente, Shavell 1987 56 y Fleming 1985 319 y 322.

²³⁰ Lüke 2002 278. Es interesante a este respecto el concepto de *daño desproporcionado* que ha desarrollado la jurisprudencia española para inferir la culpa (Vicente en Reglero 2002 a 204). Aplicando este criterio, en Chile se ha fallado que “cualquier perjuicio que provenga de haberse alterado el normal, rutinario y consecuencial desenvolvimiento de un determinado quehacer, trabajo o actividad, debe presumirse que proviene de dolo o culpa del agente; en materia de excavaciones profundas que se realizan para la construcción de edificios en zonas urbanas, sobre todo en los suelos adyacentes a una construcción, la normalidad está constituida por el hecho de que no se produzcan daños en las construcciones colindantes con la excavación y la anormalidad está constituida por la producción de dichos daños (...). De esta manera, es posible presumir, al tenor de la norma descrita [artículo 2329], que si se produjo daño en la construcción de la demandante, es debido a que la Constructora demandada no actuó con la debida diligencia, debiendo ella probar que se adoptaron las medidas adecuadas según lo habría hecho aquel que debe imprimir a su actuar aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios” (Corte de Santiago, 7.9.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 2ª, 65).

mal estado que atraviesa un camino haciéndolo susceptible de causar daño.²³¹ Un caso típico de aplicación de la presunción en el derecho comparado ocurrió a propósito de la responsabilidad por productos defectuosos: acreditado el daño y el defecto del producto, se puede presumir, en principio, que la causa del daño fue el defecto del producto (*infra* N° 556) y que el defecto se debió a culpa del fabricante o productor.²³² Sobre la

²³¹ Además de la jurisprudencia citada en notas anteriores, se estimó aplicable la presunción en un caso en que los empleados de la municipalidad olvidaron reponer la tapa de un sumidero de aguas en el que efectuaban reparaciones, y que además carecía de señales para prevenir a los transeúntes, que se “hallan grave y constantemente expuestos atendida la ubicación de dicho sumidero”; la sentencia señala que a la corporación demandada “le afecta la presunción de culpa resultante del artículo 2329 del Código Civil”, agregándose que el citado artículo “se anticipa a dar por establecida la concurrencia de los elementos necesarios para imponer dicha responsabilidad cada vez que una persona sufra un daño que constituya la razonable consecuencia de haberse ejecutado un hecho o dejado de cumplir un deber y tal acción u omisión es susceptible de perjudicar a terceros” (Corte de Valparaíso, 3.12.1948, confirmado por la CS [cas. fondo], 4.8.1952, RDJ, t. XLIX, sec. 1ª, 281); así también en un caso de incendio de una viña situada en los márgenes de la línea férrea, donde a la Corte le bastó que “la Empresa no ha justificado que la locomotora llevara canastillo en condiciones de evitar que las chispas cayeran más allá, donde pudieron ocasionar perjuicios” (CS, 5.10.1929, RDJ, t. XXVII, sec. 1ª, 557); un antiguo caso similar en Corte de Santiago, 5.10.1904, RDJ, t. II, sec. 2ª, 86; en el mismo sentido, en un fallo pronunciado en contra de la Municipalidad de Concepción, en que una persona tropezó con las baldosas de la acera de una calle que sobresalían varios centímetros, se resolvió que “en relación a las características, ya anotadas, de la acera en que acaeció el accidente del demandante, resulta indefectible que el hecho de haber mantenido la citada arteria en mal estado y sin resguardo alguno, es una circunstancia que por su naturaleza ínsita es susceptible de atribuirse a lo menos a culpa del agente, porque con un razonamiento medio no puede sino concluirse que el mismo estaba en situación de provocar caídas de los peatones y, por ende, denota sin duda culpabilidad del autor, o, lo que es lo mismo, se trata de un hecho de aquellos que provienen ordinariamente de negligencia. Esto no significa otra cosa, entonces, que en el caso sub júdice procedería aplicar la presunción de culpabilidad que establece el artículo 2329 del Código Civil” (Corte de Concepción, 25.1.2002, confirmada por la CS [cas. fondo], 7.5.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 5ª, 104). De este fallo, así como de los citados en el párrafo precedente, se comprueba que la actual tipificación de estos casos bajo la forma de una falta de servicio (*infra* N° 349) no constituye en la práctica un cambio demasiado radical respecto de estas decisiones construidas en la forma de presunciones de culpabilidad.

²³² En Chile, en un caso de responsabilidad empresarial por falta de medidas de precaución, se ha fallado que “la no adopción de tales medidas mínimas de precaución es constitutiva de culpa de la sociedad demandada, sin que sea necesario que la demandante acredite la existencia de acción u omisión alguna de los dependientes de la demandada. No estamos aquí en presencia de un caso de responsabilidad del amo por actos de sus dependientes, sino en presencia de un caso de responsabilidad por omisión propia, en el que la sociedad demandada, a través de sus órganos societarios, debió adoptar las medidas de precaución pertinentes y no lo hizo” (Corte de Santiago, 17.7.1998, RDJ, t. XCV, sec. 2ª, 48). El mismo criterio se ha aplicado a la negligencia médica y hospitalaria cuando se trata de servicios de atención médica empresarialmente organizados; así, se ha dicho que “la jurisprudencia ha señalado que no es necesario que la víctima identifique y demande al concreto dependiente o agente sanita-



base de argumentos semejantes se puede dar por establecida la presunción cuando está acreditado que el demandado (usualmente un profesional) ha incurrido en un error que sea por sí mismo indicio *prima facie* de negligencia (*infra* N° 475), sin perjuicio de que puede probarse por el demandado lo contrario.

d) Mirada desde la perspectiva de la víctima, la presunción de culpabilidad por el hecho propio es un importante correctivo al sistema de responsabilidad por culpa. Sin embargo, su aplicación indiscriminada puede minar las bases del régimen general de responsabilidad por culpa probada, por lo que resulta necesario que las condiciones de aplicación y sus efectos sean justificados con cuidado por la jurisprudencia.

97. Efectos de la presunción. a) La presunción construida a partir del artículo 2329 presenta ciertas particularidades que usualmente han sido desatendidas. Para analizarlas es conveniente revisar los elementos de la doctrina jurídica sobre las presunciones.

Las presunciones consisten en inferencias de hechos que se pretenden probar a partir de otros hechos conocidos. La diferencia esencial entre las presunciones legales y las judiciales reside en la manera cómo se construye esa inferencia. En las presunciones legales la inferencia está realizada por la ley, que expresa la consecuencia probatoria que se sigue *ipso iure* del antecedente de hecho que la propia ley describe. En las judiciales, por el contrario, el juez debe construir un razonamiento basado en la experiencia y articulado lógicamente, que le permita establecer la relación entre dos hechos, uno conocido y otro que es inferido de aquél. Aunque, por lo general, la construcción de las presunciones judiciales es calificada como una cuestión de hecho, existen fallos que han establecido la doctrina, que parece ser correcta, en el sentido de que el juez sólo puede inferir hechos de otros hechos a condición de que muestre razonadamente que se cumplen los requisitos legales de gravedad (esto es, de proximidad a la certeza), precisión (esto es, de inequívocidad) y concordancia (esto es, de coherencia) que la ley exige (Código Civil, artículo 1717; Código de Procedimiento Civil, artículo 426 II).²³³

rio que con dolo o culpa causó el daño respectivo. Para condenar civilmente al Hospital demandado no es necesario acreditar cuál fue el específico dependiente culpable del daño, pues basta probar que alguien dentro de la organización hospitalaria incurrió en culpa y que dicha negligencia fue la causa del daño” (Corte de Concepción, 10.8.2000, confirmada por la CS [cas. forma y fondo], 24.1.2002, GJ 259, 38). Tras estos fallos tal vez se encuentre implícito el concepto de daño desproporcionado que ha desarrollado la jurisprudencia española en casos análogos para inferir la culpa (Vicente en Reglero 2002 a 204).

²³³ Sobre el control judicial del razonamiento que lleva a la construcción de una presunción judicial de culpa, CS, 26.10.1922, RDJ, t. XXI, sec. 1ª, 947. La omisión de una argumentación razonada a partir de los hechos que permiten construir la presunción puede constituir un incumplimiento del artículo 170 N° 4 del Código de Procedimiento Civil, que, a su vez, puede dar lugar a una casación en la forma (artículo 768 N° 5).

b) A la luz de estos criterios generales en materia de presunciones, resulta evidente que la norma del artículo 2329 I establece una inferencia más bien indeterminada. En los párrafos anteriores se ha intentado discutir las condiciones de aplicación de esa regla; sin embargo, aunque se hagan avances en el intento de introducir criterios más precisos, resulta obvio que la nitidez del antecedente del cual se infiere la consecuencia, no es equiparable a otras presunciones legales. Por otro lado, tampoco se trata de reproducir las exigencias más rigurosas a que están sujetos los jueces para construir presunciones judiciales, porque con ello desaparece la función natural de una presunción legal como es evitar esa inferencia circunstanciada.

c) Atendidas estas circunstancias, en el derecho comparado se discute si la presunción referida no debe ser entendida más bien como una *prueba en principio*, consistente en la *apariencia de culpa*, que se basa en la experiencia de que tal tipo de accidentes usualmente se deben a negligencia del demandado. En tales circunstancias, la presunción sólo alteraría el peso de la prueba mientras el demandado no muestre una explicación más razonable acerca de cómo pudo ocurrir el accidente por una causa distinta a su propia negligencia. Desbaratada de esa manera la presunción *prima facie*, la prueba de la diligencia correspondería al demandante, según las reglas generales; por el contrario, si el demandado no logra mostrar que hay razones para pensar que el daño ocurrió sin su culpa, resultaría responsable sobre la base de la prueba *prima facie* que permite la presunción.²³⁴ La regla establece esencialmente una alteración del riesgo de la prueba: si nada nuevo se logra probar, el efecto será que el demandante habrá acreditado la negligencia.

d) Esta interpretación tiene la ventaja de ser consistente con el texto del artículo 2329 I, que parece aludir a una *prueba en principio* basada en la experiencia, más que a una presunción de efectos más radicales. Así, por ejemplo, si alguien es herido por un disparo de un arma de fuego, a falta de prueba que desvirtúe la presunción, se entenderá que se trata de un acto negligente; pero mostrado por el demandado que lo hizo con ocasión de un asalto, lo que podría justificar su acción, la prueba de la negligencia correspondería al demandante.

Asimismo, esta interpretación establecería un adecuado equilibrio entre las partes, que resulta más apropiado al sistema de responsabilidad por culpa: ante una evidencia en principio de que el demandado es culpable, la víctima no se ve en la necesidad de enfrentar, eventualmente, una *prueba diabólica* para mostrar la culpa del autor del daño; pero si el demandado está en condiciones de desbaratar esa prueba en principio, el efecto

²³⁴ Kötz 1991 97, Jones 2002 219. Esta interpretación de la regla se hace cargo de la crítica de Corral 2003 229, de que la interpretación del artículo 2329 como una presunción legal tiende a caer en una tautología, pues de lo que se trata es de alterar la posición estratégica de las partes a la luz de que el hecho, bajo circunstancias ordinarias, puede ser tenido por culpable.



natural es que se vuelva a la situación originaria en materia probatoria, esto es, que la prueba en adelante le corresponda a quien pretende hacer valer la responsabilidad.

e) Un análisis más detallado del artículo 2329 muestra que en materia probatoria, como en la valoración de la culpa, más que distinciones categóricas, existen progresivas distinciones, cuyos contornos deben ser delineados evolutivamente por la jurisprudencia.

§ 15. DOLO O CULPA INTENCIONAL

a. *Concepto de dolo*

98. El dolo civil como intención. a) La ley hace referencia al dolo y a la culpa como condiciones alternativas de la responsabilidad civil, dando lugar en el primer caso a delitos civiles y en el segundo a cuasidelitos (artículos 1437, 2284 y 2314). En circunstancias que en materia civil la culpa y el dolo son, por lo general, requisitos equivalentes de responsabilidad, la discusión doctrinaria acerca del concepto de dolo carece de la importancia relativa que tiene en materia penal. Aun en los casos en que haber actuado intencionalmente hace la diferencia (*infra* N° 100), la definición precisa del dolo no tiene la significación práctica que tiene para los penalistas atendida la equiparación que la ley civil hace de los efectos del dolo y de la culpa grave.²³⁵

b) El artículo 44 del Código Civil define dolo como “la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”. Si la regla es entendida restringidamente, de modo que lo determinante para que el acto sea calificado como doloso es la intención precisamente dirigida al daño, el ámbito de aplicación de la regla sería muy estrecho, pues ni siquiera sería dolosa la conducta del agente que realiza conscientemente el daño como un medio para obtener un beneficio.²³⁶

En verdad, ese concepto de dolo supera las exigencias que el derecho penal ha definido para el dolo directo, la forma más fuerte de intencionalidad. En efecto, desde el punto de vista del autor, el elemento volitivo del dolo penal directo se satisface cuando el resultado dañoso es un presupuesto o un estado intermedio para alcanzar la meta que el autor se propone con su acción.²³⁷

²³⁵ Cury 2005 304.

²³⁶ Alessandri 1943 163. Aplicando esta definición estricta de dolo, se ha fallado que éste debe consistir en “actos o manifestaciones de la voluntad positivos y formalmente determinados a causar el daño que se reclama” (Corte de Santiago, 1.1.1925, confirmada por la CS [cas. fondo], 3.3.1927, RDJ, t. XXV, sec. 1ª, 117). Otros ejemplos de esta especie de dolo en CS, 15.11.1927, RDJ, t. XXV, sec. 1ª, 501, donde los hechos analizados muestran con elocuencia la intención de dañar; Corte de Santiago, 21.4.1993, RDJ, t. XC, sec. 2ª, 57, donde se sanciona un caso de simulación absoluta cometida en perjuicio de un acreedor de los demandados.

²³⁷ Stratenwerth 1976 106.

Todo indica que la definición civil de dolo no puede ser entendida de una manera tan restringida, que sólo comprenda el propósito dirigido principalmente a dañar (esto es, la intención maligna basada en el resentimiento y no en el interés). A pesar de su definición tan estricta del dolo, Alessandri parece aceptar que éste se extiende a situaciones en que la intención final es el propio provecho, aunque de paso se cause un daño, incluido el fraude.²³⁸ Así, es inequívocamente dolosa la conducta de quien realiza una simulación absoluta en perjuicio de acreedores, aunque la finalidad haya sido evitar la ejecución forzada y no causar a aquéllos un mal.²³⁹

Es interesante a este respecto que Bello designe a Pothier como fuente de la norma del artículo 44.²⁴⁰ En efecto, según Pothier, el dolo civil se refiere a la conducta “maligna”, que es resultado de la reflexión, pero que en ningún caso está limitada al propósito exclusivo de causar daño, sino también a la intención que se limita a aceptar el daño como consecuencia de la acción (el daño como “externalidad” negativa aceptada por el autor, diría un economista). Por lo demás, Pothier tiene claro que los límites civiles del dolo, gracias a la identificación con la culpa grave, se extienden hasta la mala fe, esto es, la conducta contraria al decoro y a las buenas costumbres que deben regir la actividad que amenaza con dañar a los demás.²⁴¹

c) Lo común del dolo, entendido como culpa intencional, resulta ser la *utilización voluntaria del otro para los propios propósitos*.²⁴² En tal sentido, el concepto civil de dolo no sólo comprende la intención de dañar en sentido estricto, sino la aceptación voluntaria del ilícito con conciencia de la antijuridicidad de la acción,²⁴³ donde la intención se puede referir tanto a los fines como a los medios.²⁴⁴ Sólo en forma excepcional lo querido es el

²³⁸ Alessandri 1943 164.

²³⁹ Corte de Santiago, 21.4.1993, RDJ, t. XC, sec. 2ª, 57.

²⁴⁰ Proyecto de 1853, nota a los artículos 42 y 43, que corresponden al artículo 44 vigente; A. Bello se refiere a las observaciones generales que Pothier formula al fin de su Tratado de las Obligaciones (Pothier 1761 N° 553).

²⁴¹ Pothier, en el texto citado en la nota precedente, se refiere esencialmente a la clasificación tripartita de la culpa, que A. Bello, a diferencia del código francés, acoge en el código chileno. Lo interesante es que cuando se refiere al dolo contractual, expresa que para los romanos el dolo “comprende no solamente la malicia y el deseo de perjudicar, sino también la falta grave, lata culpa, como está opuesta a la buena fe requerida (...) y es en ese sentido que las leyes dicen que *lata culpa comparatur dolus, lata culpa dolus est*”. De este modo, la asimilación del dolo a la culpa grave permite extender el concepto de dolo desde la intención exclusiva de dañar hasta la simple mala fe, esto es, la conducta contraria a la decencia y a las buenas costumbres del tráfico (Pothier 1761 N° 554). Cuando se refiere al dolo en el cuerpo principal de su tratado, Pothier lo define, en sede contractual, como “cualquiera clase de artificio de que uno puede servirse para engañar a otro” (ídem N° 28), y en sede delictual civil, simplemente como malignidad, que asocia luego a la idea de reflexión (esto es, de conocimiento y voluntariedad), en oposición a la imprudencia usualmente irreflexiva e inconsciente.

²⁴² Finnis en Owen 1995 244.

²⁴³ Palandt/Heinrichs § 276 11.

²⁴⁴ Finnis en Owen 1995 229.



perjuicio ajeno, con exclusión de otro interés. Más generalmente, la intención se reduce a aceptar el daño como una consecuencia colateral de la acción. Pero también se extiende a la simple *mala fe* (que incluye la actuación temeraria contraria a la decencia y las buenas costumbres) y al *fraude* (esto es, al engaño por acción u omisión, abusando de la autoridad o de la experiencia o proporcionando a sabiendas información falsa).²⁴⁵

d) Atendida la extensión del dolo civil, gracias a que encuentra sus límites en la culpa grave, tiene una importancia más bien secundaria el análisis del *dolo eventual*.²⁴⁶ El dolo eventual plantea diversas dificultades de aplicación en materia civil. Ante todo, porque la mera representación y aceptación del daño no son constitutivos de culpa *per se*, sino sólo en la medida que se incurre en contravención a un estándar de cuidado debido. La situación más típica de dolo eventual en el derecho civil se produce cuando puede asumirse que el autor del daño ha aceptado voluntariamente el daño, atendido lo probable y peligroso del resultado. Pero, en este punto, el dolo de nuevo se encuentra con la culpa grave: es indiferente si el autor del daño aceptó ese resultado altamente riesgoso (caso en el cual habrá culpa intencional) o si en grave desconsideración del interés ajeno simplemente lo ignoró (como en el caso de la culpa grave).

La existencia de un continuo entre la intención positiva de causar daño a otro y la temeraria desconsideración del interés ajeno se muestra ejemplarmente cuando el autor del daño ha actuado bajo un error de prohibición: un error inexcusable acerca de un deber legal o de un derecho ajeno no excluye la responsabilidad, como tiende a ocurrir en el derecho penal.²⁴⁷

²⁴⁵ Para un análisis del concepto y extensión del fraude civil, especialmente desde el punto de vista de los efectos de los actos fraudulentos, R. Domínguez Á. 1991.

²⁴⁶ La Corte Suprema ha señalado que “existe dolo eventual cuando el sujeto se representa la posibilidad de un resultado, que no se proponía causar; pero que, en definitiva, lo acepta (lo ratifica) para el caso de que tal evento llegara a producirse” (CS, 21.4.1960, RDJ, t. LVII, sec. 4ª, 60). En el mismo sentido, se ha fallado que “el hecho de disparar un arma de alto poder ofensivo, de un calibre objetivamente destructivo, que se porta precisamente para asegurar la acción de vigilancia de bienes familiares, en contra del cuerpo de una nueva víctima pone de manifiesto que si bien no ha perseguido el resultado ilícito de su muerte, se la ha podido representar como mera posibilidad y no obstante ello su voluntad se ha movido precisamente a disparar y herir, asumiendo los resultados que de ello provengan. En definitiva, la acción voluntaria ejecutada debe ser tenida como dolosa, bajo la forma doctrinaria de dolo eventual” (CS, 3.6.2002, GJ 264, 114). En el derecho francés se ha desarrollado el concepto de *culpa inexcusable* para referirse a hipótesis de dolo eventual; la culpa inexcusable ha sido entendida como una culpa de excepcional gravedad, que deriva de un acto u omisión voluntaria, en conciencia del peligro que el autor debía tener, en ausencia de toda justificación y sólo distinguible del dolo por la ausencia de intención de producir el daño. Se comprueba que esta definición jurisprudencial dada en materia de accidentes del trabajo (cass. civ., 15.7.1941), corresponde al dolo eventual, donde el resultado no es querido pero sí aceptado con descaro (Mazeaud/Chabas 1998 455 y 468).

²⁴⁷ Deutsch/Ahrens 2002 58.

99. Culpa intencional y culpa grave. a) Se ha avanzado en el párrafo anterior en mostrar que en materia civil no es posible (ni necesario) establecer una distinción analíticamente precisa entre el dolo y la culpa grave. La culpa grave “consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia emplean en sus negocios propios” (artículo 44 II). Aunque la definición tiene en vista la relación contractual, el principio que de ella se sigue tiene validez general.

También se aplica en materia extracontractual la asimilación que la misma disposición hace de la culpa grave al dolo.²⁴⁸ En materia civil, un descuido de esta magnitud se asimila al dolo, es decir, la mala intención y la temeraria desconsideración son tratadas del mismo modo. Como se ha visto en el párrafo anterior, hay un punto donde la desconsideración respecto de los demás se cruza e identifica con la intención, lo que explica, como se vio en el párrafo anterior, que Pothier la haya identificado con la mala fe.

b) Aunque sus efectos sean los mismos, la culpa grave y el dolo plantean algunas diferencias en relación con la prueba. Mientras la culpa grave es esencialmente objetiva, pues resulta de la comparación de la conducta real con el estándar de una persona negligente, el dolo se caracteriza por la intencionalidad del autor. A efectos de dar por establecida la culpa grave, bastará acreditar la conducta efectiva y los hechos que muestran que se ha incurrido en esta especie de negligencia, sin que sea necesario probar intención alguna. El dolo, por el contrario, se aprecia en concreto²⁴⁹ y exige que el juez infiera la intención a partir de los hechos de la causa. También desde este punto de vista la identificación de la culpa grave y el dolo resulta de importancia práctica en el juicio de responsabilidad civil: la prueba objetiva de la culpa grave evita tener que penetrar en la subjetividad del autor del daño.

Con la reserva anterior, y a diferencia de lo que ocurre en materia contractual, no se plantean en sede extracontractual problemas respecto a la carga de la prueba: tanto la culpa grave como el dolo deben ser probados por quien los alega.²⁵⁰

²⁴⁸ Alessandri 1943 168.

²⁴⁹ Ídem.

²⁵⁰ Un equilibrado análisis de las semejanzas y diferencias probatorias entre el dolo y la culpa grave en materia contractual en Banfi 2004 211 y Abeliuk 1993 683.



63. Diferencias entre culpa grave y dolo. Aunque sus efectos sean en principio los mismos, la culpa grave y el dolo plantean algunas diferencias en relación con las condiciones para dar por establecida la responsabilidad.

(a) Prueba del dolo. Mientras que la culpa es esencialmente objetiva, el dolo se caracteriza por la intencionalidad del autor. A efectos de dar por establecida la culpa grave, bastará acreditar la conducta efectiva y los hechos que muestran que se ha incurrido en esta especie de negligencia, sin que sea necesario probar intención alguna¹⁹⁴.

(b) Abuso de derecho. En sentido estricto, se actúa en abuso de un derecho si se tiene la precisa intención de causar daño. Por ello, la más indiscutida expresión del abuso de derecho se asimila al dolo directo. El ilícito radica en el propósito de dañar que subyace a la acción, que la hace ilícita, a pesar de que formalmente está amparada por un derecho subjetivo. Esta forma de abuso de derecho resulta incompatible con la culpa¹⁹⁵. Luego, según esta definición, la responsabilidad que se funda en el ejercicio abusivo de un derecho tiene como antecedente el dolo directo, no la culpa grave¹⁹⁶.

(c) Cláusulas de exoneración de responsabilidad. Las cláusulas de este tipo no pueden excluir jamás el dolo directo, por prohibirlo expresamente el artículo 1465 del Código Civil. En lo que respecta a la culpa grave, en cambio, en principio no hay dificultades para que sea materia de una cláusula de exoneración de responsabilidad, siempre que ésta se refiera a ella en forma específica. Puede ocurrir que alguien esté dispuesto a aceptar el daño debido al extremo descuido de otro. No hay razón de orden público o buenas costumbres que impida esa convención.

¹⁹⁴ Para ALESSANDRI: “El *dolo*, sea de acción o de omisión, se aprecia *in concreto*: el juez deberá examinar la conciencia de su autor, su estado de ánimo, puesto que consiste en la intención de dañar y esta intención sólo puede conocerse analizando los móviles que la guiaron”. *Ibidem*.

¹⁹⁵ Al respecto la Corte Suprema ha señalado que la solicitud de quiebra que, acogida en principio, resulta finalmente rechazada, no impone responsabilidad si no se acredita haber obrado el solicitante con dolo o malicia (14 de enero de 1913, RDJ, Tomo II, sec. 1ª, pág. 294).

¹⁹⁶ *Supra*, párrafo 51 (a).

b. *Diferencias entre los efectos de la culpa intencional y la mera negligencia*

101. Personas que se aprovechan del ilícito ajeno. a) Quienes incurrn en dolo o culpa grave son personalmente responsables del ilícito y deben reparar todos los perjuicios sufridos por la víctima. Pero el derecho privado agrega una acción en el caso del dolo, cuyo fin preciso es la restitución por terceros de los beneficios que se siguen del ilícito intencional (artículos 1458 III y 2316 II). Desde luego que el dolo ajeno debe haber sido causa del daño, porque de lo contrario tampoco tiene sustento la acción reparatoria contra quien se ha beneficiado.²⁵⁶

En consecuencia, el actor debe probar en el juicio reparatorio contra el tercero tanto el beneficio que ha obtenido, como la causalidad entre el ilícito y el provecho. Esta última es relevante en sus dos dimensiones: ante todo, como causalidad natural, esto es, que el beneficio haya sido obtenido precisamente a causa del dolo; además, el beneficio

²⁵⁶ Diferente en este punto Alessandri 1943 482.



debe estar en una relación de suficiente proximidad con el ilícito, lo que usualmente ocurrirá si el beneficio del demandado se obtiene del curso ordinario de acontecimientos que siguen al acto de quien defrauda. La acción es en particular importante en el caso de los ilícitos de negocios, en que se requiere la intención de quien los comete y usualmente se persigue el beneficio de un tercero (por ejemplo, una persona relacionada, en el sentido de la Ley de valores, que no participa en forma personal del fraude).

b) Cabe preguntarse si esta pretensión restitutoria es también reconocida respecto de quien se ha beneficiado de la culpa grave ajena. Puede argumentarse que la norma del artículo 2316 II se refiere de manera exclusiva al dolo, de modo que ese efecto expansivo debe restringirse propiamente a la culpa intencional.²⁵⁷ Sin embargo, la igualación de los efectos de la culpa grave y el dolo da también un fundamento de texto para sostener la posición diferente (artículo 44 II).

En este libro se ha optado por una amplia identificación de los efectos de la culpa grave al dolo (*supra* N° 99). Ella tiene particular justificación en el caso de la acción restitutoria, porque cuando el ilícito cede en beneficio de terceros, en razón del extremo descuido de una persona en sus deberes de cuidado o lealtad con otra, existe la misma razón para actuar contra el beneficiario que si se hubiera actuado con intención; así ocurre, por ejemplo, con quien con completa desaprensión de los deberes de lealtad para con la sociedad, aprovecha en favor de una empresa relacionada una oportunidad de negocios que por su origen pertenecía a la sociedad de la que es gerente o director (*infra* N° 628). De hecho, la completa desconsideración de los intereses de terceros sólo se diferencia usualmente de la culpa intencional en que su prueba recurre a elementos objetivos y no es necesario escudriñar en la intención.

102. Daños imprevisibles e imputación objetiva de las consecuencias de un ilícito. a) Contrariamente a lo que ocurre en materia penal, en principio, los efectos civiles del dolo y de la culpa grave son idénticos a los de la mera negligencia. Sin embargo, hay dos importantes materias en que es conveniente un análisis más diferenciado: la extensión de la reparación a los daños imprevisibles y la importancia de la intención en la valoración del daño moral.

b) La doctrina tradicionalmente ha sostenido que la norma del artículo 1558 I del Código Civil no se aplica en materia extracontractual. Así, mientras el deudor contractual que ha incurrido en culpa sólo responde de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse a la época del contrato, a diferencia de lo que ocurre si ha actuado con dolo o culpa grave, en materia extracontractual la responsabilidad comprendería los perjuicios previsibles e imprevisibles, se haya actuado con dolo o con culpa. Se ha argumentado a ese efecto que la norma del artículo 1558 se refiere a lo

²⁵⁷ Así, Alessandri 1943 483.

que pudo ser previsto a la época del contrato, de modo que en este ámbito se agotaría su aplicación.²⁵⁸

Esta interpretación hace sentido, si se atiende a que el contrato tiene por una función esencial que las partes se atribuyan recíprocamente los riesgos, de modo que el límite natural de la responsabilidad por culpa está dado por el daño que resulta previsible al momento de contratar.

Distinta es la situación en materia extracontractual, donde no hay convención previa, sino una actuación del demandado que ha causado daño al demandante, de modo que no está predefinido un ámbito de riesgo que típicamente pertenece a la relación entre las partes. De ahí que se estime, en general, que la previsibilidad de los perjuicios no es un límite aplicable en ese tipo de responsabilidad.

Sin embargo, también en el caso de la responsabilidad extracontractual surge la pregunta por los daños indemnizables. Asumido que la culpa supone que el perjuicio inicial provocado por el hecho culpable del demandado debe ser previsible, porque de lo contrario el juicio de diligencia carece de sentido (*supra* N° 48), queda pendiente la pregunta por los límites de la responsabilidad respecto de los daños subsecuentes, que se siguen de ese daño inicial. Esta cuestión se relaciona con los límites de los daños indemnizables, de manera análoga a como se resuelve en materia contractual el requisito de que los perjuicios sean previsibles.

La doctrina trata esta materia a propósito del requisito de causalidad. Como se verá, en verdad se trata de descubrir cuáles daños subsecuentes, que son causalmente derivados de un daño inicial, pueden ser imputados objetivamente al hecho culpable del demandado. En el caso de un accidente de tránsito, por ejemplo, se trata de saber si quien lo provocó por su negligencia puede ser hecho responsable del daño mayor provocado por un error médico ocurrido al tratar las heridas sufridas por la víctima.

Usando el lenguaje del Código Civil, la pregunta deviene en buscar los criterios que permiten distinguir el *daño directo* del indirecto. Entre los conceptos utilizados para resolver esta cuestión reaparece la idea de previsibilidad. Sin embargo, la doctrina tiende a estar de acuerdo en que el requisito de que los daños sean previsibles establece un límite muy próximo a la responsabilidad, de modo que se prefiere el concepto de adecua-

²⁵⁸ Ducci 1936 174, Alessandri 1943 552; así también, CS, 14.4.1953, RDJ, t. L, sec. 4ª, 40. La misma doctrina ha sido sostenida por la jurisprudencia francesa, que también ha reducido el efecto de la imprevisibilidad a la responsabilidad contractual (Viney 1995 304, Viney/Jourdain 2001 579). En el derecho alemán, la imprevisibilidad no es relevante como factor limitante de la responsabilidad por los efectos consecuenciales del hecho; sin embargo, sólo se responde de los perjuicios que están en una relación de adecuación con el hecho ilícito (y ese no suele ser el caso de los perjuicios imprevisibles). También en el derecho del *common law* la previsibilidad suele ser importante en sede de causalidad, al señalarse que sólo está en relación de causa próxima con el hecho culpable el daño directo, entendiendo por tal el perjuicio previsible (Jones 2002 267); en general, sobre la previsibilidad como criterio de imputación objetiva de los daños subsecuentes a la acción del demandado, *infra* N° 255; en relación con el criterio de adecuación, *infra* N° 257.



ción u otros que cumplan esa función limitante de una manera normativamente más satisfactoria (*infra* § 30, especialmente N° 255).

c) En otras palabras, tanto en materia contractual como extracontractual el derecho debe poner un límite a los daños derivados de los cuales se responde; sólo que en la primera, la idea de perjuicios previsibles resulta ajustada a la naturaleza de la relación, mientras que en sede de responsabilidad extracontractual otras doctrinas resultan más apropiadas.²⁵⁹

Por eso, aunque la norma del artículo 1558 I se aplica sólo en materia contractual, se puede sostener que es una característica general de la responsabilidad por culpa que sólo comprenda los perjuicios que pueden ser razonablemente imputados al hecho culpable, esto es, que pertenecen al desencadenamiento natural de los acontecimientos a partir del hecho que genera la responsabilidad (perjuicios a cuyo respecto el hecho ilícito está en relación de causa adecuada).²⁶⁰ En otras palabras, se puede asumir que la responsabilidad por culpa sólo puede ser atribuida respecto de aquellos riesgos que guarden una relación objetiva de proximidad con el ilícito del demandado (idea que en materia contractual se expresa con el requisito de que los perjuicios indemnizables sólo son los que eran previsibles para el deudor al momento de contratar).²⁶¹

d) Las explicaciones anteriores permiten replantear la pregunta por las diferencias entre la responsabilidad extracontractual por culpa y por dolo. Por la referencia que la norma del artículo 1558 I hace a los perjuicios que pudieron preverse al momento de contratar, se puede asumir que no resulta aplicable en materia de responsabilidad extracontractual. Sin embargo, también en materia de responsabilidad extracontractual el dolo resulta influyente al momento de determinar la extensión de los perjuicios indemnizables, porque es un principio general del derecho privado que quien actúa maliciosamente tiende a hacerse responsable de todas las consecuencias de su conducta (*infra* N° 261).

103. Importancia de la intención en la valoración del daño moral. En la práctica jurisprudencial, la valoración de la indemnización por daño moral suele depender del juicio de valor respecto de la conducta del deman-

²⁵⁹ Específicamente sobre las diferencias entre la responsabilidad contractual y la extracontractual en materia de previsibilidad de los daños indemnizables, véase también *infra* N° 785.

²⁶⁰ Así se explica también que en derechos pertenecientes a distintas tradiciones, como son el alemán y el *common law*, sólo se responde de los llamados perjuicios puramente patrimoniales (esto es, de los perjuicios patrimoniales que no se derivan del daño a personas o cosas) en razón de culpa intencional o de la utilización de medios contrarios a las buenas costumbres. Es el caso de los atentados contra la competencia o la interferencia en contrato ajeno. Además de estar comprometida la libertad de emprendimiento (*supra* N° 100), esos daños son de tal amplitud que resultan usualmente imprevisibles.

²⁶¹ Perry en Owen 1995 321.

dado. En otras palabras, aunque la indemnización tiene por naturaleza un fin reparador, la apreciación del daño moral incorpora aspectos punitivos, como se muestra en la consideración explícita o implícita que los fallos realizan de la gravedad de culpa. En tal sentido, el dolo y la culpa, e incluso la intensidad de esta última, suelen ser determinantes al momento de valorar el daño moral.²⁶²

²⁶² Un análisis crítico de esta práctica en *infra* N° 198.



III. DAÑO

65. El daño es condición de la responsabilidad civil. Como se destacó al inicio de este curso, el daño es condición de la responsabilidad civil extracontractual¹⁹⁷. En esto existe una marcada diferencia con el derecho penal, que en ciertos casos impone responsabilidad sin exigir la ocurrencia de un daño (en los denominados *delitos de peligro*) y que castiga incluso la mera tentativa y el delito frustrado. En materia civil, por el contrario, sin daño no hay responsabilidad.

Así también lo ha entendido la jurisprudencia nacional, que ha afirmado que “el daño es un elemento indispensable de la responsabilidad estracontractual [sic]”¹⁹⁸; que la procedencia de las indemnizaciones provenientes del daño “presupone la existencia de un perjuicio, menoscabo, disminución o pérdida para quien lo experimenta o sufre...”¹⁹⁹; y, que “la característica esencial del delito civil consiste en que el hecho ilícito que importa, infiera injuria o daño a otra persona, circunstancia ésta que marca su diferenciación con el delito penal”²⁰⁰.

Por otra parte, el daño es una condición de la pretensión indemnizatoria, de modo que ésta sólo nace una vez que el daño se ha manifestado. Así, se ha fallado que “tratándose de un cuasidelito civil, para que nazca el derecho es necesario que concurra el daño y si este elemento falta, no ha nacido el derecho para demandar perjuicios”²⁰¹. Como se expondrá, este aspecto es de importancia para determinar el inicio del cómputo del plazo de prescripción de esa acción²⁰².

¹⁹⁷ *Supra*, párrafo 1.

¹⁹⁸ Corte de Apelaciones de Chillán, 5 de octubre de 1970 (RDJ, Tomo LXVII, sec. 2ª, pág. 85).

¹⁹⁹ Corte Suprema, 29 de noviembre de 1968 (RDJ, Tomo LXV, sec. 4ª, pág. 323). En el mismo sentido, Corte Suprema, 8 de julio de 1935 (RDJ, Tomo XXXII, sec. 1ª, pág. 419).

²⁰⁰ Corte de Apelaciones de Iquique, 18 de junio de 1953 (RDJ, Tomo L, sec. 4ª, pág. 81). Ratificando que el daño es condición de la responsabilidad civil, existen algunas sentencias que rechazan la acción indemnizatoria basándose en que el demandante no ha logrado acreditarlo, así: Corte Suprema, 25 de junio de 1921 (RDJ, Tomo XX, sec. 1ª, pág. 480); Corte Suprema, 13 de enero de 1922, caso en que a pesar de haberse acreditado la culpa, la Corte rechazó la demanda por no estar probado que el demandante hubiese sufrido la pérdida de un “lucro cierto y determinado” por la muerte de su hijo menor. Esta sentencia da cuenta de un criterio errado en materia de indemnización, abandonado por la Corte Suprema en fallos posteriores, pues sostiene que lo que se debe reparar en el caso de un cuasidelito no es el sufrimiento moral que ocasione la pérdida de un miembro de la familia, aunque sea del grado más próximo, sino el daño material efectivo que ésta signifique (RDJ, Tomo XXI, sec. 1ª, pág. 529). Otras sentencias que rechazan la acción por no haberse acreditado el daño, son las siguientes: Corte Suprema, 5 de septiembre de 1928 (RDJ, Tomo XXVI, sec. 1ª, pág. 530); Corte Suprema, 20 de junio de 1934 (RDJ, Tomo XXXI, sec. 1ª, pág. 462); Corte Suprema, 23 de septiembre de 1935 (RDJ, Tomo XXXII, sec. 1ª, pág. 538); Corte de Apelaciones de Concepción, 2 de julio de 1955 (RDJ, Tomo LII, sec. 2ª, pág. 157); Corte Suprema, 27 de septiembre de 1968 (RDJ, Tomo LXV, sec. 4ª, pág. 241); y, Corte Suprema, 22 de septiembre de 1976 (Fallos del Mes, N°214, sent. 2, pág. 199).

²⁰¹ Corte Suprema, 19 de julio de 1995 (RDJ, Tomo XCII, sec. 1ª, pág. 53). En el mismo sentido se pronuncia la Corte Suprema en sentencia de 18 de diciembre de 1995, señalando que “para que nazca el derecho a pedir indemnización, es necesario que se haya producido el daño. Antes, no hay derecho para demandar perjuicios” (Gaceta Jurídica N°186, sent. 1, pág. 21).

²⁰² *Infra*, párrafo 177.

66. Concepto de daño. El Código Civil no contiene un concepto de daño. Según la antigua definición de ESCRICHE, éste es el “detrimento, perjuicio o menoscabo que se recibe por culpa de otro en la hacienda o la persona”²⁰³. En materia civil, el daño es sinónimo de perjuicios.

En doctrina han coexistido dos conceptos de daño. En un sentido estricto, el daño ha sido entendido como la lesión o pérdida de un derecho de la víctima²⁰⁴; en un sentido amplio, se ha afirmado que es toda “pérdida, disminución, detrimento o menoscabo” que se sufre en la persona o bienes, o “en las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales” siempre que éstos sean lícitos, y aunque la pérdida, disminución, detrimento o menoscabo no recaiga sobre un derecho de la víctima²⁰⁵.

La opinión dominante es que el daño no sólo se refiere al menoscabo de un derecho, sino también a la lesión de cualquier interés cierto y legítimo de la víctima²⁰⁶. La jurisprudencia nacional se ha pronunciado mayoritariamente en este sentido. Así, por ejemplo, se ha fallado que “daño es todo menoscabo que experimente un individuo en su persona y bienes, la pérdida de un beneficio de índole material o moral, de orden patrimonial o extrapatrimonial”²⁰⁷.

²⁰³ Basándose en la definición contenida en la ley 1, título 15, Partida VII. *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*. Paris: Eugenio Maillefert y Compañía (ed.), 1858, pág. 534.

²⁰⁴ Esta es una opinión minoritaria, y fundándose en ella se ha fallado que “desde un punto de vista jurídico, podemos definirlo [el daño] «como todo detrimento o menoscabo que una persona experimente por culpa de otra, sea en su persona, en sus bienes o en cualquiera de sus derechos extrapatrimoniales»” (Corte de Apelaciones de Chillán, 5 de octubre de 1970, RDJ, Tomo LXVII, sec. 2ª, pág. 85). Entre las sentencias que siguen esta opinión, pueden consultarse además las siguientes: Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de marzo de 1985, que señala que “se entiende el daño moral como la lesión o agravio, efectuado culpable o dolosamente, de un derecho subjetivo de carácter inmaterial o inherente a la persona y que es imputable a otro hombre” (RDJ, Tomo LXXXII, sec. 2ª, pág. 6); Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de septiembre de 1990 (Gaceta Jurídica, N°123, sent. 7, pág. 47); Corte Suprema, 31 de diciembre de 1918, en la que se sostiene que no procede acoger la demanda de indemnización de perjuicios de la madre por la muerte de su hijo ilegítimo porque “según las reglas de la sucesión intestada esa condición de madre ilegítima no la habilita para ejercer los derechos que la ley confiere a los herederos” y que “la demandante no se encuentra comprendida en ninguno de los otros casos que el citado artículo 2315 autoriza para interponer la acción de que se trata en este pleito” (RDJ, Tomo XVI, sec. 1ª, pág. 546); y, Corte de Apelaciones de Santiago, de 17 de noviembre de 1930, confirmada por la Corte Suprema [cas. fondo] sin referirse a la materia (RDJ, Tomo XXIX, sec. 1ª, pág. 570).

²⁰⁵ ALESSANDRI, *op. cit.* [nota 1], pág. 213.

²⁰⁶ En este sentido se pronuncia DOMÍNGUEZ AGUILA, en “Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista”, en *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, N°188 (1990), pág. 136. También, José Luis DIEZ, *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998 (1997), pág. 25. Para RODRÍGUEZ, en tanto, el daño consiste en la “lesión, menoscabo, pérdida, perturbación o molestia de un interés, así éste se halle o no constituido en derecho, siempre que el mismo, en este último evento, esté legitimado por el ordenamiento jurídico”. *Op. cit.* [nota 12], pág. 259.

²⁰⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de junio de 1973, citando a MAZEAUD para fundar esta posición (RDJ, Tomo LXX, sec. 4ª, pág. 65). Existen numerosas sentencias que se pronuncian en el mismo sentido. A modo ilustrativo pueden consultarse las siguientes: Corte Suprema, 16 de octubre de 1954, que define el daño como “la violación de un interés legítimo” (RDJ, Tomo LI, sec. 1ª, pág. 488); Corte Suprema, 6 de noviembre de 1972, en la que se ha fallado que la responsabilidad civil “se origina en la transgresión de una norma jurídica que afecte al interés de una determinada persona” (RDJ, Tomo LXIX, sec. 4ª, pág. 181); Corte Suprema, 10 de agosto de 1971, que ha resuelto que daño “según el diccionario de nuestra lengua, es «el mal, perjuicio, aflicción o privación de un bien»”

No obstante, la noción de daño excluye aquellas incomodidades o molestias que las personas se causan recíprocamente como consecuencia normal de la vida en común²⁰⁸. Por ello, para que pueda hablarse de daño como fundamento de la responsabilidad civil éste debe ser *significativo*.

(RDJ, Tomo LXVIII, sec. 4ª, pág. 168); y, Corte Suprema, 8 de septiembre de 1954, en la se indica que “la palabra daño comprende, según el Diccionario de la Lengua, el perjuicio, dolor o molestia que se causa, por lo cual, interpretando este vocablo en su sentido natural y obvio, debe entenderse que comprende, a más del perjuicio pecuniario, el de carácter inmaterial, que se ocasione por un acto ajeno” (RDJ, Tomo LI, sec. 4ª, pág. 182).

²⁰⁸ Las discusiones sobre el límite de las molestias tolerables que son una consecuencia de la vida en común se plantean usualmente en conflictos sobre vecindad, que en nuestro derecho se han resuelto por la vía del recurso de protección. Sobre esta materia puede consultarse DOMÍNGUEZ AGUILA, *op. cit.* [nota 240], pág. 128. También, DIEZ, *op. cit.* [nota 240], pág. 34 y ss., y la jurisprudencia citada por este autor.

144. El interés debe ser legítimo. a) La primera exigencia del concepto jurídico de daño consiste en que sea *legítimo*. El requisito supone un juicio de valor acerca del interés invocado.²⁸

La legitimidad del interés no exige que éste responda a una situación legalmente establecida. En otras palabras, para ser tenido por legítimo, un interés no requiere estar reconocido por la ley, con la consecuencia, por ejemplo, de que si muere quien daba sustento económico a la demandan-

²⁸ Un detallado análisis histórico y sistemático del requisito de la legitimidad del interés reparable en el derecho francés, en Pradel 2004 21.

te, “no es factor decisivo para acoger la acción, el de que no se haya justificado su calidad de heredera de la víctima”.²⁹

La exigencia de legitimidad es un criterio para definir los límites de los intereses cautelados. Por eso, la legitimidad no está primariamente dada por criterios positivos: son legítimos todos los intereses que no son contrarios al derecho.³⁰ En principio, todo perjuicio a un interés valioso para la víctima es considerado daño reparable, si no resulta contrario a la ley o a las buenas costumbres.³¹ En otras palabras, el ámbito de protección no está definido de manera positiva, sino negativamente: en principio, cualquier interés es objeto de cautela, a menos que resulte ilegítimo.

b) Históricamente la exigencia de que el interés sea legítimo fue introducida por la jurisprudencia francesa para excluir la indemnización de los daños patrimoniales provocados por la muerte o incapacidad del *conviviente* que sostenía económicamente al demandante.³² El requisito de legitimidad del interés ha persistido, a pesar de que esa jurisprudencia concreta fue abandonada, reconociéndose como legítima, bajo ciertas exigencias de seriedad, la pretensión del conviviente.³³ El derecho comparado no presenta líneas unívocas en la definición del interés objeto de cautela en estos casos.³⁴

²⁹ CS, 9.9.1946, RDJ, t. XLIV, sec. 1^a, 131; tempranamente también se acogió la demanda de un padre por los perjuicios que le irrogó la muerte de un hijo ilegítimo (CS, 4.8.1933, RDJ, t. XXX, sec. 1^a, 524); asimismo, se ha reconocido acción en el caso de muerte de una mujer con quien el demandante se encontraba unido sólo por matrimonio religioso, sin que existiera entre ellos vínculo jurídico alguno (Corte de Santiago, 3.1.1945, G. de los T., 1945, 1^{er} sem., N° 46, 232, citado por Diez 1997 52).

³⁰ Zannoni 1987 10.

³¹ Carbonnier 2000 379, R. Domínguez Á. 1990 137.

³² Carbonnier 2000 379 y 389.

³³ Viney/Jourdain 1998 61. Es interesante constatar cómo la jurisprudencia tiende a seguir los cambios culturales al momento de concebir las buenas costumbres, como se muestra en que en Francia se haya reconocido legitimidad al interés del conviviente en 1970, como consecuencia de importantes cambios en la percepción pública de las uniones de hecho. Con posterioridad a este cambio jurisprudencial se produjo un decaimiento del requisito de legitimidad del interés invocado por la víctima; sin embargo, la doctrina tiende a revalorizarlo (referencias en Pradel 2004 133).

³⁴ Aunque el *common law* tradicionalmente negó acciones por daños que se siguen de la muerte de una persona, una ley especial inglesa sobre la materia (*Fatal Accidents Act*, 1976) reconoce acción sólo por daños patrimoniales al conviviente que mantenía una vida común con el fallecido a la época del accidente y durante los dos años anteriores (Jones 2002 704). En otros ordenamientos se ha mantenido limitada la extensión de la acción a quienes estaban en una relación de derecho con la víctima fatal: en el derecho norteamericano la acción reconocida por leyes estatales, también restringida a los daños patrimoniales, por lo general sólo beneficia al cónyuge y no al conviviente (Prosser/Keeton *et al.* 1984 907); en el derecho alemán sólo se reconoce acción a quienes tenían derecho legal de alimentos y por el monto de estos últimos (Kötz 1991 194); según la reciente reforma al código holandés en materia de obligaciones, la reparación se extiende al daño patrimonial (pero no moral) sufrido por el conviviente de la víctima, si tenía con ella una relación familiar de hecho, dependía total o



En Chile, Alessandri asumió la tendencia de su época del derecho francés y sostuvo la improcedencia de la acción del conviviente.³⁵ Aunque no hay jurisprudencia indiscutible en la materia, puede asumirse (como en materia contractual) que la noción de *buenas costumbres*, entendidas como límite a los intereses legítimos que reconoce el derecho civil, se ha desplazado creciente-mente desde los ámbitos de la organización de la familia y de la privacidad personal hacia la conducta en los negocios. De hecho, parte importante de la sociedad chilena forma su vida familiar fuera del matrimonio.³⁶

No es extraño, entonces, que la jurisprudencia nacional reconozca expresamente la convivencia como situación de hecho que produce efectos jurídicos y le atribuya algunos efectos civiles patrimoniales.³⁷ A su vez, la legislación laboral reconoce la calidad de beneficiaria del seguro social de accidentes del trabajo y de enfermedades profesionales a la conviviente que ha tenido hijos con el trabajador muerto (Ley de accidentes del trabajo, artículos 43 y 45). Asimismo, el legislador ha declarado al conviviente beneficiario del seguro obligatorio de accidentes de la circulación (ley N° 18.490, artículo 31);³⁸ la tendencia ha sido completada por el Código Procesal Penal, que incluye al conviviente entre las víctimas de un delito con resultado de muerte, lo que puede darle una pretensión indemnizatoria (artículos 108 II y 59).³⁹

En tales circunstancias, no hay razón para estimar que los convivientes no tienen un interés legítimo en la vida y salud del otro, a condición de que concurren los requisitos de estabilidad en el tiempo, reciprocidad patrimonial y auxilio y, si los hay, hijos criados en común, todo lo cual permite mostrar la seriedad de la relación.⁴⁰

sustancialmente de lo que el fallecido proveía, pudiendo esperarse que así también sucedería en el futuro, y no pueda sustentarse razonablemente por sí mismo (Cód. hol., § 6.108 1c). Se comprueba que en el derecho comparado la legitimidad *jurídica* del interés no siempre es objeto de reglas tan generosas como las del derecho francés.

³⁵ “(...) puesto que invocaría su propia inmoralidad, los beneficios que le reportaba su conducta irregular” (Alessandri 1943 212).

³⁶ En una cifra cercana al 40% los hijos nacen en Chile fuera del matrimonio (un análisis sociológico en Irrarázaval/Valenzuela 1993 146).

³⁷ CS, 31.7.1943, RDJ, t. XL, sec. 1ª, 89; CS, 3.5.1957, RDJ, t. LIV, sec. 1ª, 71; CS, 14.12.1970, RDJ, t. LXVII, sec. 1ª, 583; CS, 6.4.1994, RDJ, t. XCI, sec. 1ª, 30. Sobre otros efectos civiles del concubinato, Ramos 2005 620.

³⁸ Estas leyes se refieren, respectivamente, a “*la madre de sus hijos*”, que “*hubiere estado viviendo a expensas de éste [del trabajador] hasta el momento de su muerte*” y a “*la madre de los hijos naturales de la víctima*”.

³⁹ La norma del artículo 108 II del Código Procesal Penal establece una prelación a efectos de ser considerada víctima, que sea titular de las acciones civiles, donde el conviviente está pospuesto al cónyuge, a los hijos y a los ascendientes, pero antepuesto a los hermanos y al adoptado o adoptante.

⁴⁰ Corte de Concepción, 4.12.2000, confirmada por la CS [cas. fondo], 5.3.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 1ª, 27, publicada también en F. del M. 496, I. La Corte de Casación francesa ha estimado a partir de 1970 que la indemnización del daño reflejo no exige un vínculo jurídico entre la víctima directa y la refleja (Pradel 2004 47).

c) Más allá de la pregunta histórica de la convivencia, la pregunta por los intereses que el derecho reconoce como legítimos no sólo está determinada por las convenciones sociales acerca de lo que es correcto, sino también por los derechos de la personalidad, cautelados por la Constitución, que garantizan significativos grados de autonomía en la definición del curso que cada cual puede dar a su propia vida en estas materias. Así y todo, la exigencia de legitimidad del interés envuelve un juicio moral que exige algún grado de intersubjetividad, porque el interés cautelado no es algo que sólo resulte atingente a la víctima, sino también al tercero. En efecto, no se puede ignorar que la afirmación de que cierto interés es legítimo lo transforma en un *bien jurídico*, cuya lesión está amparada por una acción de responsabilidad en contra de ese tercero.⁴¹

En el derecho comparado, los casos más difíciles que plantean preguntas de legitimidad de los intereses en juego se refieren al nacimiento de niños que sus padres no han querido concebir, o que no habrían querido dar a luz si hubiesen sabido las graves enfermedades o deformaciones que soportaban. Precisamente en atención a lo extremo de las preguntas que plantean estos casos, serán objeto de un análisis especial (*infra* § 26).

Fuera de estos casos, que plantean preguntas morales en el límite, es en el ámbito de los negocios donde la legitimidad del interés constituye una frontera particularmente relevante del daño indemnizable. Así, por ejemplo, no invoca un interés legítimo quien demanda indemnización por el lucro cesante proveniente de una actividad económica irregular; o quien conscientemente ha participado en el acto ilícito que le causó perjuicio (por ejemplo, quien ha consentido recibir un cheque que sabía sin fondos).⁴²

d) Una hipótesis distinta a las referidas plantea la víctima que se encuentra en una *situación ilícita*, pero cuyo interés lesionado es lícito. Es el caso, por ejemplo, de quien viaja sin haber pagado el pasaje y reclama indemnización por los daños corporales sufridos en el transporte; o del autor de un hurto menor que demanda reparación por una reacción que sobrepasa los límites de proporcionalidad de la legítima defensa. En estos casos, de *indignidad de la víctima*, el interés es legítimo (lesión de la integri-

⁴¹ Deutsch/Ahrens 2002 195. Un extremo positivismo en la noción de interés tiene por consecuencia contradecir el supuesto de correlatividad que subyace a la responsabilidad civil, que no sólo compromete a quien desarrolla una cierta forma de vida, sino a quien debe responder por los intereses vinculados a esa forma de vida. Ello vale especialmente para el daño moral reflejo, que en importantes ordenamientos jurídicos bajo ningún respecto es objeto de reparación (*infra* § 25 c). En el extremo, resulta reprochable, desde este punto de vista, la doctrina de una corte francesa que autoriza obtener reparación a la conviviente adúltera por la muerte de su pareja de hecho y luego por la de su marido, en la medida que haya habido un 'plazo decente' entre ambas (Corte de París, 19.11.1976); y la de la Corte de Casación de ese país, que ha reconocido como legítimo el interés de la conviviente que no vivía con su pareja (cass. crim. 2.3.1982). Crítico de esta evolución excesiva, Chabas 2000 b N° 91 (con indicación de fuentes de los fallos aquí referidos); véase también Viney/Jourdain 1998 62.

⁴² Le Tourneau/Cadiet 2002/03 N° 672.



dad corporal) y, en consecuencia, no existe obstáculo para el ejercicio de la acción; pero la responsabilidad del autor podrá ser disminuida con fundamento en el instituto de la *culpa de la víctima*, que consagra el artículo 2330, si ésta ha influido causalmente en el daño (*infra* N° 289).⁴³

145. El daño debe ser significativo. a) La noción de daño excluye aquellas incomodidades o molestias que las personas se causan recíprocamente como consecuencia normal de la vida en común. Los beneficios de la vida en sociedad exigen inevitablemente ciertos grados recíprocos de tolerancia respecto de las turbaciones provocadas por los demás. Por eso, no toda turbación da lugar a reparación. En definitiva, el daño sólo da lugar a responsabilidad civil si es *significativo o anormal*.⁴⁴ Siguiendo a Carbonnier, puede decirse en materia de daño que “lo que no es serio no es jurídico”.⁴⁵

b) La pregunta por el umbral a partir del cual el daño pasa a ser *significativo* se plantea principalmente en materia de *daño moral*.⁴⁶ El límite de reparabilidad de los daños patrimoniales es más bien práctico que jurídico, pues está dado por el costo de seguir un proceso judicial por una pretensión de cuantía insignificante (por ejemplo, en caso de destrucción de una cosa de valor exiguo). El daño moral, por el contrario, es frecuentemente una lotería de valores más inciertos, en atención a la dificultad para valorarlo en dinero y la relativa dispersión de las indemnizaciones reconocidas por los jueces (*infra* N°s 191 y 201). Así se explica su fuerza expansiva ilimitada, lo que, a su vez, impone la necesidad práctica de fijar sus límites para evitar que toda molestia, frustración personal o el simple ‘impacto negativo’ sea transformado en un daño en búsqueda de un responsable.⁴⁷

⁴³ Sobre estas cuestiones, Mazeaud/Chabas 1998 602 y Chabas 2001 107.

⁴⁴ Alessandri 1943 213 no acepta este criterio, que se ha asentado con posterioridad en el derecho comparado, expresando que si el interés es legítimo habrá daño reparable, “aunque esa pérdida, disminución, detrimento o menoscabo no recaiga sobre un derecho de que la víctima sea dueña o poseedora y aunque su cuantía sea insignificante o de difícil apreciación”. En un sentido inverso R. Domínguez Á. 1990 128, Díez 1997 34, Corral 2003 146. En concordancia con esta tesis (aunque la calificación de insignificancia sea discutible), se ha fallado que las molestias que genera un juicio no son indemnizables (Corte de Santiago, 31.3.1970, RDJ, t. LXVII, sec 4°, 42).

⁴⁵ Carbonnier 2001 78.

⁴⁶ La jurisprudencia alemana habla de *daños de bagatela* y los circunscribe al daño moral consistente en turbaciones pequeñas y temporales del bienestar del demandante. Esta limitación de los perjuicios reparables incluso alcanza pequeñas heridas y privaciones de libertad por un par de horas con ocasión de redadas o de incidentes (Palandt/Heinrichs § 253 24).

⁴⁷ Vicente en Reglero 2002 a 202. A pesar de que nuestra jurisprudencia suele usar expresiones muy genéricas para referirse al daño moral indemnizable (véase CS, 24.6.2003, rol N° 921-2002, comentada por Court 2004 89), la tendencia general ha sido que sólo se reparan daños efectivamente significativos (en ese caso, inundaciones en una casa a consecuencia de trabajos municipales deficientes).

El problema de los límites de la responsabilidad en razón de la significancia del daño parece en particular agudo respecto de lo que genéricamente se ha llamado en el derecho francés ‘perjuicio de agrado’ (*infra* N° 206), que puede comprender desde las molestias de una mujer mundana que no puede usar escote durante algunos meses,⁴⁸ hasta la incapacidad física total para realizar actividades que exijan algún despliegue físico. En este punto se plantean divergencias mayores entre los diversos sistemas jurídicos. Por lo general, el derecho comparado no sigue al derecho francés en la expansión del perjuicio de agrado a molestias como las referidas, ni a la indemnización del daño derivado del especial afecto que se tiene a una cosa o una mascota (*infra* N° 232).⁴⁹ Por eso, conviene tener claro que la determinación del umbral a partir del cual se tiene un interés por significativo es una cuestión normativa, que en cada sistema jurídico es objeto de precisión jurisprudencial. El derecho chileno ha seguido una orientación más bien moderada en la expansión de los intereses reparables.⁵⁰

c) Las discusiones sobre el límite de las molestias tolerables que son una consecuencia de la vida en común se plantean usualmente en conflictos de *vecindad* y, vinculadas a éstos, respecto de las turbaciones al *medio ambiente*.

Es precisamente en materia de *daño ambiental* donde el legislador ha introducido en forma expresa el criterio de relevancia, al exigir como condición de la reparabilidad que el daño sea significativo, atendiendo a su magnitud y duración⁵¹ (*infra* § 55). Por eso, por ejemplo, quienes por años han disfrutado de la visita espontánea de cierto tipo de pájaros o de una vista privilegiada, no sufren un daño ambiental relevante si por hechos del hombre los pájaros dejan de llegar al jardín o si una urbanización autorizada les priva de la vista de la que antes disfrutaban.⁵²

En materia de *relaciones de vecindad*, la calificación de las molestias como excesivas usualmente atiende a si los inconvenientes son anormales u ordinarios. Esta noción de *anormalidad* ha sido empleada desde antiguo para rechazar demandas de perjuicios por molestias consideradas admisibles,

⁴⁸ Chabas 2000 b N° 85.

⁴⁹ Von Bar 1996 II 5, con referencias a los derechos alemán, inglés, austríaco y escandinavo. Lo mismo puede decirse del derecho italiano, que restringe la reparación del daño moral a los casos previstos por la ley (Cód. ital., artículo 2059). En España, la reparación del daño moral parece no estar sujeta a limitaciones conceptuales definidas (Pantaleón en Paz-Ares *et al.* 1991 1992; L. Díez-Picazo 1999 307, citando a Pantaleón). Refiriéndose al derecho francés, Chabas 2000 b N° 89 ironiza sobre el daño moral por la muerte de un animal, tratándolo como un ‘daño por repercusión’, en tanto el animal es asimilado a un miembro de la familia.

⁵⁰ Así, por ejemplo, se ha fallado que no procede la indemnización de daño moral por daño a las cosas (Corte de Concepción, 3.4.2001, confirmada por la CS [cas. fondo], 27.3.2002, con referencia a que el daño moral es “el *pretium doloris* que afecta a la integridad espiritual de la persona”, CJ 261, 80).

⁵¹ Ley del medio ambiente, artículos 2 letra e y 11 letra e.

⁵² En la materia parece haber coincidencia en el derecho comparado (Von Bar 1996 II 5).



atendiendo a su intensidad y duración (un ruido intenso, pero ocasional, no dará derecho a la reparación, pero sí uno permanente y lacerante), y al entorno donde ocurre (hay perturbaciones normales en un barrio industrial, olores habituales en zona rural, privaciones de sol ordinarias en zonas urbanas).⁵³

La tesis de que sólo dan lugar a reparación las molestias anormales y excesivas de vecindad ha sido asumida por la doctrina⁵⁴ y por la jurisprudencia, especialmente conociendo de recursos de protección, dirigidos a hacer cesar en naturaleza la turbación (*infra* N° 582). En un fallo, que establece una doctrina que puede ser generalizada, la Corte Suprema ha argumentado que no cabe acoger un recurso de protección respecto de molestias que obedecen a “hechos que son consecuencia e inherentes de la propiedad y de la vecindad y que los copropietarios y comuneros generalmente deben soportar”, porque resulta necesaria una “tolerancia recíproca que haga posible el desenvolvimiento racional de la vida y las actividades de todos los interesados”.⁵⁵ Debe entenderse que el mismo principio resulta aplicable a las acciones indemnizatorias.

d) En definitiva, se puede comprobar que por vía jurisprudencial, doctrinaria y legislativa se ha ido configurando la idea que el principio de que todo daño debe ser reparado encuentra su límite en que el daño sea significativo o anormal.

146. Los intereses cautelados en la forma de garantías constitucionales.

a) Aunque no todo daño resulte de la lesión de un derecho (como ocurre, por ejemplo, con la muerte de un hijo, sobre cuya vida no se tiene derecho alguno), el grupo de bienes más inequívocamente cautelado por la acción de responsabilidad civil se expresa en los derechos constitucionales. En particular, resultan relevantes en materia de responsabilidad civil los *derechos de la personalidad moral*, asociados a la idea de dignidad de la persona humana y que han sido articulados como garantías en la tradición del constitucionalismo.

El derecho civil no reconoció explícitamente los derechos de la personalidad como bienes jurídicos objeto de protección. Es característico que al momento de tratar la persona las obras generales, se limitaran, en esen-

⁵³ Para apreciar la *anormalidad* no se toma en consideración ni la sensibilidad particular de la víctima ni su eventual instalación anterior en la propiedad. Sobre la responsabilidad por molestias de vecindad en el derecho francés actual: Viney/Jourdain 1998 1063 y Le Tourneau/Cadiet 2002/03 N° 1295.

⁵⁴ R. Domínguez Á. 1990 128.

⁵⁵ CS, 4.5.1983, F. del M. 294, 162; Díez 1997 34 cita, además del fallo referido, Corte de Santiago, 5.10.1989, RDJ, t. LXXXVII, sec. 5ª, 18; Corte de Santiago, 29.4.1992, RDJ, t. LXXXIX, sec. 5ª, 178; Corte de Concepción 17.7.1990, F. del M. 382, 471; Corte de Santiago, 22.1.1991, F. del M. 389, 65; Corte de Temuco, 30.8.1993, F. del M. 418, 746; Corte de Arica, 7.5.1992, F. del M. 403, 311 (todas sentencias confirmadas por la Corte Suprema). Referencias a la doctrina jurisprudencial francesa, que sigue criterios análogos en la materia, en R. Domínguez Á. 1990 128 nota 14.

cia, a describir los atributos puramente funcionales de la personalidad (nombre, domicilio, estado civil).⁵⁶ Sin embargo, el principio de que los derechos de la personalidad moral *deben* ser tenidos por intereses legítimos impone que también sean debidamente reconocidos por el derecho civil. Además, en el derecho contemporáneo ese reconocimiento ha corrido a parejas con la progresiva extensión de la acción de responsabilidad civil hacia la protección de bienes puramente morales.

Conviene recordar que tradicionalmente el concepto de propiedad estaba asentado en la tradición del derecho romano, en una época que desconocía la noción moderna de derechos naturales de la personalidad moral. Por eso, el cambio más importante que ha impulsado el constitucionalismo ha sido el acento en la cautela de los derechos puramente morales de la personalidad (*infra* § 22). Aunque buena parte de estos bienes han sido resguardados por el derecho civil (vida, integridad corporal, honor, intimidad), la Constitución altera el estatuto protector al consagrar las garantías constitucionales, porque se trata de intereses que devienen en derechos que no pueden ser ignorados por el derecho civil.

b) Ante todo, están cauteladas la *vida* y la *integridad corporal* (artículo 19 N° 1), que han dado lugar en el derecho civil a la categoría del daño corporal, que presenta tanto aspectos patrimoniales como puramente morales (*infra* N° 149). En segundo lugar, el derecho civil protege la *libertad personal* (artículo 19 N° 7), tanto respecto de los actos ilegítimos e injustificados de apresamiento, como en lo que afecta la autodeterminación moral de la persona. En tercer lugar, las normas de responsabilidad civil cautelan la *intimidad* y la *privacidad* (artículo 19 N° 4), que pueden verse afectadas tanto por la irrupción en la intimidad ajena por medios físicos, o por la publicidad de hechos que la persona tiene derecho a que permanezcan en secreto, como por la apropiación de obras o de atributos de la personalidad (creaciones artísticas, científicas o literarias; nombre; imagen; voz); en circunstancias que esta materia es objeto de muy finas distinciones en el derecho actual, la materia será tratada por separado (*infra* § 44). En cuarto lugar, está cautelada la *honra* (artículo 19 N° 4), cuya lesión por actos difamatorios da lugar a responsabilidad bajo condiciones que también son objeto de un análisis especial en este libro (*infra* § 45). Finalmente, bajo ciertas circunstancias debidamente acreditadas, también puede dar lugar a responsabilidad civil la lesión a las *libertades de conciencia, de asociación, de expresión* y, en general, de toda garantía cuya lesión se traduzca en un menoscabo o detrimento a los intereses no patrimoniales del demandante. En circunstancias que la libertad de expresión puede entrar en conflicto con los derechos a la honra y a la privacidad, en materia de

⁵⁶ La doctrina jurídica más influyente no hacía referencia a los derechos de la personalidad, sino sólo a los atributos técnicos del nombre, estado civil y domicilio al tratar la persona (véanse, por ejemplo, Coviello 1938 164; Planiol/Ripert 1926 N° 143). En el derecho chileno, el primer texto de derecho civil que trata sistemáticamente los derechos de la personalidad parece ser Ducci 1980 151.



responsabilidad civil aquélla es relevante al momento de determinar en concreto el alcance de la protección de estos derechos (*infra* N° 373).

c) Los derechos constitucionales son intereses legítimos que están resguardados por el derecho civil. Por tratarse de bienes de la más alta jerarquía en el ordenamiento jurídico, debe entenderse, además, que se trata de intereses significativos, en la medida que estén esencialmente comprometidos. Pero las condiciones de la reparación están dadas por el derecho de la responsabilidad civil.⁵⁷ En otras palabras, la dignificación constitucional de estos bienes los hace necesariamente objeto de cautela mediante el derecho de la responsabilidad civil, pero de ello no se sigue una alteración de la lógica interna de este ordenamiento.

La lesión de la honra, por ejemplo, es objeto de protección civil por los perjuicios morales y patrimoniales que de ella se sigan, pero siempre bajo las exigencias generales de que el hecho sea culpable y esté en relación causal con el daño sufrido por el demandado. Por otra parte, aunque la dignificación constitucional de la honra exija que sea protegida como bien jurídico en sede civil, de ello no se sigue que esa protección no deba considerar otros bienes jurídicos concurrentes (como la libertad de expresión), ni permite obtener conclusiones acerca del *quantum* indemnizatorio.

En otras palabras, las preguntas decisivas del juicio de responsabilidad civil quedan entregadas a la lógica del derecho civil, aunque se trate de bienes que tienen jerarquía constitucional. Por eso, debe mirarse con reserva la pretensión que de ese juego recíproco entre las garantías constitucionales y el derecho de la responsabilidad civil se siga una especie de ‘constitucionalización’ del derecho civil (*infra* § 22).

⁵⁷ La jurisprudencia chilena en materia de acción de protección ha mostrado que ésta puede ser una acción eficaz para resolver casos en que se requiere resolver con urgencia turbaciones a intereses de distinta significación, que, en algunos casos, difícilmente pueden ser tipificados como derechos constitucionales (Jana/Marín 1996 *passim*; *infra* N° 652).

67. Tipos de daño. El artículo 2314 del Código Civil, que contiene el principio general de la responsabilidad por culpa, se refiere sólo genéricamente a la *indemnización*, sin atender a los tipos de daño. Por su parte, el artículo 1556, que por su carácter general resulta igualmente aplicable al ámbito extracontractual²⁰⁹, establece que la indemnización de perjuicios comprende el *daño emergente* y el *lucro cesante*. En un desarrollo *extra legem* (que, en verdad en *contra legem* si se atiende a la norma del artículo 2331 del Código Civil), la jurisprudencia ha ampliado la reparación al daño moral. Para ello se buscó tempranamente refugio en el artículo 2329 del Código Civil que extiende la reparación a *todo daño* que pueda imputarse a dolo o negligencia de otra persona.

En definitiva, atendiendo a la naturaleza del bien lesionado, los daños reparables han sido clasificados tradicionalmente en dos grandes categorías²¹⁰:

- (a) Daños materiales o patrimoniales, y
- (b) Daños morales o extrapatrimoniales.

Además, la doctrina ha desarrollado una tercera categoría que comprende los denominados *daños corporales*, que si bien participan de las características de las dos categorías tradicionales, plantean ciertas particularidades (como en materia de daño mediato) que justifican su tratamiento por separado.

En este tipo de daños es fácil confundir la materialidad de la lesión corporal con el daño en sentido jurídico. La lesión corporal da lugar a un daño material, de carácter patrimonial, en la forma de daño emergente (costos del tratamiento médico, por ejemplo) y de lucro cesante (incapacidad absoluta o relativa para ganarse la vida). Fuera de este ámbito patrimonial, las lesiones corporales constituyen daño moral para la víctima²¹¹.

²⁰⁹ Esta es la opinión de ALESSANDRI, *op. cit.* [nota 1], pág. 547, ratificada por la jurisprudencia. Así, la Corte Suprema ha señalado que “toda indemnización de perjuicios comprende, según el artículo 1556 del Código Civil, el daño emergente y el lucro cesante...” (23 de agosto de 1912, RDJ, Tomo XI, sec. 1ª, pág. 188). En el mismo sentido se pronuncian, entre otras, las siguientes sentencias: Corte Suprema, 26 de noviembre de 1970 (RDJ, Tomo LVII, sec. 1ª, pág. 535); y, Corte de Apelaciones de Chillán (5 de octubre de 1970, RDJ, Tomo LXVII, sec. 2ª, pág. 85).

²¹⁰ Así, por ejemplo, ALESSANDRI, *op. cit.* [nota 1], pág. 220; también, Sergio GATICA, *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1959, pág. 93, que a pesar de tratar el aspecto contractual de la responsabilidad civil puede ser consultada como obra de carácter general en diversos aspectos. La clasificación también es compartida por la jurisprudencia, a modo de ejemplo pueden verse las siguientes sentencias: Corte Suprema, 16 de diciembre de 1922, con un detallado razonamiento sobre la procedencia del daño moral (RDJ, Tomo XXI, sec. 1ª, pág. 1053); Corte Suprema, 8 de septiembre de 1954 (RDJ, Tomo LI, sec. 4ª, pág. 182); Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de junio de 1973 (RDJ, Tomo LXX, sec. 4ª, pág. 65); y, Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de marzo de 1985, que señala que estas dos categorías de daños “deriva directamente de la consecuencia lógica de la clasificación de los derechos subjetivos en dos grandes grupos: los derechos patrimoniales y los extrapatrimoniales o inherentes a la personalidad” (RDJ, Tomo LXXXII, sec. 2ª, pág. 6).

²¹¹ Un claro ejemplo fue el caso de una menor que sufrió la pérdida de su brazo derecho en un accidente de tránsito. Refiriéndose al daño, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago señaló que la amputación “le ha acarreado un daño material evidente, desde el momento que dada su condición de inválida quedará privada de ejercitar cualquiera labor útil durante toda su vida” y, que “junto al daño material recibido por la menor, es preciso considerar también el daño moral que toda persona recibe al verse privada de un miembro de su cuerpo y que también es indemnizable”, para agregar,

Los daños corporales generan consecuencias tanto de índole patrimonial (la pérdida de la capacidad de trabajo, por ejemplo) como extrapatrimonial (el dolor, la aflicción o el decaimiento de ánimo a consecuencia de las lesiones corporales) y, excepcionalmente, llevan aparejados daños a víctimas indirectas (como el daño moral ocasionado a los parientes de la víctima) que, a veces, la jurisprudencia extiende aún en caso de lesiones que no causan la muerte²¹².

El principio general en materia de indemnización es que ésta comprende todo daño, es decir, que la indemnización debe ser íntegra, debiendo producirse una equivalencia entre el daño generado y la indemnización pagada (con la sola excepción de lo dispuesto en el artículo 2331 del Código Civil que en la práctica ha caído en desuso²¹³). Así se desprende de los artículos 2314 y 2329 del referido código.

68. Daño material. Es daño material el que afecta el patrimonio, y se manifiesta en la diferencia entre el estado y posición económica de la víctima después de ocurrido el accidente, y la situación en que hipotéticamente se encontraría en caso de que éste no hubiere ocurrido²¹⁴. El daño material se calcula, en consecuencia, siguiendo el *principio de la diferencia* entre la situación patrimonial efectiva y la hipotética, si no hubiese ocurrido el hecho por el cual se responde.

El daño material puede ser de dos clases²¹⁵: (a) daño emergente, y (b) lucro cesante²¹⁶.

que “el daño moral derivado del accidente... no sólo lo ha recibido la menor, sino principalmente sus padres, que han debido sufrir la amargura consiguiente al ver a su hijita inválida para toda la vida por un hecho imputable a negligencia de terceros” (25 de mayo de 1945, confirmada por la Corte Suprema [cas. fondo] sin referirse a la materia, RDJ, Tomo XLIII, sec. 1ª, pág. 495).

²¹² Se ha resuelto que el accidente que ocasionó la amputación de una pierna de la víctima tiene un doble efecto, material y moral, y que “el material, es la pérdida, en la especie, de la integridad corporal de un individuo, que se traduce en la disminución de su capacidad de trabajo. Y el otro, el moral, afecta a su psiquis, que se exterioriza en una depresión, en un complejo, en una angustia constante y permanente, que, como aquél, repercute en su actividad de trabajo y, por ende, en sus facultades económicas” (Corte Suprema, 3 de julio de 1951, RDJ, Tomo XLVIII, sec. 1ª, pág. 252). Otros casos en que de un mismo hecho que ocasiona daños a la integridad física resultan efectos patrimoniales y extrapatrimoniales, pueden verse en las siguientes sentencias: Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de mayo de 1933 (RDJ, Tomo XXXII, sec. 1ª, pág. 10); Corte Suprema, 23 de agosto de 1951 (RDJ, Tomo XLVIII, sec. 4ª, pág. 186); y, Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de agosto de 1960 (RDJ, Tomo LVII, sec. 4ª, pág. 229).

²¹³ El artículo 19 N°4 de la Constitución Política hace referencia a las indemnizaciones que proceden por atentados a la honra y a la privacidad de las personas, que esencialmente se materializan en daño moral. Véase especialmente además el artículo 19 N°7 letra i) de la Constitución Política.

²¹⁴ Para ALESSANDRI, el daño material “lesiona a la víctima pecuniariamente, sea disminuyendo su patrimonio o menoscabando sus medios de acción; la víctima, después del daño, es menos rica que antes”. *Op. cit.* [nota 1], pág. 220. Según GATICA, quien se refiere al daño patrimonial en materia contractual: “Este daño se manifiesta en la diferencia que existe entre el valor del patrimonio antes de producirse la infracción [del contrato] y el que presenta una vez acaecida”. *Op. cit.* [nota 246], pág. 93.

²¹⁵ ALESSANDRI distingue además entre daños materiales a las personas y a las cosas. *Op. cit.* [nota 1], pág. 221.

²¹⁶ Para ALESSANDRI, el daño emergente es “la pérdida o disminución efectiva que la víctima ha experimentado en su patrimonio”, y el lucro cesante, “lo que dejó de ganar o percibir a consecuencia del delito o cuasidelito”. *Ibidem*, pág. 547. En materia contractual ambos tipos de daño son definidos

69. Daño emergente. Consistente en la pérdida o disminución patrimonial, actual y efectiva que sufre la víctima a causa del accidente²¹⁷. A consecuencias del daño emergente el activo del patrimonio pesa menos. El daño emergente puede consistir en la destrucción o el deterioro de cosas que poseen valor económico, en los costos en que ha de incurrir la víctima a causa del accidente, o bien, en un perjuicio puramente económico.

Tratándose de la destrucción de una cosa, la indemnización corresponderá a su valor de reposición, según el estado en que se encontraba antes del hecho²¹⁸. Si la cosa sufre deterioro, la indemnización debe consistir en la suma que es necesario gastar para su completa reparación, y la víctima tiene derecho a ser compensada además por el menor valor que tenga la cosa después de reparada²¹⁹. Habrá casos en que la reparación resulte más costosa que la cosa misma (ciertos automóviles, por ejemplo); en tal evento, el restablecimiento al estado patrimonial inmediatamente anterior al accidente se logrará pagando a la víctima el precio de la cosa²²⁰.

También constituyen daño emergente los gastos en que debe incurrir la víctima a causa del accidente, por concepto de hospitalización, honorarios médicos, medicamentos, arriendo de un vehículo que reemplace al dañado mientras dura la reparación y otros semejantes²²¹.

Los daños económicos o puramente patrimoniales, en tanto, son aquellos que no se traducen en detrimento de cosas determinadas, pero que, sin embargo, afectan al patrimonio. Tal es el daño que sufre el comerciante que es víctima de competencia desleal, si su negocio pierde valor a consecuencia de publicidad engañosa. A diferencia

de manera análoga. Así, según GATICA, el primero consiste en “el menoscabo de los bienes que forman actualmente el patrimonio del acreedor”, mientras que el segundo es definido como “la privación de una ganancia que el acreedor habría podido legítima y fundadamente obtener, a no mediar el incumplimiento la obligación”. *Op. cit.* [nota 246], pág. 107.

²¹⁷ Al respecto se ha fallado que “el daño emergente es el empobrecimiento real y efectivo padecido por quien pide que se le indemnice” (Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de diciembre de 1984, RDJ, Tomo LXXXI, sec. 4ª, pág. 266). Por su parte, la Corte Suprema ha señalado que este tipo de daño consiste en un “desmedro real y efectivo en su patrimonio” (2 de marzo de 1977, Fallos del Mes, N°220, sent. 1, pág. 25).

²¹⁸ Así se desprende de lo resuelto por la Corte Suprema en sentencia de 4 de enero de 1971 (RDJ, Tomo LXVIII, sec. 1ª, pág. 1).

²¹⁹ La Corte de Apelaciones de Santiago ha señalado que “la desvalorización de una cosa importa un daño susceptible de ser indemnizado” (12 de agosto de 1942, RDJ, Tomo XL, sec. 2ª, pág. 33). En otro caso de daños ocasionados a un vehículo, se dijo que procede indemnizar por el costo de reparación y por concepto de desvalorización (Corte Suprema, 24 de junio de 1980, RDJ, Tomo LXXVII, sec. 4ª, pág. 95; la misma sentencia en Fallos del Mes N°259, sent. 4, pág. 168).

²²⁰ El problema se presenta cuando la cosa tiene un valor afectivo que sea reconocido por los usos sociales. Es el caso de la mascota atropellada, cuyo costo de “reposición” puede ser muy inferior al de la intervención quirúrgica para salvarle la vida. Dentro de cierta proporcionalidad, el daño sólo puede ser reparado en este caso con el tratamiento veterinario.

²²¹ Ejemplo de este tipo de daños pueden consultarse en las siguientes sentencias: Corte Suprema, 23 de agosto de 1951 (RDJ, Tomo XLVIII, sec. 4ª, pág. 186); Corte de Apelaciones de Temuco, 29 de junio de 1972 (RDJ, Tomo LXIX, sec. 4ª, pág. 66); y, Corte Suprema, 24 de junio de 1980 (RDJ, Tomo LXXVII, sec. 4ª, pág. 95, también en Fallos del Mes N°259, sent. 4, pág. 168).

de lo que ocurre en el *common law*, en nuestra tradición jurídica nada obsta para incluir estos daños en la reparación, pues bajo el principio de la diferencia toda pérdida patrimonial neta da lugar a un daño indemnizable.

70. Lucro cesante. Puede definirse como la pérdida del incremento neto que habría tenido el patrimonio de la víctima de no haber ocurrido el hecho por el cual un tercero es responsable.

Refiriéndose a la materia, la jurisprudencia nacional ha afirmado que “la característica de esta clase de daño se produce por lo que el actor deja de percibir como consecuencia del hecho ilícito”²²². Se ha fallado que el lucro cesante “lo constituyen los intereses del capital en que se avalúa ó estima el monto real y efectivo del perjuicio causado” [sic]²²³.

También es lucro cesante la pérdida de oportunidades de uso y goce de la cosa dañada, aún cuando ésta pérdida no se traduzca en perjuicio económico presente, como el que experimenta la víctima que se ve obligada a dejar de usar su automóvil, deteriorado a consecuencia de un accidente. Por el contrario, el mismo daño será calificado de daño emergente si la víctima se ha procurado un automóvil arrendado.

La determinación del lucro cesante considera un grado razonable de probabilidad en la percepción de los ingresos futuros, y obedece a una proyección del curso normal de los acontecimientos, atendidas las circunstancias particulares de la víctima²²⁴.

Existen casos en que esa probabilidad es cercana a la certeza, como ocurre en general con el dinero. En ese evento, el lucro cesante será igual al interés que la víctima habría ganado de no mediar el hecho. Pero, en general, la probabilidad de ganancia será más incierta, y de ahí que la jurisprudencia haya concluido que “para avaluar el lucro cesante, deben proporcionarse antecedentes más o menos ciertos que permitan determinar una ganancia probable que dejó de percibirse a consecuencia del delito o cuasi-delito” [sic]²²⁵. La certidumbre del daño, que la doctrina suele señalar como

²²² Corte Suprema, 4 de enero de 1971 (RDJ, Tomo LXVIII, sec. 1ª, pág. 1). En el mismo sentido se pronuncian también las siguientes sentencias: Corte Suprema, 26 de noviembre de 1970 (RDJ, Tomo LXVII, sec. 1ª, pág. 535); y, Corte de Apelaciones Pedro Aguirre Cerda, 6 de octubre de 1986 (RDJ, Tomo LXXXIII, sec. 4ª, pág. 248).

²²³ Corte Suprema, 23 de agosto de 1912 (RDJ, Tomo XI, sec. 1ª, pág. 188). A veces el lucro cesante es extendido más allá de las fronteras del daño moral; por ejemplo, a las pérdidas que experimenta una madre que deja de hacer clases particulares por el dolor que le causa la muerte de su hijo, pues éstas representan “utilidades que dejaron de percibirse a consecuencia del cuasi-delito” [sic] (Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de mayo de 1944, RDJ, Tomo XLI, sec. 2ª, pág. 41).

²²⁴ Un ejemplo de determinación de lucro cesante siguiendo estos criterios, se encuentra en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Tacna de fecha 21 de diciembre de 1904, en la que para calcular el monto de la indemnización a que tenía derecho la víctima que había quedado físicamente imposibilitada para el trabajo, se señala que “teniendo en consideración la edad del demandante, sus condiciones de robustez, sus hábitos y posición, puede estimarse en \$50 mensuales la cantidad que necesita para vivir conveniente y modestamente y dentro del término aproximado y prudente de vida, durante veinte años más...” (RDJ, Tomo III, sec. 2ª, pág. 109). Otra sentencia que efectúa un cálculo similar de probabilidad es la de Corte de Apelaciones de Tacna, de 27 de octubre de 1906 (RDJ, Tomo IV, sec. 2ª, pág. 93).

²²⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de mayo de 1944 (RDJ, Tomo XLI, sec. 2ª, pág. 41). También se ha fallado que para la determinación del lucro cesante “no basta la simple estimación de la posible duración de la vida laboral de la víctima para inferir de ello lo que su familia habría dejado de

condición de su reparabilidad, debe ser calificada en el caso del lucro cesante, pues rara vez habrá certeza de que el provecho se habría efectivamente producido. El cálculo del lucro cesante exige, en consecuencia, aplicar un cálculo probabilístico de su efectiva ocurrencia.

El lucro cesante será determinado usualmente por medio de presunciones e informes periciales. La prueba deberá demostrar usualmente que la víctima percibía ingresos, y que los habría seguido percibiendo de no mediar el daño. En otros casos deberá mostrarse una expectativa razonablemente probable de que se habría obtenido el beneficio. En el caso del lucro cesante, el requisito de la certidumbre del daño expresa esa razonable probabilidad mínima de su ocurrencia²²⁶.

71. Daño moral. Nociones. El daño moral ha sido objeto de reparación sólo en el último siglo. El Código Civil no contiene una definición de daño moral, y la única norma que indirectamente se refiere a él en el título respectivo, lo hace para excluir su reparación, a propósito de la injuria (artículo 2331). La Corte de Casación francesa durante la segunda mitad del siglo diecinueve, y sobre la base de normas muy similares a las de nuestro Código Civil, comenzó a reconocer la procedencia de la indemnización de este tipo de daño²²⁷. Hasta esa época, tradicionalmente se entendió que el único daño indemnizable era el de carácter patrimonial al que alude el artículo 1556 del Código Civil. Esta evolución jurisprudencial se ha visto alentada por la creciente valoración de los bienes de la personalidad, cuya incorporación definitiva al derecho privado favoreció el reconocimiento del daño moral en los sistemas de la responsabilidad civil.

El daño moral puede ser definido como el dolor, pesar o molestia que sufre una persona en su sensibilidad física, en sus sentimientos o afectos o en su calidad de vida²²⁸.

De ahí entonces que la indemnización del daño moral se identifique en general con la expresión latina *pretium doloris* o “precio del dolor”²²⁹.

percibir con motivo de su muerte, toda vez que existen numerosas eventualidades como las enfermedades, el despido, el término de las labores para las que fue contratado, que por el solo hecho de concurrir echarían por tierra todos los cálculos efectuados con anterioridad y sin mayor acopio de antecedentes” (Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de septiembre de 1990, Gaceta Jurídica, N°123, sent. 7, pág. 47).

²²⁶ *Infra*, párrafo 77.

²²⁷ Sobre esta materia puede consultarse el trabajo de Carmen DOMÍNGUEZ HIDALGO, “La indemnización por daño moral. Modernas tendencias en el derecho civil chileno y comparado”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 25, N°1 (1998), pág. 27-55, y más recientemente, *El Daño Moral*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000.

²²⁸ ALESSANDRI, *op. cit.* [nota 1], pág. 220, quien sigue a Henri, Léon y Jean MAZEAUD, entre otros autores franceses. En un sentido similar se pronuncia MEZA BARROS, *op. cit.* [nota 97], pág. 249.

²²⁹ ALESSANDRI, *ibidem*. Este concepto de daño moral, ha sido ampliamente recogido por la jurisprudencia nacional. Así, la Corte Suprema, en sentencia de fecha 10 de agosto de 1971, ha señalado que “debe entenderse que el *daño moral* existe cuando se ocasiona a alguien un mal, un perjuicio o una aflicción en lo relativo a sus facultades espirituales, vale decir, cuando se ocasiona a una persona un dolor o aflicción en sus sentimientos” (RDJ, Tomo LXVIII, sec. 4ª, pág. 168). Por su parte, la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 22 de noviembre de 1944, confirmada por la Corte Suprema [cas. fondo] sin referirse expresamente a este punto, señaló que “tal daño se produce siempre que un hecho externo afecte a la integridad física o moral de un individuo o de aquellos que se encuentran ligados por los lazos de la sangre que crean un conjunto de afectos

Con todo, la noción de daño moral entendido como el dolor (en un sentido amplio) o las molestias ocasionadas en la sensibilidad física del individuo, no está exenta de críticas, entre otras razones, porque excluiría las demás manifestaciones de esta especie de daño, como los perjuicios estéticos o la alteración de las condiciones de vida, de amplio reconocimiento en el derecho comparado.

Así se explica que, siguiendo una definición restrictiva del concepto general de daño, cierta jurisprudencia haya definido el daño moral como aquél que lesiona un *derecho extrapatrimonial* de la víctima. Así, se ha fallado que “se entiende el daño moral como la lesión o agravio, efectuado culpable o dolosamente, de un derecho subjetivo de carácter inmaterial o inherente a la persona y que es imputable a otro hombre”²³⁰. Sin embargo, como se ha visto²³¹, en nuestra tradición jurídica el daño no se restringe a la lesión de un derecho, sino de un legítimo interés. Por eso, se puede definir el daño moral en un sentido amplio, como la lesión a los *intereses extrapatrimoniales* de la víctima, de esta forma es posible comprender en la reparación todas las categorías o especies de perjuicios morales (y no sólo el *pretium doloris*²³²).

Por ello, resulta más fácil definir el daño moral en términos negativos, como todo menoscabo no susceptible de evaluación pecuniaria, esto es, como sinónimo de daño no patrimonial²³³.

recíprocos” (RDJ, Tomo XLV, sec. 1ª, pág. 526). La misma Corte, en sentencia de 3 de junio de 1973, señaló: “El daño moral consiste en el dolor, la aflicción, el pesar que causa en los sentimientos o afectos el hecho ilícito, ya sea en la víctima o en sus parientes más próximos” (RDJ, Tomo LXX, sec. 4ª, pág. 65). Sobre este concepto de daño moral pueden consultarse además, las siguientes sentencias: Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de diciembre de 1961 (RDJ, Tomo LXVIII, sec. 4ª, pág. 374); Corte de Apelaciones de Temuco, 29 de junio de 1972 (RDJ, Tomo LXIX, sec. 4ª, pág. 66); Corte Suprema, 5 de diciembre de 1979 (Fallos del Mes N°253, sent. 1, pág. 462); Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de marzo de 1981 (RDJ, Tomo LXXVIII, sec. 2ª, pág. 36); Corte Suprema, 15 de diciembre de 1983 (RDJ, Tomo LXXX, sec. 1ª, pág. 128); Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de marzo de 1984 (RDJ, Tomo LXXXI, sec. 4ª, pág. 35); Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de agosto de 1984 (RDJ, Tomo LXXXI, sec. 4ª, pág. 140); Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 28 de noviembre de 1988 (Gaceta Jurídica N°101, sent. 2ª, pág. 48); Corte de Apelaciones de San Miguel, 8 de agosto de 1989 (RDJ, Tomo LXXXVI, sec. 4ª, pág. 73); y, Corte de Apelaciones de Santiago, 12 de septiembre de 1994 (RDJ, Tomo XCI, sec. 2ª, pág. 88).

²³⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de marzo de 1985 (RDJ, Tomo LXXXII, sec. 2ª, pág. 6). En un considerando anterior, señala esta sentencia que las dos grandes categorías de daños, patrimoniales y morales, “derivan directamente de la consecuencia lógica de la clasificación de los derechos subjetivos en dos grandes grupos: los derechos patrimoniales y los extrapatrimoniales o inherentes a la personalidad”. Siguiendo el mismo concepto de daño moral, se ha fallado que éste “es la lesión o agravio, efectuado culpable o dolosamente, de un derecho subjetivo de carácter inmaterial o inherente a la persona” (Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de septiembre de 1990, Gaceta Jurídica N°123, sent. 7ª, pág. 47).

²³¹ *Supra*, párrafo 66.

²³² DIEZ, *op. cit.* [nota 240], pág. 88. Al respecto la Corte Suprema, en sentencia de 16 de octubre de 1970, ha señalado que “el daño engendrará responsabilidad delictual o cuasidelictual cada vez que lesione intereses, tanto materiales como morales” (RDJ, Tomo LXVII, sec. 4ª, pág. 424). Para DOMÍNGUEZ HIDALGO, en tanto, la definición de daño moral ha de ser lo más amplia posible “incluyendo allí todo daño a la persona en sí misma –física o psíquica–, como todo atentado contra sus intereses extrapatrimoniales”. *Op. cit.* [nota 263, *El Daño...*, Tomo I], pág. 83.

²³³ Una aproximación jurisprudencial a este concepto puede verse en una sentencia reciente que se refiere al daño moral como “atentados en contra de derechos personalísimos del ser humano que no tienen un contenido económico” (Corte de Apelaciones de Santiago, 1 de julio de 1997, RDJ, Tomo

A pesar de los intentos por definirlo, el daño moral sigue siendo un concepto de límites difusos, que deja abierta la pregunta acerca de las molestias en la sensibilidad física o de los menoscabos en los sentimientos o en la calidad de vida que la sociedad nos impone tolerar como precio de la vida en común, y cuáles en cambio, darán origen a responsabilidad civil. En pocas materias del derecho civil patrimonial se diferencian más intensamente los sistemas jurídicos contemporáneos que la respuesta a estas preguntas. Asimismo plantea la relevante pregunta acerca de los límites del daño moral con el patrimonial²³⁴.

XCIV, sec. 2ª, pág. 79).

²³⁴ Véase nota anterior.

149. Daño corporal. a) El daño corporal expresa la protección de los importantes bienes de la vida humana y de la integridad física y psíquica de la persona (Constitución, artículo 19 N° 1).⁶⁴ En verdad, el daño corporal

⁶⁴ Desde el punto de vista técnico-jurídico, están incluidos bajo este concepto los daños físicos propiamente tales y los daños psiquiátricos, que provienen de patologías clínicas. El elemento patológico diferencia el daño psiquiátrico del daño moral, que se traduce en dolor o aflicción. En algunas jurisdicciones, tradicionalmente reticentes a la reparación del daño puramente moral, el *shock* nervioso y el daño psiquiátrico establecen el límite a los perjuicios indemnizables, porque sólo resultan reparables las consecuencias del daño biológico o a la salud; es, por ejemplo, el caso del derecho alemán y del italiano (Cian/Trabuchi 1992 artículo 2059 II; BGB, § 253 II). Sobre el daño psiquiátrico y el *shock* nervioso, *infra* N°s 266 y 267.



es la categoría de perjuicios que genera los casos más importantes de responsabilidad civil: ante todo, atendida la entidad de la vida y la integridad corporal en el orden de los bienes jurídicos; además, porque es precisamente en el ámbito de los accidentes personales donde se han expandido exponencialmente las fuentes de riesgos en la sociedad contemporánea.

b) El daño corporal tiende a transformarse en una categoría separada de daño en el derecho moderno, atendidos los particulares efectos que produce en el terreno patrimonial y extrapatrimonial.⁶⁵

Del daño corporal se siguen consecuencias patrimoniales de dos tipos diferentes. Ante todo, los gastos necesarios para el tratamiento médico y el cuidado de la víctima y las demás expensas que típicamente constituyen daño emergente. Además, se siguen ciertos efectos, a menudo delicados desde el punto de vista de su apreciación, que se expresan en el lucro cesante por las sumas que la víctima deja de ganar por la supresión o la disminución de su capacidad para generar ingresos.⁶⁶

Los perjuicios no patrimoniales resultantes del daño corporal también presentan peculiaridades. La víctima está expuesta, por un lado, a dolor físico y a aflicciones puramente mentales y, por otro, a la privación de agrados de la vida. La indemnización respecto del primer conjunto de perjuicios compensa el dolor o aflicción (*pretium doloris*); en el segundo, compensa las oportunidades de una buena vida (que genéricamente pueden ser denominadas *perjuicio de agrado*).⁶⁷

c) Por otra parte, aunque los efectos del daño corporal son ante todo las lesiones o la muerte de la víctima directa, los perjuicios se pueden extender de la víctima a terceros que sufren perjuicios materiales o morales a consecuencia de la muerte o incapacidad de aquélla; con ciertas restricciones, el derecho civil también reconoce una acción por daño a los terceros que se ven patrimonial o moralmente afectados por las lesiones sufridas por otra persona. El daño patrimonial y moral que sufren los terceros a consecuencia de la muerte o lesiones de otro es denominado por la doctrina *daño reflejo o por repercusión* (*infra* § 25).

150. Daños mediatos e inmediatos; daños directos e indirectos. a) El hecho del demandado da lugar a responsabilidad en la medida que cause un daño (la privacidad vulnerada, la destrucción de una cosa que no le pertenece, una lesión corporal). De ese *daño inmediato*, sin embargo, usualmente se derivan otros *daños mediatos* (de la invasión a la privacidad se sigue la lesión al pudor o la pérdida de un secreto que tiene valor económico; de las lesiones corporales se siguen los costos médicos y la pérdida de ingresos durante la incapacidad para trabajar).

Por otra parte, esas consecuencias dañinas pueden ser de naturaleza diferente al daño inicial. Así, la lesión de un bien ideal, como la honra, suele traer

⁶⁵ Justificando su autonomía como categoría de daño, Vicente 1994 322.

⁶⁶ Las preguntas específicas que plantean los efectos patrimoniales del daño corporal serán especialmente tratadas *infra* § 23 f.

⁶⁷ Los efectos extrapatrimoniales del daño corporal serán analizados en *infra* § 24 e.

como consecuencia daños no patrimoniales (pérdida de consideración social) y patrimoniales (pérdida de ingresos). En otras palabras, de la naturaleza patrimonial o extrapatrimonial del daño inmediato no se sigue necesariamente que los perjuicios mediatos sean del mismo tipo: la lesión inmediata de un bien puramente ideal, como la honra, puede tener consecuencias dañinas patrimoniales (en los ingresos futuros del difamado) y extrapatrimoniales (en la apreciación que los demás hacen de su vida de relación).⁶⁸

b) Es conveniente tener presente esta distinción entre daños inmediatos y mediatos a efectos de percibir la doble función del daño como fundamento y como objeto de la responsabilidad: el daño inicial es la *condición* del juicio de responsabilidad; ese mismo daño inicial, sumado a los daños que de él se siguen, son los *perjuicios indemnizables*. Aunque nuestro sistema jurídico no reconoce la distinción entre ambas caras del daño, es necesario atender a la diferente naturaleza de las preguntas para evitar las confusiones que luego se producen al momento de evaluarlo.

c) La diferencia entre el daño inmediato y el mediato también se relaciona con una de las cuestiones más importantes del derecho de la responsabilidad civil, como es la distinción entre daños *directos e indirectos*. En la medida que un daño es mediato, en su producción intervienen usualmente otras causas, además del hecho del demandado. Por lo general, la circunstancia de que intervengan otras causas no impide atribuir responsabilidad a quien con su hecho negligente ha intervenido causalmente en su generación. Sin embargo, el derecho debe poner un límite a los daños mediatos por los cuales se responde, porque llega un momento en que deja de ser razonable considerar que una remota consecuencia dañina puede ser imputada al hecho culpable inicial del demandado. Esta idea se expresa en el requisito, tratado a propósito de la causalidad, de que el daño sea *directo* en relación con ese hecho (*infra* § 30), porque, de acuerdo con la norma del artículo 1558, la responsabilidad alcanza sólo a los daños que se siguen directamente del hecho del demandado.

151. Daños previsibles e imprevisibles. a) La previsibilidad es un importante criterio para limitar el alcance de los daños indemnizables: según el artículo 1558, “si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato”.

La doctrina ha señalado que la regla sólo se aplica en sede *contractual*, a diferencia de lo que ocurre con el daño directo (al que se hace referencia en la misma disposición). Se entiende que cuando las partes celebran un contrato, cada cual asume un ámbito determinado de riesgo, que está incluido en el valor recíproco de las prestaciones; por eso, extender la indemnización a los perjuicios imprevisibles resultaría desproporcionado con los beneficios que el deudor obtiene del contrato.⁶⁹ Por el contrario,

⁶⁸ Sobre la distinción entre la lesión y sus consecuencias dañinas, Cadiet 1997 63.

⁶⁹ Alessandri 1943 49; antecedentes doctrinarios de la regla en Pothier 1761 N° 160; en la tradición del *common law*, el análisis de Fuller/Perdue 1936 78.



en materia *extracontractual* las obligaciones de las partes no han sido objeto de convención, de modo que se justificaría que la responsabilidad se extienda a los daños imprevisibles (esto es, a aquellos que el demandado no podía prever como consecuencia de su negligencia).

b) Aunque esta conclusión suele ser afirmada sin mayor discusión, lo cierto es que la previsibilidad del daño reaparece al tratar otros requisitos de la responsabilidad extracontractual. Así, la culpa atiende al cuidado debido, que es función de los riesgos previsibles que envuelve la acción emprendida o la omisión incurrida; de ello se sigue que la previsibilidad del daño inmediato es un elemento determinante del juicio acerca de la negligencia (*supra* N° 48). A su vez, la previsibilidad del daño mediano o consecuente suele aparecer también al momento de determinar cuáles de esos daños más remotos pueden ser calificados como directos y, en consecuencia, quedan cubiertos por la responsabilidad (*infra* N° 257).

§ 21. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS

a. Principio relativo a la efectividad del daño: el daño debe ser cierto

152. Certidumbre del daño. a) La doctrina exige que el daño reparable sea *cierto*.⁷⁰ El requisito de certidumbre hace referencia a la materialidad del daño, a su realidad.⁷¹ La certidumbre del daño sólo puede resultar de su prueba.⁷²

b) El requisito de la certidumbre no suele presentar problemas tratándose de un daño *actual*, ya producido. En ese caso, la víctima alega que antes de la presentación de la demanda ha sufrido una pérdida (daño emergente), o que ha dejado de obtener un ingreso o una ganancia (lucro cesante). Más difícil es mostrar que es cierto el daño futuro, pues éste envuelve necesariamente una cierta contingencia (especialmente el lucro cesante). A ese respecto, el derecho da por satisfecha la exigencia de certidumbre si existe una probabilidad suficiente de que el daño se vaya a producir (*infra* N° 153).

c) Por otro lado, la certidumbre es una condición aplicable con mayor intensidad a los daños patrimoniales. El daño moral usualmente se infiere

⁷⁰ El requisito proviene de la doctrina francesa (Mazeaud/Chabas 1998 416, Carbonnier 2000 378, Viney/Jourdain 1998 66).

⁷¹ Esta condición se infiere de diversas normas del Código Civil, en la medida que los artículos 1437, 2314, 2315, 2318, 2319 y 2325 a 2328 exigen un daño *inferido a la víctima* o *sufrido* por ésta, en lo cual concuerda la jurisprudencia (por ejemplo, CS, 16.10.1954, RDJ, t. LI, sec. 1ª, 488; Corte de Santiago, 30.5.2003, GJ 275, 97) y la generalidad de la doctrina (Alessandri 1943 213, Abeliuk 1993 200, P. Rodríguez 1999 265, Corral 2003 142, Ramos 2003 71, R. Domínguez Á. 1990 147).

⁷² Prueba que incumbe a la víctima (esto es, al demandante de los perjuicios), de acuerdo con el principio de que corresponde al acreedor probar los hechos en que se funda su pretensión crediticia (*infra* N°s 169, 170 y 214).

por medio de presunciones, e incluso la jurisprudencia dominante afirma que en los casos más típicos (daños corporales o daño reflejo por muerte de una persona muy cercana) su prueba no sería posible ni necesaria.⁷³ Aunque en este libro se discute la generalidad de esta afirmación, es evidente que la certeza del daño moral plantea problemas probatorios diferentes a los del daño patrimonial (*infra* N° 214).

153. Certidumbre del daño futuro. a) Al momento de dictarse sentencia el daño puede estar produciéndose y puede esperarse razonablemente que continúe en el futuro, como ocurre con la incapacidad que se sigue de la invalidez; o puede ocurrir que aun no se haya producido, pero sea posible que ocurra, como es el caso de la enfermedad que se sigue de una contaminación de efectos cancerígenos. A su vez, la probabilidad de que el daño se produzca puede ser cercana a la certeza o ser una mera hipótesis referida a un evento de relativa incertidumbre (como precisamente ocurre con el caso de los cancerígenos).

b) Si se trata de un daño futuro que con probabilidad cercana a la certeza va a ocurrir, la víctima no necesita esperar que se materialice y puede demandar su reparación anticipada, porque se trata de un daño suficientemente *cierto*.⁷⁴ Lo que ocurrirá en el futuro rara vez tiene una certidumbre matemática, por lo que el derecho se contenta con un grado de certeza razonable: se exige que el daño futuro sea la *prolongación natural de un estado actual de cosas*.⁷⁵ Esto ocurre frecuentemente con los gastos futuros que provoca un daño corporal (daño emergente por gastos de hospitalización o de renovación de una prótesis, por ejemplo); pero, sobre todo, sucede con el *lucro cesante*,⁷⁶ donde la pérdida de beneficios futuros se calcula proyectando, sobre la base de una probabilidad razonable, la situación que hubiere debido tener la víctima de no haber ocurrido el accidente (*infra* N° 170). Es el caso de los ingresos que la víctima no percibirá durante el tiempo en que no podrá ejercer la actividad lucrativa que desempeñaba al momento de sufrir las lesiones. Una razón de economía procesal justifica reparar desde luego estos daños futuros ciertos, evitando la sucesión de juicios en el tiempo.

⁷³ Así, por ejemplo, Corte de Valparaíso, 10.8.1998, F. del M. 478, 1795 y Corte de Antofagasta, 10.10.2002, GJ 268, 115. Particularmente expresiva de la tendencia jurisprudencial en materia de daño moral es la siguiente consideración: “es un hecho evidente, aceptado por la doctrina y la jurisprudencia, que las lesiones físicas y mentales de una persona producen un sufrimiento a ella misma y a los familiares más próximos que no requiere demostración” (Corte de San Miguel, 8.8.1989, RDJ, t. LXXXVI, sec. 4ª, 73).

⁷⁴ Alessandri 1943 214, Mazeaud/Chabas 1998 416, Viney/Jourdain 1998 68.

⁷⁵ Esta es una antigua expresión, que continúa vigente, de la jurisprudencia francesa recogida en Alessandri 1943 214; véase también P. Rodríguez 1999 265.

⁷⁶ Alessandri 1943 215, con referencias jurisprudenciales; sobre el lucro cesante como expectativa de ganancia de conformidad con el curso normal de las cosas, R. Domínguez Á. 1990 149, con referencia a Gatica 1959 107.



c) La reparación de daños futuros se hace a condición de que se trate de daños *inevitables*, porque, de lo contrario, corresponde que la víctima los prevenga de conformidad con la carga que ésta soporta, aun después del accidente, de no exponerse imprudentemente al daño (*infra* § 34 a).⁷⁷

d) Finalmente, es posible que tratándose de daños futuros el tribunal defina las condiciones para que lleguen a ser indemnizados. Si a consecuencia de un accidente puede preverse como posible que se llegue a producir un daño corporal adicional al actualmente manifestado, nada debiera impedir que la incertidumbre relativa sea asumida por el fallo, de modo que la indemnización sea reconocida sólo para el evento que el daño llegue a producirse (como es la posibilidad de que el virus de inmunodeficiencia contraído por el hecho negligente de un laboratorio derive efectivamente en SIDA).⁷⁸ De no actuarse de ese modo, cada vez que se reconociera una reparación por el daño futuro existiría la posibilidad de un nuevo juicio en el evento que el daño volviera a producirse o si el daño para el cual se reconoció la indemnización no se materializa.

154. Ganancia probable y daño puramente eventual. a) Al daño cierto usualmente le es opuesto el *daño eventual*, el meramente hipotético, que no es objeto de reparación.⁷⁹ Son eventuales, por ejemplo, los ingresos que la víctima habría recibido en el ejercicio de una carrera que recién comenzaba a estudiar cuando sobrevino el accidente; o el riesgo de que llegue a adquirir cáncer una persona que ha estado expuesta a contaminación. En esos casos, la reparación se rechaza, porque es excesivamente incierto lo que podría ocurrir en el futuro; o bien, porque no existe certeza razonable de que el daño se manifestará.

b) El umbral entre el daño futuro cierto y el eventual es puramente prudencial. Un juicio de probabilidad, más que de certeza, separa el lucro cesante reparable de, por ejemplo, los sueños de riqueza de la lechera que espera construir una fortuna con el producto que lleva al mercado (*infra* N° 170).

En verdad, pareciera que hay tres posibles hipótesis acerca de la ganancia futura. En un primer orden, el lucro cesante es de tan *elevada probabilidad* que puede tenerse por cierto; es el caso del ingreso de la víctima

⁷⁷ Carbonnier 2000 378.

⁷⁸ Es la práctica del derecho inglés (Burrows 1994 101). Un caso interesante de la flexibilidad que puede existir en la materia es la práctica francesa de decidir conjuntamente acerca de daños futuros ciertos y eventuales de la víctima portadora del VIH, contagiada en una transfusión sanguínea. Se reconocen dos indemnizaciones en un mismo fallo: una, que la víctima recibe inmediatamente, para reparar los perjuicios futuros ciertos derivados del solo hecho de portar el VIH (angustia por la inminencia de la enfermedad, perturbaciones de la vida personal); otra, que repara los perjuicios eventuales del sida ya declarado, cuyo pago se sujeta a la condición de que la enfermedad se manifieste. De este modo se evita el costo humano y económico de seguir un segundo juicio si el mal se declara. En estos casos, la indemnización queda sujeta a la condición de que el daño futuro efectivamente se produzca.

⁷⁹ Alessandri 1943 217, Mazeaud/Chabas 1998 416, Viney/Jourdain 1998 71.

que tiene un trabajo estable; de los intereses que produce el dinero; de la renta de una casa que se ha destruido; o de los ingresos básicos que se pueden esperar de un joven que aún no inicia la vida laboral y que sufre una incapacidad total y permanente. Un segundo grupo está conformado por casos en que hay una *probabilidad significativa* de que el ingreso se llegue a producir, en cuyo caso el daño que se espera es tenido por meramente probable y no debiera ser objeto de una reparación total; en su forma más típica, esta segunda hipótesis corresponde al caso del caballo que se lesiona antes de una carrera por un hecho imputable al hipódromo, cuyo dueño sufre un daño que es estadísticamente equivalente a una parte del premio de la carrera, calculada según la probabilidad que el caballo tenía de triunfar. Por último, están los casos de *probabilidad remota*, atendidas las circunstancias, en cuyo caso el daño es típicamente eventual y no da lugar a reparación.

El problema se presenta, ante todo, en la delimitación de los diversos grupos de casos: ¿cuándo la probabilidad es tan baja o remota que el daño debe ser tenido por meramente eventual?; ¿cuándo es tan alta que el daño debe ser tenido por cierto?⁸⁰ Estas preguntas muestran el zapato chino que plantea el requisito doctrinario de la certeza si se lo toma literalmente. Su función no es mecánica, sino la de establecer un *límite razonable* al daño reparable.

c) Por otro lado, es discutible que las únicas alternativas sean que el daño pueda ser cierto o eventual. Si así fuere, en el segundo grupo de casos el juez sólo tendría las opciones de declarar que la probabilidad es suficientemente alta como para estimar que la ganancia perdida es cierta, caso en el cual debe dar lugar al total de los daños; o bien, que la probabilidad de ganancia es baja o aleatoria, de modo que el daño debe tenerse por eventual y no hay lugar a reparación alguna.⁸¹ Ocurre, sin embargo, que en esos casos el lucro cesante es precisamente función de una probabilidad de que esa ganancia se pudiere materializar, de modo que la alternativa de solución que mejor corresponde al dilema que surge entre la certeza y la eventualidad sería aplicar esa probabilidad al momento de determinar la indemnización. Como se verá, nada se opone desde un punto de vista técnico para que se adopte ese camino,⁸² porque el perjuicio efectivo es función aritmética de la intensidad del daño que puede llegar a producirse y de la probabilidad de que efectivamente se produzca.

De la circunstancia que el grado de certeza requerido no pueda ser determinado con criterios puramente descriptivos, se sigue que la cuestión es normativa y debe entenderse sujeta a control jurídico por vía de casación.⁸³

⁸⁰ *Infra* N° 246; una discusión de estas premisas en R. Domínguez Á. 1990 147.

⁸¹ En el derecho alemán, como en el chileno, se adopta esta posición, que es criticada por alguna doctrina relevante (Deutsch/Ahrens 2002 197, Fleischer 1999 768).

⁸² *Infra* N° 246.

⁸³ R. Domínguez Á. 1990 148, con referencia a jurisprudencia francesa que adopta este criterio, en contraste con la chilena, que parece asumir que toda pregunta relativa al daño es una cuestión de hecho.



155. Pérdida de una oportunidad. Causalidad probable del daño. También se presentan preguntas respecto de los límites entre certeza, probabilidad y mera eventualidad en dos importantes grupos de casos, en que el daño ya se ha producido, pero no se sabe con exactitud si es atribuible al hecho del demandado. Así ocurre si la culpa del demandado *aumentó el riesgo* de que se produjera el daño o *provocó la pérdida de una oportunidad* de impedir ese daño. Estas preguntas son discutidas en sede de causalidad (*infra* N° 246).⁸⁴ A diferencia del lucro cesante, no se trata de posibles ganancias, sino de cursos causales que *podrían* haber evitado el daño si el demandado no hubiese incurrido en culpa.

Conviene distinguir la pérdida de oportunidades del daño eventual. En el caso del daño eventual, la incertidumbre afecta a la materialización misma del daño; en la pérdida de oportunidades, se trata de daños ya ocurridos (la muerte o enfermedad de una persona, por ejemplo), pero que no pueden ser atribuidos causalmente con certeza al hecho del demandado, aunque sí con una conocida probabilidad. El enfermo que ha fallecido *habría tenido la oportunidad* de sobrevivir si hubiese recibido un diagnóstico oportuno (pérdida de una oportunidad de sanarse); o el mandante habría podido ganar el pleito, si el abogado no lo hubiese dejado abandonado.⁸⁵

En otro grupo de casos, la persona ha enfermado de cáncer, pero es *probable* que estuviese sana si no hubiese estado expuesta a asbesto por negligencia del demandado. En otras palabras, el hecho negligente del demandado es factor de riesgo relevante, pero de eficacia causal incierta.

Tanto en los casos de pérdida de oportunidades como de aumento del riesgo, la pregunta relevante se refiere a la causa efectiva del daño. La tendencia generalizada del derecho civil es a hacerse cargo de la probabilidad de que el ilícito haya sido causa determinante del daño al momento de fijar la indemnización (*infra* N° 246).

b. *Principio relativo al titular de la pretensión: el daño debe ser personal*

⁸⁴ Una lúcida percepción de esta dimensión causal del daño ya producido, pero que no es atribuible con certeza al hecho del demandado, en R. Domínguez Á. 1990 148.

⁸⁵ La jurisprudencia francesa utiliza frecuentemente (y de forma indebida) la teoría de la pérdida de una oportunidad para ocultar sus incertidumbres acerca de la relación de causalidad. Críticos sobre esta calificación Chabas 2000 b N° 84 y Carbonnier 2000 378 y 388. Pronunciándose por la calificación de la pérdida de una oportunidad como un problema de causalidad, pero asumiendo (injustificadamente) que el mero aumento del riesgo hace asumir el total de la responsabilidad, Viney/Jourdain 1998 197; esta tesis confunde dos problemas diferentes de causalidad: la acción negligente como probable condición causal del daño y el aumento de riesgo como criterio para determinar si el daño es directo (*infra* §§ 28 y 30 c, respectivamente).

78. La indemnización sólo comprende daños sufridos personalmente por la víctima. La exigencia de que los daños estén radicados en el actor excluye la indemnización por *daños difusos*, es decir, daños que afecten a personas indeterminadas.

La circunstancia de que se exija un daño personal plantea la cuestión de la procedencia de la indemnización de *daños mediatos*, esto es, aquellos que se experimentan en razón del daño sufrido por la persona inmediatamente afectada por el hecho²³⁵. Específicamente, la pregunta a responder es si la muerte o incapacidad física de una persona a consecuencias de un accidente, otorga acción a aquellos que se encuentran en una situación de cercanía con la víctima, y que en consecuencia, también se ven afectados. Este es el tipo de daño que en el derecho francés se conoce como “daño por rebote”.

En verdad, todo aquel que a consecuencia del accidente se ve privado de los ingresos que le proporcionaba la víctima, a título de alimentos e incluso sin tener derecho a ellos, como en algunos casos ha declarado la jurisprudencia nacional, sufre un daño patrimonial de carácter personal, en razón de lucro cesante, y tiene una acción directa en contra del autor del daño²³⁶. En la materia se ha seguido la jurisprudencia francesa, que tempranamente declaró, a propósito de las uniones extramatrimoniales, que no era requisito para reconocer la pretensión indemnizatoria que la víctima mediata contase con algún título legal para percibir la ayuda pecuniaria de la víctima inmediata.

También es un daño personal el que consiste en el dolor por la pérdida²³⁷ de un ser querido (una de las manifestaciones del daño moral). Con todo, tratándose del daño moral el derecho tiende a exigir que entre la víctima mediata y la persona fallecida exista un grado de parentesco que justifique la indemnización, lo que usualmente ocurre con el cónyuge, los ascendientes y los descendientes. Con todo, no existe en la materia una regla mecánica, aunque la tendencia en el derecho comparado es a excluir a quienes carecen de vínculo inmediato con la víctima. Por lo demás, el carácter implícitamente punitivo del daño moral hace que las personas más cercanas excluyan a las más lejanas en la pretensión indemnizatoria (la madre o padre suelen excluir a los hermanos de la víctima fallecida, por ejemplo).

²³⁵ La procedencia de la indemnización de este tipo de daño se ha fundado en el tenor del artículo 2329 del Código Civil, en cuanto se refiere a *todo daño*. Así lo ha señalado la Corte Suprema, en sentencia de 14 de junio de 1923 (RDJ, Tomo XXII, sec. 1ª, pág. 241).

²³⁶ Se ha fallado que “la demandante con la muerte de su hijo ha sufrido un daño real y efectivo, pues se ve privada de los recursos que tenía derecho a exigir como madre viuda a su hijo” [sic] (Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de septiembre de 1904, confirmada por la Corte Suprema [cas. forma] sin referirse a la materia, RDJ, Tomo II, sec. 1ª, pág. 141). También se ha señalado que “los demandantes, con la muerte de su padre... especialmente sus hijas, han sufrido un daño real y positivo, por cuanto se ven privadas de los recursos ó beneficios que con sus trabajos les proporcionaba aquél” (Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de julio de 1912, confirmada por la Corte Suprema [cas. forma y fondo] RDJ, Tomo XIII, sec. 1ª, pág. 403). En el mismo sentido, pueden consultarse además las siguientes sentencias: Corte Suprema 14 de junio de 1923 (RDJ, Tomo XXII, sec. 1ª, pág. 241); Corte Suprema, 30 de noviembre de 1923 (RDJ, Tomo XXII, sec. 1ª, pág. 681); Corte Suprema, 28 de abril de 1930 (RDJ, Tomo XXVII, sec. 1ª, pág. 822); y, Corte de Apelaciones de Iquique, 2 de enero de 1934, confirmada por la Corte Suprema [cas. forma] sin referirse a la materia (RDJ, Tomo XXXII, sec. 1ª, pág. 386).

²³⁷ En relación con el daño moral ocasionado por la pérdida de un ser querido, ver jurisprudencia citada en nota 278.

Más problemática resulta la pretensión indemnizatoria de terceros por el daño moral que les causan los impedimentos físicos o síquicos producidos en la víctima directa que sobrevive al accidente. Por regla general, es esta última quién tiene la acción indemnizatoria. Pero en ciertas circunstancias los tribunales suelen reconocer el derecho a personas cercanas que deben cargar con el dolor de la minusvalía de la víctima directa, especialmente si sobre ellas recae un deber moral de cuidado.

De particular interés resulta la acción indemnizatoria cuando la víctima es *persona jurídica*. Estando fuera de duda que la persona jurídica tiene acción para exigir la reparación de los daños patrimoniales, se plantea la pregunta respecto del daño puramente moral. Descartada la hipótesis de los daños al prestigio que tienen un componente patrimonial (inequívocamente indemnizable), es dudoso que a las personas jurídicas resulte aplicable un concepto de daño que se refiera al dolor, a los afectos y a los sentimientos. Por eso es imaginable que la indemnización del daño puramente moral a una persona jurídica pueda tener carácter simbólicamente reparatorio (como cuando se condena al autor a pagar una indemnización por una suma insignificante). Más allá de esta hipótesis, la indemnización del daño moral a una persona jurídica tiende a tener un carácter puramente punitivo: su objeto no es compensar un daño que la persona jurídica no puede sufrir, sino sancionar al autor de un acto doloso o gravemente culpable que afecta el prestigio (sin efectos patrimoniales). Por lo mismo, cabe reiterar las reservas antes planteadas respecto de la evolución de la responsabilidad civil hacia funciones sancionatorias en sentido estricto.

157. Intereses difusos y colectivos. a) La exigencia de que el daño sea personal limita la indemnización de *daños difusos*, esto es, de perjuicios que afectan indiferenciadamente a un número indeterminado de personas. Es típicamente el caso de daños que afectan en pequeñas porciones a numerosas personas. Es usual en tales casos que cada porción de daño no dé lugar por separado a un daño lo suficiente significativo, no cumpliéndose con la exigencia del daño reparable. Por otro lado, aunque los afectados estén determinados y cada cual haya sufrido un daño que pueda ser tenido por significativo, usualmente no hay estímulos suficientes para hacerlos valer individualmente por separado, porque su baja intensidad no justifica los costos personales y económicos de emprender una acción. Es el caso, por ejemplo, de los miembros de una profesión que enfrentan una competencia desleal, de los vecinos que soportan un daño ambiental o de los usuarios de un servicio sanitario deficiente.

b) Dos tipos de correctivos se han ideado en el derecho para obtener reparación, en naturaleza o indemnizatoria, por estos daños que se replican en un número más o menos amplio de personas.

Un camino, que de preferencia se ha seguido en el derecho francés, consiste en calificar el perjuicio como un *daño colectivo*, cuya defensa puede ser asumida por personas jurídicas en representación corporativa de un interés que comparten sus asociados (por ejemplo, un colegio profesional, una asociación de consumidores, un organismo público funcional o regionalmente descentralizado). En principio, el derecho civil no autoriza que entes colectivos se subroguen en las acciones que pertenecen a sus titulares individuales, a menos que haya autorización legal o un mandato de quienes son personalmente titulares del derecho.⁸⁷ Un camino alternativo a las acciones de entidades corporativas que representan ciertos intereses consiste en facilitar los medios procesales para que muchas personas ejerzan en común una acción que pertenece a todos, como es el caso de las *acciones colecti-*

⁸⁷ Así en el derecho alemán, Deutsch/Ahrens 2002 243; en el derecho francés, la defensa de intereses colectivos por personas jurídicas cuyo objeto social es protegerlos está reconocida por diferentes estatutos legales especiales, en materias de quiebras, copropiedad, sindicatos profesionales, sociedades de derecho de autor (Viney/Jourdain 1998 104); sin embargo, por lo general, para que una asociación pueda actuar sin autorización legal, la doctrina exige que lo haga por mandato y en representación de intereses personales (ídem 112). Una crítica a la ‘socialización del daño’ y a que ‘socializado se desencarna’, en Cadiet 1997 42.

vas (class actions), que tuvieron su origen en el derecho norteamericano, pero que luego han sido recogidas por legislaciones especiales.⁸⁸

La diferencia entre los dos modelos es relevante. En el primero la ley autoriza a ciertas personas jurídicas para representar corporativamente intereses que pertenecen a muchas personas. En el segundo la ley procesal facilita los medios para que muchos actúen conjuntamente en protección de sus propios intereses. En circunstancias que las acciones colectivas (*class actions*) plantean cuestiones esencialmente procesales, que en nada afectan, desde el punto de vista sustantivo, el carácter individual de cada pretensión, serán objeto de una breve reseña en el capítulo de las acciones (*infra* N° 735). Nuestro sistema procesal, como ocurre en la generalidad de los sistemas jurídicos de la tradición del derecho civil, ha sido tradicionalmente reticente a las acciones colectivas; esta tendencia ha sido invertida en el último tiempo por leyes especiales, como se verá en el siguiente párrafo.

158. Representación corporativa de intereses y acciones colectivas en el derecho chileno. La *representación corporativa de intereses* de grupos de personas es de derecho estricto, esto es, sólo puede ejercerse si una norma legal así lo autoriza. En el derecho chileno son especialmente importantes en la materia la Ley de consumidores (ley N° 19.496), la Ley de propiedad intelectual (ley N° 17.336), la Ley de copropiedad inmobiliaria (ley N° 19.537) y la Ley de quiebras (ley N° 18.175).⁸⁹ En los subpárrafos siguientes serán brevemente analizados, en lo pertinente, los estatutos referidos.

⁸⁸ Un extenso análisis del derecho francés en Viney/Jourdain 1998 95; una reseña y valoración crítica del régimen procesal norteamericano de las *class actions* en Fleming 1988 240; sobre el derecho español en la materia, Reglero en Reglero 2002 a 145.

⁸⁹ En cierto sentido, la acción de protección es un eficiente instrumento cautelar de intereses difusos (*infra* N° 735 c). Una reseña de las acciones populares en el derecho chileno, incluidas las que se hacen valer ante la autoridad administrativa en Montenegro 2004 304.



c. Principio relativo a la relación causal: el daño debe ser directo

159. El requisito de que el daño sea directo como problema de causalidad.

El requisito de que el daño sea directo ha sido tradicionalmente tratado como una característica del daño indemnizable. En ello influye que el artículo 1558 se refiera al daño directo en una disposición dedicada a los



daños reparables. Sin embargo, que el daño sea directo es una exigencia que típicamente pertenece a la *relación de causalidad* (*infra* § 30).⁹³

El derecho exige que entre el hecho por el cual se responde y los daños cuya reparación se pretende exista una relación causal en un doble sentido: ante todo, el hecho del demandado debe ser causa necesaria, en su sentido natural, del daño que se alega; pero, además, entre el hecho y el daño debe haber una relación suficientemente cercana, como para que éste pueda ser objetivamente imputado al hecho del demandado (*infra* N° 242).

Como se ha anticipado al tratar de los daños mediatos, bajo el concepto de *daño directo*, que nuestro Código Civil ha tomado del francés y más remotamente de Pothier, se hace referencia precisamente a la pregunta acerca de cuáles consecuencias de un hecho que genera responsabilidad deben ser incluidas en la reparación. La materia será tratada en detalle en el capítulo sobre la relación de causalidad (*infra* § 30).⁹⁴

d. *Principio relativo a las acciones que puede ejercer la víctima del daño: acción en naturaleza y acción indemnizatoria*

160. La víctima dispone de acciones en naturaleza e indemnizatoria. a) Desde el punto de vista de las pretensiones que puede hacer valer el demandante, el concepto de daño presenta en el derecho civil dos caras diferentes. Ante todo, el daño se expresa concretamente en la cosa deteriorada o destruida o en el bien corporal o puramente moral que resulta afectado por el hecho del tercero. Pero también atiende al efecto patrimonial del hecho del demandado; o a la compensación económica equitativa, si se trata de perjuicios no patrimoniales.

Ambas caras del daño dan lugar a acciones diferentes. Desde la perspectiva del bien lesionado, el objeto de la pretensión es que sea restituido en naturaleza al estado anterior al hecho que genera la responsabilidad; en la segunda dimensión, se pretende que se indemnice el efecto patrimonial o se compense el perjuicio moral que se sigue del daño producido.

b) La *reparación en naturaleza* puede obtenerse en la forma de una *prestación directa del demandado*, que tiene por objeto restituir a la víctima a la situación anterior al daño, o de una *suma de dinero* que permita al actor incurrir en los gastos necesarios para efectuar por sí mismo la restitución. En casos de daños a las cosas o de daños corporales, lo usual es que la restitución no resulte de una actividad restitutoria emprendida por el propio responsable, sino que asuma la forma de una indemnización en dine-

⁹³ Asumiendo esta calificación, CS, 14.4.1953, RDJ, t. L, sec. 4ª, 40.

⁹⁴ En el derecho chileno no se discute la aplicación en materia extracontractual del requisito de que el daño sea directo (Alessandri 1943 232, Abeliuk 1993 208, Díez 1997 71, P. Rodríguez 1999 269, Corral 2003 143). Como en la doctrina nacional, en el derecho francés se sigue haciendo referencia al requisito de que el daño sea directo al tratar el daño, pero se acepta que la pregunta pertenece en verdad a la relación de causalidad (Carbonnier 2000 379, Mazeaud/Chabas 1998 416, Flour/Aubert 2003 172).

ro, calculada de modo que permita a la víctima la curación de su daño corporal o la reparación o sustitución de la cosa dañada o destruida.

En materia contractual no existe duda que el acreedor puede ejercer una acción de ejecución forzada de la obligación, a cuyo efecto el Código de Procedimiento Civil regula en detalle las acciones ejecutivas para obligaciones de dar (artículos 434 y siguientes) y de hacer y no hacer (artículos 530 y siguientes). Aunque en materia extracontractual no existe una regla expresa en la materia, se acepta que la víctima puede optar entre una restitución en naturaleza (en la medida que ello es posible) y una indemnización de los perjuicios sufridos.⁹⁵ En circunstancias que, según los casos, la restitución en naturaleza se logra mediante una cosa que el deudor debe dar, hacer o no hacer, la condena se puede hacer efectiva de acuerdo con las reglas aplicables a la ejecución de esos tipos de obligaciones, según corresponda (*infra* N° 661).

c) Si la restitución en naturaleza es imposible o si el demandante opta por obtener una reparación de su pérdida patrimonial neta, la indemnización se calcula en consideración al *daño puramente patrimonial* (*infra* N° 188). Así ocurre, por ejemplo, cuando se ha usado indebidamente la propiedad intelectual o industrial, o cuando se han realizado actos de competencia desleal. En estos casos, ya que no será posible restituir la situación al estado de cosas anterior, la indemnización se determina comparando los valores patrimoniales que tiene efectivamente la víctima luego del hecho del demandado con los que habría tenido si ese hecho no hubiese ocurrido.

En ciertas ocasiones, aunque el daño sea restituido en naturaleza (por ejemplo, que el auto chocado sea reparado), habrá perjuicios patrimoniales adicionales, que deben ser igualmente indemnizados (disminución del valor comercial del auto luego de la reparación; valor de uso del auto mientras estuvo en reparaciones). Al tratar de los distintos tipos de daños, así como al analizar las acciones que puede interponer la víctima del daño, se hará una referencia más detallada a la acción de reparación en naturaleza (*infra* § 57).

d) Además de la restitución en naturaleza y la indemnización compensatoria de los perjuicios patrimoniales o morales, la acción también puede tener por objeto la *restitución de un enriquecimiento injusto* que se ha seguido del hecho ilícito que genera la responsabilidad: la pretensión no tiene por objeto que se repare un daño sufrido por el demandante, sino que se restituya una ganancia ilegítima que ha hecho suya el demandado a consecuencia de su hecho ilícito. Así ocurre, por ejemplo, si alguien usa para sí un bien ajeno sin autorización del propietario y sin que medie daño al demandante (*infra* § 60).

⁹⁵ De esa opinión es Alessandri 1943 533 (denominándola 'reparación en especie'); en el mismo sentido, P. Rodríguez 1999 344 y Corral 2003 336. Así se ha reconocido también en el derecho francés, donde la situación legal es análoga al derecho chileno, reservándose al juez facultades para apreciar la manera como la reparación en naturaleza debe ser reconocida a efectos de satisfacer el interés primario del demandante (Viney/Jourdain 2001 54, Flour/Aubert 2003 371).



§ 23. DAÑO PATRIMONIAL

a. *Principio de la reparación integral del daño*

163. Principio: la víctima tiene derecho a ser restituida a la situación patrimonial que tendría si no hubiese sufrido el daño. a) El artículo 2329 dispone que “todo daño que pueda ser atribuido a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta”. Aunque la regla tiene por finalidad establecer una presunción de responsabilidad por el hecho propio (*supra* § 14), la jurisprudencia también ha entendido que expresa el *principio de la reparación integral del daño*: todo daño debe ser reparado y en toda su extensión.¹¹⁹ Por discutible que sea el fundamento legal invocado, este principio está asentado como el más general de los criterios de determinación del alcance de la indemnización¹²⁰

De conformidad con este principio, la reparación tiene por objeto poner al demandante en la misma situación en que se encontraría si no hubiese sido víctima del daño causado por el hecho del demandado.¹²¹ A diferencia de las dificultades que suscita en materia de daño no patrimonial (*infra* N° 191), el principio de la reparación integral del daño es ampliamente aceptado en materia de daño patrimonial.

b) Dos efectos se siguen del principio: el primero es el deber de reparar el total de los daños; de acuerdo con el segundo, que se deriva del anterior, la reparación no depende del grado de culpa del demandado.¹²²

Estos efectos han planteado algunas críticas, aun en el ámbito de la responsabilidad por culpa. En el extremo, quien incurre en una leve negligencia que causa un enorme daño, asume una carga indemnizatoria que puede resultar desproporcionada.¹²³ El principio de la reparación integral del daño se relaciona, sin embargo, con la idea de justicia correctiva, en cuya virtud quien es responsable de un daño debe reparar el entuerto

¹¹⁹ El argumento aparece en las primeras sentencias que justificaron la reparación del daño moral, véase, por ejemplo, CS, 18.12.1926, RDJ, t. XXIV, sec. 1ª, 567.

¹²⁰ En la literatura chilena más actual, véanse Díez 1997 159, Corral 2003 336.

¹²¹ CS, 8.11.1971, RDJ, t. LXVIII, sec. 4ª, 274. En sentido análogo se ha dicho en relación con el daño emergente que su indemnización no puede constituir una fuente de enriquecimiento injusto (Corte de Santiago, 5.10.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 2ª, 79); también se ha sostenido que “la indemnización del daño material debe ser integral, pero no puede constituir ocasión de ganancia para su beneficiario, principio que no puede omitirse a la hora de computar el eventual perjuicio derivado del lucro cesante” (Corte de Santiago, 2.11.2001, GJ 257, 172).

¹²² Una nota escéptica acerca de la rigurosidad con que el principio es aplicado en la práctica, en Markesinis/Deakin *et al.* 2003 794, Cane/Atiyah 1999 131, Vicente en Reglero 2002 a 261; para el derecho chileno, R. Domínguez Á. 1990 135.

¹²³ Von Bar II 1996 155. Dudas acerca de la distributividad negativa del principio (en la medida que la indemnización por daño a las cosas o lucro cesante depende de la riqueza de la víctima) y de los estímulos negativos que produce para la reinserción laboral de la víctima (en la medida que pueda vivir con la indemnización), en Markesinis/Deakin *et al.* 2003 793.



provocado. Separarse de este principio podría subvertir todo el sistema de responsabilidad civil.¹²⁴ La finalidad del sistema de responsabilidad civil no es retributiva, sino reparatoria. Es cierto que el derecho exige, por lo general, que el demandado haya actuado con culpa para que haya lugar a la reparación; pero una vez cumplidos los requisitos de la responsabilidad, la idea de reparación está orientada por completo al interés de la víctima de ser restituida al estado anterior al daño y no al juicio de reproche respecto del autor del daño.¹²⁵ El interés del autor del daño en que su obligación indemnizatoria tenga un límite, es reconocido en sede de causalidad: el demandado responde de los daños consecuenciales, que se siguen del daño inicial, sólo si pueden ser objetivamente imputados al hecho del demandado, en la medida que el daño indirecto no es reparable (*infra* N° 254).

c) Una y otra vez en la doctrina y legislación comparadas surge la pregunta acerca de si el principio no debiera ser moderado, cuando de su aplicación se siguen consecuencias que resulten inequitativas. En principio, una obligación indemnizatoria puede comprometer toda la vida futura de trabajo de un joven que ha causado un accidente grave por su negligencia leve. El derecho privado dispone, sin embargo, de correctivos a situaciones de este tipo, que serán analizados en conjunto con los diversos límites a la obligación indemnizatoria (*infra* N° 683).

Por otro lado, el principio de reparación integral está limitado en ciertos estatutos legales especiales de responsabilidad, especialmente en regímenes de responsabilidad estricta (*infra* N° 331), así como por la práctica legal o jurisprudencial comparada de establecer baremos indemnizatorios respecto del daño moral (*infra* N° 208).

b. Concepto, tipos y determinación del daño patrimonial

164. El daño patrimonial como diferencia entre dos situaciones patrimoniales. a) Lo común a todos los daños patrimoniales es que tienen un valor de mercado: se trata de gastos o pérdidas de valor, que constituyen un daño emergente, o de ventajas económicas, que constituyen un lucro cesante. Y ambos pueden ser valorados en dinero porque se refieren a bienes comerciables.¹²⁶ Si se descartan los inconvenientes conexos al acaecimiento del accidente, que por lo general no son reparables (*supra* N° 145), el dinero, como medida universal de valor económico, permite asumir que la indemnización reparatoria del daño emergente y del lucro cesante

¹²⁴ Un lúcido desarrollo de las ideas anteriores en Cane 1996 107.

¹²⁵ Larenz 1987 423.

¹²⁶ Lange 1990 252, quien agrega que lo relevante es que el bien haya sido introducido de un modo general en el tráfico económico y jurídico. Así, por ejemplo, un viaje que no se puede realizar es un bien económico, cuyo valor está dado por su costo; por el contrario, que la víctima no haya podido disfrutar de sus vacaciones es un daño no patrimonial. En nuestro sistema jurídico, la diferencia es relevante a efectos de la valoración del daño, en la medida que se indemniza, en general, el daño patrimonial y el moral.

tiene por efecto que la situación patrimonial del demandante sea equivalente a la que tenía antes de sufrir el daño.

b) En su expresión más sencilla, el daño expresa la diferencia entre dos estados de cosas: el que existía antes y después del daño. Por sencillo que parezca este postulado, su aplicación práctica plantea diversas preguntas, que son objeto de este capítulo.

165. Tipos legales de daño patrimonial: daño emergente y lucro cesante.

La más generalizada clasificación del daño patrimonial atiende a la forma como el hecho del demandado afecta el patrimonio del actor, a cuyo efecto se distingue entre *daño emergente* y *lucro cesante*. El artículo 1556 introduce esta clasificación fundamental del daño patrimonial; aunque referida a los contratos, como ocurre, en general, con las normas del título sobre los efectos de las obligaciones, la doctrina está de acuerdo en que se aplica en materia de daños extracontractuales¹²⁷ y la jurisprudencia no discute que “dada la generalidad de los términos en que está concebido el artículo 1556, puede regir no sólo las obligaciones derivadas de los contratos, sino también las que nacen de un delito o cuasidelito”.¹²⁸

La distinción entre daño emergente y lucro cesante proviene de una breve referencia en el Digesto, donde se entiende por daño ‘lo que he perdido o dejado de lucrar’.¹²⁹ Si ocurre una disminución patrimonial (por pérdida de valor de los activos o aumentos de los gastos o pasivos), se dice que se ha producido *daño emergente*. Así, es daño emergente la destrucción de una cosa por el hecho ajeno o si se debe incurrir en gastos de hospital para la curación de una herida sufrida en un accidente. Si el daño consiste en que se impidió un efecto patrimonial favorable (porque no se produjo un ingreso o no se disminuyó un pasivo), el daño es calificado de *lucro cesante*. Hay lucro cesante, en consecuencia, si una persona deja de percibir ingresos por el hecho de estar inmovilizada a consecuencia de un accidente, o si el hecho culpable ha impedido que la víctima se libere de una obligación.¹³⁰

¹²⁷ Alessandri 1943 547, P. Rodríguez 1999 290.

¹²⁸ CS, 19.6.1928, RDJ, t. XXVI, sec. 1ª, 234. Por lo general, la aplicabilidad de esa disposición ya no es objeto de justificación en la jurisprudencia; referencias jurisprudenciales más recientes en Díez 1997 164.

¹²⁹ Digesto 46.8.13 (Paulus); la distinción tuvo relevancia en el derecho medioeval (Zimmermann 1990 827). El artículo 1556 sigue al Código francés (artículo 1149), que, a su vez, sigue la sencilla definición de Pothier 1761 N° 159: “Se llama daños y perjuicios la pérdida que uno tiene, o la ganancia que uno deja de hacer”.

¹³⁰ Si bien la distinción entre daño emergente y lucro cesante conserva su vigencia y utilidad práctica, desde un punto de vista económico resulta discutible, especialmente en el derecho de los negocios. Así, bajo el supuesto de que un acto de competencia desleal genere una pérdida de utilidades futuras para una empresa, el daño puede ser calificado como lucro cesante; sin embargo, la práctica más frecuente de valoración de una empresa es precisamente un múltiplo de las utilidades o de los flujos netos de caja que la empresa previsiblemente puede producir, de modo que la disminución de utilidades o de flujos también puede ser calificada, sin mayores dificultades, como un daño emergente (pérdida de valor de la empresa). De hecho, esta calificación es la que mejor responde en este caso la pregunta por la magnitud efectiva de los daños en ese tipo de casos.



166. La determinación del daño patrimonial se efectúa en concreto. a) En la medida que los perjuicios indemnizables expresan la diferencia entre el estado de cosas anterior y el posterior al hecho del demandado, el principio de la reparación integral del daño patrimonial exige que sean comparados ambos estados de cosas.

b) La más general de las preguntas relativas a la determinación del daño patrimonial se refiere al objeto de la comparación. De acuerdo con un *concepto abstracto de daño*, desarrollado por la doctrina alemana del siglo XIX, el daño indemnizable resulta de la comparación del valor del patrimonio antes y después del hecho del demandado. La comparación no considera el valor de los bienes individualmente afectados, sino es puramente contable, porque se refiere a la universalidad del patrimonio en su conjunto.¹³¹ Este concepto abstracto de daño ha sido criticado porque su generalidad dificulta hacerse cargo de los problemas concretos de valoración.

En verdad, el concepto abstracto de daño presenta dos problemas insuperables. Ante todo, plantea el riesgo de que se diluyan los conceptos precisos de daño en una evaluación general, que no responde (por escasez o por exceso) al principio de la reparación integral. Por eso, la sentencia condenatoria debe expresar el resultado de la suma de daños específicos, no resultando suficiente una valoración global de la diferencia patrimonial. Además, puede haber un daño indemnizable aunque no haya disminución objetiva del patrimonio. Es el caso, por ejemplo, de quien tenía contratado un seguro contra el propio daño corporal por accidente (es un seguro de daños propios y no de responsabilidad, que produce efectos diferentes); se trata de un contrato oneroso, que cubre cualesquiera riesgos que recaigan en su persona. En razón de ese seguro, la víctima no sufre disminución patrimonial por la suma cubierta, pero todo indica que ese contrato no puede ceder en beneficio del que causó negligentemente el accidente (*infra* N° 686).¹³²

c) Si bien el daño siempre representa una diferencia entre dos estados de cosas, el daño total no resulta de una comparación de entidades abstractas, sino de perjuicios concretos que se traducen en específicos daños

¹³¹ El concepto proviene de F. Mommsen, *Zur Lehre Von dem Interesse* (1855), para quien el daño consiste en 'la diferencia entre el patrimonio actual de una persona, tal como ha quedado luego del hecho dañino, y el valor que tendría ese patrimonio sin la intervención de ese hecho en el momento en que se realiza la valoración' (citado por Lange 1990 29). Hay razones para pensar que la doctrina fue adoptada por el BGB. Asimismo, ha tenido influencia en Italia y España, pero parece encontrarse en retirada (Pantaleón en Paz-Ares *et al.* 1991 1989, Busnelli/Patti 1997 12). También en Alemania la indemnización por daño a las cosas se calcula en concreto, de modo que "lo determinante es la disminución patrimonial efectiva (*damnum emergens*) y el aumento patrimonial omitido (*lucrum cessans*)", considerando "el completo interés patrimonial del dañado" (Palandt/Heinrichs § 249 50).

¹³² A lo anterior se agregan las cuestiones de causalidad cuando concurren causas hipotéticas alternativas para un mismo daño (*infra* N° 246). Críticos a la teoría de la diferencia desde esta perspectiva, MünchKommB/Grunsky § 249 78, Pantaleón en Paz-Ares *et al.* 1991 1989, Busnelli/Patti 1997 13.

emergentes o lucros cesantes. De acuerdo con este *concepto concreto de daño*, su determinación se efectúa sobre la base de los factores individuales de daño, cada uno de los cuales debe ser considerado y justificado de acuerdo a su propio mérito.¹³³

En consecuencia, el cálculo en concreto del daño exige que sea *individualizado*, atendiendo a los perjuicios específicos sufridos por el demandante. Su cálculo supone ponderar los intereses realmente afectados. En este sentido, la evaluación en concreto del daño patrimonial se opone a la apreciación *estandarizada*, en que el valor está predeterminado genéricamente para cada tipo de daño.¹³⁴

167. Excepciones: determinación del daño patrimonial en abstracto. a) La más importante excepción al principio de que el daño se mide en concreto está establecida por la ley respecto de la privación del goce del dinero: según el artículo 1559, el daño producido por el no pago de una suma de dinero (como ocurre, por ejemplo con el pago de la propia indemnización) se expresa en intereses corrientes. El daño está valorado por la ley, de modo que el demandante no es oído si alega que perdió oportunidades de negocios de valor superior a los intereses correspondientes a la suma que se le debe; ni el demandado lo será si esgrime que el demandante es un avaro que guarda los billetes en una caja de fondos, de modo que no habría ganado los intereses. Las únicas preguntas abiertas se refieren al momento desde el cual se devengan los intereses (*infra* N° 672).

b) También son usualmente estandarizadas las reparaciones que garantiza el derecho social bajo la forma de responsabilidad estricta o de seguros obligatorios. El monto está fijado de antemano y no es objeto de medición en concreto, de un modo que permita considerar, por ejemplo, las expectativas de progreso de la víctima en su trabajo. Por el contrario, si el daño es atribuible a culpa del demandado, rige sin restricciones el principio de la reparación integral.¹³⁵

c) Por último, la determinación del *lucro cesante* tiene necesariamente un elemento abstracto, que supone asumir un cierto curso futuro de los

¹³³ Pantaleón en Paz-Ares *et al.* 1991 1990.

¹³⁴ Lo contrario parece ser lo recomendable en materia de daño moral, donde la estandarización se justifica tanto por razones de justicia formal (que iguales daños sean valorados de igual manera, sin consideración de aspectos subjetivos de la víctima), como porque la indemnización del daño moral no puede ser reparatoria del daño efectivamente sufrido. La diferencia entre los instrumentos de valoración del daño moral y patrimonial se muestra en la sentencia del Tribunal Constitucional español, que declaró contraria a la Constitución de ese país una norma legal que estandarizaba la reparación del lucro cesante, pero sostuvo lo contrario respecto del daño moral (Trib. Const. español 29.6.2000, Vicente en Reglero 2002 a 273).

¹³⁵ Véanse, por ejemplo, las prestaciones que garantiza el Título V de la Ley de accidentes del trabajo. Una regla distinta vale, desde luego, cuando la reparación se rige por el derecho común de la responsabilidad civil por negligencia (Ley de accidentes del trabajo, artículo 69).



acontecimientos, porque de lo contrario nunca podrá darse por probado. Esta relevante concesión al principio de la determinación del daño en concreto tiene su antecedente en las dificultades que plantea el daño futuro (*supra* N° 153) y será revisada al tratar el lucro cesante (*infra* N° 170).

c. Fuentes de daño emergente y lucro cesante

168. Daño inmediato a las personas, a las cosas y puramente patrimonial.

a) Se ha visto que la reparación alcanza no sólo al daño inmediato sufrido por la víctima, sino también al mediato, con el límite de que no sea calificado de indirecto (*supra* N° 159). Si se atiende al bien inmediatamente dañado, el perjuicio patrimonial puede provenir del daño a las *cosas*, a las *personas* o directamente al *patrimonio*.

b) El efecto patrimonial inmediato del *daño a las cosas* es el costo de reposición o de reparación de la cosa destruida o deteriorada. Sin embargo, a ese costo se pueden sumar otros daños. Así, por ejemplo, el propietario de un auto chocado debe incurrir en gastos para obtener un medio de transporte sustitutivo mientras es reparado; además, mientras se repara, puede dejar de percibir ingresos o de obtener el beneficio de su uso. En otras palabras, el daño a las cosas se descompone usualmente en diversas partidas de daño patrimonial, algunas referidas a la cosa destruida o dañada, otras estrictamente patrimoniales (como el lucro cesante conexo a la improductividad temporal de la cosa dañada).

c) El daño a las *personas* puede presentarse en la forma de un *daño corporal* o de un *daño psicológico o ideal* (como ocurre, respectivamente, con las lesiones sufridas en un accidente y con el menoscabo a la honra que se sigue de una difamación). En ambos casos los efectos mediatos de la lesión al bien personal inmediatamente afectado suelen ser patrimoniales y no patrimoniales a la vez. En materia patrimonial, las lesiones corporales se traducen, por ejemplo, en gastos y en pérdidas de ingresos, y en dolor físico o pérdida de oportunidades de la vida; y el atentado al honor suele estar asociado, además del daño puramente moral, al lucro cesante que se sigue de la pérdida de la fama (*infra* N° 181).

d) Además del daño a las personas y a las cosas, el daño patrimonial puede adoptar la forma de un *daño patrimonial puro*, cuando el hecho del demandado produce un efecto de significado patrimonial, sin que intervenga lesión alguna a una cosa corporal o a la persona de la víctima. Así ocurre, por ejemplo, si mediante un acto de competencia desleal se desprestigia un producto fabricado por el demandante, si un tercero interfiere en una relación contractual ajena, impidiendo al deudor cumplir su obligación, o si un informe errado de auditores hace incurrir en pérdidas a los inversionistas.

Aunque este daño patrimonial puro puede ser calificado sin dificultades de acuerdo a las categorías del daño emergente y del lucro cesante, su reparación plantea especiales preguntas en sede de culpa, porque frecuentemente el hecho ilícito sólo puede ser configurado en un horizonte de conflicto con otros bienes jurídicos; así, es necesario, por ejemplo, definir una línea divisoria

ria entre la competencia desleal y el ejercicio legítimo de la libertad de emprender y de competir (*infra* § 67 b). Atendida esta particularidad, por lo general en el derecho comparado el daño puramente patrimonial es objeto de requisitos especiales para que resulte indemnizable.¹³⁶ Aunque estas limitaciones no rigen en el derecho chileno (que sigue en esto el concepto genérico de daño del derecho español y del francés), en este libro se pondrá especial atención a las peculiaridades de este daño patrimonial puro, tanto en este capítulo de daño (*infra* N° 189), como al tratar en especial algunas hipótesis de responsabilidad en el ámbito de los negocios (*infra* §§ 65, 66, 67).

e) El daño a la persona física, a las cosas y el puramente patrimonial son suficientemente típicos como para que sean objeto de un estudio por separado. Por eso, luego de concluir en la sección siguiente una revisión general del daño patrimonial (*sección d*), se analizarán el daño a las cosas corporales (*sección e*), el efecto patrimonial del daño corporal (*sección f*) y el daño puramente patrimonial (*sección g*). Los daños patrimoniales reflejos, que se siguen de la muerte o lesiones a otra persona, serán analizados en conjunto con los extrapatrimoniales en § 25 b.

d. Determinación y prueba del daño patrimonial

169. Determinación y prueba del daño emergente. a) Conceptualmente, la determinación del daño emergente no presenta dificultades: se trata de disminuciones patrimoniales por gastos o por el menor valor de cosas corporales o incorporeales. La víctima sufre daño emergente en la medida que es más pobre en razón del hecho del demandado.¹³⁷

b) Respecto del *daño ya ocurrido*, la valoración puede efectuarse sobre la base de los gastos efectivamente incurridos por el demandante para eliminar el daño o de la estimación prudencial de los costos o de las pérdidas incurridas.¹³⁸ En uno y otro caso, el valor tiene que resultar de hechos probados y su evaluación permite grados elevados de objetividad.

¹³⁶ Von Bar 1996 II 30. Es especialmente el caso del *common law* (Burrows 1994 171, Weir 2002 173, Epstein 1999 575) y del derecho alemán, donde los intereses puramente patrimoniales, que no suponen lesión corporal de un derecho de la personalidad o de la propiedad, sólo son reparables si se ha actuado ‘de una manera que contraviene las buenas costumbres’ (BGB, § 826 en relación con § 823; al respecto, Deutsch/Ahrens 2002 114).

¹³⁷ Se ha fallado que “el daño emergente es el empobrecimiento real y efectivo padecido por quien pide que se le indemnice” (Corte de Santiago, 7.12.1984, RDJ, t. LXXXI, sec. 4ª, 266). Por su parte, la Corte Suprema ha señalado que este tipo de daño consiste en un “desmedro real y efectivo en su patrimonio” (CS, 2.3.1977, F. del M. 220, 25).

¹³⁸ Respecto de la diferencia entre gastos efectivos y costos estimados en el daño a las cosas, *infra* N° 176. En cuanto a la estimación de pérdidas por el menor valor de bienes incorporeales, CS, 2.12.1915 y 20.10.1919, RDJ, t. XVIII, sec. 1ª, 62, comentado en Gatica 1959 107; se trataba de una obligación restitutoria de unas acciones que no fue efectuada oportunamente por el banco encargado de hacerla, a cuya consecuencia el banco fue condenado a pagar la diferencia entre el valor bursátil de las acciones al momento en que esa restitución debió ser efectuada y el de la restitución efectiva.



c) Mayor dificultad presenta el *daño emergente futuro*, como el cuidado profesional requerido por un inválido, por un tiempo indefinido o por el resto de su vida: aunque sea cierto que va a necesitar de esos cuidados, suelen ser inciertos el tiempo de supervivencia y el costo futuro de esos servicios (*infra* N^{os} 182 y 185). En otras palabras, la certidumbre del daño no se extiende al período de tiempo, al monto y a la suma global que puede estimarse necesaria para cubrirlos en el tiempo (*infra* N^o 186). En este caso, la prueba no puede sino recurrir a antecedentes estadísticos (expectativas de supervivencia, costos de mantención), que permitan construir presunciones acerca del monto estimado de los daños. Alternativamente, el otorgamiento de la indemnización en la forma de una renta (en vez de una suma global) permite hacerse cargo de estas incertidumbres.

d) La prueba del daño corresponde al demandante, en aplicación de la regla general de que corresponde probar los hechos en que se funda la existencia de una obligación a quien la alega (artículo 1698). Por lo mismo, si se pretende invocar presunciones, el demandante debe probar los hechos que permitan al juez construirlas.

170. Determinación y prueba del lucro cesante. a) A diferencia de lo que usualmente ocurre con el daño emergente, el lucro cesante tiene siempre un elemento contingente, porque se basa en la hipótesis, indemostrable por definición, de que la víctima habría obtenido ciertos ingresos si no hubiese ocurrido el hecho que genera la responsabilidad del demandado. El lucro cesante siempre plantea la pregunta, analizada a propósito del requisito de certidumbre del daño, acerca de los límites entre la ganancia probable y el daño puramente eventual (*supra* N^o 154).

b) En verdad, la determinación de una ganancia o de un ingreso futuro exige asumir ciertos supuestos. Por eso, el cálculo del *lucro cesante* comprende normalmente un componente típico (en oposición a concreto e individual), que alude a los ingresos netos (descontados los gastos) que pueden ser razonablemente esperados por una persona *como* el demandante, de conformidad con el normal desarrollo de los acontecimientos. La prueba difícilmente puede determinar con certeza si el daño habría ocurrido, ni la suma precisa de los beneficios que la víctima habría obtenido.¹³⁹ La necesidad de recurrir a estimaciones de base objetiva surge de la naturaleza del daño, porque envolviendo todo lucro cesante un factor de incertidumbre, la prueba en concreto de su materialización impone condiciones imposibles de satisfacer.

En estos casos, un criterio de valoración objetivo tiene importantes efectos probatorios, porque hace posible a la víctima mostrar un procedimien-

¹³⁹ Larenz 1987 512, con referencia al § 252 del BGB; en el derecho chileno, R. Domínguez Á. y R. Domínguez B. en com. a Corte de Punta Arenas, 7.4.1993, rol N^o 7.263, en Rev. Concepción 192, 1992, 214; en el mismo sentido, Diez 1997 182, Elorriaga 1995 62; la idea aparece ya en Gatica 1959 108 (una investigación aún no superada sobre la indemnización de perjuicios contractuales).

to de cálculo del lucro cesante.¹⁴⁰ Como toda objetivación, el criterio lleva a prescindir de las circunstancias más detalladas que podrían afectar los ingresos futuros de la víctima. La presunción del ‘curso ordinario de las cosas’ alcanza a todas las circunstancias que permiten proyectar un ingreso futuro sobre la base de los hechos mostrados en el juicio (ingresos del trabajo, margen de venta del comerciante sobre el costo de los productos y otras semejantes), y de la experiencia general acerca de lo que puede tenerse por ese desarrollo ordinario de los acontecimientos.¹⁴¹

c) Fuera de los casos en que el lucro cesante puede ser inferido de un curso ordinario de los acontecimientos, su determinación a menudo plantea preguntas relativas a la *probabilidad* de su producción y a su monto específico. Como se ha reiterado, el lucro cesante se mueve a menudo en el difuso rango entre el daño cierto y el eventual. En muchos casos se podrá concluir que el daño puede ser tenido por cierto, según un criterio objetivo de determinación; pero, en otros, su determinación plantea una cuestión hipotética de probabilidad, que no puede ser ignorada por el derecho bajo el espejismo de que no hay más alternativa que el todo o nada, que resulta de clasificar todo daño como cierto o eventual (*supra* N° 154).

En el derecho comparado existe una tendencia bastante generalizada a considerar la *probabilidad como factor de medición del daño indemnizable*,¹⁴² sin embargo, hay también sistemas jurídicos en que se ha impuesto la opinión contraria.¹⁴³ En contra de la aceptación ha pesado el riesgo de juicios temerarios contruidos sobre una base precaria de causalidad; a favor, se puede argumentar que la probabilidad conocida no es certeza ni eventualidad, de modo que debe reconocérsela al momento de dar lugar a la reparación (como es el caso de la probabilidad de ganar un juicio que el abogado ha perdido por la omisión negligente de una oportunidad procesal o de la ganancia del premio por un caballo de carrera lesionado por la negligencia del hipódromo en la mantención de sus instalaciones). En todo caso, corresponde a la jurisprudencia

¹⁴⁰ Lange 1990 341, Larenz 1987 511.

¹⁴¹ Sobre la prueba conducente a la evaluación del lucro cesante, Díez 1997 58; en materia de daños corporales, Elorriaga 1995 67.

¹⁴² Es el caso italiano (Fleischer 1999 769) y francés (Le Tourneau/Cadiet 2002/03 N° 653). En el derecho inglés luego de un antiguo precedente favorable (*Chaplin v. Hicks*, 1911, 2 KB 786), la jurisprudencia parece mostrarse más bien reticente (Markesinis/Deakin *et al.* 2003 198). El lucro cesante presenta una evidente analogía con la responsabilidad por pérdida de una oportunidad (el paciente muere y *pudo* haberse salvado si el médico no hubiese errado el diagnóstico) y con el *incremento de riesgo* de un daño ya producido (la enfermedad *pudo* deberse a la exposición a una fuente contaminante), que suelen tratarse en sede de causalidad (*infra* N° 246); en uno y otro caso, la valoración de la probabilidad es determinante al momento de establecer si hay lugar a la responsabilidad y el monto de la indemnización. Sin embargo, la doctrina y la práctica jurisprudencial chilena y comparada tienden a tratar el lucro cesante a la luz del criterio de certidumbre del daño, entendiendo que la pregunta es alternativa: si hay suficiente certeza, es reparable por completo; si no la hay, el daño se tiene por eventual y no da lugar a reparación.

¹⁴³ Es el caso del derecho alemán (Fleischer 1999 767).



definir el umbral mínimo de probabilidad que separa una mera eventualidad de una expectativa seria de ingresos futuros.

d) Con frecuencia, la jurisprudencia es muy exigente en la prueba del lucro cesante,¹⁴⁴ con fundamento en el requisito doctrinario de la certidumbre del daño. Ese rigor resulta a veces excesivo. Así se muestra en un fallo que negó el lucro cesante a una viuda cuyo marido fallecido tenía trabajo estable, en razón de que la pérdida de sustento futuro no constituye un daño cierto, mientras que en el derecho “sólo son reparables los daños ciertos, es decir, aquellos que son reales y efectivos” y no los “meramente eventuales”.¹⁴⁵

Las extremas exigencias probatorias que los tribunales chilenos imponen a la prueba del lucro cesante han llevado con frecuencia a cumplir por equivalencia con el requerimiento de justicia para con la víctima, al momento de fijar el monto de la indemnización a título de daño moral. En definitiva, la indemnización concedida a este último título es comprensiva implíci-

¹⁴⁴ Díez 1997 182.

¹⁴⁵ Corte de Concepción, 23.8.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 4ª, 199, la sentencia, en cambio, reconoce una suma global por concepto de daño moral; en idéntico sentido, Corte de Santiago, 11.11.1997, confirmada por la CS [cas. fondo], 16.4.1998, F. del M. 473, 324, donde se afirma que no puede determinarse el lucro cesante de una persona fallecida, porque no puede preverse con algún grado de certeza los años que habría podido vivir la occisa, lo que es necesario para efectuar un cálculo, multiplicando lo que ella percibía por una cantidad de años. Asimismo se ha fallado que “no existe evidencia en orden a vincular a la parte demandada como empleadora del nombrado (...) durante toda su vida laboral, por cuanto no parece posible que la relación de dependencia que los ligaba al momento del accidente, hubiere necesariamente de perdurar de por vida” (Corte de Santiago, 11.7.2000, GJ 241, 201, confirmada por la CS [cas. fondo], 16.10.2000, GJ 244, 163, publicada también en F. del M. 503, 3659); que “para acreditar la certidumbre del daño, debe proporcionarse al juez antecedentes que le permitan determinar la ganancia probable dejada de percibir por el acreedor, sin que sea suficiente, para tal fin, intentar apoyar esa pretensión en lo que la víctima del accidente pudo percibir, por concepto de remuneraciones, durante el resto de su vida laboral útil” (Corte de Santiago, 2.11.2001, GJ 257, 172); que “el lucro cesante es susceptible de indemnización, cuando el perjuicio ha consistido en la privación de una ganancia cierta, y no de la eventualidad de obtener ciertas sumas de dinero en el largo tiempo, ya que es evidente que los contratos de trabajo y sus particulares condiciones se encuentran sujetos a múltiples contingencias, que como en el caso de autos, no pueden deducirse sobre la base de un simple cálculo respecto de una hipotética sobrevida laboral del trabajador” (Corte de Santiago, 6.9.2002, confirmada por CS [cas. fondo], 8.4.2003, F. del M. 509, 560). También pueden verse Corte de Santiago, 11.11.1997, confirmada por CS [cas. fondo], 16.4.1998, F. del M. 473, 324; CS, 14.4.1999, F. del M. 485, 503; Corte de San Miguel, 19.7.1999, GJ 229, 153; Corte de Copiapó, 6.8.1999, GJ 234, 95, publicada también en F. del M. 493, 2822; Corte de Concepción, 23.8.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 4ª, 199; Corte de Santiago, 7.9.1999, GJ 231, 135; Corte de Santiago, 28.10.1999, GJ 232, 195; Corte de Santiago, 10.3.2000, GJ 237, 159; CS, 30.1.2001 GJ 247, 150; Corte de Valparaíso, 15.5.2001, confirmada por CS [cas. fondo], 9.10.2001, GJ 256, 144; Corte de San Miguel, 23.5.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 3ª, 103; Corte de Santiago, 11.3.2002, GJ 273, 229; CS, 27.3.2002, GJ 261, 80; Corte de Concepción, 28.8.2002, GJ 266, 210; CS, 13.11.2002, GJ 269, 39, publicada también en F. del M. 504, 3702; y Corte de Santiago, 29.8.2003, GJ 278, 282.

tamente de un daño patrimonial que los juzgadores no entran a valorar.¹⁴⁶ Esa práctica provoca que la indemnización del daño corporal tienda a establecerse sin discernimiento separado del daño patrimonial y el moral.¹⁴⁷ Mejor sería reconocer, por un lado, que el principio de indemnización total del lucro cesante está necesariamente moderado por consideraciones prudenciales, que se resisten a cálculos matemáticos muy precisos,¹⁴⁸ y, por otro, separarlo conceptual y funcionalmente del daño moral.

En verdad, la mínima garantía que puede tener el demandante de que obtendrá una justa reparación es que se consideren, por un cierto lapso de tiempo, los ingresos que en el *curso normal de los acontecimientos* razonablemente esperaba recibir. Esta doctrina ha sido validada expresamente por la Corte Suprema, que ha expresado que la incapacidad laboral da lugar a un lucro cesante, estimado como la “disminución de ganancia (...) que, de acuerdo al curso normal de las cosas habría obtenido con el desempeño de su oficio, de no mediar el hecho del accidente”.¹⁴⁹ Ese criterio fue seguido desde temprano por los tribunales chilenos.¹⁵⁰

¹⁴⁶ Véanse, por ejemplo, Corte de Santiago, 2.11.2001, GJ 257, 172 (\$ 30 millones para un trabajador totalmente inválido a causa de un accidente laboral, sin que se diera lugar al lucro cesante); Corte de Santiago, 17.4.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2ª, 31, publicada también en GJ 262, 81 (\$ 50 millones para dos víctimas de lesiones graves en el accidente de un helicóptero, luego de desechar la prueba del lucro cesante); Corte de Concepción, 28.8.2002, GJ 266, 210 (\$ 35 millones por daño moral por pérdida de antebrazo luego de no dar por acreditado el lucro cesante); Corte de Antofagasta, 13.12.2002, GJ 270, 183 (\$ 50 millones para la cónyuge y dos hijos de un trabajador muerto en un accidente laboral, luego de desechar la prueba del lucro cesante); Corte de Santiago, 1.7.2003, GJ 277, 149 (\$ 50 millones por concepto de daño moral con consideración de que la víctima quedó impedida de trabajar). Sobre la materia, véase también Elorriaga 1995 73.

¹⁴⁷ Un riguroso estudio estadístico de sentencias ejecutoriadas condenatorias por daños derivados de la muerte de una persona en el período 1986-2004 muestra que en el 94% de los casos se reconoció daño moral y sólo en el 2% se dio lugar a lucro cesante (Rubio 2005 N° 28); en circunstancias de que la mayoría de las víctimas eran personas de sexo masculino en edad laboral, la autora asume que las exorbitantes exigencias probatorias explican este resultado por completo contrario a la experiencia (ídem 36).

¹⁴⁸ Así, las conclusiones de Cane/Atiyah 1999 131 respecto de la indemnización de perjuicios futuros que se siguen del daño corporal, lo que entienden que no debe llevar a una revisión de las cantidades efectivamente reconocidas, porque, en la práctica, *i*) el daño moral usualmente se suma a los perjuicios patrimoniales formando una suma global significativa; *ii*) existen diversos mecanismos sociales que llevan a una doble indemnización; y *iii*) no es posible inyectar más dinero en el sistema de responsabilidad civil, en circunstancias que una proporción mayor de accidentes de efectos similares no están cubiertos por este sistema de reparación (ídem 134).

¹⁴⁹ CS, 28.5.2002, GJ 263, 170. Véase también CS, 23.5.1977, RDJ, t. LXXIV, sec. 4ª, 281; Corte de Santiago, 9.6.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 2ª, 46; y Corte de Santiago, 22.4.2003, GJ 274, 281, que sostiene que “es indudable que después de ocurrido el hecho, y no obstante los subsidios percibidos por el actor, éste vio considerablemente reducidos los ingresos que lograba en período de actividad”.

¹⁵⁰ CS, 25.10.1904, RDJ, t. II, sec. 1ª, 141, que estimó acreditado el lucro cesante de una madre viuda por la muerte de su hijo estudiante que había sido admitido por sus méritos en la Escuela Militar. En el sentido inverso, se ha estimado que es ‘improductivo’ un egresado



En el extremo de la incertidumbre, los tribunales han objetivado el umbral más elemental del lucro cesante que se sigue del daño corporal mediante la técnica razonable de fijar la base de la indemnización, a falta de otra prueba suficiente, en el salario mínimo u otro parámetro semejante.¹⁵¹ Se volverá sobre la materia al tratar los efectos patrimoniales del daño corporal (*infra* N° 181).

e) Con las calificaciones precedentes, el peso de la prueba recae sobre el demandante, porque el daño, así como los demás hechos que determinan el nacimiento de la obligación indemnizatoria, deben ser probados por quien la alega, de conformidad con la regla general del artículo 1698.

171. Neutralidad en la determinación del daño patrimonial. a) Atendidos los principios de la reparación integral y de la determinación en concreto de los perjuicios, la estimación del daño patrimonial sólo es posible sobre la base de *partidas precisas de perjuicios* y no de estimaciones en abstracto, que no correspondan a los perjuicios concretos sufridos por la víctima.¹⁵² Ello no impide la prueba mediante presunciones, que, como se ha visto, resultan usualmente inevitables respecto del lucro cesante; sin embargo, también ellas deben ser construidas sobre la base de razonamientos explícitos, que cumplan con los requisitos formales de argumentación de los artículos 1712 del Código Civil y 426 del Código de Procedimiento Civil; de lo contrario, la sentencia no cumple con la exigencia del artículo 170 N° 4 de ese ordenamiento y es susceptible de ser anulada por vía de casación en la forma (artículo 768 N° 5).

b) En principio, la indemnización sólo atiende al daño sufrido por la víctima y es ciega a la condición de las partes y a la gravedad del ilícito. Desde un punto de vista estrictamente lógico, es necesario separar la culpa y el daño como condiciones de la obligación indemnizatoria. En virtud del principio de reparación integral del daño patrimonial, *la indemnización considera objetivamente los perjuicios sufridos por la víctima*, con prescindencia de la gravedad de la culpa del autor del daño. En la medida que la indemnización debe poner al demandante en la condición en que se encontraría si no hubiese sufrido el daño, se tiene que considerar el daño efectivamente sufrido, que depende

de ingeniería próximo a titularse (Corte de Concepción, 27.5.1964, Rev. Concepción 136, 1966, 85); la idea ha sido expresada en un fallo conceptualmente preciso, que alude a que el lucro cesante exige que los ingresos o utilidades sean 'probables' y no simplemente 'posibles' (Corte de Concepción, 28.8.2002, GJ 266, 210). Sobre la imposibilidad de probar la pérdida de ingresos de un estudiante de derecho accidentado, CS, 14.4.1999, F. del M. 485, 503.

¹⁵¹ Corte Presidente Aguirre Cerda, 14.3.1988, RDJ, t. LXXXV, sec. 4ª, 26; un fallo de la Corte de Punta Arenas estima ese umbral en la base de cálculo del subsidio de cesantía (Corte de Punta Arenas, 7.4.1993, rol N° 7.263, con comentario favorable R. Domínguez Á. y R. Domínguez B., en Rev. Concepción 192, 1992, 214). No se puede acusar a las cortes de discrecionalidad, porque parecen haber optado por un baremo mínimo inobjetable.

¹⁵² Alessandri 1943 561.

naturalmente de las condiciones de vida de la víctima (no es lo mismo chocar un auto nuevo y valioso que otro viejo y en mal estado).¹⁵³

Sin embargo, en la práctica los estándares de la reparación suelen tener una cierta generalidad. Así, por ejemplo, en el caso del costo de recuperación de quien ha sufrido lesiones corporales, no es razonable flexibilizar el estándar hasta llegar al cuidado clínico a que puede aspirar una víctima de gran fortuna. La reparación debe observar ciertos estándares más o menos generales, porque no se puede exigir que el demandado financie tratamientos especialmente inusuales y costosos (*infra* N° 182).

¹⁵³ Alessandri 1943 566.



f. *Efectos patrimoniales del daño corporal*

181. Perjuicios que se siguen del daño corporal. El daño corporal puede acarrear un amplio conjunto de consecuencias dañosas, que incluso se pueden extender a terceros distintos a la víctima directa (daño reflejo). La consecuencia más inmediata del daño corporal es la pérdida de bienes personales no patrimoniales, como son la vida, la salud, la integridad física, el bienestar psicológico y el desarrollo espiritual y sensitivo de la personalidad.¹⁷⁷ De esos mismos daños se pueden derivar consecuencias patrimoniales, además de las morales. En esta sección se analizarán los efectos patrimoniales que se siguen para la víctima directa del accidente. Las consecuencias extrapatrimoniales serán analizadas en *infra* § 24; el daño reflejo o por repercusión patrimonial o moral en *infra* § 25.

182. Gastos de curación y cuidado. a) El daño corporal reclama la restitución, dentro de lo posible, de la salud o integridad de la víctima. Los gastos necesarios para la supresión o disminución de los efectos dañinos son asimilables a una reparación en naturaleza. En razón de su derecho a la integridad física y psíquica, la víctima tiene la facultad de exigir que el responsable asuma los gastos médicos, quirúrgicos, de laboratorios, farmacéuticos, de enfermería y, en general, todos los conducentes a su restablecimiento.

b) El principal problema que plantean estos gastos se expresa en el riesgo de que se expandan más allá de lo razonable.

¹⁷⁷ Larenz 1987 506.



183. Pérdida de ingresos. a) La pérdida de ingresos corresponde al *lucro cesante que se sigue del daño corporal*. El objeto de la reparación no es propiamente la pérdida de la capacidad de trabajo o de generación de ingresos, sino la expectativa objetiva de ingresos futuros que la persona lesionada tenía al momento del accidente.¹⁸²

La indemnización comprende los ingresos netos que la víctima deja de percibir¹⁸³ y su determinación se efectúa en concreto, atendiendo a las calidades de la víctima (incluidas su edad y estado de salud).¹⁸⁴ Así y todo, esta determinación supone asumir lo que habría de ocurrir en el futuro de no haber ocurrido el accidente, lo que exige una mirada objetiva hacia el curso ordinario de los acontecimientos (*supra* N° 166). Por eso, la determinación de los ingresos futuros será tan concreta como pueda serlo (considerando las particulares calidades de la víctima) y tan objetiva como sea necesario (asumiendo ciertos supuestos de razonable probabilidad).

b) Los *problemas de determinación y prueba* del daño futuro (*supra* N° 154) y del lucro cesante (*supra* N° 170) adquieren cierta especificidad en el caso del daño corporal.¹⁸⁵ Sin perjuicio de lo ya desarrollado en los párrafos referidos, a continuación se analizarán algunas preguntas específicas que plantea la determinación de ingresos futuros de quien ha sufrido lesiones corporales.

- *Duración de la incapacidad.* Ante todo, debe atenderse al tipo de incapacidad que se sigue de las lesiones. En casos de *incapacidad temporal*, los perjuicios abarcan un horizonte temporal definido. Por el contrario, en caso de *incapacidad permanente* debe hacerse una previsión de los ingresos que pueden esperarse durante toda la vida de trabajo de la víctima, atendidas sus características de edad, salud y el tipo de destrezas laborales que tenía al momento del accidente. Una manera de simplificar el cálculo es asumir que la víctima habría generado ingresos hasta la edad legal de jubilación, porque el más básico de los supuestos en el cálculo de ingresos futuros es que nadie trabaja para siempre.

Esta estimación no incorpora la probabilidad que por cualesquiera circunstancias pudiera haber terminado antes su vida laboral (la muerte prematura, una enfermedad o la cesantía, por ejemplo) o que, por la inversa, haya podido generar ingresos con posterioridad al retiro. Todo indica que en atención a lo especulativas que son una y otra hipótesis, la solución más

¹⁸² Larenz 1987 507. Esta es inequívocamente la posición adoptada por la jurisprudencia chilena, como se muestra en los requerimientos de prueba de lucro cesante que se sigue de una incapacidad física (véase jurisprudencia referida en *supra* N° 170).

¹⁸³ Vicente 1994 114, con referencias comparadas.

¹⁸⁴ Kötz 1991 192.

¹⁸⁵ En el *common law* se acostumbra distinguir la pérdida de ingresos anterior a la sentencia y los ingresos futuros, asumiéndose que los primeros suponen una mera determinación contable de los ingresos que estaba percibiendo la víctima, y admitiéndose que la determinación adquiere mayor complejidad en el caso de los ingresos futuros (Burrows 1994 192 y 197, Markesinis/Deakin *et al.* 2003 804).



práctica, a falta de prueba que permita inferir algo diferente, es considerar los ingresos en el horizonte temporal que a la víctima le faltaba para llegar a una edad estándar de jubilación, en el tipo de actividad que realizaba antes del accidente.

- *Gravedad de la incapacidad.* La incapacidad puede ser *parcial*, de modo que sólo corresponda indemnizar la disminución de ingresos esperados, o *total*, en términos que inhabilitan por completo a la víctima la percepción de ingresos.

En el fondo, la pregunta relevante se refiere a la proporción de los ingresos esperados que previsiblemente la víctima dejará de percibir en razón de sus lesiones. Las lesiones corporales que no afectan la capacidad intelectual pueden producir un efecto patrimonial insignificante en un empresario o en un profesional liberal y, por el contrario, acarrear una privación sustancial de la capacidad de trabajo en personas que desarrollan actividades físicas.¹⁸⁶ En otras palabras, la tasa de incapacidad que debe ser atribuida a las mismas lesiones no necesariamente es igual en todos los casos.¹⁸⁷

Por otro lado, cualquiera sea la situación, la víctima soporta la carga de disminuir en la medida de lo posible y de lo exigible el monto del daño. Así, si alguien que desarrollaba una cierta actividad no puede seguir desempeñándola después del accidente, de ello no se sigue que con las capacidades disponibles no deba procurar los ingresos que razonablemente puede percibir atendida su nueva condición. Esta exigencia surge de la carga que el artículo 2330 impone a la víctima –antes, durante y después del accidente– de no exponerse imprudentemente al mal causado (*infra* § 34 a).

- *Base de cálculo de los ingresos no percibidos.* Resulta inobjetable tomar como punto de partida para el cálculo de los ingresos futuros la renta que efectivamente obtenía la víctima al momento del accidente.¹⁸⁸ Sin embargo, este cálculo estático puede ignorar el desarrollo normal y ordinario de la vida laboral de una persona, que, atendidas sus circunstancias, tiene una razonable expectativa de progreso, al menos durante una parte del período del tiempo que le falta para completarla.¹⁸⁹

En el caso de quien no ha iniciado aún su vida laboral, la estimación supone un factor adicional de incertidumbre, porque la determinación de sus ingresos futuros depende de los pasos que haya dado en su formación profesional y en las particulares destrezas que la víctima ya haya desarrollado; pero esa relativa indeterminación no justifica que la prueba del lucro

¹⁸⁶ Un detallado análisis del cálculo de las tasas de incapacidad en el derecho francés, en Viney/Jourdain 2001 233.

¹⁸⁷ Estas diferencias en los efectos de una misma lesión en un arquitecto y en un artesano, por ejemplo, dificulta severamente el establecimiento de baremos de incapacidad asociados a cada tipo de incapacidad; críticos respecto de esta idea, Viney/Jourdain 2001 239.

¹⁸⁸ En ello parece existir un acuerdo generalizado en distintos sistemas jurídicos (Kötz 1991 192, Flour/Aubert 2003 380, Epstein 1999 442). Véanse las consideraciones generales sobre los criterios de determinación del lucro cesante en *supra* N° 170.

¹⁸⁹ Kötz 1991 192.

cesante se tenga por imposible, sino que obliga a buscar un cierto estándar, por conservador que él sea (*supra* N^{os} 154 y 170).

- *Relativa incertidumbre.* Cualquiera sea el caso, la estimación del futuro contempla necesariamente un elemento de contingencia. Como expresó con realismo escéptico un juez inglés, “el conocimiento del futuro le está negado a los hombres, de modo que buena parte de lo que se atribuya por pérdida de ingresos o por sufrimientos futuros –en muchos casos la mayor parte de la indemnización– será casi con seguridad equivocado”, con la consecuencia de que “sólo existe una certeza: el futuro probará que la indemnización es demasiado elevada o demasiado baja”.¹⁹⁰ Por eso, la determinación de los ingresos futuros supone asumir algún grado razonable de incertidumbre.

Como se ha expresado al tratar la determinación y prueba del lucro cesante, la exigencia de una prueba concluyente de los ingresos futuros, equivale a dejar esta clase de perjuicios sin la posibilidad de ser indemnizada (o bien, dejarla subsumida bajo la suma global que se reconoce sustitivamente como daño moral). A falta de todo indicio que sirva de base para la determinación de los ingresos futuros, alguna jurisprudencia ha optado, con la mayor sensatez, por establecer una especie de baremo mínimo que evita dejar a la víctima sin indemnización alguna (*supra* N^o 170).

- *Función reparatoria y no previsional.* Finalmente conviene tener siempre presente que la función del derecho de la responsabilidad civil es reparatoria (correctiva del daño efectivamente causado) y no distributiva. En consecuencia, la indemnización por lucro cesante no depende de las necesidades, sino de las efectivas expectativas de ingreso de la víctima.¹⁹¹ Así, en el cálculo de la indemnización por pérdida de ingresos debe tenerse en consideración que su fin no es previsional (para lo cual existen otros instrumentos), sino reparador de los daños consistentes en rentas del trabajo que no podrán ser percibidas en razón del accidente.

¹⁹⁰ Lord Scarman, en *Lim Poh Choo v. Camden and Islington Area Health Authority* (1980), AC 174, 182, citado por Markesinis/Deakin *et al.* 2003 804. En un sentido análogo Epstein 1999 443.

¹⁹¹ Cane 1997 109.



g. *Daño puramente patrimonial*

188. Concepto de daño puramente patrimonial. a) Se ha visto que el daño a las cosas corporales está dado, además del perjuicio representado por su costo de reparación o de reposición, por el menor valor que la cosa puede tener después de la reparación, por el lucro cesante y por los otros efectos patrimoniales negativos que se *derivan* del daño al inmueble, al automóvil o a cualquiera otra cosa corporal dañada. Algo semejante ocurre con el daño corporal: de las heridas sufridas en un accidente suelen seguirse lucro cesante por pérdida de ingresos y daño emergente por los mayores costos de subsistencia (*supra* N° 181).

A diferencia de estos casos, en que el daño patrimonial resulta del daño a la persona o a las cosas, son denominados *daños puramente patrimoniales* los que se expresan en pérdida de dinero o disminución de un valor patrimonial expresado en dinero, sin la mediación de un daño a las cosas corporales o a la integridad física o moral de la víctima.²⁰⁴ Son ejemplos de responsabilidad por daños puramente patrimoniales los que afectan intangibles de un establecimiento de comercio (*good will*) a consecuencia de una competencia desleal (*infra* N° 837); el deterioro de una marca por su uso abusivo por un tercero; o la pérdida de un contrato ventajoso por la inducción de un tercero a incurrir en un incumplimiento contractual.

²⁰⁴ Von Bar 1996 II 31, Markesinis/Deakin *et al.* 2003 112, Burrows 1994 171, Larenz 1987 479.



El caso más claro de daño puramente patrimonial es el derivado de una información errónea proporcionada por un experto, que lleva al demandante a tomar una decisión de negocios equivocada; o el provocado por quien de mala fe lleva a cabo una negociación impidiendo así que la contraparte celebre un contrato ventajoso con un competidor; o el causado por el tercero que con su conducta hace imposible que el deudor cumpla una obligación contractual. En todos estos casos, el daño puramente patrimonial no se produce *a consecuencia* del daño a la persona o a una cosa, sino que recae directamente en el patrimonio.

b) En el derecho chileno, como en la tradición del Código francés, la ley establece una cláusula general relativa a los daños, que se entiende comprensiva de cualquier tipo de daños patrimoniales, con independencia de la fuente. En tal sentido, el daño puramente patrimonial es subsumible dentro del concepto general y abstracto de daño que emplea el Código Civil. Sin embargo, las razones que justifican que los daños puramente patrimoniales sean objeto de un tratamiento especial en otros importantes sistemas jurídicos, también merecen ser atendidas en nuestra tradición civil.

§ 24. DAÑO MORAL

a. *Concepto, problemas de valoración y tipos de daño moral*

190. Noción de daño moral. a) En el derecho chileno, basta la lesión de un interés legítimo y relevante de la víctima para que se entienda que ha sufrido un daño reparable. Una definición tan general del daño plantea pocos problemas en materia patrimonial, pero tratándose del daño no patrimonial abre un amplio margen de incertidumbres, pues es difícil precisar cuáles son los límites de los intereses cautelados. Sin embargo, esa determinación conceptual resulta fundamental desde la perspectiva de las víctimas (para conocer qué daños serán cubiertos) y de los responsables (para poder prever razonablemente las consecuencias de sus actos).

b) El propio concepto de *daño moral* es equívoco. Aunque sus orígenes son romanos (*actio iniuriarum*),²¹¹ la denominación con que es conocido en nuestro derecho proviene de la doctrina francesa.²¹² En rigor, sólo las lesiones a bienes de la personalidad constituyen un daño propiamente moral (entendido como lo concerniente al fuero interno o al respeto humano); no lo son, por el contrario, el dolor corporal, la angustia psicológica o la pérdida de oportunidades para disfrutar de una buena vida, que, sin embargo, se entienden inequívocamente pertenecientes a esa categoría.

La dificultad de expresar el alcance y contenido del daño moral se muestra en la diversidad de denominaciones en las principales tradiciones jurídicas. En el derecho del *common law* se suele hablar genéricamente de *daños no pecuniarios*, o bien de *pain and suffering* y *lost of amenities*; estos últimos conceptos son muy representativos de las principales formas que puede adoptar el daño no patrimonial.²¹³ En el derecho alemán se conserva la arcaica denominación de *Schmerzensgeld* (daño por el dolor), cuyo origen se remonta a la reparación que la *Constitutio Criminalis Carolina* reconocía a quienes habían sido injustamente torturados.²¹⁴ La doctrina suele hablar también de daños ideales, que afectan bienes de la vida carentes de valor patrimonial, como son el ‘equilibrio’ espiritual, la ausencia de dolor o angustia y la alegría de vivir.²¹⁵

En verdad, en el derecho de la responsabilidad civil se habla de daño moral en simple oposición al daño económico o patrimonial. Por eso, la definición más precisa de daño moral parece ser negativa: se trata de bienes que tienen en común carecer de significación patrimonial, de modo que daño moral es el *daño extrapatrimonial o no patrimonial*.²¹⁶

La atención en su carácter extrapatrimonial pone de manifiesto su mayor dificultad. Se trata de una acción indemnizatoria que tiene por antecedente

²¹¹ Kaser 1971 I 623, Carbonnier 2000 383; su reconocimiento ya estaba generalizado hacia fines del antiguo derecho común y queda luego comprendido en el concepto general de daño de Grocio (Coing 1985 II 512).

²¹² Coing 1985 I 296.

²¹³ Burrows 1994 137.

²¹⁴ Deutsch/Ahrens 2002 215.

²¹⁵ Larenz/Canaris 1994 591.

²¹⁶ Mazeaud/Chabas 1998 422, C. Domínguez 2000 78, Díez 1997 88. La Corte Suprema ha expresado que “el daño engendrará responsabilidad delictual o cuasidelictual cada vez que lesione intereses, tanto materiales como morales” (CS, 16.10.1970, RDJ, t. LXVII, sec. 4ª, 424); que “la lesión a los intereses patrimoniales origina un daño patrimonial o material, en tanto que el menoscabo de los intereses extrapatrimoniales hace surgir un daño extrapatrimonial o moral” (Corte de Santiago, 31.12.2002, confirmado por la CS, 30.4.2003 [cas. fondo], GJ 274, 212). A veces los fallos pasan el umbral del concepto de daño en nuestra tradición jurídica (*supra* § 20 b) y conciben el daño moral como aquel que lesiona un derecho subjetivo de la víctima; así, por ejemplo, Corte de Santiago, 13.3.1985, RDJ, t. LXXXII, sec. 2ª, 6; Corte de Santiago, 26.9.1990, GJ 123, 47; Corte de Santiago, 1.7.1997, RDJ, t. XCIV, sec. 2ª, 79; Corte de Santiago, 1.9.2003, GJ 279, 115; Corte de Antofagasta, 10.10.2002, GJ 268, 115; y Corte de Santiago, 1.9.2003, confirmada por CS [cas. fondo], 13.11.2003, GJ 281, 104.



un daño que no es susceptible de medición en dinero, de modo que ‘cualquiera figura para llegar a su determinación no puede ser sino artificial’.²¹⁷

Ello explica que por largo tiempo, luego de la codificación, prevaleció la idea de que sería ‘repugnante a la luz de la opinión común dominante colocar valores materiales en el mismo nivel que los intereses propietarios y compensar en dinero lesiones a intereses extrapatrimoniales’.²¹⁸

c) Las dudas de los juristas del siglo XIX respecto de la determinación conceptual y práctica del instituto del daño moral se han visto confirmadas por la experiencia. En atención a la amplitud y a la delimitación puramente negativa del concepto, resulta explicable que se haya expandido hacia innumerables intereses. A ello se agrega, en algunas jurisdicciones, que la doctrina lo haya fragmentado en decenas de perjuicios específicos, que no responden a una lógica unitaria.

Por razones de simplicidad en este libro el tratamiento del daño moral se ordenará en dos categorías básicas: el dolor físico o psíquico, que expresan los males que sufre la persona (*infra* N° 205), y el perjuicio de agrado, que se muestra en la pérdida de oportunidades de la vida, que incluye perjuicios específicos consistentes en privaciones en ámbitos de la vida intelectual, sensitiva, sexual y familiar (*infra* N° 206).

191. Incommensurabilidad de los perjuicios morales y proporcionalidad de su compensación. a) Los daños morales son perjuicios incommensurables en dinero, porque *no existe mercado* para la vida, la salud o el honor. Sin embargo, esta incommensurabilidad no impide en el derecho moderno su compensación. Razones de *justicia correctiva* y de *prevención* hacen preferible reconocer una indemnización basada prudencialmente en criterios imprecisos, a dejar daños relevantes sin indemnización alguna.

Desde el punto de vista de la justicia, se trata de bienes valiosos (a menudo los más valiosos en la escala de los bienes jurídicos), cuya lesión justifica una compensación; desde el punto vista preventivo, la indemnización del daño moral desincentiva su generación, al establecer un ‘precio sombra’ a los actos negligentes que pueden provocarlos.²¹⁹

b) Sin embargo, de la circunstancia de que no sea posible poner precio a estos bienes, no se sigue la imposibilidad de comparar sus intensidades relativas. Así, por ejemplo, en la medida que los efectos de una invalidez

²¹⁷ Burrows 1994 136, citando a Lord Diplock en *Wright v. British Railways Board*, 2 AC 773 (1983).

²¹⁸ Así, la sintomática expresión de las actas de la comisión para la segunda lectura del proyecto de BGB (citado en Markesinis 1997 64); sobre la resistencia de la doctrina alemana que inspiró el BGB por un concepto de daño que en Francia habría sido introducido de espaldas al *Code Civil*, Coing 1985 II 296.

²¹⁹ Al definir el alcance de la indemnización del daño moral es conveniente tener presente el riesgo de expansión de la indemnización del daño moral, lo que en su momento fue el argumento más determinante para limitar su reparabilidad, atendido el riesgo de que la responsabilidad se expandiera sin fronteras definibles y de que se produjera una ‘comercialización’ de daños insignificantes (Larenz 1987 477).

permanente y de una temporal no son iguales, tanto en las tribulaciones consecuentes como en el menoscabo de la calidad de vida de una persona, es posible jerarquizar los diversos tipos de daño moral, atribuyéndoles valores que guarden una *razonable proporcionalidad*.

El problema de la inconmensurabilidad en dinero no excluye, en consecuencia, la conmensurabilidad relativa de los bienes afectados. Ello debiera permitir que la definición amplia y tosca del daño moral conviviera con una práctica de evaluación razonada de los perjuicios. Por eso, una cierta objetivación de la evaluación se ha mostrado necesaria en todos los sistemas jurídicos más desarrollados, especialmente en el caso del daño moral que es consecuencia del daño corporal (*infra* N° 208).

c) Con todo, la jurisprudencia asume, en general, que la subjetividad radical del daño moral tendría por consecuencia que su determinación y evaluación escapa a todo intento de objetividad. El resultado inevitable es que su estimación se haga más bien de una manera intuitiva, sobre la base de parámetros de evaluación que no son explícitos, ni consistentes con un principio formal de justicia, que exige que casos semejantes sean tratados análogamente (*infra* N° 201).

192. Tipos de daño moral. a) Una de las cuestiones más delicadas que debe responder todo sistema jurídico desarrollado se refiere a las distinciones que se deben introducir para tipificar el daño moral. Distinguir las diversas formas de manifestación del daño no patrimonial favorece una indemnización equitativa, en el doble sentido de que sea proporcional a la entidad del daño y suficientemente igualitaria.

b) Si se revisa la literatura jurídica contemporánea, se comprueba la extrema fragmentación que en algunos sistemas jurídicos ha alcanzado el daño moral. La verdad es que el daño no patrimonial, en especial el que se sigue de lesiones corporales, puede ser objeto de tipificaciones muy sutiles, que expresan la expansión, en cierta medida descontrolada, de los intereses cautelados.²²⁰

²²⁰ Un panorama del daño moral en el derecho comparado en R. Domínguez Á. 1990 157 y Diez 1997 114. Viney/Jourdain 1998 28 enumeran más de 40 conceptos de daño moral, entre los que se encuentran: *i)* los distintos tipos de daños a la personalidad (imagen, intimidad, nombre, reputación, libertad civil y diversos atributos vinculados a la familia); *ii)* perjuicios que se derivan del daño corporal, que comprende la disminución de la capacidad física (perjuicio fisiológico, biológico y en el 'deficit funcional'), sufrimientos físicos y propiamente morales (perjuicio estético, de agrado, sexual, de contaminación con virus del sida, privación de las alegrías y placeres de una vida normal); *iii)* perjuicios de afecto (muerte o heridas a cónyuges, hijos, padres, hermanos, novios, vehículos, bienes afectos a la familia); *iv)* daños al medio ambiente; y *v)* otras categorías de daños, como los que se derivan de la violación de un derecho ajeno, el sufrimiento por un largo procedimiento, las turbaciones en las condiciones de existencia, la emoción de recibir una noticia falsa y la decepción que sigue a la creencia de una ganancia ilusoria. Los autores concluyen que "la jurisprudencia ha manifestado entonces mucha liberalidad en la definición de los intereses cuyo atentado es susceptible de justificar una acción de responsabilidad civil" (ídem 59).



La extrema fragmentación del daño moral en incontables categorías y subcategorías tiene un alto grado de artificialidad, pues los bienes extrapatrimoniales no admiten divisiones demasiado nítidas. Así, una herida sufrida en un accidente puede dejar una cicatriz (perjuicio estético), que puede afectar la vida de relación (perjuicio de sociabilidad) y eventualmente generar dificultades para encontrar pareja (perjuicio sexual) y para formar una familia (perjuicio de afecto familiar), además de los sufrimientos físicos y el deterioro de la autoestima (*pretium doloris*). Se podrá comprender que estas categorías en gran medida se superponen, con la consecuencia de que una mecánica de fragmentación trae el riesgo de una doble o triple reparación de un mismo daño.²²¹

Por otro lado, la transferencia de las distinciones de un sistema jurídico a otro suele pecar de ingenuidad. En otros sistemas jurídicos, las clasificaciones han surgido, por lo general, por razones ajenas al derecho civil²²² o en razón de limitaciones que el propio derecho civil establece a la reparación del daño moral.²²³ Ninguna de esas circunstancias resulta determinante en el derecho chileno.

c) Más productivo parece asumir que pertenecen a la gran categoría del daño moral todas las consecuencias adversas que afectan la constitución física o espiritual de la víctima y que se expresan, por un lado, en dolor, angustia o malestar físico o espiritual y, por otro lado, en una disminución de la alegría de vivir.²²⁴ De ello se sigue que, en analogía con el daño patrimonial, *el daño moral puede consistir en un mal que se causa o en un bien de cuyo disfrute se priva*.

Ante todo, el daño no patrimonial se puede presentar en la forma de una *aflicción física o mental*. En ambos casos se trata de un daño positivo (como lo es el daño emergente en sede patrimonial), que aumenta instantáneamente el conjunto de males que dificultan o hacen más gravosa la existencia. En el caso del dolor físico, el daño se expresa en la aflicción que producen las heridas y en el sufrimiento asociado a los tratamientos médicos necesarios. En el caso de la aflicción mental, el dolor adquiere

²²¹ Viney/Jourdain 2001 267, Markesinis/Deakin *et al.* 2003 827.

²²² Como es el caso del derecho francés, donde la tipificación de los daños en sede de responsabilidad civil se explica porque respecto de algunos tipos de daños la víctima no tiene que reembolsar lo que reciba del personalmente responsable a los aseguradores privados o sociales (*infra* N° 697).

²²³ Es el caso del artículo 2059 del Código italiano, que establece la reparabilidad del daño moral sólo en los casos en que la ley lo autoriza, de modo que la discusión en torno al 'daño biológico' y el 'daño a la salud' tiene la relevancia práctica de definir el daño indemnizable, en la medida que se entiende que procede reparación cuando esos bienes son dañados (Cian/Trabuchi 1992 artículo 2059 II; de Giorgi 1992 825; Busnelli/Patti 1997 43, con referencia a la expansión del 'daño a la persona'); algo semejante ocurre en Alemania luego de la reforma de 2002 al BGB, que introdujo una norma que enumera como daños morales reparables los que resultan del daño corporal, de la salud, de la libertad y de la autodeterminación sexual (BGB, § 253).

²²⁴ Concepto tomado de Palandt/Heinrichs § 253 15.

innumerables matices e intensidades, que se muestran en un largo catálogo de desgracias que pueden afectar nuestro bienestar espiritual (el sentimiento de disvalor producido por una incapacidad física, el pudor afectado por un atentado a la privacidad, el dolor afectivo por la pérdida de un hijo o del cónyuge).²²⁵ En todos estos casos, la reparación del daño no patrimonial opera propiamente como *pretium doloris*: es una compensación económica por el sufrimiento efectivo que ha afectado al demandante.²²⁶

Pero el daño moral también presenta una cara que no es un sufrimiento que se traduzca en un mal positivo para la víctima, sino en una privación de ciertas ventajas de la vida. Muy genéricamente este tipo de daño no patrimonial puede ser llamado *perjuicio de agrado*.²²⁷ El riesgo es la inabordable extensión del perjuicio de agrado, porque son innumerables y disímiles las ventajas de la vida que una persona pueda disfrutar y las actividades que puede desarrollar en el ámbito deportivo, artístico o en la vida de relación, incluyendo la vida sexual y familiar.²²⁸ Con todo, parece preferible hacer referencia a una categoría genérica de perjuicio, que presenta como característica común la pérdida de ventajas de la vida, a introducir infinitas distinciones que se superponen y que a menudo entremezclan las categorías más elementales del daño no patrimonial. La condición de reparabilidad está dada por la certidumbre y gravedad suficiente del daño y no por pertenecer a alguna subcategoría específica (*supra* N^{os} 145 y 152).

d) Aun así, la distinción entre el dolor y la pérdida de ventajas de la vida no es tan clara al momento de analizar los perjuicios en concreto. Eso explica la práctica judicial de valoración del daño moral en sumas globa-

²²⁵ Burrows 1994 231 se refiere, como ejemplos de aflicción mental (*mental distress*), al malestar, la preocupación, la ansiedad, el miedo, el trastorno espiritual, la pena y el enojo; Cane/Atiyah 1999 136 agregan la incomodidad, la indignidad y la vergüenza.

²²⁶ En el derecho comparado la reparación de la aflicción mental está frecuentemente limitada a la víctima directa del accidente; así en el *common law* (Cane/Atiyah 1999 135, Epstein 1999 437 y 274); en el derecho alemán, donde resulta de la lesión corporal o a la salud, referida como bienes que dan lugar a indemnización, según la reforma del año 2002 (BGB, § 253 II); en el derecho italiano, donde el antecedente de la reparación es el daño a la salud, que constituye el injusto del daño como condición de la reparación, según la técnica empleada por los artículos 2043 y 2059 de ese Código (Cian/Trabuchi 1992 artículo 2043 IX, Visintini 1996 246, de Giorgi 1992 830, Forchielli 1990 17); también en el nuevo derecho de las obligaciones holandés, el daño moral resulta indemnizable, en casos de negligencia, “si el perjudicado ha sufrido una lesión corporal, se le ha dañado en el honor o buena reputación o se ha afectado o ha sido atacado de otra manera en su persona” (Cód. hol., § 6.106.1).

²²⁷ La denominación se ha generalizado en el derecho francés como *préjudice d'agrément* (Mazeaud/Chabas 1998 425, Viney/Jourdain 2001 260) y en el *common law*, bajo la denominación de *loss of amenities* (Burrows 1994 188, Cane/Atiyah 1999 135).

²²⁸ En este texto se emplea el concepto de agrado en el sentido más general de carencia de ventajas de la vida; por eso, aquí carece de sentido, por ejemplo, la distinción que la jurisprudencia francesa ha hecho del ‘perjuicio sexual’ como una categoría independiente del ‘perjuicio de agrado’ (Méga Code § 1383 59).



les, que expresan una apreciación holística o de conjunto de los daños, con el propósito de evitar una doble indemnización.²²⁹

Así se explica también la tendencia comparada en materia de valoración del perjuicio moral que se sigue del daño corporal, en orden a establecer tablas que atienden a la naturaleza objetiva de las lesiones y a características estandarizadas de la víctima (edad, sexo), sin entrar a una desagregación conceptual de los distintos tipos de padecimientos y privaciones que deberá enfrentar a consecuencia de sus lesiones (*infra* N° 208).

b. *Evolución de la reparación del daño moral*

²²⁹ Markesinis/Deakin *et al.* 2003 827.

²³⁰ Mazeaud *et al.* 1963 I N° 298.

194. La reparabilidad del daño moral en el derecho chileno. a) Como se ha visto, la legislación civil española, vigente en Chile hasta avanzada la segunda mitad del siglo XIX, contenida esencialmente en las Siete Partidas, hacía referencia a los daños corporales y contemplaba una definición amplia del daño reparable.

b) Según indica en sus notas, para discernir las normas sobre responsabilidad extracontractual Andrés Bello tuvo en cuenta esa legislación española, el *Corpus Iuris Civilis* y, sobre todo, el Código francés.²⁴⁴ En circunstancias que estos textos no contenían un desarrollo orgánico del daño moral o simplemente lo ignoraban, como ocurría con el Código francés, se explica que el Código Civil no contenga una definición de daño moral y que la única norma que indirectamente se refiere a la materia excluye su reparación (artículo 2331). En consecuencia, en nuestro derecho el daño moral fue una creación eminentemente jurisprudencial, aunque tenía antecedentes en fuentes históricas y comparadas.²⁴⁵

c) Desde la entrada en vigencia del Código Civil y hasta principios del siglo XX la jurisprudencia entendía que sólo era indemnizable el daño

²⁴⁴ En sus notas, Bello cita extensamente como fuente del título de los delitos y cuasidelitos la Séptima Partida de la Siete Partidas (Proyecto de 1853, artículos 2478 a 2498), pero me parece inequívoco que la estructura del título proviene del Código francés.

²⁴⁵ Sobre los orígenes de la reparación del daño moral en las Siete Partidas y en el derecho francés antiguo, así como en la jurisprudencia francesa del siglo XIX, que luego fue seguida de cerca por nuestra jurisprudencia, C. Domínguez 1998 b 29. En Hispanoamérica, algunos códigos civiles han sido reformados para introducir expresamente la reparación del daño moral y en general los códigos civiles dictados en el siglo XX contienen referencias a la reparación de los perjuicios extrapatrimoniales (Código argentino, modificado en 1968 y que es ampliado en un proyecto de A. Alterini de 1998; Código mexicano, modificado en 1982; Código peruano de 1984, artículos 1322 y 1984; y Código brasileiro de 2002, artículos 953 y 954); donde no se ha introducido una regla legal, existe una amplia tendencia a su reconocimiento jurisprudencial; una completa relación comparada del derecho hispanoamericano en la materia en Díez 2006 349.

patrimonial referido por el artículo 1556 y se mostró contraria a conceder una reparación por perjuicios morales. Utilizaba como principal argumento para rechazar su reparación la imposibilidad de apreciar pecuniariamente derechos o intereses inmateriales, cuya indemnización se estimaba ajena al Código Civil.²⁴⁶

Sin embargo, ello no impidió que algunas sentencias, sobre todo en materia de accidentes causados por tranvías y ferrocarriles, ordenaran indemnizar daños corporales con incidencia patrimonial y extrapatrimonial (muerte o lesiones del padre de familia o de un hijo menor), avaluándose los perjuicios en una suma global.²⁴⁷ Pero en ninguna de estas decisiones se efectúa una argumentación definitiva en favor de la reparación de este daño y, por el contrario, otros fallos contemporáneos continuaban negándola.²⁴⁸

²⁴⁶ Una tardía reseña de estos argumentos en el voto de minoría del ministro señor Agüero en Corte de Santiago, 9.1.1946, RDJ, t. XLIV, sec. 2ª, 4.

²⁴⁷ La jurisprudencia de comienzos del siglo XX parece liberal en la prueba de los daños, que son avaluados en una suma global que se estima equitativa; véanse CS, 22.9.1905, RDJ, t. III, sec. 1ª, 124, y CS, 10.10.1906, RDJ, t. III, sec. 1ª, 412; véase también C. Domínguez 1998 b 37. En la época se reconoció indemnización por el daño sufrido a consecuencia de la “deformidad indeleble que la catástrofe dejó en el rostro de la menor”, agregando que tal circunstancia “la coloca en situación de no poder aspirar sin temores y zozobras a un brillante porvenir”, consideración que insinúa que se reparó un perjuicio estético por sus consecuencias futuras (Corte de Santiago, 17.6.1902, confirmada por la CS [cas. fondo], 8.8.1902, G. de los T., 1ª sem., 1902, N° 2274, 606; ver H. Figueroa 1911 29). En el caso de la muerte por atropello de un menor se concluía que “la vida humana es un elemento de verdadera riqueza (...) susceptible de una apreciación material o en dinero” (Corte de Santiago, 27.7.1907, RDJ, t. IV, sec. 2ª, 139); según Díez 1997 94 y C. Domínguez 2000 33, esta es la primera sentencia que acepta la indemnización del daño moral en Chile; aunque la discusión es anecdótica, las fuentes disponibles indican que ella fue reemplazada por otra de la Corte de Santiago por motivos que no se mencionan en las publicaciones (Corte de Santiago, 25.10.1911, confirmada por la CS [cas. fondo], 13.1.1922, RDJ, t. XXI, sec. 1ª, 529). En la época también se falló “que el daño moral resultante del dolor que naturalmente debe haber causado al demandante la muerte de su hija de dos y medio años (...) le da derecho a una reparación” (Corte de Valparaíso, 31.5.1915, G. de los T., 1915, 1ª sem., N° 298, 732). Existen también fallos recientes que indemnizan el daño moral y patrimonial como una única suma global: CS, 3.5.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 5ª, 87; Corte de San Miguel, 14.4.2003, GJ 274, 140; Corte de Santiago, 30.9.2003, GJ 279, 270.

²⁴⁸ Por ejemplo, CS, 13.1.1922, RDJ, t. XXI, sec. 1ª, 529, que rechazó la indemnización del daño moral consistente en el dolor para un padre por la muerte de su hijo de dos años. Pocos meses después la Corte Suprema en un caso análogo decidió en sentido contrario, concediendo la reparación del daño moral, en una sentencia de gran relevancia en la evolución de la reparación del daño moral en Chile (CS, 16.12.1922, RDJ, t. XXI, sec. 1ª, 1053). Por el contrario, desde temprano en el siglo XX alguna doctrina comenzó a sostener que el daño moral era indemnizable; artículos que defendiendo su procedencia en el derecho nacional se publicaron en 1910 (Fernández, Arturo, “Indemnización de perjuicios en caso de accidentes. Responsabilidad de la empresa de los ferrocarriles del Estado”, RDJ, t. VII, 1ª parte, 71) y 1920 (Butrón, Roberto, “La indemnización del daño moral en nuestra legislación, RDJ, t. XVII, 1ª parte, 27); más tarde siguieron el mismo camino las excelentes memorias de Ducci 1936 169 y O. Tapia 1941 180; la consolidación doctrinaria se produce con Alessandri 1943 226.



d) El cambio definitivo de la tendencia jurisprudencial se produjo por una sentencia de la Corte Suprema de 1922, que argumenta extensamente en favor de la indemnización del daño moral y cuya relevancia es destacada por la mayor parte de la doctrina nacional.²⁴⁹ La decisión recayó en un caso de daño moral reflejo sufrido por un padre a consecuencia de la muerte de su hijo de 8 años, atropellado por un tranvía. El fallo sintetiza los argumentos tradicionales para apoyar la reparación del daño moral: *i)* el artículo 2329 el Código Civil prescribe que “*todo daño*” debe ser reparado, sin distinguir su naturaleza, comprendiendo “los de orden inmaterial o psíquico”;²⁵⁰ *ii)* “que la consideración de que la muerte sea un mal irreparable(...) no excluye la responsabilidad establecida por la ley”; *iii)* que “la reparación del daño causado, no puede obtenerse en muchos casos de un modo absoluto y para alcanzar una reparación relativa, no existe otro medio que la sanción pecuniaria”; y *iv)* que “la falta de equivalencia entre el mal producido y la reparación concedida, y la repugnancia para estimarlo en dinero, no demuestran sino la insuficiencia de los medios” de que dispone el legislador, pero que ello no se concluye que “deba dejar de aplicarse la sanción(...) como represión o reparación de los actos ilícitos”.

Con posterioridad a la sentencia de 1922, la jurisprudencia asumió que el daño moral era indemnizable, agregando ocasionalmente nuevos argumentos.²⁵¹ Esta consolidación jurisprudencial se ha visto alentada por la creciente valoración de los bienes de la personalidad, tanto en el ordena-

²⁴⁹ CS, 16.12.1922, RDJ, t. XXI, sec. 1ª, 1053, comentada en O. Tapia 1941 186 y Alessandri 1943 229.

²⁵⁰ Sobre esta interpretación del artículo 2329, Alessandri 1943 226 y la jurisprudencia citada por Diez 1997 96. Lo cierto, sin embargo, es que esa regla se sitúa entre las presunciones de culpa y de responsabilidad y su propósito no parece ser expandir el daño reparable, sino aludir a situaciones en que la culpa y la causalidad pueden presumirse a partir de la evidencia circunstancial que rodea la ocurrencia del daño (*supra* N° 91, *infra* N° 271).

²⁵¹ A modo ilustrativo, y sin perjuicio de las sentencias que se analizan en los párrafos siguientes, pueden consultarse las siguientes decisiones: CS, 18.12.1926, RDJ, t. XXIV, sec. 1ª, 567, señalando que los artículos 2314 y 2329 del Código Civil se refieren a todo daño; CS, 3.7.1930, RDJ, t. XXVIII, sec. 1ª, 117, que se pronuncia en el mismo sentido; CS, 3.8.1932, RDJ, t. XXIX, sec. 1ª, 549, que además hace referencia a los artículos 2317, 2329, 2284 y 44 del Código Civil, 24 del Código Penal, 30 del Código de Procedimiento Penal y 20 de la Constitución Política; Corte de Santiago, 5.5.1933, confirmada por la CS [cas. fondo], 14.9.1934, RDJ, t. XXXII, sec. 1ª, 10; CS, 16.12.1933, RDJ, t. XXXI, sec. 1ª, 144; CS, 24.9.1943, RDJ, t. XLI, sec. 1ª, 228; y Corte de Santiago, 26.5.1944, RDJ, t. XLI, sec. 2ª, 41. Sin embargo, la tendencia no fue unánime; así, por ejemplo, Corte de Santiago, 10.9.1940, RDJ, t. XXXIX, sec. 1ª, 203, que aludió a la doctrina de la inconmensurabilidad; por algún tiempo subsistieron votos de minoría basados en la tesis de la inconmensurabilidad de los daños morales (véase voto en contra del ministro señor Agüero en Corte de Santiago, 8.6.1943, RDJ, t. XL, sec. 2ª, 50).

miento jurídico formal²⁵² como en la consideración social de los intereses relevantes.

Sin perjuicio de las importantes preguntas relativas a las condiciones más precisas de su compensación, en el derecho chileno actual no está en discusión que procede indemnizar el daño moral. La discusión doctrinaria y las vacilaciones de la jurisprudencia se han centrado en las últimas décadas en preguntas relativas a si las personas jurídicas pueden sufrir daño moral (*infra* N° 195) y a su procedencia en caso de incumplimiento contractual (*infra* § 24 i).

195. ¿Daño moral a las personas jurídicas? a) El daño moral tiene su antecedente más frecuente en la muerte y en los daños corporales, de los cuales no pueden ser víctimas las personas jurídicas, pues aun la más animista teoría de la personalidad tendría dificultades para explicar la realidad de sus padecimientos.²⁵³ Por otro lado, la expansión del daño moral en el derecho moderno ha sido también incentivada por un respeto creciente a la dignidad humana, esto es, a atributos inviolables de la persona natural. Es el caso de la privacidad, la honra, el nombre y los demás derechos de la personalidad. La pregunta pertinente pasa a ser entonces mucho más precisa: ¿es la lesión de la privacidad y la reputación de una persona jurídica un daño moral indemnizable?²⁵⁴

²⁵² El artículo 20 de la Constitución 1925 hacía procedente la indemnización de los daños *meramente morales* que hubiere sufrido injustamente un individuo, en cuyo favor se dictare sentencia absolutoria o sobreseimiento definitivo; en términos similares se refiere al daño moral la norma del artículo 19 N° 7 letra i) de la Constitución vigente. El antiguo DL 425 sobre abusos de publicidad, y los textos que lo sustituyeron (leyes N° 16.643 y N° 19.733, actualmente vigente), consideran la indemnización del daño moral que se siga de injurias o calumnias cometidos a través de ciertos medios de comunicación. Algunas disposiciones del Código Penal, condenan a indemnizar esta clase de daños (como el antiguo artículo 215, sobre el delito de usurpación de nombre, o el artículo 370, de aplicación común a los delitos de violación, estupro o abusos sexuales). La Ley de accidentes del trabajo hace expresa referencia a la indemnización del daño moral para los casos en que las lesiones del trabajador sean imputables a culpa del empleador (artículo 69). La Ley de consumidores reconoce el derecho a la “indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales” (artículo 3 letra e). Finalmente, la ley N° 19.628, sobre protección de datos, establece también expresamente la obligación de reparar el daño moral provocado en el tratamiento de datos o información personal (artículo 23).

²⁵³ En este sentido, la Corte de Santiago concluye, en términos generales, que no cabe considerar una persona jurídica como sujeto de sufrimiento, dolor o angustia o cualquier otra lesión a los sentimientos propios de una persona natural (Corte de Santiago, 16.6.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 2ª, 47); véase también Corte de Santiago, 9.6.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 2ª, 46.

²⁵⁴ Este perjuicio moral de la persona jurídica debe distinguirse del que pueden sufrir individualmente sus integrantes, respecto de los cuales aquella carece en general de facultades en el derecho nacional (*supra* N° 157).



c) En el derecho chileno, siguiendo la doctrina francesa que sostenía que la persona jurídica no tiene corazón, pero sí posee honor y consideración,²⁶¹ Alessandri afirmó que sólo podían demandar la reparación del daño moral por atentados contra su nombre y reputación.²⁶² Esta posición ha sido generalmente seguida en las últimas décadas.²⁶³

Por su parte, la jurisprudencia también ha afirmado, por lo general, que un daño moral entendido como el “precio del dolor” no puede tener como sujeto pasivo a una persona jurídica.²⁶⁴ Una sentencia solitaria de la Corte de Concepción²⁶⁵ dio lugar a la indemnización del daño moral que sufrió una empresa comercial por el desprestigio que le provocó la publicación en el Boletín Comercial del protesto de una letra de cambio oportunamente pagada.²⁶⁶ En todo caso, la misma Corte conociendo de un recurso de protección, afirmó después que el crédito o prestigio de las personas jurídicas no tiene la misma jerarquía que el honor u honra de las personas naturales y que no queda protegido por la garantía constitucio-

²⁶¹ Mazeaud *et al.* 1963 I N° 326.

²⁶² Alessandri 1943 475.

²⁶³ Bidart 1985 168, Fueyo 1990 119 y 1991 368, Diez 1997 129, C. Domínguez 2000 719 y Corral 2003 153, quien concluye que la indemnización es procedente cada vez que se lesionen intereses extrapatrimoniales de la persona jurídica; un intento de fundar la responsabilidad por daño moral a la persona jurídica en las categorías generales del derecho de la personalidad en Heine 2002 *passim*.

²⁶⁴ CS, 2.4.1997, GJ 202, 97; Corte de Santiago, 9.6.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 2ª, 46; y Corte de Santiago, 16.6.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 2ª, 47; y Corte de Santiago, 9.12.2003, RDJ, t. C, sec. 2ª, 150, confirmada por CS [cas. forma], 14.3.2005, rol N° 546-2004.

²⁶⁵ Corte de Concepción, 2.11.1989, con com. de R. Domínguez Á. y R. Domínguez B. en Rev. Concepción 190, 1991, 148, confirmada por CS [cas. forma y fondo], 7.5.1992, RDJ, t. LXXXIX, sec. 1ª, 41; el fallo concedió una indemnización de \$ 15 millones por concepto de daño moral y de \$ 10 millones por daño patrimonial (a consecuencia de un contrato que debió resciliarse); los montos llevan a preguntarse si implícitamente la Corte quiso castigar una conducta en extremo torpe del banco o indemnizar un lucro cesante difuso, constituido por las pérdidas por negocios futuros que no efectuaría la sociedad; parece prematuro inferir de ese fallo consecuencias más generales (en ese sentido, sin embargo, C. Domínguez 2000 723 y Diez 1997 131). Otro fallo otorgó indemnización por concepto de daño moral a una sociedad que sufrió la indebida paralización de sus obras por parte del municipio (CS, 21.6.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 5ª, 163); véase también Corte de San Miguel, 14.6.2006, rol N° 895-2002, con com. de C. Pizarro en Rev. Fueyo 6, 2006, 145.

²⁶⁶ En un caso análogo, una sentencia de la Corte de Santiago ha precisado que el daño moral de la persona jurídica debe traducirse en un menoscabo de su “buena fama comercial”, cuestión que no se produce si no se logra probar que el protesto haya sido publicado en el Boletín de Informaciones de la Cámara de Comercio (Corte de Santiago, 16.6.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 2ª, 47); para un razonamiento similar, véase Corte de Santiago, 9.12.2003, RDJ, t. C, sec. 2ª, 150, confirmada por CS [cas. forma], 14.3.2005, rol N° 546-2004, con com. de C. Pizarro en Rev. Fueyo 6, 2006, 145.



nal, negándole de esta manera un mecanismo procesal que se ha vuelto relevante para la cautela en naturaleza de derechos protegidos por la responsabilidad civil.²⁶⁷

d) Un camino posible es distinguir las personas jurídicas que no persiguen fines de lucro de las sociedades. Las *corporaciones y fundaciones* persiguen un fin esencialmente moral y con frecuencia la lesión de su prestigio no tiene consecuencias patrimoniales, de modo que la única manera de compensar el mal que se les cause es mediante la indemnización del daño moral.²⁶⁸ Atendidos sus fines, el perjuicio colectivo que sufren los asociados es también de carácter moral. Sin embargo, tampoco en este caso conviene partir de conceptos demasiado abstractos, porque también las corporaciones y fundaciones suelen sufrir perjuicios netamente patrimoniales cuando se les afecta en su reputación (lo que puede conducir a una disminución de los aportes o de los ingresos de su operación, por ejemplo).

Los atentados a la reputación de las *sociedades* tienen un efecto patrimonial. Por eso, cabe preguntarse, en su caso, si en vez de forzar la aplicación de un concepto de daño moral, desarrollado en atención a las facultades espirituales de las personas naturales, no resulta preferible avaluar el perjuicio de acuerdo a los criterios patrimoniales del lucro cesante o del daño emergente.²⁶⁹ Después de todo, una empresa difamada no pierde en el sentimiento de autoestima, sino pierde clientes y oportunidades de negocios, que se traducen en lucro cesante y en un menor valor del negocio en marcha.²⁷⁰

Todo indica que no es conveniente una argumentación puramente conceptual, que parta *a priori* de un concepto genérico de persona, para extender abstracta y mecánicamente la reparación del daño moral hacia las personas jurídicas. Por lo mismo, conviene evitar que la invocación de un daño moral por la persona jurídica se convierta en un método subrepticio

²⁶⁷ Corte de Concepción, 17.4.2002, confirmado por la CS [apelación], 10.7.2002, GJ 265, 33.

²⁶⁸ Es el camino seguido por la jurisprudencia alemana; en sentido análogo Corral 2003 153.

²⁶⁹ En un caso resuelto por la Corte de Santiago puede apreciarse la naturaleza patrimonial de los perjuicios que puede soportar una persona jurídica. Una sociedad sufrió el embargo de un camión industrial por una deuda ajena. Luego de ser acogida la tercera de dominio, esta sociedad interpuso demanda de indemnización de perjuicios contra el embargante, por daño patrimonial y moral, al haber sido privada del uso del camión durante un periodo cercano a los 6 meses. La sentencia de primera instancia concedió \$ 5.530.760 por daño patrimonial y \$ 7.000.000 por daño moral. La sentencia de alzada, concluyendo que la persona jurídica es una ficción legal que no puede sufrir el dolor que compensa el daño moral, efectuó un análisis detallado del lucro cesante sufrido (horas útiles de utilización perdidas multiplicadas por su valor de mercado), confirmando la sentencia de primera instancia únicamente en la reparación del daño patrimonial (Corte de Santiago, 9.6.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 2ª, 46).

²⁷⁰ El daño moral propiamente tal lo sufren las personas naturales a quienes afecta su propio nombre, en la medida que les afecta de forma refleja el prestigio de la sociedad a la que se encuentran vinculadas: por las personas jurídicas 'sienten' las personas naturales.

de eludir las reglas de prueba de los perjuicios patrimoniales, dando lugar a los excesos generados en algunos sistemas jurídicos, que luego han provocado una acérrima crítica doctrinal.

En todo caso, el análisis de la jurisprudencia muestra una notable prudencia en la expansión de la reparación indemnizatoria del daño moral a las personas jurídicas. Los casos en que se ha aceptado el daño moral a una empresa son demasiado marginales como para construir una teoría general acerca de la indemnización del daño moral a las sociedades.

e) Distinto parece ser el caso de las acciones que persiguen la *restitución en naturaleza* del mal causado (publicación de una sentencia absolutoria, por ejemplo) o que tienen por objeto prevenir o poner término a un daño injusto: en ese caso, el medio más razonable para proteger a la persona jurídica ilícitamente afectada es precisamente por medio de acciones preventivas o suspensivas del mal que se causa. Por lo demás, para que estas acciones sean procedentes es indiferente que el daño actual o futuro que se pretende evitar sea patrimonial o moral.

c. Funciones de la reparación del daño moral: restitución, compensación y pena civil

196. Restitución en naturaleza de los daños no patrimoniales. El dinero puede contribuir a *reparar en naturaleza*, al menos en parte, algunos daños morales. Así, puede permitir a la víctima de un shock nervioso recurrir a un tratamiento psiquiátrico; a quien ha sufrido un accidente del tránsito, someterse a una intervención quirúrgica que restablezca la armonía en su rostro; a quien ha sido difamado, efectuar publicaciones en defensa de su honra. En estos casos, la indemnización cubre propiamente *perjuicios patrimoniales*, consistentes en los gastos necesarios para que la víctima sea llevada a la condición anterior al accidente.

En otros casos, la restitución en naturaleza se puede lograr por medios más directos, que no se traducen propiamente en una indemnización. Es lo que ocurre, por ejemplo, si en caso de difamación se pretende una retractación pública, la publicación de la sentencia condenatoria del difamador o, incluso, el reconocimiento de una indemnización simbólica, por ejemplo, de un peso.²⁷¹

197. La indemnización del daño moral como compensación por el mal sufrido. a) A diferencia de lo que ocurre con los daños patrimoniales, los daños morales no pueden ser objeto de reparación. El dolor físico, la pérdida de autoestima por la desfiguración del rostro, la deshonra a consecuencia de una difamación o la imposibilidad de disfrutar las alegrías

²⁷¹ Viney/Jourdain 2001 3, Deutsch/Ahrens 2002 213. Sobre la acción de restitución en naturaleza, en general, *infra* § 57; en especial, sobre la reparación en naturaleza por daños a derechos de la personalidad, *infra* § 46 c.



ordinarias de la vida no son propiamente reparables, pues la indemnización no permite a la víctima volver al estado de cosas anterior al accidente. Como se ha visto, este fue en su momento uno de los principales argumentos para rechazar su indemnización: ¿cómo reparar en dinero un daño irreversible?

b) Según se ha analizado, consideraciones como las anteriores llevaron por mucho tiempo a rechazar la responsabilidad civil por daño moral. Por un lado, se argumentaba la perversidad de poner un valor en dinero a bienes que eran naturalmente inconmensurables; por otro, se decía que, por la misma razón, la reparación carecía de criterio de valoración. Por estas razones, importantes códigos modernos establecieron que el daño moral sólo era indemnizable cuando la ley así lo ordenaba;²⁷² y todavía se establecen severas limitaciones a los daños no patrimoniales que pueden ser reparados.²⁷³

Actualmente está enraizada la idea de que todo tipo de daño llama a su reparación, de modo que una función esencial del derecho de la responsabilidad es restituir, dentro de lo razonable, el orden alterado por el hecho negligente del demandado. Por eso, desde la perspectiva de la justicia no es aceptable que bienes, cualitativamente más preciosos que los patrimoniales, escapen a la protección de la responsabilidad civil, en perjuicio de las víctimas y en beneficio de los responsables.²⁷⁴

A su vez, desde un punto vista preventivo, las reglas de responsabilidad no cumplirían sus fines disuasivos si el responsable no se hiciese cargo de todos los efectos dañinos de la negligencia, en la medida que habría incentivos imperfectos y el nivel de cuidado sería inferior al óptimo social. Por lo demás, estos daños tienen un costo económico de oportunidad, porque las personas estarían dispuestas a pagar para no sufrirlos. En otras palabras, por difícil que sea valorar el daño moral, es preferible ponerle un precio que dejarlo de cargo de la víctima.

c) Aun así, la indemnización de daños no patrimoniales no puede tener carácter reparatorio. Su función es más bien *compensatoria*: la víctima recibe una indemnización que no pretende restablecer el estado de cosas anterior al daño, sino cumplir la función más modesta de permitirle ciertas ventajas, que satisfagan su pretensión legítima de justicia y la compensen por el mal recibido.²⁷⁵

El dinero, especialmente en los casos en que la reparación en naturaleza no resulta posible, proporciona a la víctima la posibilidad de obtener

²⁷² BGB, § 253 (modificado en 2002, reconociéndose una acción general, en materia contractual y extracontractual, por el daño moral derivado de la lesión del cuerpo, de la salud, de la libertad o de la autodeterminación sexual); Cód. ital., artículo 2059 (que dio lugar a la reparación del daño moral en los casos que lo estableciera la ley).

²⁷³ Así, hasta hoy en los derechos alemán, holandés, escandinavos y en el *common law* no se acepta la indemnización del daño reflejo puramente moral (véanse notas a *infra* N° 229).

²⁷⁴ Mazeaud/Chabas 1998 423, Posner 1992 189.

²⁷⁵ Larenz 1987 475.

satisfacciones compensatorias: mejorar el ambiente en que vive, una habitación más cómoda, distracciones que le ayuden a soportar los efectos del accidente.²⁷⁶ Este es propiamente el fin de justicia correctiva de la indemnización del daño moral. Por esto, su función es la *compensación* de la víctima, quien recibe una suma de dinero que no sustituye el bien afectado (como en la reparación del daño patrimonial), pero que le permitirá obtener otras ventajas de la vida.²⁷⁷ La víctima que recibe una indemnización por concepto de daño moral puede libremente utilizarla para los fines que estime convenientes.²⁷⁸ Como lo expresa Alessandri, “*las penas con pan son menos*”;²⁷⁹ la indemnización del daño moral persigue hacer de nuevo la vida más liviana a quien ha soportado una carga física o espiritual atribuible al hecho culpable de un tercero.²⁸⁰

d) Aunque los fallos nacionales hablan con frecuencia de la reparación del daño moral, con ello se alude a la función compensatoria de la

²⁷⁶ Sobre la función de *compensación* de la indemnización del daño moral en el derecho comparado, Viney/Jourdain 2001 1, Kötz 1991 187; también las críticas de Esmein 1954 113. En el derecho alemán los tribunales reconocieron al daño moral una función adicional de *satisfacción* respecto del ilícito del demandado; esta calificación ha sido discutida por la doctrina (Lange 1990 438) y deberá ser probablemente revisada a consecuencia de la reforma al BGB que entró en vigencia en 2002, que extendió, sin distinciones, la indemnización al daño moral derivado de la responsabilidad estricta (artículo 253 II).

²⁷⁷ Un análisis de las dificultades para calificar como estrictamente reparatoria la indemnización en dinero del daño moral en Corte de Santiago, 30.5.2003, GJ 275, 97, y Corte de Santiago, 10.3.2000, GJ 237, 159. Al respecto, también se ha sostenido que “la indemnización no hace desaparecer el daño, ni tampoco lo compensa en términos de poner a la víctima en una situación equivalente a la que tenía antes de producirse aquel (...), la indemnización por daño moral está dirigida a dar, a quien ha sufrido el daño, una satisfacción de reemplazo” (Corte de Santiago, 18.11.2002, GJ 269, 90); y que “aunque la pérdida sufrida” por los padres de una niña de cuatro años violada y asesinada “es irreparable y la vida que se quitó no puede ser evaluada en dinero, debe fijarse, prudencialmente, una suma por el rubro objeto de la demanda” (Corte de Talca, 3.6.2000, confirmada por la CS [cas. fondo], 19.12.2000 GJ 246, 122, publicada también en F. del M. 505, 4813).

²⁷⁸ Así en el derecho francés (Viney/Jourdain 2001 107, Mazeaud/Chabas 1998 423). La discusión se ha planteado, por ejemplo, cuando una víctima de un accidente corporal recibe una indemnización con el propósito de que se someta a una intervención quirúrgica costosa. La víctima puede decidir utilizar el dinero con otros fines y no someterse a la operación, con el argumento de que, en tales casos, no se le puede forzar a sufrir una intervención que implica nuevos padecimientos y riesgos. En el derecho alemán, por el contrario, se considera que la víctima sólo tiene disposición libre del monto indemnizatorio por el daño a las cosas, porque la reparación de gastos hospitalarios es una indemnización que sólo se justifica en la medida que se cumpla el fin al que está afecta (Palandt/Heinrichs § 249 6).

²⁷⁹ Alessandri 1943 228. Sobre la función de la indemnización del daño moral en la doctrina nacional, Diez 1997 247, quien habla de “satisfacción”, y el extenso análisis de C. Domínguez 2000 86, que concluye que se trata de una “compensación satisfactoria”. En contra, P. Rodríguez 1999 313, quien utilizando aparentemente el estricto concepto de compensación del derecho de las obligaciones, señala que la indemnización del daño moral es “satisfactiva, mas nunca compensatoria”.

²⁸⁰ Kötz 1991 187.



indemnización.²⁸¹ De esta función se derivan varias consecuencias. En primer lugar, como se ha visto, la indemnización en dinero puede eventualmente ser sustituida por una reparación en naturaleza que restituya a la víctima el bien no patrimonial del que ha sido privado. En segundo lugar, asumido que la compensación se refiere a bienes incommensurables en dinero, la indemnización sólo puede fijarse sobre la base de parámetros de equidad (que exigen que el daño causado por la negligencia ajena sea compensado) y de justicia formal (que suponen una cierta homogeneidad en las indemnizaciones reconocidas a las víctimas), porque no es lógicamente posible asumir en materia de daño moral el principio de la reparación integral del daño.

198. La indemnización como pena civil: indemnización punitiva. a) La responsabilidad civil asume un carácter punitivo cuando la indemnización excede la reparación del daño causado. En este caso, la indemnización es otorgada al demandante, al menos en parte, en la forma de una *pena civil*, que es *retributiva* respecto de un comportamiento particularmente impropio, y es una *sanción disuasiva*, que mira hacia el futuro, porque su finalidad es amedrentar al demandado y a los otros que estén en posición de incurrir en la conducta reprochable.²⁸²

El efecto es reconocer una indemnización en beneficio del demandante que excede los perjuicios efectivos y que se otorga en consideración a la gravedad del ilícito, a la naturaleza y extensión del daño causado y a la riqueza del demandante.²⁸³ En otras palabras, la indemnización punitiva participa de la sanción penal, en la medida que su propósito sancionador y disuasivo se logra mediante una pena que no atiende al daño efectivamente sufrido por el demandante.

²⁸¹ Así, se ha fallado que la indemnización del daño moral “procura que el afectado obtenga algunas satisfacciones equivalentes al valor moral destruido” (CS, 29.5.1973, RDJ, t. LXX, sec. 4^a, 61); que “la indemnización del daño moral no tiene carácter reparatorio, ya que el pago de una indemnización en dinero no borra el daño. Si el hecho causó la muerte de un hijo, padre, conviviente o hermano no es posible volver a la situación anterior. Solo se cumple una finalidad satisfactoria en el sentido que gracias al dinero, el que lo recibe puede procurarse satisfacciones materiales y espirituales” (Corte de Concepción, 19.8.2003, confirmada por la CS [cas. fondo], 24.12.2003, GJ 282, 61). Véanse ejemplarmente también: CS, 18.12.1926, RDJ, t. XXIV, sec. 1^a, 567; Corte de Santiago, 16.8.1984, RDJ, t. LXXXI, sec. 4^a, 140; Corte de Temuco, 25.6.1963, RDJ, t. LX, sec. 4^a, 290; Corte de Santiago, 22.8.1990, GJ 122, 72; Corte de Santiago, 26.9.1990, GJ 123, 47; Corte de Santiago, 9.6.1994, F. del M. 427, 344; Corte de Santiago, 12.9.1994, RDJ, t. XCI, sec. 2^a, 88; Corte de Santiago, 1.7.1997, RDJ, t. XCIV, sec. 2^a, 79; y Corte de Santiago, 18.11.2002, GJ 269, 90.

²⁸² Sobre la función punitiva que solía tener la condena a múltiplos de los perjuicios efectivos en el derecho romano, Kaser 1971 I 156, 628; sobre el concepto de *punitive damages* en el derecho norteamericano, Prosser/Keeton *et al.* 1984 10, Abraham 2002 221; una interesante discusión crítica en Cordech en Pantaleón 2001 139; un análisis de la función punitiva de la indemnización civil, con referencias al derecho chileno y comparado, en Segura en Varas/Turner 2005 635; una referencia histórico-crítica a la función punitiva de la indemnización del daño moral en Göthel 2005 37.

²⁸³ Restatement/Torts II § 908 (2).

f) En el derecho nacional, a pesar de que la jurisprudencia ha reiterado con frecuencia la naturaleza compensatoria de la indemnización,³⁰¹ se asumen con frecuencia típicas consideraciones retributivas al momento de pronunciarse sobre la avaluación de los perjuicios.³⁰² Ello se muestra en la referencia que fallos nacionales hacen a las facultades económicas del ofensor, con la consideración explícita o implícita de que los ingresos limitados del responsable harían ilusoria una indemnización cuantiosa;³⁰³ y también

³⁰¹ Así, se ha fallado que “se hace necesario tener presente que se trata de una reparación y no de una pena” (CS, 16.10.1970, RDJ, t. LXVII, sec. 4^a, 424). Véase también en este sentido, CS, 7.1.2003, rol N° 679-2002, comentada por E. Court en Rev. UAI 1, 2004, 85.

³⁰² Una consideración explícita acerca de la proporcionalidad que debe existir entre la indemnización y las facultades del responsable en CS, 19.5.1999, F. del M. 486, 730, y Corte de Santiago, 1.9.2003, confirmada por CS [cas. fondo], 13.11.2003, GJ 281, 104; para un caso en que resulta evidente que las facultades económicas del condenado fueron determinantes en el elevado monto de la indemnización, Corte de Santiago, 1.9.2003, GJ 279, 115; para otro, en que expresamente se considera la actitud asumida por los padres de un menor que ha sido autor de cuasidelito civil para rebajar el monto de la indemnización que están obligados a pagar, Corte de Concepción, 19.8.2003, confirmada por la CS [cas. fondo], 24.12.2003, GJ 282, 61. Un análisis de esta tendencia en R. Domínguez Á. 1990 133, Diez 1997 163 (con referencias jurisprudenciales), Corral 2003 174 y especialmente C. Domínguez 2000 88; un juicio crítico en R. Domínguez Á. 1990 129 y Diez 1997 248. Una tendencia semejante se muestra en la jurisprudencia francesa (Viney/Jourdain 2001 9).

³⁰³ En el excelente estudio estadístico de P. Rubio sobre condenas por daño moral reflejo o por repercusión se muestra que las condenas promedio al Estado son de 1.776,2 UF; las de las municipalidades 811,1 UF; las de empresas, 672,1 UF; y las de personas naturales 355,3 UF, esto es, casi cinco veces inferiores que las del Estado, por daños del mismo tipo (Rubio 2005 N° 67).

en la estimación de la posición de la víctima.³⁰⁴ Muy en consonancia con consideraciones punitivas, también se atiende a la gravedad de la culpa o a la intensidad del ilícito.³⁰⁵ Por otra parte, la jurisprudencia suele considerar la gravedad de la culpa de cada demandado para determinar la contribución a la deuda cuando concurren varios responsables o de la víctima cuando ésta se expuso imprudentemente al daño (*infra* N^{os} 263 y 284).

³⁰⁴ Véase por ejemplo la sentencia de la Corte de Santiago, 4.10.1961, confirmada por la CS [cas. fondo], RDJ, t. LIX, sec. 4^a, 25, que considera la gravedad de las ofensas cometidas contra el demandante y las facultades económicas de la demandada a efectos de determinar el *quantum* indemnizatorio. De forma explícita, discerniendo en torno al daño moral, se ha fallado que “es relevante, para su determinación, la entidad del agravio producido y la situación económica de quien lo produjo” (4^o Tribunal de juicio oral en lo penal de Santiago, 8.3.2006, ruc N° 0510008021-6). Véanse además las siguientes sentencias: Corte de Santiago, 14.1.1963, RDJ, t. LX, sec. 4^a, 47; Corte de Temuco, 25.6.1963, RDJ, t. LX, sec. 4^a, 290; CS, 19.4.1984, RDJ, t. LXXXI, sec. 4^a, 29; Corte de Santiago, 13.3.1985, RDJ, t. LXXXII, sec. 2^a, 6; Corte de Rancagua, 18.3.1986, RDJ, t. LXXXIII, sec. 4^a, 36; Corte de Santiago, 22.8.1990, GJ 122, 72; CS, 27.1.1998, GJ 211, 57; Corte de Santiago, 30.5.2003, GJ 275, 97; y Corte de Santiago, 1.9.2003, confirmada por CS [cas. fondo], 13.11.2003, GJ 281, 104. Aunque usualmente no se expresa en los fundamentos, es normal que si el autor del daño es una persona desposeída, las indemnizaciones sean inferiores (véanse, por ejemplo, CS, 10.3.2003, F. del M. 508, 154; CS 27.3.2003, F. del M. 508, 198); como contrapartida, se ha tenido explícitamente en consideración para imponer una indemnización de \$ 80 millones por daño moral, el hecho de que en el caso del demandado “no se trata de una persona carente de recursos que no pueda afrontar el pago de una indemnización” (Corte de Valparaíso, 17.4.2002, GJ 265, 141). Con todo, existen también fallos que han señalado que para la determinación del daño moral “no es posible conciliar las situaciones particulares y favorables de la víctima o de quienes la representan, para fijarle en más, o las que asisten al encausado o tercero civilmente responsable para fijarla en menos” (CS, 23.12.2002, F. del M. 505, 4452).

³⁰⁵ Se ha fallado que en la regulación de la indemnización debe considerarse “la naturaleza y extensión del daño” y “el grado de culpabilidad de los autores” (Corte de Santiago, 6.7.1925, confirmada por la CS [cas. fondo], 14.4.1928, RDJ, t. XXVI, sec. 1^a, 141). Pueden consultarse además las siguientes sentencias: Corte de Santiago, confirmada por la CS [cas. fondo], 18.12.1926, RDJ, t. XXIV, sec. 1^a, 567; CS, 16.12.1933, RDJ, t. XXXI, sec. 1^a, 144; Corte de Santiago, 4.10.1961, confirmada por la CS [cas. fondo], RDJ, t. LIX, sec. 4^a, 25, que considera la gravedad de las ofensas dirigidas contra la honra de la víctima y las facultades económicas de la demandada; Corte de Santiago, 14.1.1963, RDJ, t. LX, sec. 4^a, 47; Corte de Santiago, 4.9.1991, GJ 135, 95; Corte de Santiago, 4.9.1991, RDJ, t. LXXXVIII, sec. 4^a, 141, que considera la extensión del daño y las facultades económicas del demandado; Corte de Talca, 29.8.1997, confirmada por la CS [cas. fondo], 4.11.1997, RDJ, t. XCIV, sec. 4^a, 258; Corte de Talca, 21.10.1998, confirmada por la CS [cas. fondo], 28.1.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 4^a, 71; CS, 2.12.1998, F. del M. 481, 2737; Corte de Temuco, 10.8.2000, RDJ, t. XCVIII, sec. 4^a, 27, publicado también en GJ 249, 123; Corte de Santiago, 1.9.2003, GJ 279, 115, que considera la “naturaleza del hecho culpable y del derecho agraviado”, así como las “facultades del autor”; y Corte de Santiago, 1.9.2003, confirmada por CS [cas. fondo], 13.11.2003, GJ 281, 104, en idénticos términos que el fallo anterior. Por otro lado, la ley N° 19.628, sobre protección de datos, establece expresamente que para fijar el monto de la indemnización (patrimonial y moral) por atentados en el tratamiento de datos o información personal, el juez debe tener en cuenta “la gravedad de los hechos” (artículo 23 III).



En verdad, diversos factores analizados en párrafos anteriores contribuyen a este estado de cosas. El más evidente es que el daño moral no sea mensurable en dinero, porque afecta bienes que no tienen valor de cambio. Pero, más allá de esa limitación estructural, faltan otros criterios objetivos para su determinación, en la medida que no se ha consolidado una práctica coherente de valoración en torno a baremos aceptados. En definitiva, se entiende que la valoración sería necesariamente subjetiva y que su proporcionalidad estaría sustraída al control jurídico, pues la facultad de avaluar el daño pertenecería al denominado poder soberano de los jueces de fondo (*infra* N° 201).

g) Los problemas que plantean las indemnizaciones punitivas son relevantes con mayor intensidad en sede de daño moral, porque, a diferencia de lo que ocurre con los daños patrimoniales, no pueden calcularse con referencia a un monto objetivamente determinable, que exprese los perjuicios efectivamente sufridos. Por ello, resulta explicable la tensión que muestra la jurisprudencia en la materia. Por lo mismo, a pesar de las justificadas reservas doctrinarias, no es fácil eliminar de la valoración del daño moral elementos retributivos.³⁰⁶

A falta de un ordenamiento legal que tipifique objetivamente los daños y los valore en cada caso (como ocurrió en España con el daño moral que se sigue de ciertos daños corporales), parece preferible asumir que la indemnización tiene una función implícita de satisfacción, pero como un complemento acotado de una base objetiva de valoración. El mecanismo más eficaz, como se ha mostrado en otras jurisdicciones de nuestra tradición jurídica y del *common law*, es asumir en la determinación del daño moral baremos indemnizatorios informales, basados en la práctica jurisprudencial vigente, pero que admitan cierta tolerancia para considerar las circunstancias del caso. De ese modo, existiría una referencia más objetiva y menos intuitiva para el establecimiento de las indemnizaciones, cuestión que por lo demás resulta ser un imperativo de seguridad jurídica y de justicia material (*infra* N° 208).³⁰⁷

d. *Determinación y valoración del daño moral*

199. Exigencia de que el interés sea significativo. a) Se ha visto que la definición más precisa del daño moral parece ser la negativa: se trata de bienes que tienen en común carecer de significación patrimonial. En circunstancias que es lógicamente imposible delimitar un conjunto que es

³⁰⁶ Markesinis 1997 390, con referencia a la práctica jurisprudencial alemana.

³⁰⁷ Es interesante constatar que la ley N° 19.996, de garantías de salud, establece criterios puramente compensatorios del daño moral, en la medida que la indemnización debe ser fijada por el juez “considerando la gravedad del daño y la modificación de las condiciones de existencia del afectado con el daño, atendiendo a su edad y condiciones físicas” (artículo 41 I).

definido en términos puramente negativos, el riesgo de la indeterminación es la descontrolada expansión de los perjuicios indemnizables. Uno tras otro, intereses de muy diversa naturaleza son candidatos a engrosar la categoría de daños reparables. En contraste con la justificada expansión de la protección civil hacia los bienes de la personalidad, la cautela indemnizatoria de los intereses afectivos más insignificantes puede producir una inflación de los daños indemnizables. La posibilidad de mantener bajo control este riesgo depende fundamentalmente del umbral que la jurisprudencia fije para que el daño sea tenido por *significativo* (*supra* N° 145).

b) La definición del *umbral de significancia es una cuestión de derecho* que corresponde ir precisando a la jurisprudencia. La experiencia comparada muestra desarrollos desbordadamente expansivos³⁰⁸ y otros definitivamente más moderados.³⁰⁹ En el derecho chileno los intereses morales reconocidos son generalmente significativos y son infrecuentes los fallos que conceden indemnización por molestias o turbaciones carentes de significación propiamente ‘moral’.³¹⁰

200. La víctima de daños morales tiene derecho a una equitativa compensación. a) Se ha insistido en que a diferencia de lo que ocurre respecto del daño patrimonial, no es fácil discernir un criterio operativo de valoración del daño moral. Como se ha visto, el principio de la reparación integral del daño sólo metafóricamente puede ser extendido al ámbito no patrimonial,³¹¹ porque simplemente se carece de un denominador común para medir el daño y la reparación, que en el caso del daño patrimonial está

³⁰⁸ Como parecen ser los casos francés y español. En Francia se denuncia una ‘disolución de los caracteres del perjuicio reparable’ (Cadiet 1997 39) y, ante el descontrol que ha adquirido el concepto de daño reparable, incluso se ha reclamado la intervención del legislador (Pradel 2004 469). En el derecho español se ha dado lugar a indemnización en casos en extremo discutibles como los enumerados por Pantaleón en Paz-Ares *et al.* 1991 1992: el arrendatario que aparece como incumplidor; el escultor cuya obra es atribuida a un tercero; la molestia de no poder vivir por algún tiempo en la propia casa. Sin embargo, la ley ha establecido baremos respecto del daño moral que se sigue del daño corporal.

³⁰⁹ Es el caso del derecho alemán, donde la jurisprudencia desechó desde temprano la reparación de los ‘daños de bagatela’, exigiendo una cierta entidad a las molestias o penas para que sean objeto de reparación; el legislador incluyó ese límite doctrinario en la reforma al BGB en materia de obligaciones (§ 253 II); en el *common law* la reparación del daño moral sólo procede por daño corporal y por aflicción emocional (Restatement/Torts II § 905) y se extiende, en el derecho inglés, a la pérdida de agrados (*loss of amenities*) de cierta relevancia (Burrows 1994 188).

³¹⁰ Sin embargo, la indefinición acerca de la relevancia del daño puede llevar a que se otorgue indemnización por daño moral en favor del arrendatario cuyas instalaciones fueron desalojadas de hecho del pequeño local que arrendaba; la flexibilidad del concepto de daño moral permite extremarlo, como en la referida situación de actuación abusiva de hecho (CS, 29.I.2002, F. del M. 498, 676).

³¹¹ Así, C. Domínguez 2000 713; sobre la jurisprudencia francesa, Viney/Jourdain 2001 272. Véase, además, la resolución 75/7 del Consejo de Europa que deja en claro que los efectos no patrimoniales del daño corporal no pueden ser efectivamente reparados.



dado por el valor de cambio del bien en dinero. Por lo mismo, no es posible definir una suma de dinero que exprese el punto de indiferencia para la víctima entre recibir la indemnización o preservar tales bienes.³¹² La consecuencia, como se ha visto, es que el *quantum* de la indemnización no puede ser concebido como reparación del daño sufrido, a lo más se puede objetivar en términos relativos, esto es, que daños semejantes tengan una indemnización análoga y que las diferencias estén dadas por la importancia comparativa de los distintos tipos de daño.³¹³

b) Descartada la aplicación efectiva (y no meramente retórica) del principio de la reparación integral del daño no patrimonial, la pregunta crítica de la indemnización es su valoración. Como criterio, no queda más que exigir que ésta sea *equitativa*.³¹⁴ El criterio de equidad, que es aceptado como regla de valoración del daño moral por códigos recientes,³¹⁵ limita y da libertad al juez. Por un lado, le impone la carga de justificar la valoración con referencia a criterios objetivos, que atiendan a principios de justicia formal (que casos iguales sean tratados análogamente) y de justicia

³¹² Los economistas han intentado descubrir un criterio equivalente para determinar ese valor, que sería proporcional al gasto adicional que una persona está dispuesta a incurrir para disminuir en un cierto porcentaje el riesgo de perder la vida o sufrir lesiones graves (por ejemplo, incorporando accesorios de seguridad como *air bags* o frenos *ABS*). Se trata de un criterio observable para medir las preferencias, bajo el supuesto de que la aversión al riesgo es siempre inferior a 1, esto es, que estamos dispuestos a correr ciertos riesgos, que incluso amenazan nuestra vida, para obtener otros beneficios. Estos análisis tienen una doble dificultad: ante todo, porque los cálculos estadísticos acerca de inversión en seguridad no pueden ser extrapolados como criterio de valoración de la vida o la integridad física, en atención a que la preocupación del derecho por indemnizar a la víctima no es equivalente a los criterios de prevención de riesgos (que más bien son importantes a efectos del cuidado exigido, como se ha visto en *supra* N° 66); enseguida, porque el cálculo no concluye en un valor que exprese la ‘indiferencia’ entre tener la suma de dinero o a un hijo con vida (Cooter/Ulen 1997 189, Posner 1992 191, Cane/Atiyah 1999 136).

³¹³ Alessandri sostenía el principio de que el monto de la reparación depende de la extensión del daño y no de la gravedad del hecho, pero no hacía referencia separada a la evaluación del daño moral; respecto de este último decía, que “los tribunales, más por razones de equidad que jurídicas, lejos de prescindir de la culpabilidad del agente, la toman muy en cuenta, y, según sea más o menos grave, aumentan o reducen la indemnización”, con el efecto de considerar en ciertos casos la reparación como pena privada (Alessandri 1943 546).

³¹⁴ Los fallos frecuentemente invocan la equidad como criterio de valoración del daño; véase, por ejemplo, Corte de Concepción, 16.10.1998, GJ 225, 98, publicada también en F. del M. 484, 150; CS, 27.3.2002, GJ 261, 80; Corte de Concepción, 20.5.2002, GJ 268, 93; Corte de Santiago, 2.7.2002, GJ 265, 85; Corte de Santiago, 18.11.2002, GJ 269, 90; y Corte de Santiago, 30.5.2003, GJ 275, 97.

³¹⁵ Así, Cód. hol., § 6.106.1 (“Por el perjuicio que no consista en daño patrimonial tiene el perjudicado derecho a una indemnización de daños a determinar según la equidad”); BGB, § 253 II, incorporado en la reforma del derecho de obligaciones que comenzó a regir en 2002 (“Si se debe indemnizar a consecuencia de una lesión del cuerpo, de la salud, de la libertad o de la autodeterminación sexual, se puede exigir una indemnización equitativa por los daños no patrimoniales”).

correctiva (que haya alguna proporción entre la entidad del daño y la indemnización); pero, en contraste, también le deja espacio para corregir esa apreciación más bien objetiva, tomando en consideración las peculiaridades del caso (en particular, la gravedad del ilícito).³¹⁶

c) En atención a que la determinación del daño no tiene una equivalencia exacta en dinero, se ha fallado que la circunstancia de no haber indicado el actor el monto de la indemnización pedida por el daño moral ocasionado por el accidente no puede causar el vicio de *ultra petita* en la sentencia que determina los perjuicios.³¹⁷

201. Subjetividad de la determinación del daño moral en la práctica chilena.

a) La determinación del daño moral adolece en el derecho chileno de una radical *subjetividad*. Así lo acepta la jurisprudencia superior, para la cual la determinación del daño moral es objeto de una apreciación prudencial y subjetiva, de modo que se puede fundar en cualesquiera apreciaciones de hecho que los jueces de instancia estimen relevantes, escapando por completo al control jurídico por vía de casación.³¹⁸ Esa asunción supone renunciar a todo criterio normativo de valoración.

Ese estado de cosas no sólo se vincula a la imposibilidad de medir en dinero los daños no patrimoniales. También son determinantes la ausencia de información estadística acerca de las indemnizaciones reconocidas por los tribunales, la tendencia judicial a incorporar aleatoriamente elementos retributivos en la valoración³¹⁹ y, más de fondo, la aceptación de

³¹⁶ Aristóteles *Ética Nicomachea* 5.10.

³¹⁷ CS, 5.6.1986, F. del M. 331, 384, expresa que basta que en el petitorio de la demanda el actor indique que solicita 'se le pague la cantidad que el tribunal estime de justicia'. Anteriormente, la misma Corte Suprema había confirmado una sentencia que concedió indemnización por daño moral a la cónyuge sobreviviente e hijos de la víctima, no obstante que ésta no había sido solicitada en la demanda (Corte de Santiago, 17.6.1941, confirmada por la CS [cas. forma y fondo], 27.8.1942 y 3.12.1943, RDJ, t. XLI, sec. 1ª, 430). En concordancia con lo anterior, también se ha fallado que los jueces son libres para apartarse de lo solicitado por el demandante (CS, 2.11.1972, RDJ, t. LXIX, sec. 4ª, 173); en el mismo sentido puede verse Corte de Santiago, 18.11.2002, GJ 269, 90. Sin embargo, en una ocasión, la Corte Suprema casó en la forma una sentencia de la Corte de Santiago precisamente por el vicio de *ultra petita* al calcular la indemnización del daño moral (Corte de Santiago, 9.7.2002, revocada por CS [cas. forma], 12.5.2003, GJ 275, 227).

³¹⁸ Véanse, por ejemplo, CS, 7.1.2003, GJ 271, 96, donde se señala que el monto de la indemnización es apreciado por los jueces del fondo "en atención al sufrimiento, dolor, o molestia que el hecho ilícito ocasiona en la sensibilidad física o en los sentimientos o afectos de una persona, lo que constituye una apreciación subjetiva que queda entregada sólo al criterio y discernimiento de aquellos", de modo que no puede ser objeto de control por vía de casación en el fondo; CS, 27.3.2002, GJ 261, 80, que afirma que el daño moral "afecta la integridad espiritual de una persona, el que es apreciado por el juez de acuerdo a los antecedentes del proceso y la equidad"; CS, 7.5.1998, RDJ, t. XCV, sec. 1ª, 38, que afirma que la regulación de la indemnización por daño moral es facultativa del tribunal, de modo que no puede ser motivo de error de derecho; en el mismo sentido, CS, 3.5.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 5ª, 87.

³¹⁹ *Supra* Nos 142 y 198.



que sería por completo inevitable que los perjuicios no patrimoniales escapen a todo esfuerzo de estandarización (de modo que sólo pueden ser avaluados subjetivamente).³²⁰

b) De hecho, del análisis de los fallos publicados se infieren criterios muy dispares de apreciación.³²¹ Ante todo, como es natural desde el punto de vista de la función compensatoria de la indemnización, resultan relevantes la intensidad de la aflicción sufrida por la víctima y el valor del bien que ha sido afectado.³²² La comparación de las indemnizaciones muestra,

³²⁰ Corte de Valparaíso, 10.8.1998, F. del M. 478, 1795, que expresa, además, que el daño moral no puede ni es necesario que se acredite; CS, 29.1.2002, GJ 259, 17, publicada también en F. del M. 498, 660, que señala que el daño moral “no tiene parámetros fijos para su apreciación”; Corte de Antofagasta, 10.10.2002, GJ 268, 115, que expresa que el daño moral no requiere ser probado; Corte de Santiago, 30.5.2003, GJ 275, 97, que manifiesta la ausencia de criterios objetivos para evaluar el daño moral.

³²¹ En esta sección sólo se hace referencia a casos de daño moral sufrido por la víctima directa; los problemas de evaluación del daño moral reflejo son analizados en *infra* § 25 c.

³²² Véanse, por ejemplo, CS, 11.11.1998, F. del M. 480, 2356 (\$ 500 mil por lesiones menos graves de una mujer en accidente de tránsito); Corte de Valparaíso, 15.5.2001, confirmada por CS [cas. fondo], 9.10.2001, GJ 256, 144 (\$ 500 mil por puñaladas y robo con violencia); Corte de Copiapó, 21.3.2001, confirmada por CS [cas. fondo], 12.11.2001, GJ 257, 121, publicada también en F. del M. 504, 4090 (\$ 500 mil por lesiones causadas en accidente de tránsito); Corte de Antofagasta, 10.10.2002, GJ 268, 115 (\$ 700 mil por tratos deshonrosos a consumidora en una farmacia, a raíz de una supuesta sustracción de un artículo); CS, 12.8.2002, F. del M. 501, 2006 (\$ 800 mil por lesiones menos graves en accidente de tránsito); Corte de Temuco, 10.8.2000, RDJ, t. XCVIII, sec. 4ª, 27, publicado también en GJ 249, 123 (\$ 1 millón por golpiza en la vía pública a un menor por parte de un adulto); CS, 6.6.2002, GJ 264, 166, publicada también en F. del M. 500, 1555 (\$ 1 millón por lesiones ocasionadas en un accidente automovilístico); Corte de Valdivia, 25.6.2001, GJ 263, 120 (\$ 1.5 millones por lesiones graves y de mediana gravedad a dos menores causadas en un atropello); CS, 4.9.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 1ª, 186 (\$ 1.5 millones por pérdida de acciones civiles y criminales por negligencia de un banco al consignar domicilio de un deudor); Corte de Concepción, 15.9.1999, confirmada por la CS [cas. fondo], 10.8.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 5ª, 132 (\$ 2 millones por esguince en un tobillo y contusión en un codo en razón de caída en una vereda sin mantención); CS, 3.5.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 5ª, 87 (\$ 2 millones por anegamiento producido en una vivienda en razón de la defectuosa pavimentación de la calle frente a la cual dicho inmueble se encuentra); Corte de Santiago, 31.12.2002, GJ 274, 212 (\$ 2 millones por lesiones graves a raíz de atropello por parte de bus de locomoción colectiva); CS, 24.7.2003, GJ 277, 245 (\$ 2.5 millones por imputaciones falsas hechas por empleador para despedir a un trabajador); Corte de Concepción, 16.10.1998, GJ 225, 98, publicada también en F. del M. 484, 150 (\$ 3 millones por atropello); Corte de Valdivia, 30.3.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 5ª, 105 (\$ 3 millones por detención injustificada de la víctima por el personal de seguridad de un supermercado en razón de una supuesta sustracción de un artículo); Corte de San Miguel, 23.5.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 3ª, 103 (\$ 3 millones por pérdida de movilidad y dolor crónico en muñeca izquierda a raíz de accidente laboral); Corte de Chillán, 12.11.2001, confirmada por CS [cas. fondo], 24.12.2001, GJ 257, 126, publicado también en F. del M. 505, 4643 (\$ 3 millones por manoseos violentos y molestias sexuales en la vía pública a una mujer); CS, 3.6.2002, GJ 264, 114 (\$ 3 millones por lesión en la espalda causada por un disparo con escopeta); CS, 10.3.2003, F. del M. 508, 154 (\$ 3 millones a mujer víctima de incesto por parte de su padre de cuya

sin embargo, asimetrías asombrosas; así, por ejemplo, la inmovilidad total y de por vida de un joven de 17 años recibió una indemnización idéntica a la lesión sufrida en un hombro a consecuencia de la caída de un tablón y muy inferior a la concedida por el susto provocado por un diagnóstico

relación nació un hijo); CS, 27.3.2003, F. del M. 508, 198 (\$ 3 millones a cada una de las cinco menores víctimas de abusos sexuales; también se otorgó indemnización por \$ 2 millones a los padres de dos de las menores); Corte de Santiago, 29.8.2003, GJ 278, 282 (\$ 4 millones por fractura de pierna izquierda con invalidez parcial en accidente de trabajo); Corte de Antofagasta, 15.12.2001, GJ 273, 95 (\$ 5 millones por lesiones ocasionadas en accidente automovilístico a bordo de transporte colectivo); CS, 24.11.2003, GJ 281, 80 (\$ 6 millones por lesiones en rodilla a raíz de caída en la vereda); Corte de Santiago, 10.3.2000, GJ 237, 159 (\$ 7 millones por pérdida de movilidad de extremidad inferior); Corte de Santiago, 1.6.1998, GJ 216, 195 (\$ 8 millones a trabajador accidentado en sus labores); Corte de Santiago, 11.7.2000, GJ 241, 201, confirmada por la CS [cas. fondo], 16.10.2000, GJ 244, 163, publicada también en F. del M. 503, 3659 (\$ 10 millones por múltiples fracturas e invalidez total a causa de caída de un poste de alumbrado público); Corte de Concepción, 25.1.2002, confirmada por CS [cas. fondo], 7.5.2002 RDJ, t. XCIX, sec. 5ª, 104 (\$ 10 millones por corte del tendón de Aquiles derecho en razón de mal estado de la vereda); Corte de Santiago, 22.4.2003, GJ 274, 281 (\$ 10 millones por fractura encefálica con ocasión de una caída desde una altura de más de seis metros en accidente laboral); CS, 27.1.1998, GJ 211, 57 (\$ 12 millones por violación sodomítica de menor otorgada a todo el grupo familiar, incluyendo a la víctima); Corte de San Miguel, 23.8.2002, confirmada por CS [cas. fondo], 23.9.2003, GJ 279, 216 (\$ 12 millones por pérdida de dedos índice y pulgar de la mano derecha en accidente laboral); Corte de Santiago, 23.3.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 2ª, 24 (\$ 15 millones por entrega errónea de cadáver a padres de mujer fallecida); Corte de Santiago, 8.9.2003, GJ 279, 188 (\$ 15 millones por inmovilidad de por vida de un joven de 17 años); CS, 27.3.2003, F. del M. 508, 198 (\$ 15 millones por inundaciones causadas por pavimentación defectuosa de vía pública); Corte de Santiago, 7.12.1998, GJ 222, 196 (\$ 18 millones por invalidez total de trabajador a raíz de atropello en el lugar de las faenas); Corte de Santiago, 9.3.1999, GJ 225, 175 (\$ 20 millones por pérdida de un brazo); CS, 30.1.2001, GJ 247, 150 (\$ 20 millones por pérdida de aptitud visual y trauma posterior en atropello); CS, 10.1.2002, GJ 259, 114 (\$ 20 millones por lesiones ocasionadas al demandante en circunstancias que ingresaba al predio del demandado autorizado por una resolución judicial); Corte de Santiago, 2.10.2003, GJ 280, 138 (\$ 20 millones por diagnóstico errado de sida a una joven mujer casada, también se otorgaron \$ 10 millones al cónyuge); CS, 27.4.1998, F. del M. 473, 244 (\$ 30 millones por entrega errónea del mismo rol único nacional a dos personas distintas, lo que produjo finalmente la detención errónea de la víctima); Corte de Concepción, 13.7.1998, confirmado por la CS [cas. fondo], 6.9.1998, GJ 219, 168 (\$ 30 millones por amputación completa de una pierna y de parte de la otra); Corte de Santiago, 2.11.2001, GJ 257, 172 (\$ 30 millones por invalidez total en accidente del trabajo); Corte de Concepción, 28.8.2002, GJ 266, 210 (\$ 35 millones por pérdida del antebrazo derecho); Corte de Santiago, 17.4.2002, GJ 262, 81 (\$ 50 millones por lesiones corporales graves de dos víctimas de la caída de un helicóptero); Corte de Concepción, 20.5.2002, GJ 268, 93 (\$ 50 millones por amputación de una pierna a raíz de una infección intrahospitalaria); Corte de Santiago, 1.7.2003, GJ 277, 149 (\$ 50 millones por incapacidad parcial en razón de bala alojada en un pulmón); Corte de Santiago, 1.9.2003, GJ 279, 115 (\$ 50 millones a un banco que permitió apertura de cuenta corriente sin poder suficiente); Corte de Santiago, 16.12.2002, GJ 270, 96 (\$ 60 millones por perjuicio cerebral no especificado e inmovilidad de una estudiante universitaria); CS, 14.4.1999, F. del M. 485, 503 (\$ 70 millones por múltiples lesiones en el cráneo, rostro y tórax y \$ 20 millones a hermano por distintas lesiones en accidente donde



equivocado de sida o por la pérdida de un pezón y otras heridas superficiales que se traducían en un perjuicio estético.³²³

A veces, las diferencias parecen tener por antecedente los aspectos retributivos que subyacen a la práctica de apreciación del daño moral. Así se explica que las indemnizaciones tiendan a ser mayores cuando el demandado es particularmente solvente y que sean sustancialmente inferiores en el caso inverso,³²⁴ y que la gravedad del ilícito y de sus circunstancias también sea explícita o implícitamente relevante.³²⁵

además falleció el padre de las víctimas; también se otorgaron indemnizaciones a la madre y hermanas de las víctimas); CS, 16.4.1998, F. del M. 473, 301 (tres UF por el lapso de veinte años a menor víctima de apuñalamiento que además presenció el homicidio de su madre); Corte de Santiago, 30.9.2003, GJ 279, 270 (1.500 UF por pérdida de visión en ojo derecho y otras lesiones a ojo izquierdo).

³²³ Compárense, respectivamente, Corte de Santiago, 8.9.2003, GJ 279, 188 (\$ 15 millones por inmovilidad de por vida de un joven), Corte de Santiago, 8.4.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 5^a, 94 (\$ 15 millones por lesiones en el hombro a una mujer que se cayó desde un tablón); Corte de Santiago, 2.10.2003, GJ 280, 138 (un total de \$ 30 millones por diagnóstico erróneo de sida por un laboratorio); Corte de Concepción, 6.3.2002, confirmada por CS [cas. fondo], 6.3.2002, GJ 274, 59 (\$ 65 millones por pérdida de un pezón y necrosis en el tejido de una mama).

³²⁴ De la comparación de los fallos se infiere que las condenas mayores tienen por obligado al Estado o a empresas y que, por el contrario, en casos de agresores de pocos recursos, la indemnización se tiende a fijar en el límite de sus capacidades. En el primer grupo de casos, Corte de Concepción, 25.10.2005, rol N° 737-2005, confirmada por la CS [cas. fondo], 5.6.2006, rol N° 6118-2005, en una condena al Estado por una suma total exorbitante de \$ 240.000.000, por el mal estado de los cubrecantos que protegían la acera de un puente, que se levantaron a consecuencias de un choque en que el estado de la vía no tuvo incidencia causal y que tuvo resultados fatales para el pasajero de uno de los vehículos; las reparaciones totales por daño moral reflejo exceden los US\$ 450.000; esta suma sería impensable para un accidente de ese tipo en países muchas veces más ricos (que usualmente sólo reconocen reparación del daño patrimonial reflejo); así, en la tablas alemanas de daño moral, la sentencia más gravosa, en un conjunto de más de 3.000 fallos, es por € 500.000 a favor de un paciente tetrapléjico de por vida (Hacks/Ring/Böhm 2004 536); en el Reino Unido, las tablas de daño moral del *Judicial Studies Board* establecen £ 205.000 como el parámetro más alto, precisamente para un accidente que produzca tetraplejía perpetua en la víctima (*Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injuries Cases*, 1 a). Otros ejemplos en que el bolsillo del demandado parece determinar el monto de la indemnización en Corte de Santiago, 1.9.2003, GJ 279, 115 (\$ 50 millones a banco que permitió la apertura de una cuenta corriente sin poder suficiente). Por el contrario, en CS, 19.5.1999, F. del M. 486, 730, se estableció una indemnización de \$ 500 mil por agresión con resultado de muerte, con expresa declaración de que el monto se fija en atención a los limitados ingresos del responsable; en CS, 16.4.1998, F. del M. 473, 301 (pensión vitalicia de tres UF en caso de homicidio de la madre y heridas a la demandante). Rubio 2005 N° 67 muestra que las condenas al Estado por daño moral que se sigue de la muerte son cinco veces mayores que las que afectan a personas naturales y casi tres veces mayores a las de empresas privadas. La revisión de los antecedentes de los casos analizados también permite intuir que

c) En definitiva, del análisis de la jurisprudencia se sigue que la apreciación del daño moral se efectúa por los jueces en la forma de sumas globales, incorporando en un conjunto diversos elementos que se aprecian subjetiva y aleatoriamente. La doctrina nacional reciente tiende a ser crítica de esta práctica subjetiva de valoración y ha instado a que al menos se describan precisamente los daños que son indemnizados y se señalen con precisión los factores que determinan la avaluación.³²⁶

202. Conveniencia de racionalizar la avaluación del daño moral. a) El postulado de la compensación equitativa de los daños no patrimoniales impone dos exigencias difíciles de cumplir, en atención a la naturaleza de estos daños. Ante todo, debe haber una cierta *proporcionalidad* entre el daño y la indemnización, porque de la circunstancia de que los daños morales no sean mensurables en dinero no se sigue la imposibilidad de comparar sus diversas intensidades. Pero, además, debe observarse el criterio básico de justicia formal, que se funde en el principio de *igualdad*,³²⁷ en cuya virtud a iguales daños le sean atribuidas indemnizaciones semejantes, con independencia de la condición de la víctima, porque no hay razón para que en la valoración del daño moral se atienda a su fortuna o posición social.³²⁸

A las anteriores consideraciones de justicia se agregan requerimientos de utilidad y de seguridad jurídica, que aconsejan estandarizar las indemnizaciones para transformar en razonablemente previsibles las consecuencias de los actos ilícitos. La indeterminación de la reparación de los perjuicios morales dificulta la posibilidad de asegurarlos y crea incentivos imprecisos al cuidado que deben emplear los agentes de riesgo. Finalmente, la objetivación de la avaluación produce el efecto de neutralizar la tendencia a mezclar consideraciones punitivas en la compensación del daño moral (obligando, al menos, a que éstas aparezcan como

las indemnizaciones son fijadas en niveles sustantivamente más bajos cuando se trata de demandados en estado de pobreza. Sobre la influencia de la condición de las partes en la valoración del daño, véase también López 1971 *passim*.

³²⁵ Así se explica que se haya concedido reparación por daño moral, además del patrimonial, en el caso del comprador de un establecimiento de comercio que retiró de manera abusiva e inconsulta las instalaciones del arrendatario de un local (CS, 29.1.2002, F. del M. 498, 676).

³²⁶ Es la conclusión del estudio de C. Domínguez 2000 701; una ordenación de los criterios que la jurisprudencia utiliza para justificar la valoración del daño moral, en M. Letelier 1994 61; véase también Díez 1997 254 y Corral 2003 341.

³²⁷ En la literatura chilena, véanse C. Domínguez 2000 714, Corral 2003 168, Court 2004 90.

³²⁸ Burrows 1994 138; Busnelli 2000 190 señala las orientaciones del grupo europeo de expertos en materia de resarcimiento del daño no patrimonial: ante todo, se planteó el desafío de poner término a la anarquía en la avaluación; enseguida, la necesidad de buscar criterios de racionalización y de garantía de igualdad; especialmente se coincidió en que la reparación debía ser independiente de los ingresos de la víctima y que debía ser objeto de evaluación o, al menos, de constatación médica (ídem 193).



correctivos explícitos de equidad, que justifican alejarse de las valoraciones estandarizadas).

b) En la práctica comparada se ha mostrado la conveniencia de formular *baremos estadísticos o técnicos* para algunas categorías de perjuicios, especialmente en materia de daño corporal.³²⁹ Estos baremos suelen ser confeccionados con la ayuda de expertos (médicos, jueces) o sobre la base de antecedentes estadísticos (especialmente, precedentes judiciales y transacciones de empresas aseguradoras). Las tablas son recogidas por la legislación (como para los accidentes de la circulación en España)³³⁰ o recogen prácticas judiciales respaldadas por publicaciones judiciales o científicas.³³¹

A falta de norma legal, los baremos cumplen la función de una directiva informal, que se ha mostrado muy fértil para lograr un mínimo de coherencia en la jurisprudencia. Como se expresa en la presentación de las tablas inglesas, éstas tienen por función esencial ‘destilar la sabiduría

³²⁹ “Baremo” es un galicismo aceptado por la Real Academia Española (originado en el nombre del matemático François Barrême), que consiste en un cuadro o lista de tarifas utilizados para avaluar algunos daños corporales.

³³⁰ Ley 30/1995, que estableció una cuantificación legal del daño moral que corresponde a cada tipo de lesiones que se siguen de accidentes de circulación (de acuerdo con el criterio del legislador, en cuanto establece criterios de valoración del daño moral, Vicente 1994 324, L. Díez-Picazo 1999 220).

³³¹ En Francia, las cortes de apelaciones poseen tablas indicativas recogidas periódicamente, entre otras, por la *Gazette du Palais*; la práctica judicial tiende a alinearse con estos criterios de valoración meramente indicativos (Le Tourneau/Cadiet 2002/03 N° 409, Viney/Jourdain 2001 133 y 199). En Alemania, la reparación sigue las directivas informales que se expresan en las “Tablas de Daño Moral” (*Schmerzugeldtabellen*) que se publican periódicamente y que contienen estadísticas de montos reconocidos por los tribunales; entre las más influyentes, *Slizyk Beksche Schmerzugeldtabelle*, Munich: Beck, 4ª edición, 2001; Hacks/Ring/Böhm 2004; esta última publicación privada recoge 3.029 casos de valoración de daños corporales, con descripción del daño corporal sufrido y de las precisas consecuencias médicas que de él se siguen; las indemnizaciones van desde € 50 por la herida de un centímetro, sin consecuencias posteriores, debida a la mordedura de un perro a un niño de 9 años, hasta € 500 mil por graves daños cerebrales de un niño que queda con severos defectos motores en todas las extremidades y retardo mental a consecuencia de un grave error médico; la media estadística de los tres mil casos es de aproximadamente € 6 mil. En Inglaterra, *The Judicial Studies Board* (JSB) publica periódicamente directivas para el establecimiento de perjuicios en casos de daño corporal (*Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injuries*). A diferencia de las tablas alemanas, que contienen una descripción en concreto de las lesiones y de las características relevantes de cada caso, las directivas inglesas son el resultado de un trabajo de sistematización en que participan abogados y especialistas en daños corporales, bajo el patrocinio del JSB; las directivas están construidas a partir de una clasificación de los daños corporales en 10 capítulos (parálisis, daños en la cabeza, daño psiquiátrico, daños que afectan los sentidos, daños a órganos internos, daños ortopédicos, daños faciales, heridas en otras partes del cuerpo, daño capilar y dermatitis). Cada capítulo comprende en detalle los tipos concretos de lesiones y atribuye a cada uno un rango indemnizatorio basado en la práctica judicial y en la estimación médica de su significación relativa.

convencional de los fallos recogidos', quedando los jueces en libertad para valorar las circunstancias del caso, porque las directivas contribuyen como 'un punto de partida en la tarea de declarar la indemnización en cada caso particular'.³³² En circunstancias que los baremos son especialmente valiosos para la evaluación de las consecuencias del daño corporal, se volverá sobre la materia al tratar ese concepto de daño (*infra* N° 208).

203. Control jurídico de los criterios de evaluación. La jurisprudencia estima que la determinación del daño moral es una cuestión de hecho que no puede ser objeto de control jurídico por el tribunal de casación. Esta práctica plantea la dificultad de que no se pueden establecer estándares generales de valoración del daño. En efecto, no sólo la valoración en concreto, sino también los *criterios* de valoración del daño son tenidos usualmente por cuestiones de hecho, que escapan al control jurídico. Como se ha visto (*supra* N° 201), la calificación de la valoración como puramente subjetiva (esto es, ajena a todo criterio vinculante), dificulta severamente la homologación.

Sin embargo, la experiencia comparada enseña que para que haya progresos en la determinación y valoración de los daños morales es necesario que exista algún control jurisdiccional.³³³ La cuestión no es menor si se atiende a que está en juego el principio de igualdad ante la ley, que, además de su expresión constitucional, es fundante de la relación de derecho privado.

De exigirse como cuestión de derecho que los jueces de instancia justifiquen la apreciación del daño moral, con debida consideración de las prácticas de valoración de los distintos tipos de daños, siguiendo el requisito de fundamentación de las sentencias impuesto por el artículo 170 N° 4 del Código de Procedimiento Civil, se podría producir una combinación de los factores que hacen posible una apreciación propiamente *equitativa* del daño. Esta plantea, por un lado, la exigencia de justicia de que haya una cierta igualdad y proporcionalidad relativa de las indemnizaciones y, por otro, la apreciación prudencial y explícita de las circunstancias que justifican, en el caso particular, que la indemnización sea superior o inferior a la establecida por esas prácticas judiciales. Para ello convendría distinguir entre las bases de apreciación del daño (que responden a una cuestión de derecho, revisable en sede de casación) y la apreciación en concreto de las circunstancias del caso (que es una cuestión de hecho).³³⁴

e. Daño moral que se sigue del daño corporal

204. Consecuencias no patrimoniales del daño corporal. a) Los atentados a la integridad física constituyen la causa más frecuente de daño moral. En

³³² *Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injuries*, capítulos vii y ix.

³³³ Pantaleón en Paz-Ares *et al.* 1991 1993; véase también *infra* N° 704.

³³⁴ Así, la jurisprudencia española (Yzquierdo en Reglero 2002 a 1153).



verdad, las potencialidades de la vida contemporánea guardan una inevitable correlación con un aumento exponencial de los riesgos cotidianos.³³⁵ Puede afirmarse que el desarrollo del derecho de la responsabilidad civil en el último siglo se explica principalmente en razón del aumento de los daños corporales que se siguen de accidentes laborales, del consumo y de la circulación.

b) El daño corporal no es una categoría diferente del daño moral y del patrimonial (*supra* N° 149). Lo peculiar del daño corporal radica en los efectos específicos de naturaleza patrimonial y extrapatrimonial que se siguen de las lesiones: la invalidez, la pérdida de conciencia, la disfunción de órganos vitales, la amputación de extremidades, las cicatrices faciales y los demás efectos dañosos que se pueden seguir de un accidente que afecta la integridad física de la persona. Las consecuencias morales y patrimoniales de diversos tipos e intensidades que se derivan de esos daños deben ser valoradas por separado. La noción de daño corporal, que a veces es asumida como una categoría autónoma de daño,³³⁶ tiende a opacar la determinación de los perjuicios, porque arriesga disolver en un conjunto holístico daños de naturalezas típicamente patrimonial y extrapatrimonial.

c) El esquema de análisis más simple para calificar los daños morales derivados de un atentado a la integridad física distingue los males que el accidente positivamente provoca en la víctima (sus sufrimientos y aflicciones) y las eventuales privaciones del goce de ciertos bienes (la disminución de las capacidades de disfrutar de una buena vida).³³⁷ En el primer grupo, denominado usualmente *pretium doloris*, se incluyen los sufrimientos físicos y psíquicos que se siguen de una lesión corporal. En el segundo, denominado *perjuicio de agrado*, se incluyen las repercusiones extrapatrimoniales futuras que limitan la capacidad de la víctima para disfrutar de las ventajas de la vida (la dificultad para establecer una vida de relación, para desarrollar actividades de esparcimiento y cualesquiera otras semejantes).³³⁸

La experiencia nos enseña que el dolor o aflicción es mensurable con más facilidad que la pérdida de oportunidades de la vida, pues la indivi-

³³⁵ Un excepcional desarrollo de esta idea, que usualmente es objeto de análisis muy triviales, en Calabresi 1985 1.

³³⁶ Pradel 2004 336, llega a plantear un *daño corporal puro* que pudiese ser considerado con independencia de sus efectos patrimoniales y extrapatrimoniales; otros autores subordinan estos efectos a la categoría genérica e independiente de daño corporal (Vicente 1994 *passim* y 322, Elorriaga 1995 4).

³³⁷ *Supra* N° 192.

³³⁸ Este esquema corresponde muy cercanamente a la distinción usual en el *common law* entre *pain and suffering* y *loss of amenities*. Una proposición similar, aunque contaminada por las imbricaciones del derecho civil con el régimen de asistencia social francés, en Viney/Jourdain 2001 267. En el derecho chileno se acostumbra incluir en el *pretium doloris* el dolor físico y el psicológico; así, Alessandri 1943 224 y jurisprudencia constante, ejemplarmente, Corte de Santiago, 16.12.2002, GJ 270, 96; Corral 2003 155 insinúa separarlos, pero para indemnizar el dolor físico como 'daño corporal' y el sufrimiento psíquico como 'daño moral', en una distinción que carece de sustento en las categorías de daño del derecho civil.

dualidad y la complejidad de los agravos de la existencia dificultan su medición objetiva e imposibilita las comparaciones (es difícil valorar la expectativa del niño inválido que quería ser atleta o de la joven desfigurada que soñaba con ser reina de belleza). Por eso también a este respecto es necesaria una cierta objetividad, atendiendo a las expectativas de una persona que presenta las características más típicas de la víctima.

d) Muchos de los tipos de daños que ha desarrollado la jurisprudencia comparada presentan la característica de expresar tanto el dolor físico y psicológico, como la pérdida de oportunidades de llevar una vida de agrado. Es el caso, por ejemplo, del llamado perjuicio estético. Las heridas que dejan cicatrices causan dolor físico, disminuyen la autoestima y privan de oportunidades en la vida de relación. Más que de categorías de daños que merezcan un tratamiento separado, se trata de lesiones que típicamente producen ciertos tipos de perjuicios no patrimoniales, que se relacionan entre sí.

205. El sufrimiento como daño (*pretium doloris*). a) Ante todo, el daño moral que se sigue de lesiones corporales presenta la forma de una *aflicción física y mental*, que tiene por causa el accidente. Se trata de un daño positivo, consistente en cualquiera forma significativa de sufrimiento. Comprende, por ejemplo, el dolor que se sigue directamente de las heridas y del tratamiento médico, la pérdida de autoestima de quien está físicamente desfigurado y la conciencia de la propia incapacidad. Su intensidad está dada por la naturaleza del daño y por su duración. La indemnización de este tipo de daño expresa propiamente un *pretium doloris*.

La jurisprudencia nacional atribuyó al daño moral una acepción casi exclusivamente ligada al *pretium doloris*.³³⁹ En ello influyeron la experiencia comparada³⁴⁰ y la circunstancia de que históricamente el único perjuicio alegado era el dolor físico (especialmente con ocasión de las lesiones causadas en accidentes ferroviarios) o la aflicción por la pérdida de un familiar cercano (*infra* N° 231). A ello contribuyó también la doctrina nacional de la primera mitad del siglo XX, que consideró exclusivamente el sufrimiento

³³⁹ Este concepto de daño moral ha sido ampliamente recogido por la jurisprudencia nacional. Por ejemplo, se ha fallado que “debe entenderse que el daño moral existe cuando se ocasiona a alguien un mal, un perjuicio o una aflicción en lo relativo a sus facultades espirituales, vale decir, cuando se ocasiona a una persona un dolor o aflicción en sus sentimientos” (CS, 10.8.1971, RDJ, t. LXVIII, sec. 4ª, 168); “el daño moral consiste en el dolor, la aflicción, el pesar que causa en los sentimientos o afectos el hecho ilícito, ya sea en la víctima o en sus parientes más próximos” (Corte de Santiago, 3.6.1973, RDJ, t. LXX, sec. 4ª, 65). En este sentido puede también consultarse, Corte de Valparaíso, 10.8.1998, F. del M. 478, 1795; Corte de Valparaíso, 20.10.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 2ª, 95; Corte de Santiago, 23.3.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 2ª, 24; CS, 27.3.2002, GJ 261, 80; Corte de Santiago, 17.4.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2ª, 31, publicada también en GJ 262, 81; y CS, 27.3.2003, F. del M. 508, 198.

³⁴⁰ Así ocurre en la tradición francesa, pero también en la alemana, que utiliza el concepto de *Schmerzensgeld* (*pecunia doloris*) para referirse a este tipo de daños (BGB, § 253).



actual, ignorando la otra manifestación elemental del daño, la pérdida de agrados que contribuyen a una buena vida. Aunque estudios más recientes introducen esta diferenciación, numerosos fallos continúan utilizando la expresión *pretium doloris* como sinónima de todo tipo de daño moral.³⁴¹

b) El daño corporal puede estar asociado tanto al dolor físico como a la aflicción puramente psíquica o mental. Una herida que desfigura la cara puede no haber producido demasiado dolor físico, pero es evidente que provoca una severa angustia en una joven (la que puede estimarse significativamente superior a la que sufriría un viejo profesor de derecho). En otras palabras, el *pretium doloris* no es indiferente a la naturaleza e intensidad de los males psíquicos o mentales que a consecuencia del daño corporal sufre la víctima, atendidas su edad y su sexo y la duración de los padecimientos.³⁴²

En el derecho chileno, es usual que los fallos otorguen una compensación por la autoestima perdida como consecuencia de lesiones corporales³⁴³

³⁴¹ En general, sin embargo, ello ocurre en el contexto apropiado de daños que consisten en sufrimiento o aflicción. En fallos recientes se ha asociado el daño moral al 'dolor y agobio' que produce la muerte del cónyuge e hijo (Corte de Concepción, 23.8.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 4ª, 199); al 'dolor y aflicción' que produjo la injusta detención por supuesto hurto en un establecimiento de comercio (Corte de Valdivia, 30.3.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 5ª, 105); al 'sufrimiento y angustia' que produce el uso por un tercero de una creación intelectual (CS, 2.11.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 1ª, 212); al 'sufrimiento o afección psicológica que lesiona el espíritu, al herir sentimientos de afecto y familia', que produce la muerte del cónyuge y padre (Corte de Antofagasta, 13.12.2002, GJ 270, 183). Véanse además Corte de Coyhaique, 9.5.1997, confirmada por CS [cas. fondo], 28.5.1998, RDJ, t. XCV, sec. 1ª, 57; Corte de Concepción, 13.7.1998, GJ 219, 168; Corte de Santiago, 28.10.1999, GJ 232, 195; Corte de Concepción, 7.8.2000, confirmada por la CS [cas. fondo], 29.11.2000, GJ 245, 132, publicada también en F. del M. 504, 4202; Corte de Santiago, 5.10.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 2ª, 79; Corte de Concepción, 3.4.2001, GJ 261, 80; Corte de San Miguel, 23.5.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 3ª, 103; Corte de Santiago, 2.7.2002, GJ 265, 85; Corte de Santiago, 9.7.2002, GJ 275, 227; Corte de Concepción, 28.8.2002, GJ 266, 210; Corte de Santiago, 31.12.2002, confirmado por la CS [cas. fondo], 30.4.2003, GJ 274, 212; CS, 3.4.2003, F. del M. 509, 387; Corte de Santiago, 30.5.2003, GJ 275, 97; Corte de Concepción, 19.8.2003, confirmada por la CS [cas. fondo], 24.12.2003, GJ 282, 61. En la doctrina, Alessandri 1943 224 y O. Tapia 1941 176 asimilan el daño moral al *pretium doloris*; críticos de esta generalización C. Domínguez 2000 58 y Díez 1997 82.

³⁴² En Inglaterra, por ejemplo, se suele distinguir a efectos de las cicatrices entre mujeres y varones y se hace expresa referencia a que la calificación se efectúa de conformidad con la edad de la víctima (*Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injuries 7 B*).

³⁴³ A este respecto pueden consultarse las siguientes sentencias: CS, 23.8.1951, RDJ, t. XLVIII, sec. 4ª, 186; Corte de Santiago, 17.6.1960, RDJ, t. LVII, sec. 4ª, 144; Corte de Santiago, 9.8.1960, RDJ, t. LVII, sec. 4ª, 229; CS, 28.12.1981, RDJ, t. LXXVIII, sec. 4ª, 235; Corte de Santiago, 21.3.1984, RDJ, t. LXXXI, sec. 4ª, 35; CS, 3.12.1997, RDJ, t. XCIV, sec. 3ª, 198; Corte de Santiago, 24.5.1999, GJ 227, 138; CS, 30.1.2001, GJ 247, 150; Corte de Valparaíso, 15.5.2001, confirmada por CS [cas. fondo], 9.10.2001, GJ 256, 144; Corte de Santiago, 1.7.2003, GJ 277, 149; Corte de Santiago, 30.9.2003, GJ 279, 270; CS, 24.11.2003, GJ 281, 80; y CS, 27.11.2003, GJ 281, 64.

o de mutilaciones de miembros,³⁴⁴ extendiendo la indemnización más allá del dolor físico sufrido.

En verdad, el sufrimiento psíquico que acompaña al daño corporal puede adoptar dos formas principales: por un lado, el dolor físico sufrido por la víctima en razón del accidente, lo que incluye malestar, insomnio, y otras manifestaciones semejantes; por otro lado, la víctima sufre daño moral en sentido más estricto, que se traduce en depresión, pérdida de autoconsideración y en otros efectos psicológicos que se derivan del accidente.³⁴⁵ La mayor dificultad radica en la imposibilidad de medir caso a caso la intensidad de estos daños (a diferencia de lo que ocurre con el daño patrimonial). Por eso, el derecho sólo se limita a discriminar cuáles de estos sufrimientos son dignos de protección (*supra* N° 145), procurando que iguales lesiones tengan la misma razonable compensación. En definitiva, no es fácil para el derecho penetrar en estos sentimientos, de modo que el propósito emprendido con frecuencia por la jurisprudencia de medir la intensidad subjetiva de estos daños suele llevar por caminos muy oscuros.

Estas dificultades provocan que una cierta estandarización de los sufrimientos resulte inevitable para el derecho civil (como ocurre con el cuidado debido). Por eso, parece prudente asumir que “las lesiones o menoscabos a los sentimientos de una persona (...) deben ser producidos por actos o hechos que determinen en la generalidad de las personas tal detrimento; esto es, deben ser hechos o actos que por sí mismos puedan generar ese daño moral, y no que el menoscabo se derive de una especial sensibilidad de la víctima”.³⁴⁶

206. Pérdida de oportunidades de la vida (*perjuicio de agrado*). a) Como se ha mostrado, por analogía al daño emergente y al lucro cesante, el perjuicio no patrimonial proveniente de atentados a la integridad física puede generar, a la vez, un efecto positivo de malestar o aflicción (representado por el dolor físico y espiritual) y una pérdida de beneficios que ofrece la vida (representada por los planes de vida frustrados y los agrados ordinarios de que es privada la víctima del accidente). Esta última categoría no es un sufrimiento que aumenta las cargas de la víctima, sino una privación de las ventajas de la vida, que muy genéricamente puede ser llamado *perjuicio de agrado*.³⁴⁷

³⁴⁴ Ejemplos de esta especie de daño moral pueden encontrarse en las siguientes sentencias: Corte de Santiago, 5.5.1933, confirmada por la CS [cas. fondo], 14.9.1934, RDJ, t. XXXII, sec. 1ª, 10, en un caso de daño ocasionado por la pérdida de una pierna; y Corte de Santiago, 25.5.1945, confirmada por la CS [cas. fondo], 13.6.1946, RDJ, t. XLIII, sec. 1ª, 495, en un caso en que la víctima sufrió la amputación de un brazo. Véase también Corte de Santiago, 9.3.1999, GJ 225, 175, y Corte de San Miguel, 23.8.2002, confirmada por CS [cas. fondo], 23.9.2003, GJ 279, 216.

³⁴⁵ Vicente 1994 185, con amplias referencias bibliográficas al derecho español y francés.

³⁴⁶ Corte de Santiago, 5.11.1991, RDJ, t. LXXXVIII, sec. 2ª, 136.

³⁴⁷ La denominación se ha generalizado en el *common law* bajo la denominación de *loss of amenity* (Burrows 1994 188, Cane/Atiyah 1999 135) y en el derecho francés, como *préjudice d'agrément* (Mazeaud/Chabas 1998 425, Viney/Jourdain 2001 260).



El perjuicio de agrado es conceptualmente diferente del dolor físico o mental. Consiste en la *privación de agrados normales de la vida*; en la pérdida de la oportunidad de disfrutar de aspectos importantes de la existencia.³⁴⁸ Son típicamente perjuicios de este orden la incapacidad para el desplazamiento y la entretención, para la lectura o la audición, para una actividad sexual normal y la procreación, para el disfrute de los sentidos, incluso del gusto, y, en general, todo aquello que perturba los disfrutes ordinarios de la vida.

b) Algunos sistemas jurídicos distinguen expresamente el perjuicio de agrado del dolor o aflicción. Como se ha visto, la distinción es asumida expresamente en el derecho inglés, que se refiere al daño no patrimonial como comprensivo de *pain and suffering* y de *loss of amenities*. Sin embargo, la doctrina es escéptica acerca del efecto de la distinción, porque si bien se trata de perjuicios conceptualmente diferentes, sus efectos se superponen, con el consecuente riesgo de que se reconozca una doble indemnización (la pérdida de autoestima y la pérdida de oportunidades en la vida de relación que se siguen de una cicatriz horrible están demasiado unidas como para que pueda atribuírseles valores reparatorios independientes);³⁴⁹ por lo mismo, la jurisprudencia inglesa tiende a otorgar sumas globales, atendiendo a la naturaleza del daño corporal y a circunstancias típicas de la víctima, que son comprensivas de ambos capítulos de daño, de modo que la distinción tiene un efecto más bien analítico.³⁵⁰

En el derecho francés el perjuicio de agrado tenía originalmente una concepción más bien elitista: se indemnizaban las privaciones de ciertos agrados atendiendo a las particularidades de la víctima, que la privaban en concreto de algunas actividades sociales, artísticas o deportivas que desarrollaba antes del accidente.³⁵¹ En una segunda etapa, el perjuicio de agrado se generalizó, pasando a ser compensada la privación de los agrados o placeres normales de la existencia, sin requerir la prueba de habilidades o actividades particulares de la víctima.³⁵² Más que la creación de un nuevo perjuicio, sucedió que las consecuencias extrapatrimoniales de las lesiones corporales en la forma de vida de la víctima pasaron a ser indemnizadas separadamente, aislándolas del *pretium doloris*. Sin embargo, esta evolución ha estado marcada por la concurrencia de los regímenes indemnizatorios de la responsabilidad civil y de los seguros sociales, lo que ha llevado a los jueces a expandir el perjuicio de agrado (que no debe ser reembolsado a las cajas) a costa del *pretium doloris* (que sí debe serlo).³⁵³

³⁴⁸ Chabas 2000 b N° 85.

³⁴⁹ Markesinis/Deakin *et al.* 2003 827.

³⁵⁰ Burrows 1994 188.

³⁵¹ Un caso extremo, ya referido, es un fallo francés de 1937 que indemnizó a una mujer de mundo por 'privación de hábitos mundanos', en razón de que no había podido durante dos meses y medio usar un vestido escotado (Tribunal de la Seine, 11.10.1937, citado por Chabas 2000 b N° 85).

³⁵² Chabas 2000 b N° 85, Viney/Jourdain 1998 41.

³⁵³ Mazeaud/Chabas 1998 425, Chabas 2000 b N° 85; *infra* N° 697.

c) El *perjuicio de agrado tiene una extensión inabordable*: la riqueza de la individualidad humana y la diversidad de los planes de vida hacen que las actividades de agrado que una persona puede llegar a desarrollar (en su vida espiritual, de relación, artística, profesional, deportiva, de esparcimiento, sexual, social) sean inabarcables por una resolución judicial. Por lo mismo, análogamente a lo que ocurre con el lucro cesante, la indemnización no puede construirse sobre la base de hipótesis extravagantes. Las circunstancias típicas de la vida son fácilmente aprensibles y hacen previsible, en términos generales, el perjuicio de agrado presente y futuro de la víctima. Y ello es consecuencia, como se ha visto, del tipo de lesiones, pero también de la edad y sexo de la víctima. Así, es razonable compensar en mayor medida, por la misma invalidez que lo afectará por el resto de su vida, a un niño (que puede incluso verse privado de disfrutar los juegos de la infancia) que a un adulto mayor (que ya ha disfrutado de buena parte de las ventajas que da la capacidad de desplazamiento).³⁵⁴

Por eso, todo indica que también el *criterio de valoración de estos daños debe partir de una base objetiva*, sin perjuicio de admitir correctivos marginales en atención a las particularidades de la víctima. Un criterio objetivo sacrifica la especificidad de cada individuo y de cada situación de daño en particular, pero presenta las ventajas de neutralizar la discrecionalidad judicial, de aumentar la seguridad jurídica (diminuyendo la litigiosidad) y de acercarse a un ideal de justicia en sentido formal. Según se ha visto, las características propias de la víctima (como el pianista que sufre la amputación de una mano) son un correctivo, que permite hacerse cargo, dentro de ciertos rangos, de un perjuicio de agrado superior.³⁵⁵

d) En la práctica jurisprudencial chilena y comparada es frecuente, como se ha señalado, que el daño moral sea compensado en la forma de una *suma global*, que comprende el dolor físico o mental y el perjuicio de agrado.³⁵⁶ En la mayoría de los casos los perjuicios de agrado quedan comprendidos dentro de una suma global reconocida a título de *pretium doloris*.³⁵⁷ Asimis-

³⁵⁴ Es la doctrina dominante en el derecho inglés especialmente marcado por la práctica de los baremos indemnizatorios para los distintos tipos de daño corporal (Burrows 1994 188).

³⁵⁵ Nuestra jurisprudencia conoce el caso de un policía que apuntó su arma y disparó directamente contra una estudiante de piano, que formaba parte de un grupo de estudiantes que participaban en una manifestación política fuera del Teatro Municipal, quien perdió por un largo período el uso de una de sus manos, y luego permaneció con otras secuelas neurológicas permanentes (Corte de Santiago, 16.12.2002, GJ 270, 96).

³⁵⁶ Un ejemplo en Corte de Santiago, 17.4.2002, GJ 262, 81, donde se hace una larga descripción de las repercusiones físicas y en la vida social que el accidente causó en la víctima y luego valora el daño moral en una suma global; véase también, Corte de Santiago, 28.10.1999, GJ 232, 195.

³⁵⁷ Por ejemplo, CS, 7.5.1947, G. de los T., 1947, 1^{er} sem., N° 38, 283, donde se señala que una persona sufre daño moral “cuando se le restan las posibilidades de que disfrutaba de alcanzar una mayor cultura o preparación intelectual, o cuando se le priva del goce de circunstancias que le proporcionaban alegría o complacencia espirituales”; Corte Presidente Aguirre Cerda, 31.12.1986, GJ 79, 54, donde se resuelve que “el plan de vida



mo, son frecuentemente indemnizados los perjuicios estéticos, en su componente de sufrimiento psíquico,³⁵⁸ y cualquier deterioro del normal desarrollo de la vida familiar, afectiva o sexual.³⁵⁹

En definitiva, la distinción entre el dolor físico y moral y el perjuicio de agrado facilita el análisis de la *extensión* del perjuicio no patrimonial, pero no parece tener la precisión suficiente como para justificar una apreciación por separado, sin que se incurra en el riesgo de una doble indemnización.

207. Situación de la víctima inconsciente. En el derecho comparado se ha discutido acerca de la procedencia de la compensación del daño moral por atentados a la integridad física cuando la víctima cae en un estado de inconsciencia a consecuencia del accidente; en particular, cuando entra en un coma profundo y prolongado (estado vegetativo) o en algún estado de demencia.³⁶⁰ En el fondo, partiendo de la base de que la indemniza-

del actor en cuanto a piloto de guerra afecta gravemente sus derechos como persona humana, ya que no podrá realizarlos a causa del accidente, y esta modificación a su realización personal y profesional es un aspecto de que debe considerarse en el daño moral"; véanse también Corte de San Miguel, 27.11.1996, RDJ, t. XCIII, sec. 4ª, 279; Corte de Valparaíso, 24.8.1998, confirmada por la CS [cas. fondo], 11.11.1998, F. del M. 480, 2356; Corte de Santiago, 8.4.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 5ª, 94; CS, 30.1.2001 GJ 247, 150; Corte de Concepción, 3.4.2001, GJ 261, 80; Corte de San Miguel, 23.5.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 3ª, 103; Corte de Concepción, 25.1.2002, confirmada por CS [cas. fondo], 7.5.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 5ª, 104; Corte de Santiago, 17.4.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2ª, 31, publicada también en GJ 262, 81; Corte de Santiago, 2.7.2002, GJ 265, 85; Corte de San Miguel, 23.8.2002, confirmada por CS [cas. fondo], 23.9.2003, GJ 279, 216; Corte de Concepción, 28.8.2002, GJ 266, 210; Corte de Santiago, 31.12.2002, GJ 274, 212; CS, 7.1.2003, GJ 271, 96; Corte de Santiago, 30.5.2003, GJ 275, 97; Corte de San Miguel, 18.6.2003, GJ 276, 176; y Corte de Santiago, 30.9.2003, GJ 279, 270.

³⁵⁸ Corte de Temuco, 29.6.1972, RDJ, t. LXIX, sec. 4ª, 66, en que se indemniza el daño moral ocasionado a la víctima por las quemaduras en el rostro que afectaron visiblemente su estética facial, deprimiéndola y acomplejándola moralmente; Corte de Santiago, 8.8.1983, RDJ, t. LXXX, sec. 4ª, 90, en un caso de cicatrices en el rostro causadas por ataque con arma blanca; véanse también, CS, 14.4.1999, F. del M. 485, 503; CS, 27.5.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 3ª, 89, publicado también en F. del M. 486, 851; Corte de Santiago, 10.10.2000, GJ 245, 169; CS, 16.10.2000, GJ 244, 61, publicada también en F. del M. 503, 3477; Corte de Santiago, 17.4.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2ª, 31, publicada también en GJ 262, 81; y CS, 30.4.2002, GJ 274, 59.

³⁵⁹ Sobre daño moral consistente en el impedimento para desarrollar una vida sexual durante un período más o menos prolongado de tiempo a consecuencia de lesiones físicas, CS, 24.6.1980, RDJ, t. LXXVII, sec. 4ª, 95, también publicada en F. del M. 259, 168. También pueden consultarse CS, 16.10.2000, GJ 244, 61, publicada también en F. del M. 503, 3477; Corte de Concepción, 6.3.2002, GJ 274, 59; y Corte de Santiago, 10.7.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2ª, 83.

³⁶⁰ Viney/Jourdain 1998 44 y Burrows 1994 189. Estos casos no comprenden la situación de los daños producidos a niños de muy baja edad, en la medida que éstos algún día adquieran conciencia de sus efectos (Carbonnier 2000 384).

ción concedida compensa un daño que se experimenta personalmente, cabe preguntarse si debe concedérsele indemnización a una víctima que no tuvo conciencia de los padecimientos, ni tampoco podrá disfrutar de las ventajas futuras que le pueda proporcionar el dinero. La discusión no se refiere al daño patrimonial conexo, en la medida que los estados de inconsciencia requieren de tratamientos y de equipamientos médicos, sino al daño propiamente moral sufrido por la víctima.

En principio, la pregunta es eminentemente conceptual. Si se asume una noción subjetiva del daño moral, donde lo que se compensa es un dolor efectivo sufrido por la víctima, es evidente que no procede indemnizarla si queda en estado de inconsciencia.³⁶¹ Por el contrario, si se asume la tendencia a la objetivación del daño moral, puede afirmarse que la víctima en estado vegetal o de inconsciencia sufre objetivamente un perjuicio de agrado, porque efectivamente los placeres y las alegrías de una vida normal son bienes a los que ya no tendrá acceso.³⁶²

Una grave aberración indemnizatoria se presenta cuando el daño moral de la víctima inconsciente concurre con daños reflejos o por repercusión de familiares de la víctima directa, como ocurre en la tradición chilena (*infra* N° 230), porque el efecto tiende a ser que estas víctimas reflejas reciban una doble indemnización por el mismo daño (una por cuenta de la víctima directa inconsciente y otra a título personal).

³⁶¹ Corral 2003 155, plantea que la indemnización del *pretium doloris* no procedería en favor de víctimas que se encuentren en estado de coma; aunque después agrega que sí procedería si se lesionan derechos de la personalidad.

³⁶² Así se ha fallado en Inglaterra en *West v. Shepard*, 1964, AC 326, pero ese criterio ha sido criticado por ajeno a la realidad subjetiva más elemental del *loss of amenity* (Burrows 1994 189). En Francia, por el contrario, se ha entendido que el daño es objetivo y no depende de la representación que de él se haga la víctima (Chabas 2000 b N° 87).

³⁶³ Por eso, cuando la jurisprudencia habla de apreciación subjetiva del daño moral, la subjetividad debe entenderse referida al juzgador más que a la particular sensibilidad de la víctima del daño.



§ 25. DAÑO REFLEJO O POR REPERCUSIÓN

a. *Introducción*

224. Noción. a) El *daño reflejo o por repercusión es el sufrido por víctimas mediatas de un hecho que ha causado la muerte o lesiones a otra persona.*⁴²⁰ Los efectos de las lesiones o de la muerte sufridos por la víctima inmediata se pueden expandir hacia terceros, que sufren personalmente un daño patrimonial o moral a consecuencia de esa muerte o lesiones. Aunque la muerte sea tenida por el mayor de los males, no puede conceder acción a quien la sufre, pues se trataría de un derecho carente de un sujeto que esté legitimado para alegar un interés personal;⁴²¹ pero sí puede serlo para personas que estaban ligadas patrimonial o afectivamente a ella. Algo análogo puede ocurrir en casos de graves lesiones corporales de la víctima inmediata.

b) El daño reflejo o por repercusión puede ser *patrimonial o moral*. En las siguientes secciones se tomará esta distinción como base del análisis, en razón de las dificultades especiales que plantea el daño moral reflejo o *perjuicio de afección*. En uno y otro caso se distinguirá entre el daño reflejo que se sigue de la muerte y de las lesiones de la víctima directa.

225. Naturaleza de la acción y de los perjuicios. a) La acción que surge del daño reflejo pertenece *personalmente* a quien lo sufre. El daño invocado es el perjuicio propio y no el de la víctima inmediata. Si ésta ha muerto en el accidente, los terceros cercanos pueden disponer de dos acciones: ante todo, una *acción transmitida* por la víctima inmediata para perseguir la reparación de los perjuicios que ésta ha soportado en vida; y, además, una *acción personal* por los perjuicios morales y patrimoniales sufridos personalmente a consecuencia del accidente de la víctima inmediata.

Ambas acciones, concedidas a título personal y como herederos de la víctima directa, son diferentes, pero su concurrencia suele ser mirada con escepticismo en el derecho comparado en razón del riesgo de que conduzca a una doble indemnización de un mismo perjuicio (sobre los problemas de transmisibilidad del daño moral, *infra* N° 743). Con esta

⁴²⁰ Alessandri 1943 457 y 463 trata el daño reflejo a propósito de daño patrimonial y moral a las personas; P. Rodríguez 1999 360 lo trata a propósito del daño que se sigue de la muerte; otros autores siguen el camino de Alessandri; un cuidadoso análisis del daño reflejo en el derecho chileno en Elorriaga 1999 *passim*.

⁴²¹ *Supra* N° 156 b, con nota sobre antecedentes doctrinarios y comparados.



reserva, que invoca el sentido prudencial del juzgador, todo indica que los perjuicios sufridos hasta la muerte de la víctima directa son un crédito que se adquiere por transmisión y los posteriores dan lugar propiamente a daño reflejo.⁴²²

b) El mayor problema jurídico que presenta el daño reflejo es el establecimiento de sus *límites*: ¿qué intereses de las víctimas mediatas son protegidos por el derecho?; ¿quiénes son titulares de la acción?; ¿cómo concurren los daños reflejos con los sufridos por la víctima directa? Éstas son esencialmente cuestiones normativas que plantean difíciles preguntas prácticas, lo que explica que no haya otra materia en el derecho de la responsabilidad civil donde las respuestas del derecho comparado sean más disímiles.

b. *Daño patrimonial reflejo*

226. Daño patrimonial reflejo en caso de que la víctima directa sobreviva.

a) Si la víctima directa del daño corporal sobrevive al accidente, la reparación de los daños patrimoniales (gastos médicos, pérdida de ingresos) debe colocarla en condiciones de hacer frente a cualesquiera cargas y obligaciones, como si no hubiese ocurrido el daño corporal.⁴²³

En consecuencia, quienes recibían apoyo económico de la víctima inmediata no disponen de acción para demandar la reparación de perjuicios patrimoniales por repercusión, porque ya ha sido indemnizada la víctima directa.⁴²⁴ En consecuencia, ese daño debe ser tenido por personal de la víctima directa y no por reflejo de quienes reciben sustento de aquélla.

b) Una situación particular podría producirse cuando personas cercanas asumen la carga de cuidar gratuitamente a la víctima incapacitada; sin embargo, todo indica que en este caso el perjuicio directo es sufrido por la propia víctima, quien soporta el daño emergente equivalente a los costos de ese cuidado, y que debe ser valorado aunque sea gratuitamente prestado por quienes le son más cercanos (*supra* N° 185).

Por otro lado, surge también la posibilidad de que personas próximas a la víctima directa (cónyuge, hijos) sufran la pérdida de la ayuda que esta les prestaba en la realización de un trabajo o de una actividad profesional;⁴²⁵ sin embargo, también en este caso es necesario precisar si el reconocimiento a la víctima directa de una suma por concepto de lucro cesante no compensó suficientemente esa pérdida, pues puede presumirse que ese dinero será utilizado por el círculo familiar.

c) Discutible, aunque por diferentes razones, es la situación de los *empleadores y socios* que pierden un colaborador irremplazable y esencial o de

⁴²² Epstein 1999 458.

⁴²³ Referencias doctrinarias en el derecho chileno y comparado en notas a *supra* N° 156.

⁴²⁴ Carbonnier 2000 382.

⁴²⁵ Viney/Jourdain 1998 140.

acreedores que arriesgan el valor de su crédito en razón del accidente sufrido por la víctima directa. En general, en estos casos la pretensión reparatoria plantea dudas acerca de si hay una suficiente proximidad entre el hecho y el daño, que permita calificar este último como directo, porque el hecho del demandado no puede ser calificado como causa adecuada de la pérdida patrimonial que alega el actor (*infra* N° 256).⁴²⁶ La doctrina y jurisprudencia comparadas son en extremo reticentes a reconocer este tipo de acciones, tanto en caso de lesiones como de muerte de la víctima directa.⁴²⁷

227. Daño patrimonial reflejo en caso de que la víctima directa fallezca.

a) Si la víctima directa fallece a consecuencia del accidente, quienes sufran daños patrimoniales a consecuencia de esa muerte pueden demandar su indemnización, como ocurre con los gastos médicos y de entierro y los ingresos que dejan de percibir. Por cierto que la extensión de esta acción dependerá de si la víctima directa alcanzó o no a tener en vida acciones indemnizatorias, que luego transmitió a sus herederos, pues si éste es el caso, la acción personal por el daño patrimonial reflejo personalmente sufrido sólo corre desde la muerte de la víctima directa (*infra* N° 741).⁴²⁸

b) Con la reserva antes indicada, de que los perjuicios patrimoniales anteriores a la muerte conviene tratarlos como daño de la víctima directa (en cuya acción se sucede por transmisión), no enfrenta mayores objeciones el reconocimiento de una acción para exigir la *reparación del daño emergente por repercusión*.⁴²⁹ Éste estará usualmente representado por gastos en que un tercero ha incurrido en beneficio de la víctima o con ocasión de su funeral.

En cuanto a la reparación del *lucro cesante reflejo*, las respuestas deben ser más matizadas y dependen esencialmente del lazo que unía a la vícti-

⁴²⁶ Este es el camino adoptado desde antiguo por la jurisprudencia francesa, en un caso relativo a las pérdidas que provocó a un empresario lírico el accidente de un conocido tenor (cass. civ., 14.11.1958, Gaz. Pal. 1959 I, 31, referido en Ranieri 1999 199).

⁴²⁷ Viney/Jourdain 1998 135, a pesar de un antiguo precedente que dio lugar a la indemnización sufrida por un club de fútbol profesional por las pérdidas sufridas a causa de un accidente de tránsito sufrido por un valioso futbolista; para el derecho alemán, Palandt/Heinrichs § 249 109; en el *common law* no existe acción por muerte o lesiones a un tercero según un antiguo precedente en cuya virtud 'en un tribunal civil no se puede alegar como daño la muerte de otra persona' (*Baker v. Bolton*, 1 Camp. 493, 170 ER 1033, 1808), de modo que las acciones son reconocidas por estatutos legales especiales referidos básicamente a personas que dependían familiarmente de la víctima directa (Epstein 1999 453, Jones 2002 704). Desde una perspectiva comparada, Von Bar 1996 II 195, Ranieri 1999 155.

⁴²⁸ En el derecho norteamericano una preocupación importante es evitar que por la vía de dos acciones distintas se indemnice doblemente un mismo perjuicio (Epstein 1999 458).

⁴²⁹ Incluso en un derecho como el alemán, más bien reacio a la concesión de acciones a las víctimas por repercusión, la procedencia de la reparación de este daño emergente a los próximos de la víctima directa resulta indiscutible (Deutsch/Ahrens 2002 200).



ma directa con el tercero. Algunos sistemas jurídicos establecen como condición para la reparación del lucro cesante reflejo la existencia de una *obligación legal alimentaria* en favor de la víctima por repercusión, que estuviera vigente y exigible a la época de la muerte, de modo que se ve interrumpida por el accidente.⁴³⁰ En otros sistemas jurídicos se ha extendido esta reparación a personas que carecían de un derecho legal alimentario, pero que *de hecho* recibían periódicamente esas sumas de parte de la víctima directa. Bajo la condición de que los hechos acrediten la razonable expectativa de que esos terceros habrían seguido recibiendo ese apoyo económico en el futuro, se entiende que la asistencia económica regular debe considerarse como una situación jurídica digna de protección;⁴³¹ de este modo, quedan protegidos los intereses serios del conviviente y de 'parientes de hecho'.⁴³²

c) En el *derecho chileno*, como se señaló, algunas leyes sociales reconocen derechos al conviviente de la víctima. También se ha llegado a reconocer como legítimo desde el punto de vista civil, al menos bajo circunstancias ordinarias, el interés del conviviente a obtener reparación (*supra* N° 144). A su vez, la jurisprudencia ha otorgado desde antiguo indemnización por perjuicios reflejos sufridos por personas que carecían de un derecho legal de alimentos, pero que tenían la seria expectativa de recibir apoyo económico en el futuro (aunque ese fin se cumpla con frecuencia utilizando la criticada técnica de incorporar el daño patrimonial en una suma global reconocida a título de daño moral).⁴³³

228. Avaluación del daño patrimonial reflejo. a) El *daño emergente* sufrido por el tercero no plantea otras preguntas que las de causalidad (esto es, referidas a si los gastos o pérdidas pueden ser objetivamente atribuidos a las lesiones o a la muerte de la víctima directa).⁴³⁴ Su avaluación se rige, en consecuencia, por las reglas generales de valoración de ese tipo de daño.

⁴³⁰ Así, por ejemplo en Alemania (BGB, § 844 II; Deutsch/Ahrens 2002 200) y Estados Unidos (Prosser/Keeton *et al.* 1984 907).

⁴³¹ Carbonnier 2000 383, Viney/Jourdain 1998 132.

⁴³² Así en Inglaterra (Jones 2002 704) y en España (Lacruz *et al.* 1995 483); según el reciente Código holandés de obligaciones, la reparación se extiende al daño patrimonial sufrido por el conviviente que vivía con el demandante, que tenía una relación familiar de hecho, dependía total o sustancialmente de lo que el fallecido proveía, pudiendo esperarse que así también sucedería en el futuro, y que no pueda sustentarse razonablemente por sí mismo (Cód. hol., § 6.108. 1c). Éste es también el caso del derecho francés (Viney/Jourdain 1998 130). La resolución 75/7 del Consejo de Europa adopta el mismo criterio (artículo 15).

⁴³³ CS, 9.9.1946, RDJ, t. XLIV, sec. 1ª, 130, que concedió indemnización del daño material por la muerte de un hijo ilegítimo que proporcionaba ayuda pecuniaria al actor; y CS, 4.8.1933, RDJ, t. XXX, sec. 1ª, 524, en un caso semejante. Entre los fallos más recientes puede verse Corte de Santiago, 30.12.1999, GJ 234, 203, que indemniza el lucro cesante sufrido por una dueña de casa sostenida por su marido, quien falleció en un accidente laboral.

⁴³⁴ *Infra* N° 252.

b) En cuanto a la evaluación del *lucro cesante reflejo*, se presentan ciertas complejidades adicionales a las planteadas respecto de la víctima directa. En efecto, en este caso el lucro cesante se encuentra sujeto a las incertidumbres relativas a la evolución de los ingresos futuros de la víctima directa y, además, a la probabilidad de que la víctima directa hubiera continuado prestando esa ayuda si el accidente no se hubiese producido (el cambio de fortuna del donante o del receptor de la ayuda; la separación de una unión de hecho; la simple cesación de una ayuda económica voluntaria). Como se podrá comprender, cualesquiera métodos de cálculo son simplemente aproximativos y se fundan esencialmente en la razonable probabilidad del monto futuro de la ayuda y de su prolongación y estabilidad en el tiempo.

Con todo, conviene ser prudente al valorar estas incertidumbres, porque el lucro cesante tiene siempre alguna contingencia, de modo que darlo por probado supone asumir un curso normal u ordinario de los acontecimientos y no una predicción por completo cierta del futuro (*supra* N° 154). Como lo muestra un estudio estadístico de sentencias civiles condenatorias por el daño reflejo que se sigue de la muerte de una persona, sólo en un bajísimo porcentaje de los casos se reconoció el lucro cesante, a pesar de que podía presumirse, por la edad y sexo de la mayoría de las víctimas (hombres entre 18 y 35 años), que en un alto porcentaje contribuían al sustento de sus hogares.⁴³⁵ Así se explica que en el derecho chileno las sumas que se otorgan por la pérdida de sustento económico que se sigue de la muerte de la víctima directa, van generalmente confundidas en una suma global con el daño moral; esta técnica dificulta el análisis de los métodos de evaluación y la comparación de los precedentes judiciales (*supra* N° 170).

c) Si se atribuye un capital como indemnización de los flujos de ingresos que se dejan de recibir, será necesario considerar una suma que razonablemente administrada sea suficiente para cubrir los beneficios de acuerdo al estándar y la posible duración de la ayuda que la víctima por repercusión tenía una razonable expectativa de recibir si la víctima directa no hubiese sufrido el accidente (*supra* N°s 186 y 187).⁴³⁶

c. Daño moral reflejo o perjuicio de afección

229. Principales preguntas que plantean el shock nervioso y perjuicio de afección. a) Las particulares dificultades que plantea el daño moral reflejo o *perjuicio de afección* se muestra en las disonancias del derecho comparado: ante todo, es discutido que sea en absoluto indemnizable; y, aceptado que lo sea, surgen delicadas preguntas respecto de las condiciones para que

⁴³⁵ Rubio 2005 N° 36 y cuadro estadístico IV 4.2, que muestra que sólo en el 2% de los casos de sentencias condenatorias ejecutoriadas en el período 1985-2004 fue reconocido lucro cesante por repercusión.

⁴³⁶ Jones 2002 705.



proceda su compensación, los criterios que deben utilizarse para valorarlo, la manera de resolver la concurrencia de pretensiones indemnizatorias de diversos actores, el grado de independencia de esta acción frente a las acciones que puedan corresponder (o haber correspondido) a la víctima directa. A su vez, estas cuestiones suelen plantearse de manera diferente respecto del daño afectivo que se sigue de la muerte de la víctima directa que respecto del que se sufre a consecuencia de sus graves lesiones.

b) Sin perjuicio de los argumentos generales para discutir la reparación de cualquier daño moral (*supra* N° 191), en el caso del perjuicio afectivo ha sido planteada la discutible moralidad de llevar a un valor económico los sentimientos hacia las personas más próximas.⁴³⁷ Ello hace que la función del juez al apreciarlo sea particularmente delicada: si concede una suma elevada, arriesga que la censurada comercialización devenga realidad; y si, en cambio, concede una suma exigua, contradice los principios de proporcionalidad en la valoración de los sentimientos humanos.⁴³⁸

Desde el punto de vista activo, podría decirse que estas acciones mantienen vivo el antiguo principio de que la reparación pacífica a la familia de la víctima, cumple la función ancestral de apaciguar las culpas y neutralizar el resentimiento y la venganza.⁴³⁹ Pero esta justificación parece discutible si se atiende a la función compensatoria de la indemnización del daño moral (*supra* N° 197), a la objetivación de la culpa, que cesa de ser un reproche a la persona del responsable (*supra* N° 43), y, particularmente, a las hipótesis de responsabilidad estricta, en que la culpa ha dejado de ser siquiera condición de la responsabilidad civil.

En verdad, la crítica actualmente más pertinente a la asignación de un precio al duelo radica en los criterios de evaluación del daño, más que en el hecho de que se conceda una compensación. Pero, como ocurre con todo daño moral, la dificultad de apreciarlo y de establecer sus límites no es razón para excluir a priori su compensación; más aún si también hay razones preventivas en ese sentido.⁴⁴⁰

c) Del daño moral reflejo propiamente tal, que consiste en el perjuicio afectivo y en las cargas personales de cuidado que supone un accidente sufrido por una persona próxima, debe ser distinguido el *shock nervioso* que se sigue de un accidente. En verdad, este es un daño directo, pues se traduce en una patología psicológica, médicamente diagnosticable, a consecuencia del accidente.

También en este caso se plantean problemas acerca de los límites, porque alguna cercanía debe haber entre la víctima del accidente y quien sufre el shock para que este daño sea objetivamente atribuible al hecho inicial del demandado. El tema pertenece típicamente a la causalidad, por lo que será brevemente analizado en ese capítulo (*infra* N° 267).

⁴³⁷ En este sentido, Ripert 1948 1, Esmein 1954 113; en el derecho chileno, J.P. Vergara 2000 68.

⁴³⁸ Viney/Jourdain 1998 47.

⁴³⁹ Carbonnier 2000 385.

⁴⁴⁰ Posner 1992 191, Kötz 1991 194.

d) Aceptado que no hay inconveniente legal ni de principio para indemnizar el perjuicio afectivo, surge la pregunta adicional por la *intensidad* que debe presentar para que sea indemnizable.

Algunos sistemas jurídicos restringen la indemnización a las patologías de carácter clínico, que puedan ser calificadas como daño psiquiátrico, al que se ha hecho referencia en el subpárrafo anterior, y no como daño puramente emocional;⁴⁴¹ de este modo, queda excluida la compensación del daño puramente afectivo y solo se indemniza el shock nervioso.⁴⁴² Por el contrario, esta limitación suele no operar en los sistemas jurídicos donde el daño ha sido definido por la jurisprudencia a partir de una cláusula general, que se entiende comprensiva de cualquier tipo de perjuicio, como es el caso del derecho chileno (artículos 2314 y 2329) y, en general, en los países románicos (*supra* N° 193).

El derecho comparado tiende al reconocimiento de la indemnización del daño moral por la muerte de personas especialmente cercanas; la prueba del perjuicio afectivo suele ser mucho más exigente en caso de meras lesiones.⁴⁴³ Los criterios jurídicos de limitación del daño indemnizable están dados por los requisitos de significación del daño (sólo el perjuicio afectivo significativo es indemnizable) y de causalidad (la relación remota de la víctima principal con la refleja hace que el daño sea indirecto). En todo sistema jurídico es tarea de los tribunales ir paulatinamente definiendo los requisitos que en concreto deben darse para que el daño afectivo pueda ser tenido, respectivamente, por *relevante* y por *directo*.

e) En el *derecho chileno* existe un amplio reconocimiento de la reparabilidad del perjuicio afectivo que se sigue de la *muerte* de una persona muy cercana. El fallo que tradicionalmente ha sido tenido por líder en materia de indemnización de daño moral se refiere precisamente al dolor causado por la muerte de un hijo menor⁴⁴⁴ (*supra* N° 194).

⁴⁴¹ Von Bar 1996 II 79; expresamente asume este daño el nuevo Código holandés, que no acepta la reparación del daño moral reflejo (Cód. hol., §§ 6.106 y 6.107).

⁴⁴² Es el caso del derecho alemán, incluso después de la reforma de 2002 (BGB, §§ 253 II y 823); sobre la doctrina tradicional en la materia, Kötz 1991 22 y más recientemente Medicus 2002 310; lo mismo rige en los derechos escandinavos (Von Bar 1996 II 189) y en el derecho inglés (Cane/Atiyah 1999 69) y derecho norteamericano, aunque leyes especiales tienden a reconocer daño moral por muerte (Prosser/Keeton *et al.* 1984 940, Abraham 2002 218, Epstein 1999 275 y 455). En Inglaterra, la Cámara de los Lores ha estimado que la víctima secundaria debe cumplir dos condiciones para tener éxito en su acción indemnizatoria: debe haber sufrido un daño psiquiátrico que sea consecuencia de la muerte que ha presenciado y debe tener un particular vínculo de amor o de afecto con la víctima (Jones 2002 167); la ley, sin embargo, reconoce a los parientes más cercanos de la víctima de muerte una suma de £ 10.000, por concepto de *bereavement* (Jones 2002 704). Una especial calificación de la relación que produce daño afectivo (lazos particulares de afecto con la víctima al momento del deceso, además de una relación conyugal o en primer grado de consanguinidad) contiene la resolución 75/7 del Consejo de Europa (artículo 19).

⁴⁴³ Von Bar 1996 II 76.

⁴⁴⁴ CS, 16.12.1922, RDJ, t. XXI, sec. 1ª, 1053.



Más exigente ha sido tradicionalmente la reparación del perjuicio afectivo que se sigue de *lesiones corporales* a la víctima directa. En estos casos, la reparación del daño moral que pretenden los terceros concurre con la acción personal de la víctima. Así se explica la tendencia a exigir, en la práctica, requisitos adicionales respecto de la intensidad del dolor y de la carga emocional, como en cuanto a la prueba de su efectiva materialización.



233. Independencia de la acción de la víctima por repercusión. a) Como se ha expuesto, la acción que se concede a las víctimas por repercusión es conceptualmente diversa de aquella que pueden ejercer estos terceros como herederos de la víctima fallecida por el hecho del demandado.

Sin embargo, se presentan problemas de concurrencia de acciones que, atendida la naturaleza compensatoria (y no estrictamente reparatoria) del daño moral, pueden conducir a que un mismo daño sea indemnizado más de una vez. La independencia del perjuicio afectivo se muestra en que la acción de las víctimas por repercusión no necesita fundarse en la calidad de heredero;⁴⁷³ y que la responsabilidad será de carácter extracontractual, aunque la relación entre el agente del daño y la víctima inmediata sea contractual.⁴⁷⁴

b) Por otra parte, pueden surgir problemas de concurrencia de acciones *iure hereditatis* y *iure proprio*, si se reconoce la transmisibilidad de las acciones que podrían haber correspondido a la víctima inmediata y a las víctimas por repercusión. Hay muchas razones para mirar con cautela la transmisibilidad de las acciones indemnizatorias de daño moral, si se reconoce, como en el derecho chileno, una acción de daño moral reflejo, que incluye razonablemente en la indemnización reconocida a las personas más cercanas, el dolor que pueda haber sufrido la víctima que fallece (*infra* N° 743).

c) Una cuestión particularmente delicada se plantea a propósito de si la *culpa de la víctima directa puede ser oponible a las víctimas por repercusión*. Como se mostrará en el capítulo de causalidad, la pregunta tiende a resolverse en un sentido afirmativo, esto es, que el demandado puede oponer a la víctima de daño reflejo la culpa de la víctima directa (*infra* N° 291).⁴⁷⁵ En definitiva, la idea de que el daño afectivo sea personal no permite inferir dócilmente, mediante simples ejercicios deductivos, que las condiciones de la responsabilidad son por completo independientes de las aplicables a la víctima directa. Aquí se muestra lo particularmente ingenuo

⁴⁷³ Corte de Santiago, 29.3.1951, RDJ, t. XLVIII, sec. 4ª, 32, y Corte de Concepción, 19.8.2003, confirmada por la CS [cas. fondo], 24.12.2003, GJ 282, 61; véase también la jurisprudencia referida en materia de accidente del trabajo (*infra* § 51 c).

⁴⁷⁴ En el derecho francés, sin embargo, las acciones de las víctimas por repercusión por accidentes de transporte de la víctima directa están sujetas a unas mismas restricciones, particularmente, en cuanto a los límites de indemnización (Viney/Jourdain 1998 147); en general, esta doctrina parece correcta, porque no hay razón para que las condiciones de responsabilidad cambien si la víctima inmediata subsiste o muere (*infra* N° 502).

⁴⁷⁵ Una aplicación reciente en Corte de Valparaíso, 27.4.1998, GJ 214, 93; CS, 29.1.2002, GJ 259, 17; Corte de Santiago, 7.8.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2ª, 96; Corte de Santiago, 30.5.2003, GJ 275, 97; y CS, 10.12.2003, GJ 282, 155.

que resulta en materia de responsabilidad civil el conceptualismo que no atiende a las funciones de las reglas legales y jurisprudenciales, pretendiendo derivar conclusiones lógicas de conceptos que han sido formulados con fines prácticos muy diferentes. Así ocurre en este caso, donde la calificación del perjuicio reflejo como ‘personal’ lleva mecánicamente a distinguir la acción que se tiene por transmisión de la víctima directa y la de quienes sufren un perjuicio de afección, de lo cual no se sigue que el demandado sólo podría hacer valer en su descarga la culpa en juicio seguido por la víctima directa que sobrevive al accidente.



IV. CAUSALIDAD²³⁸

80. Aspectos del requisito de causalidad. Para que un hecho doloso o culpable genere responsabilidad, es necesario que entre éste y el daño exista una *relación o vínculo de causalidad*.

Las normas del Código Civil no hacen referencia expresa a este requisito, aunque lo suponen. Así, los artículos 1439 y 2314 se refieren al hecho, constitutivo de delito o cuasidelito, que ha *inferido* daño, y el artículo 2329, señala que todo daño que pueda *imputarse* a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta. Implícitamente, ambas disposiciones exigen que exista una cierta relación causal entre el hecho y el daño²³⁹.

Tradicionalmente, se ha sostenido por la doctrina y jurisprudencia que la causalidad exige que entre el hecho y el daño exista una relación *necesaria y directa*²⁴⁰. Si bien estas expresiones resultan demasiado vagas para resolver los casos más complejos, tienen la virtud de destacar los elementos determinantes de la causalidad: el naturalístico y el normativo. Por una parte, se exige una relación natural de causalidad, que se expresa en una relación de causa a efecto. Por otra, se exige que el daño resulte atribuible normativamente al hecho.

Por lo general, la pregunta por la causalidad resulta extremadamente simple. Así, la colisión de dos vehículos porque uno de ellos cruza con luz roja o las lesiones sufridas

²³⁸ En general sobre el requisito de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil y penal, H.L.A. HART y Tony HONORÉ, *Causation in the law*. Oxford: Clarendon Press, 1985, 2ª edición. Un análisis comparado en HONORÉ, “Causation and Remoteness of Damage”, en *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. XI, cap. 7, 1971. Un análisis dogmático con atención a los desarrollos en la dogmática penal en Ludwig RAISER, “Adäquanztheorie und Haftung nach den Schutzzweck der verletzten Norm”, en *Juristenzeitung*, 1963, pág. 462 y ss.; un excelente análisis comprensivo de los problemas de causalidad en sentido estricto y de atribución objetiva de los daños al hecho que genera la responsabilidad en Karl LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts. Allgemeiner Teil*. München: Beck, 1987, 14ª edición, pág. 431 y ss.

²³⁹ Así se ha fallado que para determinar “si un daño es indemnizable, debe averiguarse si entre el hecho ilícito y el daño existe relación de causa a efecto, o si el daño es o no su consecuencia cierta y necesaria” (Corte Suprema, 14 de abril de 1953, RDJ, Tomo L, sec. 4ª, pág. 40). En opinión reciente de la Corte Suprema: “el requisito de la relación de causalidad en materia de responsabilidad delictual o cuasidelictual civil, esto es, que el daño sea la consecuencia o efecto del dolo o culpa en el hecho u omisión, está contemplado de manera expresa en el artículo 2314 del Código Civil, en la parte en que expresa que el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro es obligado a la indemnización, y en el artículo 2329 del mismo código, cuando dispone que todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta” (7 de mayo de 1992, RDJ, Tomo LXXXIX, sec. 1ª, pág. 41). En el mismo sentido se pronuncia ALESSANDRI, *op. cit.* [nota 1], pág. 238.

²⁴⁰ En opinión de ALESSANDRI: “Hay *relación de causalidad* cuando el hecho –o la omisión– doloso o culpable es la *causa directa y necesaria* del daño, cuando sin él éste no se habría producido”. *Ibidem*, pág. 241. Refiriéndose expresamente a la materia, la Corte Suprema ha dicho: “la relación de causalidad no está definida por el legislador, por lo que debe entenderse de acuerdo con su sentido natural y obvio, según el cual sirve para señalar la conexión de dos o más términos entre sí en razón de ser alguno el fundamento u origen del otro, de modo que... entre un acto ilícito y un determinado daño existirá relación causal si el primero engendra al segundo y si éste no puede darse sin aquél, lo que más brevemente se expresa, diciendo que el hecho culpable debe ser la causa necesaria y directa del daño” (16 de octubre de 1954, RDJ, Tomo LI, sec. 1ª, pág. 488).

por un transeúnte por la caída de un objeto desde un edificio en construcción, usualmente no presentan problemas de causalidad. En tales casos, la relación entre el hecho y el daño es de tal modo necesaria y directa que la causalidad puede darse por establecida sin dificultad. Así, por más que entre el hecho de infringir una norma del tránsito, como la que obliga a detenerse frente a la luz roja, y la muerte por anemia de la víctima de la colisión, actúen innumerables hechos intermedios (que el automóvil no pudo ser detenido, que se deslizó por la calzada, que embistió a otro automóvil, que el otro conductor sufrió una herida, que entre el accidente y los primeros auxilios transcurrieron algunos minutos, etc.), la muerte es atribuible sin mayor dificultad al hecho culpable.

En verdad, la causalidad se presenta como un problema complejo sólo en situaciones límites y, por lo mismo, excepcionales, ya sea porque han actuado simultáneamente varias causas para ocasionar el daño o porque entre el hecho y el daño han intervenido circunstancias que alteran el curso normal de los acontecimientos²⁴¹.

81. Preguntas que se plantean bajo el concepto de causalidad. A menudo la exigencia de que concurren elementos naturalísticos y normativos para dar por establecida la causalidad, ha sido planteada como una disputa entre dos doctrinas o teorías que pretenden explicar el requisito de la relación causal. En verdad se trata de dos preguntas diversas, que conviene plantear por separado: sin una relación causal en sentido *naturalístico*, no puede haber responsabilidad civil; sin embargo, de la sola circunstancia que un hecho haya efectivamente intervenido en la serie de causas que producen un daño (esto es, que entre el hecho y el daño haya una relación *necesaria*), no se sigue que pueda darse por establecida *normativamente* esa relación causal (esto es, que entre el hecho y el daño haya una relación *directa*). En otras palabras, que el hecho ilícito sea causa en sentido natural de un daño es condición necesaria pero no suficiente para atribuir el daño a esa conducta.

En una obra sobre la materia se invoca una canción popular inglesa para plantear las dificultades de limitar el problema al ámbito puramente natural. Refiriéndose a la batalla de Waterloo, la canción dice que:

a causa de un clavo
la herradura se perdió,

a causa de la herradura
el caballo se perdió,

a causa del caballo
el jinete se perdió,

a causa del jinete
el mensaje se perdió,

a causa del mensaje
la batalla se perdió,

²⁴¹ W.L. PROSSER, J. WADE y V. SCHWARTZ, han sostenido con elocuencia que no hay proporción alguna entre la dedicación de los expertos por el tema de la causalidad, y la frecuencia con que se plantean casos en que ésta constituya un problema difícil y determinante. *Torts. Cases and Materials*. New York: The Foundation Press, 1982, 7ª edición, pág. 364.

a causa de la batalla
la guerra se perdió,
a causa de la guerra
el Imperio se perdió,
a causa de un clavo
el Imperio se perdió²⁴².

En el supuesto que la relación de causas referida fuese efectiva, el clavo defectuosamente colocado habría hecho perder el imperio. Supuesta esa explicación naturalística, ¿es posible atribuir normativamente el efecto al acto del herrador a fin de hacerlo jurídicamente responsable? La doctrina sobre la causalidad se hace cargo por separado de ambas preguntas: por un lado el hecho debe ser *condictio sine qua non* del daño, de modo que cada uno de los hechos que determinan su ocurrencia son considerados causa de éste; por otro, entre el hecho y el daño debe haber una *razonable proximidad*.

La segunda pregunta por la causalidad como requisito de la responsabilidad presenta en el derecho civil un fundamento de justicia correctiva: aceptado que alguien ha cometido un ilícito ¿hasta donde llegan las consecuencias dañinas de ese acto que el autor debe soportar, descargando, en consecuencia, a la víctima de la responsabilidad? La pregunta se plantea en términos análogos a los delitos de resultado del derecho penal. Sin embargo, la responsabilidad penal esta sujeta a requisitos en general más estrictos y a menudo dogmáticamente más precisos que el derecho de la responsabilidad civil. Lo que en el derecho penal exige una precisión dogmática, para saber cuando el autor debe ser castigado por el resultado de muerte que se sigue por un acto que provocó lesiones, deviene en el derecho civil en un juicio abierto acerca de los límites que la relación causal impone a la obligación indemnizatoria, cuando se trata de daños secuenciales, en que tras el hecho ilícito han intervenido otras causas. Por eso, conviene ser cauteloso en la aplicación de teorías dogmáticas sobre la causalidad en materia civil.

Las diversas teorías sobre la causalidad jurídica más bien proponen tópicos relevantes para discurrir los alcances y límites de la *imputación objetiva de un daño a un hecho*. Resuelto que se ha cometido un hecho ilícito (culpable) que resulta subjetivamente imputable al autor (en razón de su voluntariedad básica) y determinado que existe un daño para cuya ocurrencia ese hecho es condición necesaria (causalidad en sentido estricto), cabe aún preguntarse cuales de las consecuencias dañosas de ese hecho ilícito pueden ser objetivamente atribuidas a su comisión (criterios de atribución objetiva de los daños que se expresa en el requisito de que el daño sea directo).

82. Ejemplos de problemas de causalidad. El tipo de problemas que plantea la causalidad puede ser ilustrado con algunos casos extraídos de la jurisprudencia nacional y comparada:

(a) Un transeúnte camina por una vereda. Desde un edificio cae un tablón que un trabajador, encargado de preparar el andamiaje, ha dejado suelto. El tablón golpea la cabeza y un hombro del transeúnte, quien sufre excoriaciones en su piel, que demandan

²⁴² Citada por Isidoro GOLDENBERG, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea, 1984, pág. XV.

atención médica. A un costado de la herida principal, el médico tratante le aplica una inyección de tetanol. La inyección provoca una fuerte alergia que deja al peatón dos semanas en la clínica. La víctima demanda indemnización por los costos médicos, por los costos de estadía en la clínica para sanarse de la alergia y los ingresos que dejó de percibir por su inhabilidad durante la enfermedad²⁴³.

(b) Un conductor atropella a una persona, huye del lugar y es perseguido por la policía. Durante la persecución, el vehículo policial embiste a un tercero. El tercero demanda al primer conductor por los daños ocasionados²⁴⁴.

(c) Un automovilista conduce a una velocidad imprudente. Al llegar a un cruce embiste a otro vehículo, que es lanzado contra la acera atropellando a un peatón que pasaba por el lugar. A consecuencia del accidente, el peatón sufre la amputación de una pierna²⁴⁵.

(d) Una empresa que efectúa trabajos de alcantarillado en una calle destruye un cable eléctrico, lo que interrumpe el suministro de electricidad a una instalación avícola. Los huevos que están sometidos a procesos de incubación devienen infértiles por la pérdida de calor durante un día²⁴⁶.

(e) Un automóvil detenido ante un semáforo es topado por otro cuyo conductor se había distraído. A consecuencia del topón se destruye una insignia del primer automóvil. El conductor se dirige de inmediato a un concesionario cercano para hacer la rápida reparación. A la salida del taller una explosión ocurre en la acera. Una esquirla mata al conductor.

(f) En el caso c), pasados dos años la víctima sufre un grave accidente que resulta atribuible a las limitaciones que le impone tener una pierna artificial.

(A) ELEMENTO NATURALÍSTICO: EL HECHO COMO CONDICIÓN NECESARIA DEL DAÑO

83. Doctrina de la equivalencia de las condiciones o *condictio sine qua non*. Tradicionalmente, la doctrina y jurisprudencia han estimado suficiente para dar por acreditada la causalidad que el hecho sea una condición *necesaria* del daño, sin el cual éste no se habría producido, aunque concurrieren otras causas²⁴⁷.

Esta doctrina se conoce como de la equivalencia de las condiciones o *condictio sine qua non*. Todas las causas son equivalentes, en la medida que individualmente sean

²⁴³ Citado por H. BUCHNER y G. ROTH, *Schuldrecht III. Unerlaubte Handlungen*. Munich: Beck, 1984, 2ª edición, pág. 12.

²⁴⁴ *Ibidem*, pág. 13.

²⁴⁵ Corte Suprema, 29 de diciembre de 1952 (RDJ, Tomo XLIX, sec. 4ª, pág. 325).

²⁴⁶ BUCHNER y ROTH, *op. cit.* [nota 330], pág. 13.

²⁴⁷ ALESSANDRI, *op. cit.* [nota 1], pág. 242. Un ejemplo de aplicación de esta teoría a un caso de concurrencia de dos causas para el mismo daño, puede verse en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de junio de 1968, confirmada por la Corte Suprema [cas. forma y fondo] (RDJ, Tomo LXVI, sec. 4ª, pág. 21).

condición necesaria para la ocurrencia del resultado dañoso. Así, un daño tendrá tantas causas como hechos hayan concurrido para su ocurrencia. Para determinar si un hecho es condición necesaria basta intentar su supresión hipotética. Si eliminado mentalmente el hecho, el daño no se produce, de ello se sigue que tal hecho es causa necesaria de ese daño. Al revés, si suprimido el hecho, el daño igualmente se habría producido, la causalidad no puede darse por establecida²⁴⁸.

De este modo si en un resultado dañoso interviene una secuencia de causas necesarias, como en caso de lesiones sufridas en un accidente del tránsito que devienen mortales por un erróneo tratamiento médico, cada una de ellas por separado da lugar a un vínculo causal a efectos de determinar las responsabilidades civiles por la muerte de la víctima.

Aplicando este criterio, si en la producción del daño han intervenido como condición necesaria otros hechos ilícitos atribuibles a terceros, la persona obligada a indemnizar podrá repetir contra sus autores por la parte que a cada uno corresponda, pero frente a la víctima estará obligada a responder íntegramente por el daño causado (según la regla de solidaridad contenida en el artículo 2317 del Código Civil). Asimismo, si las demás condiciones necesarias para la producción del daño han correspondido a circunstancias fortuitas o desligadas del hecho inicial, el autor soportará la reparación total del mismo²⁴⁹.

84. Límites de esta doctrina. Aplicada a casos concretos, la teoría que define la causalidad sólo con referencia a la equivalencia de las condiciones presenta serias dificultades²⁵⁰. Así, en el famoso ejemplo propuesto por POTHIER en sede contractual,

²⁴⁸ Aplicando esta doctrina, se ha fallado: “por lo menos de manera general se puede afirmar que si los daños se han podido producir aún en ausencia del delito o cuasidelito civil, éste no ha sido el origen de aquéllos y, por el contrario, que existe relación de causalidad si los perjuicios requieren como antecedente necesario el hecho culpable cometido” (Corte Suprema, 16 de octubre de 1954, RDJ, Tomo LI, sec. 1ª, pág. 488). En otro caso, tratándose de un conductor que guiando su vehículo de manera imprudente rozó a otro al intentar adelantarlo en una curva, a consecuencia de lo cual éste último se estrelló contra una pared produciendo lesiones a sus pasajeros, se ha afirmado que “es indudable que dentro de la teoría comúnmente aceptada de la equivalencia de las condiciones en que se estiman de igual valor las distintas condiciones o causas que generan el resultado producido, la acción del reo fue causa del accidente y de las lesiones que sufrieron los ocupantes del auto chocado por él” (Corte Suprema, 11 de enero de 1960, RDJ, Tomo LVII, sec. 4ª, pág. 7). En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Concepción ha resuelto que el hecho del demandado había sido la causa de los daños porque “como quiera que eliminándose su acción negligente e imprudente y conjeturando una maniobra cuidadosa y cautelosa, no se habría ocasionado el choque ni las consecuencias dañosas” (7 de noviembre de 1985, RDJ, Tomo LXXXII, sec. 4ª, pág. 288). Otra sentencia señala: “de no haber cometido éste [el demandado] la infracción... no se habría producido ni el accidente ni las lesiones de la víctima” (Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de septiembre de 1991, Gaceta Jurídica, N°135, sent. 5, pág. 103, publicada además en RDJ, Tomo LXXXVIII, sec. 4ª, pág. 141).

²⁴⁹ En opinión de DUCCI “el Código no autoriza reducir la indemnización sino cuando la falta del demandado concurre con una falta de la víctima; pero no, cuando ésta concurre con un caso fortuito”. *Op. cit.* [nota 1], pág. 218. En el mismo sentido, ALESSANDRI, *op. cit.* [nota 1], pág. 245.

²⁵⁰ Un caso ilustrativo de los límites de la doctrina de equivalencia de las condiciones es el que le correspondió resolver a la Corte Suprema, mediante sentencia de 16 de diciembre de 1933. Un tren volcó a causa del exceso de velocidad que imprudentemente le imprimió su maquinista. Producto del volcamiento se inició un incendio en uno de los carros que iba cargado con madera y sacos de algarroballa. Mientras el conductor y algunos palanqueros trataban de apagarlo, estalló un pequeño

del agricultor que ha comprado una vaca enferma y sufre la muerte de su ganado a consecuencias del contagio, de lo cual, a su vez, se sufre su ruina económica, habría que concluir que la enfermedad de la vaca sería causa de esa ruina. En efecto, sino se le hubiese entregado una vaca enferma no se habría producido la cadena de causas que condujo a su insolvencia. Y Napoleón tal vez podría haber pretendido indemnización del herrador que equivocadamente clavó la herradura del caballo que debía conducir el mensaje.

Ejemplos como estos muestran que el establecimiento del hecho como condición necesaria del daño es un requisito mínimo para dar por establecida la causalidad, permitiendo excluir la responsabilidad en aquellos casos en que no existe conexión natural alguna entre el hecho culpable y el daño. Sin embargo, la causalidad relevante para el derecho no se agota en ese elemento naturalístico, sino exige, además, que el daño sea *directo*.

El requisito de que sea directo excluye en el ejemplo de POTHIER la relación causal entre la venta de una vaca enferma y la ruina del agricultor, pero permite incluir como relación causal relevante el contagio sufrido por el resto del ganado a pesar de haber intervenido otras causas, como fue la introducción del animal enfermo en aquel. La pregunta se plantea en análogos términos en sede extracontractual, porque el derecho civil no acepta hacer a alguien responsable de las consecuencias excesivamente remotas de sus actos, según el principio establecido por el artículo 1558 del Código Civil. Aunque esta norma se refiere a la responsabilidad contractual, la doctrina en general está de acuerdo en que establece un principio general de la responsabilidad civil, en orden a que sólo se responde de los *daños directos*. Y ocurre que para calificar un perjuicio como *directo*, no basta el test de la causa necesaria pues este no permite discriminar entre una relación causal *relevante* a efectos de la responsabilidad, y la que no lo es. En los próximos párrafos se mostrará el carácter esencialmente normativo que tiene esta pregunta por los requisitos que debe satisfacer un daño para que pueda ser atribuido objetivamente al hecho que genera la responsabilidad.

(B) ELEMENTO NORMATIVO: EL DAÑO COMO CONSECUENCIA DIRECTA

85. Limitación de la responsabilidad a los daños directos. Tanto la doctrina como la jurisprudencia, según se ha expresado, están de acuerdo en que el daño resarcible sólo es el *directo*²⁵¹, sea porque el artículo 1558 se aplica también a la

cajón que, según se comprobó después, contenía dinamita, a consecuencia de lo cual resultó muerto el conductor. A pesar que la existencia de un nexo causal entre el hecho ilícito y el daño debió ser materia de discusión, salvo que se hubiese comprobado que la empresa conocía la existencia del cajón con dinamita, cuestión que la sentencia no menciona, el caso fue resuelto a favor del demandante sin referencia alguna a esta materia (RDJ, Tomo XXXI, sec. 1ª, pág. 144). En opinión de ALESSANDRI, el fallo demuestra que la jurisprudencia nacional acoge la teoría de la equivalencia de las condiciones, pues en él se declaró responsable a la empresa de ferrocarriles, no obstante haber concurrido en la producción del daño otras causas además del hecho culpable del maquinista. *Op. cit.* [nota 1], pág. 244. Ocurre, sin embargo, que el razonamiento esconde el aspecto normativo de la causalidad: entre el exceso de velocidad y el estallido del paquete debe haber una relación *directa*, que se da implícitamente por establecida, sin incluir consideración explícita a ese respecto.

²⁵¹ Al respecto, la Corte Suprema ha afirmado que “si bien es verdad que el daño indirecto, es decir, el que no deriva necesaria y forzosamente del hecho ilícito, no es indemnizable jamás, ello no ocurre

responsabilidad extracontractual, sea porque tal requisito es incluido racional y lógicamente en el concepto de causalidad²⁵².

Podría sostenerse que la exigencia de que el daño sea directo supone que entre el hecho y el daño no debe mediar ninguna otra circunstancia, y que la intervención de cualquier otra causa, aunque irrelevante, haría que el daño deviniera en mediato o indirecto, lo que sería suficiente para excluir la responsabilidad. Sin embargo, ello importaría una severa restricción de la responsabilidad civil. En el ejemplo de responsabilidad contractual de POTHIER, como se ha visto, el daño indemnizable sería sólo el valor de la vaca, pues su introducción en el ganado agregaría una causa adicional que transformaría el perjuicio en mediato.

Aún más limitante resultaría un concepto estrecho de daño directo en materia extracontractual. En casos de daños corporales quedarían excluidas por indirectas las consecuencias patrimoniales del accidente y en el de muerte el daño moral o patrimonial sufrido por las personas más cercanas a la víctima directa. Pero, más allá de esos casos obvios, que eventualmente podrían ser resueltos con una interpretación extensiva, se plantearía el problema de que quedarían excluidas de la responsabilidad las consecuencias dañinas de un hecho ilícito cada vez que hayan intervenido otras causas. Así, por ejemplo, si un peatón que presencia un accidente intenta socorrer al conductor aprisionado y resulta lesionado por la explosión del estanque de combustible, no habría lugar a la reparación simplemente porque ha intervenido como causa inmediata su propia disposición a socorrer y no el accidente provocado por el conductor imprudente.

En definitiva, la pregunta acerca de si un daño es directo o indirecto supone un juicio normativo respecto de si *el daño puede ser objetivamente atribuido al hecho*. No es propiamente un juicio de causalidad (materia que se agota en el análisis que propone la doctrina de la equivalencia de las condiciones), sino una cuestión normativa que obliga a discernir cuáles consecuencias derivadas causalmente del hecho ilícito resultan relevantes a efectos de dar por establecida la responsabilidad. Por eso, las preguntas por la causalidad en sentido estricto y por las condiciones para calificar el daño como directo exigen dos pasos intelectuales sucesivos: establecido que un daño tuvo por causa necesaria un hecho ilícito, resta aún saber si normativamente ese daño puede ser *atribuido* a ese hecho ilícito. El quinto ejemplo introductorio²⁵³ muestra una situación en que el topón que sufrió el automóvil de la víctima es en verdad causa, en el sentido naturalístico, de su muerte en el accidente posterior; todo indica, sin embargo, que sería excesivo hacer responder al conductor inadvertido que causó un daño menor por las terribles consecuencias del accidente posterior.

por aplicación del artículo 1558 que se invoca como infringido, y que únicamente rige en materia contractual. La razón es diversa y consiste en que entre ese daño y el hecho ilícito no hay relación de causalidad sin la cual ese hecho no puede engendrar para su autor responsabilidad delictual o cuasidelictual civil” (14 de abril de 1953, RDJ, Tomo L, sec. 4^a, pág. 40).

²⁵² En este sentido se ha pronunciado la doctrina y jurisprudencia francesa sobre la base de normas análogas a las de nuestro código. Al respecto, CARBONIER, *op. cit.* [nota 9], pág. 394 y ss.; Jaques FLOUR y Jean-Luc AUBERT, *Les Obligations*, Vol. II, Sources: le fait juridique. París: Colin, 1981, pág. 214 y ss.

²⁵³ Ver *supra*, párrafo 82 (e).

La exigencia de que el daño sea directo cumple la función de discriminar entre todas las consecuencias dañinas de un hecho aquéllas que pueden ser atribuidas al ilícito, estableciendo así un *límite a la responsabilidad*. Ello supone que el juez aplique un criterio normativo y no puramente descriptivo. Por mucho que se trate de un concepto indeterminado, la definición de lo que se habrá de tener por daño directo no puede ser arbitraria. Por eso, a diferencia del establecimiento de la relación causal en un sentido natural, la calificación del daño como directo es un juicio que queda sometido al control jurídico por vía de casación²⁵⁴. Aún asumiendo que esta cuestión normativa no es reducible a una teoría comprensiva de todas las situaciones posibles, la doctrina ha buscado criterios que permitan discernirla. Recordando una metáfora de CARBONNIER²⁵⁵, es posible que ninguna de las doctrinas sobre la causalidad sea un noble que otorgue cobijo seguro frente a cualquier tipo de casos. Las doctrinas más lúcidas, sin embargo, entregan tópicos que se han mostrado eficaces para comprender los límites que debe tener la responsabilidad por daños subsecuentes (esto es, para calificar que daños pueden ser atribuidos al hecho que funda la responsabilidad).

En los párrafos siguientes serán brevemente expuestas las principales doctrinas jurídicas que pretenden formular esos criterios de limitación de la responsabilidad, excluyendo los daños remotos. A menudo estas doctrinas han sido planteadas como limpias formulaciones de aplicación universal. La tendencia actual parece ser la inversa: el problema presenta tantas facetas que “ningunas palabras mágicas podrían hacerle justicia”²⁵⁶. No por eso, sin embargo, se puede renunciar al propósito de encontrar orientaciones prácticas.

86. La razonable proximidad como criterio de atribución de los daños. El sentido común lleva considerar como directo el daño que tiene una *razonable proximidad* con el hecho ilícito.

El daño directo no necesariamente es consecuencia inmediata del hecho que da lugar a la responsabilidad. Como se ha visto, si la responsabilidad se redujera a las consecuencias inmediatas (esto es, a las que se producen en la víctima sin intervención de otras causas), su ámbito quedaría absurdamente restringido en perjuicio de las víctimas²⁵⁷. Por eso, la más simple doctrina para la atribución objetiva de un daño al hecho culpable exige que entre ambos exista una razonable proximidad; que el daño no sea excesivamente remoto. Como se ha mostrado en el *common law*, donde este tópico fue tempranamente introducido por BACON, la idea de causa próxima, por si misma, no agrega criterio alguno para calificar cuáles consecuencias del hecho son remotas, a efectos de establecer el límite externo de la responsabilidad. A falta de otros criterios coadyuvantes, la idea de causa próxima nada agrega a la exigencia genérica y vaga de

²⁵⁴ Así parece entenderlo la Corte Suprema, en sentencia de 29 de diciembre de 1952 (RDJ, Tomo XLIX, sec. 4ª, pág. 325). Véase además *infra*, párrafo 95.

²⁵⁵ *Op. cit.* [nota 9], pág. 403.

²⁵⁶ FLEMING, *op. cit.* [nota 15], pág. 116. La misma conclusión en LARENZ, *op. cit.* [nota 325], pág. 455 y ss.; CARBONNIER, *op. cit.* [nota 9], pág. 397 y ss.; José Luis LACRUZ, *Derecho de Obligaciones*, Vol. 2º. Barcelona: Bosch, 1995, 3ª edición, pág. 486 y ss.

²⁵⁷ Al respecto, ALESSANDRI, *op. cit.*, [nota 1], pág. 247.

que el daño sea *directo*²⁵⁸. Por eso, la proximidad de la causa en el derecho del *common law* usualmente es definida en razón de la previsibilidad de los daños subsecuentes al hecho que genera responsabilidad²⁵⁹.

87. Exigencia de una causalidad adecuada. La doctrina de la causa adecuada, que tuvo su origen en la dogmática alemana, se ha mostrado como un criterio iluminador para la atribución del daño al hecho culpable. Su origen se vincula a los intentos de un científico natural de aplicar principios estadísticos y de probabilidad matemática al estudio de las relaciones humanas y particularmente del derecho. Con el correr del tiempo, la doctrina ha sido objeto de numerosas formulaciones, tanto en el ámbito del derecho penal, como del derecho civil, y su influencia práctica se ha extendido a otros sistemas jurídicos.

Según la doctrina de la causa adecuada, la atribución de un daño supone que el hecho del autor sea generalmente apropiado para producir esas consecuencias dañosas. Si desde la perspectiva de un observador objetivo, la ocurrencia del daño es una consecuencia verosímil del hecho, entonces se puede dar por establecida una relación de causa adecuada (y el daño, en nuestro lenguaje, resulta ser directo) y habrá lugar a la responsabilidad. La causa no es adecuada cuando responde a factores intervinientes que resultan casuales, porque según el curso natural de los acontecimientos con posterioridad al hecho resultan objetivamente inverosímiles en la perspectiva de un observador imparcial²⁶⁰.

La doctrina de la causa adecuada incluye un elemento de previsibilidad, en la medida que las consecuencias que escapan al curso normal de los acontecimientos son precisamente aquéllas con cuya ocurrencia no se puede contar, según la experiencia general de la vida²⁶¹. En el caso (e), resulta fuera del ámbito de consecuencias

²⁵⁸ En el *common law* el concepto de daño directo se asocia a una doctrina extensiva de la causa próxima que hace responsable al autor del hecho por todas las consecuencias que le siguen en secuencia ininterrumpida, en oposición a la postura más limitativa que restringe la responsabilidad sólo a las consecuencias previsibles. Al respecto, una buena síntesis en FLEMING, *op. cit.* [nota 15], pág. 115 y ss.

²⁵⁹ En una influyente obra sobre responsabilidad civil en el derecho norteamericano se sostiene que el concepto de *causa próxima* (que en este capítulo pretende responder la pregunta acerca de los límites de la responsabilidad por consecuencias imprevisibles), más bien ha oscurecido el tema de la causalidad por los efectos que tienen causas cointervinientes. *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, W. Page KEETON (ed.). Saint Paul (Minnesota): West Pub. Co., 1984, 5ª edición, pág. 263 y ss., y en especial pág. 279.

²⁶⁰ En la jurisprudencia nacional se conoce un caso sobre responsabilidad penal, en que circunstancias aparentemente extrañas a la acción fueron determinantes en la producción del daño. Un sujeto, después de haber hecho un disparo al aire con una pistola en el interior de un restaurante, fue abrazado por uno de sus contertulios, cayendo ambos al suelo por habérseles enredado sus espuelas. En tales circunstancias, al primero se le escapó un tiro que hirió en la cabeza a quien con su abrazo había ocasionado la caída. A pesar que uno de los considerandos del fallo señala que el hecho de haber disparado el arma y mantenerla en la mano el demandado pudo considerarse imprudente, la sentencia estimó que el daño no fue previsible para éste, por lo que finalmente desestimó la culpabilidad. Sin embargo, apareciendo claramente la imprudencia del hecho inicial, la cuestión pudo plantearse como un problema de causalidad en que el daño quedaba comprendido dentro de la esfera de riesgo creado por quien inopinadamente comenzó a disparar (Corte Suprema, 24 de octubre de 1963, RDJ, Tomo LX, sec. 4ª, pág. 459).

²⁶¹ Una sentencia parecería indicar que cuando estas circunstancias son conocidas del autor imponen responsabilidad, al señalar que es responsable de cuasidelito de homicidio de una persona que se encuentra en avanzado y manifiesto estado de ebriedad, aquel que le propina un pequeño golpe

atribuibles al primer accidente (el topón que recibe el automóvil detenido), la consecuencia naturalmente derivada (la muerte que se sigue de una explosión ocurrida cuando el afectado ha salido del taller de reparaciones), porque esa consecuencia es exorbitante y no pertenece al curso ordinario de los acontecimientos que siguen a la acción imprudente del conductor que provocó el pequeño accidente inicial.

Las mayores dificultades que plantea la doctrina de la causa adecuada, a pesar de su valor heurístico, se refieren a que introduce también en sede la atribución objetiva del daño al hecho ilícito un elemento de previsibilidad que, como se ha visto, la jurisprudencia ya ha considerado en sede de culpabilidad. La previsibilidad aparece como elemento de la culpa en la medida que el cuidado debido es función precisamente del peligro de daño que envuelve la acción u omisión. En sede de causalidad, la previsibilidad tiende a reaparecer al momento de juzgar cuáles daños subsecuentes al daño inicial pueden ser atribuidos a la acción. Para ello, la doctrina de la causa adecuada recurre a la figura del observador externo que debe juzgar *ex-post* cuáles daños pertenecen al desarrollo natural de los acontecimientos y cuáles a circunstancias extraordinarias que alteran sustantivamente el curso causal e impiden efectuar esa atribución. Más allá de su origen probabilístico, en la práctica la definición de lo que se tendrá por curso normal o extraordinario dependerá de la actitud que asuma el observador. Por cierto que este observador cuenta con la información disponible para quien realizó la acción. Pero, además, cuenta con una información acerca del curso verosímil de los acontecimientos que puede tener diversos niveles de intensidad. Así, puede entenderse que ese observador dispone de la información que tiene una persona corriente, pero también puede asumirse la perspectiva de un *observador óptimo*, como ha tendido a aceptar la jurisprudencia alemana, que dispone de información perfecta, con lo cual la responsabilidad se extiende más allá de lo que pertenece a lo previsible según la experiencia general de la vida. En definitiva, la atribución supone un juicio de valor, porque el *curso ordinario* de los acontecimientos puede ser extremado hasta consecuencias que una persona corriente no estaba en condiciones de tomar en consideración²⁶². Pareciera que la posición del observador óptimo, que todo lo sabe

sobre la ceja que, debido a dicho estado, se traduce en una contusión encefálica microscópica de fatales consecuencias (Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de julio de 1964, RDJ, Tomo LXI, sec. 4ª, pág. 244).

²⁶² En la jurisprudencia nacional se conoce un caso en que la Corte Suprema ha extendido hasta el límite un concepto de causa dependiente de la idea de previsibilidad. En un accidente ocurrido de madrugada, un pequeño topón propinado por el vehículo del demandado hizo que otro automóvil, guiado a exceso de velocidad, bajo la influencia del alcohol y sin respetar una señal de “ceda el paso”, perdiera su línea de trayectoria y se estrellara contra un poste, expulsando a su conductor fuera del mismo, quien murió luego de golpear contra la cuneta. Al establecer la responsabilidad del conductor del primer vehículo, se estimó suficiente el hecho que éste hubiese llegado al cruce a una velocidad imprudente, por cuanto “eliminándose mentalmente su actuar negligente y suponiéndolo diligente y cuidadoso, no se habría producido la colisión ni la secuela de consecuencias hasta llegar al resultado que se sanciona”. El mismo razonamiento se siguió respecto del actuar imprudente de la víctima, señalando que ésta puso una condición del resultado, sin llegar a excluir la condición puesta por el reo. El evidente problema de causalidad de este caso, así como la insuficiencia de la teoría de la equivalencia de las condiciones para resolverlo, queda de manifiesto en el voto de minoría, que estuvo por rechazar la demanda civil estimando que si bien el demandado “puso una *condición física* del resultado fatal, no puede considerársela *causa* de éste por no ser una condición *adecuada* para producir normalmente ese evento”. La sala parece haber discurrecido sobre la base de asumir que el demandado corre con el riesgo previsible de manejar por la noche a velocidad superior a la autorizada, porque “es posible prever un accidente del tránsito en un cruce de calle en horas de la madrugada, si no se maneja con sumo cuidado, ya que es de ordinaria frecuencia que a esa hora no

porque está en una situación extrema de información, que además es definida *ex-post*, desnaturaliza la idea de que el desarrollo posible de los acontecimientos, según la información del autor del hecho y la experiencia general, establece el límite a la responsabilidad por efectos dañosos subsecuentes²⁶³.

88. Atribución del daño resultante según el criterio del riesgo creado por el hecho. Como se ha visto, la doctrina de la causa adecuada ha hecho una contribución al discernimiento de las consecuencias que deben ser tenidas por daños directamente vinculados al hecho que genera responsabilidad. Con todo, la formulación originaria que atendía a la probabilidad estadística, ha cedido frente a la naturaleza normativa de la pregunta por la extensión de la responsabilidad. De ahí que se haya intentado una doctrina cercana, que se hace cargo más explícitamente de esta característica. Lo determinante según esta variante es si el observador razonable habría tenido el correspondiente comportamiento por *riesgoso*, en tanto *aumenta el peligro de que surjan daños subsecuentes*. Si éstos efectos dañinos pueden ser interpretados como realización del peligro creado por el demandado, tales daños podrán ser objetivamente atribuidos al hecho y habrá lugar a la indemnización. Sólo si la acción u omisión culpables han creado un riesgo o han aumentado la probabilidad o la intensidad de un riesgo de daño ya existente, hay una relación relevante entre el hecho y el daño que resulta de él.

Usualmente no presentan diferencias prácticas de aplicación la doctrina de la causa adecuada y la del riesgo. Así, si ocurrido un accidente un buen samaritano acude a socorrer a la víctima y en el intento es atropellado por otro automóvil que sorpresivamente se encuentra con el primer accidente, puede estimarse que el daño sufrido por quien ha intentado el socorro es objetivamente atribuible al primer accidente, pues nada extraordinario e inverosímil existe en la secuencia de los hechos (esto es, el hecho es causa adecuada del último daño); y porque el peligro de accidente fue inobjetablemente creado por el responsable del primer hecho (de modo que el accidente pertenece al riesgo creado por ese hecho).

La perspectiva del riesgo presenta usualmente la ventaja de permitir que sean distinguidas la pregunta por la culpabilidad y por la causalidad. El juicio civil de culpabilidad supone comparar la conducta real con el debido cuidado que resulta exigible según la ley o la razón práctica. Cuando el estándar de conducta es determinado en concreto por el juez, necesariamente se debe considerar si para una persona ordinaria resultaba previsible que ocurriera algún daño. La culpa *funda* de este modo la

siempre se observen las normas del tránsito por los conductores” (Corte Suprema, 12 de agosto de 1981, RDJ, Tomo LXXVIII, sec. 4^a, pág. 120).

²⁶³ Al respecto, LARENZ, *op. cit.* [nota 325], pág. 439 y ss. Un caso típico de extensión de la responsabilidad hasta límites que exceden el curso ordinario de los acontecimientos se muestra en un fallo que dio lugar a la responsabilidad de autor de un accidente del tránsito del que se siguieron lesiones que provocaron que la víctima fuese llevada a un hospital; allí, ésta contrajo una gripe viral que le provocó la muerte, sin que las heridas ocasionadas por el accidente hayan influido en el desenlace de los acontecimientos. *Ibidem*. Por el contrario, en el caso (f) pareciera que no estando aún prescrita la acción, pertenece al curso normal de los acontecimientos que quien ha perdido una pierna a la siga de un accidente sufra otro posterior en razón de esta desventaja, de modo que este segundo daño puede ser objetivamente atribuido al primer accidente bajo los criterios de la causa adecuada porque, como ha estimado la jurisprudencia alemana, el autor *puede contar con la posibilidad* de que ello ocurra. *Ibidem*.

responsabilidad. La pregunta por la causalidad se refiere a la *extensión* que debe tener la responsabilidad. Se expresa en la fórmula de que el daño debe ser directo respecto de ese hecho que genera responsabilidad. La idea de riesgo se plantea en este segundo orden de consideraciones: la atribución del daño al hecho, a efectos de calificarlo de directo, no exige que las consecuencias subsecuentes hayan sido previsibles del mismo modo que ocurre respecto del primer daño, en sede de culpabilidad.

El límite externo de los daños secuenciales comprendidos en la indemnización se alcanza cuando, atendidas las circunstancias, el daño debe ser objetivamente atribuido a los *riesgos generales de la vida* y no al riesgo creado o aumentado por el hecho que genera responsabilidad. En consecuencia, no será atribuible al hecho el daño que resulta de un hecho casual, de aquéllos que nos amenazan en el curso ordinario de nuestra existencia. Este enfoque permite atender a la relevancia que tiene el primer daño, por el que inequívocamente se responde, en la producción de daños subsecuentes. En el ejemplo (d) del párrafo 82, pareciera que la muerte de las aves puede ser asociada a un riesgo preciso creado por la destrucción del cable de suministro eléctrico y por la omisión de instrumentar los medios para la pronta reparación. Del mismo modo, que una persona atropellada muera a consecuencias de un subsecuente error médico en la operación que se le realiza en la clínica de urgencia parece responder al riesgo creado por la primera acción. Por el contrario, cabe dudar de esa relación de riesgo entre el primer daño y el que le sigue en el caso de la muerte por gripe en el hospital²⁶⁴, que puede ser considerado un riesgo general de la vida, que también pudo alcanzarlo si no hubiese sufrido el accidente.

Por mucho que la idea de riesgo agrega un punto de vista nuevo a la doctrina de la causa adecuada, tampoco conviene generalizarla. Si un conductor sobrepasa a una velocidad superior a la permitida a otro quien, sorprendido, sufre una sobreexcitación nerviosa que le provoca un infarto mortal, se puede afirmar que la muerte responde a un riesgo que ha sido creado por el conductor que conducía a 120 km./hora. Sin embargo, si se valora la situación puede resultar excesivo atribuir a este último ese riesgo. Del mismo modo, pareciera que son distintos el sobresalto emocional que sufre el padre que presencia el atropello de su hijo y el sufrido por un extraño que observa el accidente en televisión. En otras palabras, para definir que riesgos son atribuibles, la idea de causa adecuada, que atiende a los efectos que ordinariamente pueden esperarse de un hecho, resulta en estas materias más ilustrativa que la mera consideración de la fuente del riesgo.

Por el contrario, la idea de riesgo creado es en la práctica excluyente de otros criterios de atribución del daño en materia de *responsabilidad estricta u objetiva*. En esta sede el principio de responsabilidad es precisamente la atribución a quien realiza una actividad sujeta a ese régimen de responsabilidad de todos los daños que pueden derivarse de ella. En la medida que el daño materialice un peligro creado o aumentado por esa actividad hay lugar a la responsabilidad, con prescindencia de otros factores de atribución²⁶⁵. A diferencia de la doctrina de la causa adecuada la doctrina del riesgo no discrimina entre los riesgos que pertenecen al curso normal de los hechos y los hechos que son exorbitantes, sino atribuye objetivamente a la acción todos los riesgos derivados

²⁶⁴ *Supra*, párrafo anterior.

²⁶⁵ Al respecto, SHAVELL, *op. cit.* [nota 20], pág. 129.

de su ejecución, con el sólo límite de los daños que ya no pueden ser razonablemente atribuidos a esa actividad, porque pertenecen a los riesgos generales de la vida.

89. Conexión de ilicitud entre la conducta y el daño. La responsabilidad por culpa supone una infracción a un deber de cuidado, de modo que la obligación reparatoria tiene por condición que el responsable haya incurrido en un acto ilícito. Sólo porque contravino un deber de cuidado, el autor del hecho debe reparar los daños resultantes. En este contexto se plantea un problema de atribución de los daños al hecho cuando a pesar de haberse realizado un hecho que civilmente es ilícito (delito o cuasidelito), no existe, sin embargo, una relación entre el daño y el inequívoco fin protector de la norma.

La atribución según el fin protector de la norma se basa en la idea de que toda obligación contractual o legal sirve determinados intereses y que sólo los daños que afectan estos intereses pueden ser atribuidos a quien realizó el hecho culpable.

El enfoque de la doctrina de la conexión de ilicitud es esencialmente concreto (a diferencia de las doctrinas del riesgo y de la causa adecuada): se indaga si la norma de conducta infringida tiene por fin evitar precisamente los daños ocurridos. Un antiguo caso del *common law* resulta ilustrativo a este respecto: el propietario de un barco transportaba, contra la reglamentación vigente, ganado en la superficie del velero; durante el trayecto el barco enfrenta una tempestad, a cuyas resultas el ganado se pierde en el mar; en el juicio se probó que la regla infringida fue establecida con el fin de evitar la difusión de plagas contagiosas; el tribunal eximió de responsabilidad al capitán porque el riesgo no estaba cubierto por la norma que establecía el deber de conducta²⁶⁶. El caso del conductor que sufre un ataque cardíaco a consecuencias de haber sido sobrepasado a exceso de velocidad podría ser resuelto con auxilio del mismo principio²⁶⁷. Por lo mismo, si el concesionario de una autopista la tiene en estado de causar un accidente, la responsabilidad difícilmente podrá extenderse al lucro cesante sufrido por un conductor que pierde una oportunidad de negocios a consecuencias del atochamiento producido por un accidente, pues el fin protector de las normas reglamentarias de la concesión se limita a prevenir accidentes.

El criterio de la conexión de ilicitud entre el hecho y el daño está recogido en nuestra Ley del Tránsito, que dispone que “el mero hecho de la infracción no determina necesariamente la responsabilidad civil del infractor, si no existe relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido por el accidente” (Ley N°18.290, artículo

²⁶⁶ *Gorris vs. Scott* (1874), citado por FLEMING, *op. cit.*, [nota 15], pág. 101. En la jurisprudencia nacional se ha resuelto un caso de un tren que, transitando de noche sin llevar encendida la luz delantera de la locomotora y sin dar pitazo para anunciar su paso, ambas circunstancias exigidas por el reglamento, embistió a un vehículo que pasaba por un cruce. En relación con la falta de luz, la sentencia señaló que la exigencia reglamentaria tenía la finalidad de advertir al maquinista de los obstáculos en la vía, y no prevenir a los conductores sobre el paso del tren. Por esta razón, se estimó que el accidente no podía imputarse a esta infracción, no obstante lo cual, se tuvo por responsable al maquinista por la segunda infracción (Corte de Apelaciones de Talca, 17 de septiembre de 1952, RDJ, Tomo XLIX, sec. 4ª, pág. 247).

²⁶⁷ *Supra*, párrafo anterior.

171)²⁶⁸. Idéntica regla ha sido introducida en la Ley sobre procedimiento ante los Juzgados de Policía Local (Ley N°18.287, artículo 14).

El fin de la norma expresa un cierto propósito regulador. En las reglas del tránsito, ambientales o urbanísticas usualmente es discernible tras la norma de conducta una inequívoca relación de medios a fines. Respecto de estas reglas ocurre que los efectos relevantes de la culpa infraccional son los fines que el regulador pretendió alcanzar: se quiso evitar accidentes y no garantizar el tráfico fluido que permita contar con que un viaje tendrá una cierta duración²⁶⁹. Por cierto que ello no impide que además la culpa sea construida en concreto por el juez, como una infracción a una regla no escrita de debido cuidado, o que los fines perseguidos por el regulador no sean inequívocos. En tales casos no hay un fin preciso que permita limitar teleológicamente la responsabilidad. Además ocurre que la idea de fin protector sólo permite establecer la responsabilidad por el primer daño (daños corporales y ciertos daños materiales, en el caso de las normas del tránsito), pero no da indicios para establecer el límite de responsabilidad por los daños subsecuentes (daños patrimoniales conexos, daño moral, daño en terceros). Para responder estas cuestiones se debe recurrir a otros criterios de atribución del daño al hecho culpable²⁷⁰.

90. Influencia del dolo o culpa grave. En el sistema de responsabilidad civil el dolo y la culpa grave actúan como agravantes de responsabilidad. El artículo 1558, si bien referido a materia contractual, establece un principio general que también es elemento de juicio al tratar el tema del daño directo. Aunque esa norma se apoya en la antigua distinción de daños directos y previsibles, se ha visto que la previsibilidad reaparece en sede de imputación objetiva del daño al hecho, esto es, al momento de calificar el daño como directo. La tendencia general de los tribunales es a expandir también en esta sede el ámbito de responsabilidad, si el autor del hecho ha actuado con dolo o culpa grave, a un ámbito mayor de consecuencias. La exigencia de adecuación de la causa cede en estos casos a una exigencia de justicia correctiva respecto de la víctima²⁷¹.

91. Recapitulación. En suma, la causalidad actúa, por un lado, como elemento o requisito de la responsabilidad civil y, por otro, como límite. Como requisito, exige que el hecho sea condición necesaria del daño. Como límite, pues no basta una relación puramente descriptiva, sino que además exige una apreciación normativa que permita calificar el daño como una consecuencia directa del hecho ilícito.

²⁶⁸ Así, la Corte de Apelaciones de Concepción ha señalado que no procede acoger la acción por daños ocasionados en un accidente de tránsito basándose únicamente en que el demandado fue multado por conducir el vehículo sin la licencia respectiva “porque dicha sanción se impuso, no por la culpabilidad en la colisión, sino por una contravención, que de acuerdo con el fallo, estaba desligada con el origen y consecuencias del choque, como pudo haber sucedido, por vía de ejemplo, con la falta de triángulos, de un botiquín o de un extinguidor” (5 de agosto de 1980, RDJ, Tomo LXXVII, sec. 2ª, pág. 105).

²⁶⁹ KÖTZ, *op.cit.* [nota 26], pág. 60 (con referencia a una sentencia del Tribunal Supremo alemán).

²⁷⁰ Sobre el fin protector de la norma, LARENZ, *op. cit.* [nota 325], pág. 440 y ss.; KÖTZ, *ibidem*, pág. 59 y ss.; HART y HONORÉ, *op. cit.* [nota 325], pág. 476 y ss.

²⁷¹ FLEMING, *op. cit.* [nota 15], pág. 128.

La determinación del daño directo no es un problema puramente técnico o pericial, pues exige dar por establecida una relación normativa, una razonable proximidad del daño con el hecho. La doctrina jurídica más reflexiva ha intentado desde antiguo buscar criterios para definir esa relación directa, que se expresan en las doctrinas de la proximidad razonable, de la causa adecuada, del riesgo creado o aumentado por el hecho, y de la conexión de ilicitud entre ese hecho ilícito y el daño. Estas doctrinas no se excluyen recíprocamente, y cada una de ellas, por otra parte, atiende a aspectos o tópicos que resultan pertinentes en distintos grupos de casos.

Algunos ejemplos permitirán ilustrar estas conclusiones:

(a) Una persona es atropellada y debe acudir a un hospital para recibir tratamiento. Allí se contagia de influenza (sin que el accidente haya aumentado la disposición a contraerla), y su tiempo de inactividad a consecuencia del accidente se duplica. ¿Es responsable el autor del accidente? Pareciera que no, porque la influenza no tiene por causa adecuada el accidente, ni este fue determinante en aumentar el riesgo.

(b) Un bocinazo causa un ataque cardíaco en un conductor de avanzada edad. ¿Hay responsabilidad? Pareciera que no. En este caso, la debilidad particular de la víctima opera como una circunstancia exorbitante que excede el ámbito de riesgo creado por la acción.

(c) La ambulancia que a gran velocidad conduce al herido víctima de un accidente choca ocasionando daños a otro vehículo. ¿Es responsable el autor del accidente? A diferencia de los casos anteriores, se ha entendido que este tipo de circunstancias quedan comprendidas en el ámbito de riesgo creado por la acción y, en consecuencia, dan origen a responsabilidad.

(d) El mal estado de un camino público produce un choque y un gran atochamiento de tránsito, en el que queda atrapado un empresario que se dirigía a cerrar un negocio. ¿Es responsable el Estado? De ser así, ¿cuál es la extensión de su responsabilidad? En principio, el Estado debe responder de los daños ocasionados por a las víctimas inmediatas del accidente, pero su responsabilidad no alcanza a los daños que sufre el empresario por la pérdida del negocio, pues estos daños son ajenos al fin protector de la norma²⁷².

(C) PRUEBA DE LA RELACIÓN CAUSAL

92. Principios generales. Los hechos que den lugar a la relación causal deben ser probados por el demandante, porque se trata de aquellos invocados para dar por probada una obligación indemnizatoria (artículo 1698). La carga de la prueba se extiende a la demostración de que el hecho es condición necesaria del daño (causa en sentido estricto) y a las circunstancias de hecho que permiten calificar el daño como directo (imputación normativa del daño al hecho).

²⁷² Citado por KÖTZ, *op.cit.* [nota 26], pág. 60.

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

§ 32. PRUEBA Y CALIFICACIÓN DE LA RELACIÓN CAUSAL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



(D) CALIFICACIÓN JURÍDICA

95. Calificación. La jurisprudencia tradicionalmente ha entendido que la determinación de la causalidad es una cuestión de hecho, y como tal, privativa de los jueces del fondo²⁷³.

Con todo, la causalidad sólo es una cuestión estrictamente de hecho en su primer aspecto, esto es, entendida como condición necesaria de la responsabilidad. Por el contrario, la atribución normativa del daño al hecho ilícito (daño directo) es una cuestión de derecho, y como tal, susceptible de ser revisado por la Corte Suprema mediante la casación en el fondo²⁷⁴. A este respecto, sólo son cuestiones de hecho los antecedentes que las partes hacen valer en sustento de la calificación del daño como directo o indirecto (por ejemplo, un informe pericial que muestre que el daño sufrido no pertenece al ámbito de riesgo desencadenado por el hecho).

(E) PLURALIDAD DE CAUSAS

96. Noción. Existen diversas hipótesis de pluralidad de causas. Así ocurre, ante todo, cuando el daño se debe a la intervención de dos o más personas, ya sea porque todas ellas intervienen en la ejecución del mismo hecho, o porque cada uno ejecuta un hecho distinto que contribuye a ocasionar el daño. Una hipótesis diferente representa el daño debido en parte al hecho del autor y en parte a la intervención de la propia víctima. Según la teoría de la equivalencia de las condiciones, cada causa es considerada antecedente del daño, y cada uno de los causantes es responsable por el total, salvo el caso de culpa de la víctima, en que la indemnización está sujeta a reducción. En una tercera hipótesis el daño puede deberse a un hecho externo al autor del hecho ilícito, que a su respecto constituye caso fortuito o fuerza mayor. Las dos primeras situaciones serán analizadas en este párrafo; el caso fortuito o fuerza mayor constituyentes del daño se analizarán en el párrafo siguiente.

(a) Pluralidad de responsables

97. Varios responsables del daño. Bajo las reglas de la causalidad, puede haber pluralidad de responsables en tres circunstancias: (i) cuando existen varios responsables que actúan simultáneamente ejecutando un mismo hecho (situación análoga a la coautoría penal); (ii) cuando existen varios responsables por hechos distintos, todos los cuales son antecedentes necesarios del daño (por ejemplo, el caso del peatón víctima de un accidente de tránsito ocasionado por la negligencia

²⁷³ La Corte Suprema ha señalado que “la relación de causalidad es una cuestión de hecho, como quiera que se trata de establecer la relación lógica entre un hecho y su resultado, que es otro hecho. Sólo cuando los jueces de fondo han omitido comprobar esa relación, caen bajo la censura del Tribunal de Casación” (16 de octubre de 1954, RDJ, Tomo LI, sec. 1^a, pág. 488). En el mismo sentido se pronuncia la Corte Suprema, en sentencia de 14 de abril de 1953 (RDJ, Tomo L, sec. 4^a, pág. 40). Un fallo reciente de la misma Corte confirma esta opinión, al señalar que “determinar la existencia de esa relación [de causalidad] es una cuestión de hecho que los jueces del fondo establecen privativamente... y que escapa a la potestad de este tribunal” (7 de mayo de 1992, RDJ, Tomo LXXXIX, sec. 1^a, pág. 41).

²⁷⁴ ALESSANDRI, *op. cit.* [nota 1], pág. 248. Así parece entenderlo también la Corte Suprema, en sentencia de 29 de diciembre de 1952 (RDJ, Tomo XLIX, sec. 4^a, pág. 325).

concurrente de dos conductores); o bien, (iii) cuando cada hecho individualmente es apto para producir el daño con independencia del otro hecho (causalidad aditiva).

98. Varios responsables por un mismo hecho. Si un mismo hecho es atribuible a diversas personas (hipótesis (i) del párrafo anterior) todas ellas son solidariamente responsables, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2317 del Código Civil²⁷⁵.

También existe solidaridad entre la persona que según las reglas generales es responsable por el hecho de un tercero que está bajo su dependencia o cuidado y el autor del hecho (artículos 2320, 2321 y 2322 del Código Civil). Aunque los deberes de cuidado infringidos sean diferentes (negligencia en la acción u omisión y negligencia en la vigilancia o cuidado), el hecho que genera la responsabilidad es el mismo.

99. Contribución a la deuda. Norma especial para la responsabilidad por el hecho ajeno. El Código Civil no contiene una norma general que regule las relaciones internas entre los coautores del daño frente a la obligación de indemnizar. En efecto, no resulta aplicable en materia extracontractual la regla de contribución a la deuda del artículo 1522, que establece una distribución entre los deudores en atención a su interés en la operación contractual que dio lugar a la obligación solidaria.

La ley, en sede extracontractual, sólo establece una norma especial en el artículo 2325, aplicable a la responsabilidad por el hecho ajeno. Según esta disposición, la contribución recae en el autor del daño, de modo que el tercero civilmente responsable tiene acción en su contra para obtener el reembolso de lo pagado. El reembolso procede a condición de que el autor del daño sea capaz²⁷⁶, que no haya existido culpa personal de ese tercero civilmente responsable, y que éste no haya dado una orden al autor del hecho que le debía obediencia.

Para los demás casos no contemplados por esa regla especial es posible idear dos soluciones: se reparte la deuda entre los coautores por partes iguales²⁷⁷, o se distribuye entre éstos en razón de la intensidad de su contribución a la consecuencia dañosa. Esta última solución parece preferible, pues resulta coherente con el principio de justa repartición de la contribución a la deuda, que opera cuando ha intervenido la culpa de la víctima, según el artículo 2330 del Código Civil. De acuerdo con este criterio, los coautores contribuyen a la indemnización de acuerdo a la culpa de cada uno y de la causalidad de cada hecho, dividiéndola en proporción al grado o intensidad de la participación de cada responsable.

²⁷⁵ “Si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito, salvo las excepciones de los artículos 2323 y 2328.

Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso”.

²⁷⁶ Si no es capaz no existe propiamente responsabilidad por el hecho ajeno a la que resultan aplicables los artículos 2320 y 2322, sino responsabilidad por el hecho propio.

²⁷⁷ ALESSANDRI, *op. cit.* [nota 1], pág. 491.

278. Obligación a la deuda en caso de concurrencia de varias negligencias.

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

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

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

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

¹⁶¹ Zelaya 1997 39, con referencia jurisprudencial.

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

¹⁶³ Flour/Aubert 1999 201.



dos por el total de los daños, sin perjuicio de que el límite del derecho del demandante está dado por el monto de sus perjuicios.¹⁶⁴

¹⁶⁴ Véase CS, 3.4.2003, F. del M. 509, 387, que aunque hace aplicación del artículo 2317 reconoce que se trata de dos hechos distintos, no simultáneos, que originaron conjuntamente el daño. La Ley del tránsito establece expresamente la solidaridad en casos de concurrencias de culpabilidades del conductor y del funcionario que le otorgó la licencia (artículo 174 III), y del propietario o tenedor con el concesionario de un servicio de revisión técnica que expide un certificado falso (artículo 174 IV).

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

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

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

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

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

¹⁷⁰ Así, BGB, § 830 I.

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



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

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

¹⁷² Ripstein/Zipursky en Postema 2001 245.

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

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

¹⁷⁵ Abraham 2002 113.

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



(b) Concurrencia de la culpa de la víctima

102. Culpa de la víctima que contribuye a la ocurrencia del daño. El concurso de causas puede presentarse también porque el daño se debe en parte al hecho ilícito y en parte a la intervención culpable de la propia víctima. Usualmente, la culpa de la víctima contribuye a la ocurrencia del daño o colabora a aumentar su intensidad. Así sucede, por ejemplo, cuando ésta omite usar el cinturón de seguridad al conducir, a consecuencia de lo cual los daños ocasionados por el choque de otro vehículo son mayores a los que se habrían producido sin esta circunstancia.

La culpa de la víctima se mide con los mismos criterios que la culpa del autor, y puede corresponder a una conducta anterior o posterior al hecho, que respectivamente se expresa en una exposición imprudente al daño o en la omisión de medidas a su alcance para evitar o disminuir los efectos dañosos de la acción culpable.

Además podrá consistir en una acción u omisión, y será determinada sobre la base de un deber legal, esto es, mediante la constatación del incumplimiento de una regla (como la del artículo 176 de la Ley del Tránsito, que presume la culpabilidad del peatón que cruza la calzada en lugar prohibido)²⁷⁸, o prudencialmente por el juez, estableciendo un deber de cuidado mediante los criterios ya analizados al tratar sobre la culpa²⁷⁹.

Según las reglas generales, la culpa de la víctima debe ser probada por quien la alega²⁸⁰. El efecto de la contribución de la culpa de la víctima en la ocurrencia o intensidad del daño es, según prevé expresamente el artículo 2330, la reducción proporcional de la indemnización²⁸¹. El juez deberá comparar la culpa del tercero y la culpa de la víctima,

²⁷⁸ Se ha fallado que hay exposición imprudente al daño de parte de las víctimas, por el hecho de dejar sus vehículos mal estacionados con infracción a las ordenanzas del tránsito (Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de diciembre de 1969, RDJ, Tomo LXVI, sec. 4^a, pág. 339). También cuando la víctima “incurrió en infracción reglamentaria al ingresar y traspasar el cruce de las calles en que ocurrió el hecho, en cuanto a la velocidad aproximada de 60 kilómetros por hora con que conducía su vehículo en el instante del impacto de que lo hizo objeto el reo N.” (Corte Suprema, 24 de junio de 1980, RDJ, Tomo LXXVII, sec. 4^a, pág. 95, publicada además en Fallos del Mes N°259, sent. 4, pág. 168). Por último, también se ha considerado exposición imprudente al daño el hecho que la víctima haya conducido bajo la influencia del alcohol, infringiendo la Ordenanza General de Tránsito (Corte Suprema, 28 de abril de 1981, Fallos del Mes N° 269, sent. 4, pág. 113).

²⁷⁹ Así, por ejemplo, utilizando el criterio de la probabilidad del daño, se ha determinado que hay culpa de la víctima “al hacer de noche su camino por una vía en reparación, no pudiendo serle desconocidos los peligros que ahí existían para el tránsito público” (Corte de Apelaciones de Valparaíso, 20 de abril de 1908, confirmada por la Corte Suprema [cas. fondo] sin referirse a la materia, RDJ, Tomo VI, sec. 1^a, pág. 393). Aplicando los criterios de probabilidad e intensidad del daño, la Corte Suprema ha señalado que hay culpa de la víctima (un menor de edad) que conduce su bicicleta en forma descuidada por una avenida de mucho tránsito y llevando a otro menor en la parte trasera (17 de diciembre de 1981, RDJ, Tomo LXXVIII, sec. 4^a, pág. 267).

²⁸⁰ Corte Suprema, 12 de abril de 1978 (RDJ, Tomo LXXV, sec. 4^a, pág. 322, publicada además en Fallos del Mes N°233, sent. 1, pág. 56). En cuanto a la naturaleza jurídica del juicio de culpabilidad de la víctima, la jurisprudencia ha afirmado que sería una cuestión de hecho que determinan soberanamente los jueces del fondo (Corte Suprema, 13 de mayo de 1971, RDJ, Tomo LXVIII, sec. 1^a, pág. 128). Sobre la materia, valen las apreciaciones relativas a la naturaleza jurídica del juicio de culpabilidad (*supra*, párrafo 61).

²⁸¹ Así lo han señalado entre otros numerosos fallos, los siguientes: Corte Suprema, 28 de julio de 1910, en el caso de una persona que cruzó la línea férrea de improviso, cuando se acercaba el tranvía (RDJ, Tomo VII, sec. 1^a, pág. 454); Corte Suprema, 15 de octubre de 1920, en que la víctima de un

determinar la proporción que a cada una corresponde en el daño y reducir el monto de la indemnización.

Con todo, aún existiendo culpa de la víctima, si ésta no influye de manera alguna en la producción del resultado no procede aplicar reducción proporcional de la indemnización²⁸². Tampoco procede tal reducción cuando entre el hecho ilícito de la víctima y el daño no existe conexión de ilicitud, por ejemplo, cuando la víctima de un accidente de tránsito conduce con la licencia vencida²⁸³.

La reducción proporcional de la indemnización por culpa de la víctima plantea un problema adicional, en los casos en que ésta fallece y la acción es intentada por sus herederos. Para determinar la procedencia de la reducción, la doctrina y la

atropello se encontraba bebida (RDJ, Tomo XIX, sec. 1ª, pág. 378); Corte Suprema, 3 de agosto de 1932, caso en que la víctima trató de atravesar las líneas del ferrocarril “descuidadamente y con ligereza” (RDJ, Tomo XXIX, sec. 1ª, pág. 550); Corte Suprema, 15 de abril de 1939, en un caso en que la víctima intentó subir a un tranvía en movimiento (RDJ, Tomo XXXVI, sec. 1ª, pág. 544); Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de mayo de 1944, caso en que la víctima se subió a un tranvía ocupado hasta las pisaderas (RDJ, Tomo XLI, sec. 2ª, pág. 41); Corte de Apelaciones de Iquique, 21 de octubre de 1952, caso en el que la víctima viajaba en la pisadera del vehículo embestido (RDJ, Tomo L, sec. 4ª, pág. 5); Corte Suprema, 7 de abril de 1958 (RDJ, Tomo LV, sec. 1ª, pág. 35); Corte Suprema, 9 de diciembre de 1964, caso en que la víctima intentó cruzar un camino público de noche y en estado de ebriedad (RDJ, Tomo LXI, sec. 4ª, pág. 498); Corte de Apelaciones de Temuco, 19 de julio de 1972, en que la culpa de la víctima consistió en aceptar trenzarse a golpes en la vía pública (RDJ, Tomo LXIX, sec. 4ª, pág. 91); Corte Suprema, 23 de mayo de 1977, caso en que la víctima (conductor) había ingerido bebidas alcohólicas y entró a un cruce conduciendo su vehículo a una velocidad excesiva (Fallos del Mes N°222, sent. 4, pág. 108); Corte de Apelaciones de Santiago, 19 de agosto de 1977, caso en que la víctima pretendió subir a un vehículo en marcha y que llevaba pasajeros en las pisaderas (Gaceta Jurídica, N°12, pág. 7); Corte Suprema, 17 de diciembre de 1981, caso en que el menor atropellado conducía su bicicleta por una avenida de mucho tránsito (RDJ, Tomo LXXVIII, sec. 4ª, pág. 267); Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de septiembre de 1991, caso en que la culpa de la víctima consistió en conducir su vehículo bajo la influencia del alcohol y a una velocidad excesiva al aproximarse a una intersección (Gaceta Jurídica N°135, sent. 5, pág. 103, publicada además en RDJ, Tomo LXXXVIII, sec. 4ª, pág. 141). También, hay consenso en la doctrina en que la reducción de la indemnización es obligatoria para el juez, si la culpa de la víctima ha contribuido a la ocurrencia o intensidad del daño, dicha conclusión se deriva de los propios términos del artículo 2330 que señala imperativamente que “la apreciación del daño está sujeta a reducción...” Así, ALESSANDRI, *op. cit.* [nota 1], pág. 573; DOMÍNGUEZ AGUILA, “El hecho de la víctima como causal de exoneración de la responsabilidad civil”, en *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, N°136 (1966), pág. 43; y, DIEZ, *op. cit.* [nota 240], pág. 230.

²⁸² En este sentido se han pronunciado, entre otras, las siguientes sentencias: Corte Suprema, 27 de agosto de 1965, señalando además que el demandado pudo evitar todo accidente y que su imprudencia fue el elemento determinante del hecho (RDJ, Tomo LXII, sec. 4ª, pág. 374); Corte Suprema, 9 de octubre de 1978 (Fallos del Mes, N°239, sent. 2, pág. 304); y Corte de Apelaciones de Concepción, 7 de noviembre de 1985 (RDJ, Tomo LXXXII, sec. 4ª, pág. 288), citando la doctrina extractada de la sentencia de la Corte Suprema de fecha 20 de agosto de 1973 (RDJ, Tomo LXX, sec. 4ª, pág. 91).

²⁸³ Así lo ha resuelto la Corte Suprema en sentencia de 12 de abril de 1978 (RDJ, Tomo LXXV, sec. 4ª, pág. 322, publicada además en Fallos del Mes N°233, sent. 1, pág. 56). La misma Corte ha señalado que “forzoso es examinar en cada caso particular, si la infracción reglamentaria de la víctima tuvo relación de causa a efecto en orden a haberse expuesto imprudentemente al daño, toda vez que puede haber perfectamente infracción reglamentaria sin que ello signifique exponerse con imprudencia; o a la inversa, puede ocurrir que la víctima por un hecho suyo se exponga imprudentemente sin que por ello resulte infracción reglamentaria alguna” (24 de junio de 1980, RDJ, Tomo LXXVII, sec. 4ª, pág. 95, también en Fallos del Mes, N°259, sent. 4, pág. 168).

jurisprudencia distinguen dos situaciones: si actúan como herederos, procedería aplicar la reducción, toda vez que representan a la persona de la víctima directa y no tienen más derechos que aquella²⁸⁴; pero si accionan a título personal, demandando la indemnización del daño que les ha ocasionado la muerte de la víctima directa, no procedería la reducción²⁸⁵, a menos que también se hayan expuesto imprudentemente al daño cuyo resarcimiento reclaman²⁸⁶, o que hayan aceptado la herencia de la víctima directa, si la indemnización que se debía a ésta última estaba sujeta a reducción²⁸⁷.

La distinción parece artificiosa, por que aún si se ejerce una acción a título personal, la responsabilidad de quién ha participado en el accidente debe ser medida en relación con la conducta de la víctima, de modo que la culpa de esta última disminuye la participación de aquél. Desde esta perspectiva no se ve razón para que el tercero soporte toda la responsabilidad si quién ejerce la acción es una persona distinta de la víctima directa fallecida.

103. Criterios de reducción. Los criterios para determinar la reducción son la intensidad relativa de las culpas o imprudencias²⁸⁸ y la intensidad de las causas²⁸⁹. En

²⁸⁴ ALESSANDRI, *op. cit.* [nota 1], pág. 576; DOMÍNGUEZ AGUILA, *op. cit.* [nota 373], pág. 48, y DIEZ, *op. cit.* [nota 240], pág. 237. Por su parte, la jurisprudencia ha señalado que “el autor del delito o cuasidelito puede hacer valer su derecho a la rebaja y a la consiguiente reparación incompleta, a los herederos de la víctima imprudente, cuando estos reclaman los daños morales o materiales experimentados por el causante, porque éste sólo pudo transmitir el derecho a la indemnización parcial, del que era titular” [sic] (Corte Suprema, 24 de agosto de 1972, RDJ, Tomo LXIX, sec. 4ª, pág. 102).

²⁸⁵ ALESSANDRI, *ibídem.* Siguiendo esta opinión, se ha fallado que “la indemnización que racionalmente se determinará en lo resolutivo de este fallo, no puede reducirse como lo pretende la defensa del imputado, por cuanto las personas en cuyo beneficio ha de determinarse no fueron los que se expusieron al daño que reclaman” (Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de septiembre de 1991, RDJ, Tomo LXXXVIII, sec. 4ª, pág. 138). En el mismo sentido, voto de minoría, Corte Suprema, 19 de octubre de 1981 (Fallos del Mes, N°275, sent. 4, pág. 480). En contra de esta opinión se pronuncian DOMÍNGUEZ AGUILA, *op. cit.* [nota 373], pág. 50, y los siguientes fallos: Corte Suprema, 25 de octubre de 1979, que reduce la indemnización del daño moral demandado por la madre a consecuencia de la muerte de su hijo que se expuso imprudentemente al daño (Fallos del Mes, N°251, sent. 7, pág. 310); Corte Suprema, 19 de octubre de 1981, que reduce la indemnización de los daños sufridos por la abuela a consecuencia de la muerte de su nieto (Fallos del Mes, N°275, sent. 4, pág. 480); Corte Suprema, 8 de abril de 1982, que reduce la indemnización del daño experimentado por la cónyuge sobreviviente (RDJ, Tomo LXXIX, sec. 4ª, pág. 22).

²⁸⁶ ALESSANDRI, *ibídem.* Aplicando este criterio, se ha fallado que la apreciación del daño experimentado por el padre como consecuencia de la muerte de su hijo debe sujetarse a reducción si se ha establecido que “no sólo no le prohibió” que circulara por las calles, sino que además “le daba permiso sin problema alguno” (Corte Suprema, 13 de noviembre de 1980, Fallos del Mes N°264, sent. 2, pág. 377).

²⁸⁷ ALESSANDRI, *ibídem.*; y, Corte Suprema, 24 de agosto de 1972 (RDJ, Tomo LXIX, sec. 4ª, pág. 102).

²⁸⁸ Para MEZA BARROS, “la responsabilidad deberán compartirla [el autor y la víctima] en proporciones diferentes que dependen de la gravedad de la culpa de cada cual. La culpa más grave absorberá a la más leve”. *Op. cit.* [nota 97], pág. 290. La Corte Suprema ha aplicado expresamente este criterio, en el caso de un accidente de tránsito ocurrido en la intersección de dos calles, y en que la víctima ingresó al cruce con luz verde pero a velocidad excesiva. La sentencia modificó la cuantía de la reducción aplicada por el tribunal de alzada, atendiendo precisamente a la intensidad de la culpa de la víctima. Al respecto señala: “resulta evidente que de haber existido imprudencia de parte de este actor civil, ella no ha tenido la entidad suficiente como para castigarlo con una reducción tan alta de la apreciación del daño, como la que le imponen los jueces de la instancia, que alcanza al 50% de los perjuicios”. En definitiva, la reducción se fijó en un 20% (24 de junio de 1980, RDJ, Tomo LXXVII, sec. 4ª, pág. 95, también en Fallos del Mes, N°259, sent. 4, pág. 168).

general ambos factores son objeto de una evaluación prudencial²⁹⁰. En verdad, cuando se alega coparticipación culpable de la víctima el juez debe comparar responsabilidades: la del tercero por el cuidado debido respecto de la víctima y la de ésta por el cuidado respecto de sí misma.

Desde una perspectiva económica, se deberán considerar los distintos incentivos para evitar el riesgo, en busca del nivel óptimo de cuidado²⁹¹. Según este análisis, debe preferirse la regla que exija a la víctima cierto estándar de cuidado, a aquella que signifique un incentivo al actuar negligente.

104. Culpa de la víctima como causa excluyente de la ocurrencia del daño.

La culpa de la víctima puede intervenir de tal modo en el nexo causal, que el hecho ilícito inicial resulte insignificante, y en consecuencia, deje de ser considerado causa determinante del daño. Tal es el caso del accidente que ocasiona una pequeña herida en la pierna de la víctima, pero que ésta omite tratar al punto que con el tiempo obliga a una amputación, que resulta un efecto exorbitante si se atiende a la entidad de la herida inicial. La pérdida de la pierna, en este caso, no es atribuible al hecho del tercero.

El efecto de la ausencia de relación causal jurídicamente relevante entre el hecho y el daño, no es la atenuación de la responsabilidad en los términos del artículo 2330, sino la exención. Así lo ha entendido la jurisprudencia, al expresar que “la exención se produce cuando la causa eficiente, principal o determinante del perjuicio proviene del hecho negligente o de la omisión del perjudicado”, pues en este caso “queda descartada la responsabilidad del demandado porque la culpa del demandante absorbe la de aquél”²⁹².

(F) EXCLUSIÓN DE LA CAUSALIDAD POR CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR

105. Noción. En materia de responsabilidad extracontractual se aplica el mismo concepto de caso fortuito o fuerza mayor que rige en el ámbito contractual, contenido en el artículo 45 del Código Civil, que lo define como “el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”.

Sin embargo, mientras que en materia contractual la fuerza mayor actúa como un concepto distinto al de la mera ausencia de culpa, tratándose de la responsabilidad extracontractual, la cuestión es similar a lo que ocurre con las obligaciones de medio,

²⁸⁹ En opinión de DOMÍNGUEZ AGUILA, la reducción debe efectuarse atendiendo a la influencia causal del hecho culpable de la víctima. *Op. cit.* [nota 373], pág. 45. En el mismo sentido se pronuncia DIEZ, *op. cit.* [nota 240], pág. 235.

²⁹⁰ Sobre la materia, véase Geneviève VINEY, *Les obligations. La responsabilité: conditions*, en *Traité de Droit Civil*, Tomo IV, (bajo la dirección de Jaques GHESTIN). Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1982, pág. 499.

²⁹¹ SHAVELL, *op. cit.* [nota 20], pág. 103.

²⁹² Corte Suprema, 16 de octubre de 1954 (RDJ, Tomo LI, sec. 1ª, pág. 488). KÖTZ, *op. cit.* [nota 26], pág. 133; SHAVELL, *op. cit.* [nota 20], pág. 103.

pues la ausencia de culpa excluye la ilicitud. En consecuencia, basta probar la ausencia de culpa para eliminar la responsabilidad.

Por ello, la fuerza mayor no opera en sede de culpa sino de causalidad, pues aunque haya intervenido un acto culpable, el daño no resulta atribuible a ese acto culpable sino al caso fortuito o fuerza mayor. Por ejemplo: si un automovilista cruza la línea continua y choca con otro, hay culpa infraccional, pero si tal infracción ocurrió porque trató de esquivar a un peatón (tercero que provocó la mala maniobra) o porque el automovilista sufrió un ataque cardíaco imprevisible, el evento determinante es un caso fortuito o fuerza mayor y no la culpa del agente directo²⁹³.

106. Elementos. Los elementos del caso fortuito o fuerza mayor son: (a) la irresistibilidad; (b) la imprevisibilidad; y, (c) la exterioridad²⁹⁴.

107. Irresistibilidad. El carácter de irresistibilidad se expresa con claridad en el concepto de fuerza mayor. Lo que se exige es que se trate de un evento insuperable, que no sea posible evitar sus consecuencias²⁹⁵.

El límite de la irresistibilidad está dado por el deber de diligencia del actor, en forma similar a la obligación contractual de medio. Es decir, la irresistibilidad se mide en función del deber de cuidado.

108. Imprevisibilidad. También la imprevisibilidad está en las fronteras de la culpa: el caso fortuito comienza donde cesa el deber de previsión. No se trata de algo absolutamente imprevisible, sino imprevisible para el autor del daño atendido el nivel de diligencia que le es exigible²⁹⁶. Por tanto es un concepto normativo: aquello que el autor no estaba obligado a prever.

²⁹³ Un ejemplo de caso fortuito puede encontrarse en la sentencia de la Corte Suprema, de fecha 5 de noviembre de 1970, en el que el daño (destrucción de un inmueble), fue el resultado de una pérdida momentánea de conocimiento del conductor del vehículo (RDJ, Tomo LXVII, sec. 1ª, pág. 503).

²⁹⁴ Una sentencia de la Corte Suprema ha señalado que “de la definición de fuerza mayor o caso fortuito dada por el Código Civil, resulta que para que tal evento ocurra es necesaria la concurrencia, a lo menos, de tres requisitos: un hecho imprevisto, irresistible para el deudor y que no haya sido desencadenado por el hecho propio” (la cita corresponde a la doctrina extractada del fallo) (9 de septiembre de 1992, RDJ, Tomo LXXXIX, sec. 5ª, pág. 254). Por su parte la Corte de Apelaciones de Concepción ha afirmado que “el caso fortuito es un suceso imprevisto e irresistible. Es imprevisto porque la razón no puede determinar si se ha de realizar, y es irresistible porque no es posible evitar las consecuencias y no hay medios de impedir las” (7 de noviembre de 1985, RDJ, Tomo LXXXII, sec. 4ª, pág. 288).

²⁹⁵ ALESSANDRI, *op. cit.* [nota 1], pág. 599. Sobre la irresistibilidad del caso fortuito la Corte Suprema ha señalado que “es irresistible cuando no es posible evitar sus consecuencias en términos que ni el agente ni ninguna otra persona colocada en las mismas circunstancias habría podido preverlo y evitarlo” (la cita corresponde a la doctrina extractada del fallo) (Corte Suprema, 20 de junio de 1949, RDJ, Tomo XLVI, sec. 1ª, pág. 533); en el mismo sentido, Corte Suprema, 2 de mayo de 1963 (RDJ, Tomo LX, sec. 1ª, pág. 59).

²⁹⁶ Al igual que la culpa, el caso fortuito se determina en concreto pero se juzga en abstracto. Luego, lo que se trata es que el hecho sea imprevisible e irresistible para un hombre prudente colocado en idénticas circunstancias. En este sentido debe entenderse la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, de fecha 7 de noviembre de 1985, cuando señala que “la imposibilidad de prever o resistir el acontecimiento debe ser absoluta”, y que “una imposibilidad relativa, que solo diga relación con el autor o agente, que únicamente a él afecte y no a otra persona colocada en la misma

De esta manera es caso fortuito el reventón del neumático de un automóvil nuevo o el síncope de una persona sin antecedentes cardíacos, y no lo es, un temblor grado cinco a seis en la zona central de Chile²⁹⁷.

109. Exterioridad. El hecho debe ser externo a la esfera de acción del agente. Este requisito de exterioridad es constitutivo del caso fortuito o fuerza mayor, pues pertenece al terreno de estricta causalidad (los elementos anteriores pueden conducir al terreno de la culpa). Es indiferente que el daño provenga de un hecho de la naturaleza o del hecho culpable o no de un tercero: lo decisivo es que sea ajeno al ámbito de cuidado del demandado. También tiene el carácter de exterior la hipótesis de culpa de la víctima que resulta ser la causa jurídicamente excluyente de la ocurrencia del daño²⁹⁸; respecto del autor es un hecho que está fuera de su control y por el cual no puede ser considerado responsable, aunque su acción sea remota causa necesaria del perjuicio.

Este requisito es especialmente importante en los regímenes de responsabilidad estricta, pues la previsibilidad e irresistibilidad pueden no ser excusa suficiente en la medida en que haya intervenido como causa del daño el riesgo creado por la acción, pero pesará como fuerza mayor si el daño se debió a un hecho externo al ámbito de riesgo cubierto por la regla de responsabilidad estricta²⁹⁹. Aunque una responsabilidad estricta muy extensa puede comprender el caso fortuito.

110. Efectos. En cuanto a sus efectos, el principio es que la fuerza mayor o caso fortuito excluyen la causalidad, aún cuando haya intervenido la culpa de la víctima.

circunstancia o situación, le resta al acto el carácter de imprevisto o irresistible. La presentación de una dificultad, que puede subsanarse por un hombre prudente, jamás puede tener el carácter de un caso fortuito” (RDJ, Tomo LXXXII, sec. 4^a, pág. 288).

²⁹⁷ En el caso de un transeúnte que resultó muerto luego de que fuera golpeado en la cabeza por un trozo de mampostería que se desprendió y cayó desde lo alto de un edificio, la Corte de Apelaciones de Santiago, sostiene el siguiente criterio: “tratándose de un país como Chile, en que son frecuentes los movimientos terrestres, no se puede decir que los temblores de mediana intensidad, sean un imprevisto que no sea posible resistir y que constituya fuerza mayor o caso fortuito. En consecuencia, la construcción y el cuidado de los edificios debe llegar hasta tomar todas las medidas que la prudencia aconseja para evitar daños a terceros con el deterioro de ellos (la cita textual corresponde a la doctrina extractada de la sentencia) (10 de septiembre de 1940, confirmada por Corte Suprema [cas. fondo] sin referirse a la materia, RDJ, Tomo XXXIX, sec. 1^a, pág. 203).

²⁹⁸ *Supra*, párrafo 104.

²⁹⁹ KÖTZ, *op.cit.* [nota 26], pág. 144.

SEGUNDA PARTE. RESPONSABILIDAD POR EL HECHO AJENO

I. INTRODUCCIÓN

111. Principios. En la primera parte de este curso, se ha mostrado el modelo básico de responsabilidad por la propia incompetencia o falta de cuidado. En este capítulo se analizará la responsabilidad que una persona puede asumir por hechos ilícitos y dañosos de terceros.

El principio general está establecido en el artículo 2320 I del Código Civil, que señala: “Toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado”.

La norma establece un principio general de responsabilidad en dos sentidos. En primer lugar, porque se aplica genéricamente a todas las relaciones de dependencia o cuidado, de modo que las situaciones específicas referidas en los demás incisos del artículo 2320 son puramente ejemplares³⁰⁰. En segundo lugar, porque establecida la relación de dependencia o cuidado de quien realiza un acto susceptible de generar responsabilidad, se presume la culpabilidad de quienes deben ejercer ese cuidado, de modo que sólo pueden exonerarse de esa responsabilidad si logran probar que “con la autoridad y el cuidado que la respectiva calidad les confiere y prescribe no hubieren podido impedir el hecho” (artículo 2320 V y 2322 II).

La responsabilidad por el hecho ajeno puede estar construida como una forma de responsabilidad estricta, que en este caso suele denominarse *vicaria*. En diversos sistemas jurídicos, establecida la relación de dependencia y el hecho ilícito que causa daño cometido por el dependiente, la responsabilidad de quien tiene a este bajo dirección o cuidado no está basada en la culpa, sino en el mero hecho de concurrir esas circunstancias (*common law*, derecho francés, por ejemplo). En el derecho chileno la responsabilidad por el hecho ajeno está construida sobre la base de un doble ilícito civil: el del dependiente, que causa el daño directamente, y el de quien lo tiene bajo dirección o cuidado (*guardián*), cuya culpa es legalmente presumida. La culpa del *guardián* consistirá en no haber actuado con el cuidado necesario para evitar que el tercero

³⁰⁰ Esta es también la opinión de ALESSANDRI, *op. cit.* [nota 1], pág. 307. En el mismo sentido se pronuncia DUCCI, *op.cit.* [nota 1], pág. 73. Por su parte, la jurisprudencia ha señalado que el artículo 2320 del Código Civil estatuye una regla general “que declara que toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellas personas que estuviere á su cuidado, y entre esas personas responsables enumera dicho artículo por vía de ejemplos, además de los padres por sus hijos, de los guardadores por sus pupilos, del marido por su mujer, de los directores de colegio por sus discípulos á los artesanos ó empresarios por el hecho de sus aprendices ó dependientes” [sic] (Corte Suprema, 13 de septiembre de 1909, RDJ, Tomo VII, sec. 1ª, pág. 146). En el mismo sentido pueden consultarse además las siguientes sentencias: Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de mayo de 1944 (RDJ, Tomo LXI, sec. 2ª, pág. 41); Corte Suprema, 9 de agosto de 1944 (RDJ, Tomo XLII, sec. 1ª, pág. 244); y, Corte Suprema, 23 de agosto de 1951, que señala: “conforme lo dispuesto en el artículo 2320 del Código Civil, toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones sino también del hecho ilícito de las que estuvieren a su cuidado, y de la enumeración que por vía de ejemplo se hace en dicho artículo, se desprende que esa responsabilidad se refiere a todos los casos en que haya una relación de subordinación o dependencia entre dos personas” (RDJ, Tomo XLVIII, sec. 4ª, pág. 186).

ocasiona daños, ya sea al elegir, instruir o vigilar a éste último³⁰¹. Así ocurre con el padre que no vigila a sus hijos, permitiendo que causen estragos a la propiedad de su vecino y, con el empresario que por descuido hace posible que sus trabajadores cometan hurtos mientras desempeñan sus funciones³⁰².

Hay responsabilidad *vicaria* o estricta por el hecho ajeno cuando resulta impuesta de pleno derecho por la ley, a consecuencia del hecho ilícito del tercero, con prescindencia de la culpa de quien por él responde. Según las reglas generales, la responsabilidad *vicaria* es de derecho estricto, es decir, sólo recibe aplicación en virtud de texto legal expreso. Un ejemplo de esta especie excepcional de responsabilidad en el derecho chileno se encuentra en la norma del artículo 174 de la Ley del Tránsito, en virtud de la cual el propietario del vehículo es solidariamente responsable con el conductor por los daños y perjuicios que se ocasionen con motivo del uso del mismo, aunque no haya incurrido en culpa, salvo que acredite que “el vehículo fue utilizado contra su voluntad”.

En consecuencia, la regla general es que en materia extracontractual sólo existe responsabilidad por el hecho ajeno si el *guardián* ha incurrido a su vez en culpa. En ello hay una diferencia sustancial con la responsabilidad contractual. En efecto, si bien en ambos estatutos el fundamento de esta especie de responsabilidad es el mismo, esto es, el incumplimiento del deber de cuidar o vigilar al tercero, en materia contractual ella es de carácter estricto, sin que resulte admisible al deudor excusar su incumplimiento en el hecho culpable del tercero, ni aún probando que personalmente actuó con diligencia. En lo pertinente, el artículo 1590 del Código Civil señala: “Si la deuda es de un cuerpo cierto, debe el acreedor recibirlo en el estado en que se halle; a menos que se haya deteriorado y que los deterioros provengan del hecho o culpa del deudor, o de las personas por quienes éste es responsable”, en tal caso, el acreedor puede pedir la rescisión del contrato y la indemnización de perjuicios. Por su parte el artículo 1679 del mismo Código establece: “En el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable”. En materia contractual el deudor responde indistintamente de sus propios actos, como de los de sus dependientes y subcontratistas.

³⁰¹ Así, se ha fallado que la responsabilidad civil de los terceros es “una consecuencia jurídica de la culpa o negligencia que la ley supone a éstos, por la falta de esmero o cuidado en la elección y en la conducta de quienes, estando bajo su guarda o dependencia, o por estar a su servicio para el cumplimiento de sus órdenes, ejecutan un hecho ilícito que produce daños” (Corte de Apelaciones de La Serena, 3 de mayo de 1978, RDJ, Tomo LXXV, sec. 4^a, pág. 343). En el mismo sentido, se ha señalado que el tercero civil responsable debe satisfacer el daño “no propiamente por el hecho ilícito ajeno, sino por su descuido personal como cuidador o empleador que debería estar vigilante de la capacidad o correcto desempeño de las labores de sus protegidos o dependientes en el ejercicio de sus actividades respectivas o en las tareas específicas que por razón del empleo se les hubiere encomendado” (Corte Suprema, 29 de agosto de 1974, RDJ, Tomo LXXI, sec. 4^a, pág. 261, también publicada en Fallos del Mes, N°190, sent. 2, pág. 181).

³⁰² En relación con la responsabilidad del empresario se ha fallado que “la ley entiende que el empresario desde el instante que tiene bajo su orden y dirección a su dependiente, está obligado a vigilar su conducta para evitar que ocasione daños a otro. Es natural, por lo tanto, suponer que si el daño se ha producido es porque la vigilancia no fue eficaz o no se tomaron las medidas para impedirlo. Producido un acto ilícito del dependiente... la ley presume la responsabilidad del empleador, la que basa en la omisión, descuido o negligencia de su parte, ya que ella hizo posible el actuar reprochable” (Corte de Apelaciones de Concepción, 7 de noviembre de 1985, RDJ, Tomo LXXXII, sec. 4^a, pág. 288).

De lo expuesto, puede concluirse que en el derecho nacional la responsabilidad por el hecho ajeno está sujeta a los siguientes principios:

- (a) Por regla general, el hecho de quien está bajo dependencia o cuidado de otro hace a este último responsable.
- (b) Sin embargo, la ley sólo contempla una presunción general de responsabilidad en favor de la víctima. Probada la culpa del autor del daño, se presume la culpabilidad de su *guardián*³⁰³. En consecuencia, se trata de una presunción de culpabilidad por el hecho propio en el cumplimiento de los deberes de vigilancia, organización o cuidado.
- (c) En consecuencia, la responsabilidad por el hecho ajeno supone dos cuasidelitos civiles: (i) el de la persona que se encuentra bajo la dependencia o cuidado de otro y que en consecuencia debe ser un sujeto capaz, según las reglas generales; y, (ii) el de su *guardián*, que consiste en no impedir el hecho.
- (d) La responsabilidad *vicaria* es de derecho estricto, esto es, requiere de norma legal que la establezca.

En los capítulos siguientes se analizará la responsabilidad por el hecho de las personas incapaces de delito civil (capítulo II); la presunción general de responsabilidad por el hecho ajeno (capítulo III); la responsabilidad del empresario por el hecho de sus dependientes (capítulo IV); y, la responsabilidad de las personas jurídicas (capítulo V).

El análisis mostrará que la jurisprudencia ha tendido a expandir la responsabilidad por el hecho ajeno hasta la frontera de la responsabilidad *vicaria*, sobre la base de expandir la presunción de culpa por el hecho ajeno y de limitar las excusas de diligencia que puede interponer el tercero civilmente responsable.

II. RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DE INCAPACES

112. Fundamento legal. El artículo 2319 I del Código Civil señala: “No son capaces de delito o cuasidelito los menores de siete años ni los dementes; pero serán responsables de los daños causados por ellos las personas a cuyo cargo estén, si pudiere imputárseles negligencia”.

³⁰³ Al respecto se ha fallado: “Producido en esta situación un acto ilícito del dependiente, lesivo de los derechos de un tercero, la ley presume la responsabilidad del superior, fundada en la omisión, descuido o negligencia de su parte, que hizo el hecho posible, presunción que el interesado puede, por cierto, desvirtuar probando que no obstante su autoridad y cuidado, no le fué posible impedir el hecho dañoso” (Corte Suprema, 14 de noviembre de 1950, RDJ, Tomo XLVII, sec. 1ª, pág. 482). No obstante, alguna jurisprudencia, hoy superada, ha señalado que para que opere la responsabilidad del patrón por los actos de su empleado es preciso “que en todo caso se establezca la culpa del patrón... porque sin culpa no hay responsabilidad alguna” (Corte de Apelaciones de Santiago, 8 de enero de 1924, confirmada por la Corte Suprema [cas. fondo] sin referirse a la materia, RDJ, Tomo XXIV, sec. 1ª, pág. 670). Aplicando otra noción también actualmente superada, otra sentencia exoneró de responsabilidad a una empresa por el hecho de su dependiente, por no haberse indicado cual es la culpa que le correspondió en el hecho que motivó el daño (Corte de Apelaciones de Talca, 4 de noviembre de 1929, confirmada por la Corte Suprema [cas. fondo], RDJ, Tomo XXIX, sec. 1ª, pág. 340).

En consecuencia, tratándose de hechos ilícitos cometidos por incapaces, el tercero que lo tiene a su cargo responde exclusivamente por el hecho propio y, su culpa debe ser acreditada³⁰⁴.

Entre los incapaces y sus guardadores se distinguen relaciones de cuidado personal y de administración de bienes. Usualmente, ambas coinciden en una misma persona. Sin embargo, tratándose de los menores que se encuentran bajo el cuidado del padre o de la madre, éstas relaciones están separadas en la tuición (artículo 219 del Código Civil), que corresponde al cuidado personal, y en la patria potestad (artículos 249 y ss. del mismo Código), referida al aspecto patrimonial. La responsabilidad civil recae sobre aquel de los padres que tiene a su cargo el cuidado personal del incapaz. Si el incapaz está sujeto a guarda, la responsabilidad recae en el tutor o curador. Si el cuidado está a cargo de una institución, la regla se le aplicará a la persona jurídica.

En definitiva, cualquier persona que tenga al incapaz bajo su cuidado responde según la regla del artículo 2319 del Código Civil³⁰⁵. Conviene insistir que en todos estos casos existe responsabilidad directa por el hecho propio, es decir, no se aplica la regla del artículo 2320³⁰⁶.

A *contrario sensu*, la regla del artículo 2319 no se aplica a los menores entre los siete y dieciséis años que hayan actuado con discernimiento, ni a los disipadores interdictos, pues en ambos casos se trata de personas con capacidad delictual civil. En los párrafos siguientes se expone la situación de los incapaces a los que se refiere el citado artículo.

113. Menores. Según el artículo 2319 del Código Civil, son absolutamente incapaces de delito o cuasidelito los menores de siete años, y los menores de dieciséis que hayan obrado sin discernimiento. La situación de los menores ha variado sustancialmente luego de la dictación de la Ley N°19.585 que, entre otras materias, eliminó la distinción entre hijos legítimos, naturales y simplemente ilegítimos, declarando que “la ley considera iguales a todos los hijos” (artículo 33 del Código Civil)³⁰⁷.

³⁰⁴ En palabras de ALESSANDRI: “De los daños causados por los dementes y demás personas privadas de razón, cuando estén exentos de responsabilidad... y de los causados por los infantes y los menores de dieciséis años que han obrado sin discernimiento, responden las personas a cuyo cuidado estén, *si pudiere imputárseles negligencia* (art. 2319), es decir, si pudiere probárseles culpa en el cuidado o vigilancia del incapaz”. *Op. cit.* [nota 1], pág. 143.

³⁰⁵ En el mismo sentido, ALESSANDRI, *ibídem*, pág. 144.

³⁰⁶ Así, se ha fallado que “si el subordinado o dependiente es incapaz, las normas citadas [artículos 2320 y 2322 del Código Civil] no tienen aplicación y debe recurrirse a una norma de carácter especial sobre la materia, contenida en el artículo 2319 del código citado. La referida norma sólo hace surgir responsabilidad de la persona civilmente responsable, en el evento que pueda imputársele negligencia, esto es, a condición que se pruebe culpa de aquella” (Corte Suprema, 28 de enero de 1998, RDJ, Tomo XCV, sec. 1ª, pág. 1).

³⁰⁷ La Ley N°19.585 introdujo modificaciones al Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación, fue publicada en el Diario Oficial con fecha 26 de octubre de 1998, y sus disposiciones se encuentran plenamente vigentes, cumplido el año de vacancia legal establecido en su artículo 9°. Previo a la reforma legal, para establecer a quién correspondía el cuidado personal del menor, era necesario distinguir entre las distintas categorías de hijos que contemplaba la legislación. Respecto de los hijos legítimos, el principio general era que el cuidado personal correspondía al padre (antiguo artículo 219 del Código Civil) y, para el caso de divorcio o separación de hecho, según lo disponía el artículo 223 del mismo Código y el derogado artículo 46 de la Ley de Menores, dicho cuidado tocaba a la madre, salvo cuando por su depravación fuera de temer que se pervirtieran.

En la actualidad, de acuerdo con la regla contenida en el artículo 224 del Código Civil, el cuidado personal de la crianza y educación de los hijos toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente. En los casos de filiación no matrimonial (definida en el artículo 180 del mismo Código), el cuidado personal del hijo corresponde al padre o madre que lo hubiese reconocido y, si ninguno lo ha reconocido, a un tutor o curador designado por el juez.

Si los padres viven separados, se aplica la regla contenida en el artículo 225 del Código Civil, que asigna el cuidado personal de los hijos a la madre, lo cual no obsta a que, por acuerdo celebrado con las formalidades y los plazos que la citada disposición prescribe, el cuidado personal pueda corresponder al padre*. También corresponde al padre la tuición si el juez se la atribuye en consideración al mejor interés del niño, según la regla de clausura del artículo 242 II.

Finalmente, para el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, el juez puede confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona competente, prefiriendo al efecto a los consanguíneos más próximos, y sobre todo, a los ascendientes (artículo 226 del Código Civil).

114. Dementes. Según dispone el artículo 342 del Código Civil, el cuidado personal del demente corresponde a su curador. Si se le han nombrado dos o más curadores, podrá confiarse el cuidado personal a uno de ellos, dejando a los otros la administración de los bienes (artículo 464).

115. Prueba de la responsabilidad por el hecho de incapaces. El principio está contenido en el artículo 2319 I del Código Civil, que no establece excepción a la regla general de que la culpa debe probarse³⁰⁸.

Con todo, el artículo 2321 contiene una importante excepción, al establecer una presunción general de responsabilidad de los padres por los delitos o cuasidelitos de sus hijos menores, que conocidamente provengan de su “mala educación, o de los hábitos viciosos que les han dejado adquirir”³⁰⁹. Esta presunción se aplica indistintamente

Tratándose de hijos naturales, la tuición y cuidado personal correspondía al padre o madre que lo hubiere reconocido voluntariamente; si el reconocimiento había sido forzado, el cuidado personal del menor se regía por las reglas generales para incapaces y, en consecuencia, estaría a cargo de un tutor o curador. Así resultaba de las normas contenidas en el artículo 271 del Código Civil y en el artículo 277 II del mismo cuerpo legal, todos ellos actualmente derogados. Finalmente, en cuanto a los hijos simplemente ilegítimos, en atención a que técnicamente carecían de padre y madre, su cuidado personal correspondía a un tutor, mientras fuera impúber, y a un curador, hasta que alcanzara la mayoría de edad (artículos 341 y 342 del Código Civil).

* [N. del E.: Actualmente, está en tramitación una modificación las normas del Código Civil sobre atribución del cuidado personal y patria potestad sobre los hijos, Boletín 7007-18, refundido con Boletín 5917-18].

³⁰⁸ Para ALESSANDRI: “Esta prueba de ordinario será fácil de producir: a veces bastará acreditar las circunstancias mismas en que se cometió el daño para demostrar la falta de vigilancia o cuidado del guardián”. *Op. cit.* [nota 1], pág. 143.

³⁰⁹ Según ALESSANDRI: “Si los antecedentes del proceso demuestran claramente o la víctima prueba que el delito o cuasidelito cometido por el *hijo menor* provino de *mala educación o de los hábitos viciosos que los padres le han dejado adquirir*, éstos no pueden exonerarse de responsabilidad en

respecto de los hijos menores capaces e incapaces de delito civil, pues, según su tenor, se superpone a las reglas de los artículos 2319 y 2320 del referido código.

Para que opere la presunción es necesario que el hecho ilícito del menor tenga su origen en la mala educación o en la tolerancia de hábitos viciosos de parte de sus padres. Sin embargo, la jurisprudencia ha tendido a inferir esta falta de cuidado de las circunstancias que rodean el hecho³¹⁰. Este rigor interpretativo ha situado a la regla del 2321 del Código Civil en el límite de la responsabilidad estricta³¹¹.

III. PRESUNCIÓN GENERAL DE CULPABILIDAD POR EL HECHO DE PERSONAS QUE ESTÁN BAJO CUIDADO O DEPENDENCIA DE OTRA

116. Fundamento legal. Las normas legales de los artículos 2320 y 2322, que establecen la presunción de culpabilidad por el hecho ajeno, expresan en su formulación una marcada influencia de la organización económica del siglo XIX.

Como se ha expuesto, el artículo 2320 I establece una presunción general de culpabilidad por el hecho de las personas que se encuentran bajo el cuidado o dependencia de otra. En consecuencia, cada vez que alguna de estas personas comete un delito o cuasidelito civil se presume la culpa de su *guardián*³¹².

El fundamento de esta presunción es la existencia de un vínculo de autoridad entre el guardián y el autor del daño. Se ha entendido que esta relación es una cuestión de hecho. Por ello, puede no ser suficiente la existencia de un vínculo formal (como un contrato de mandato, por ejemplo), si el tercero actúa en forma independiente, sin estar sometido a un régimen de subordinación ni a obedecer instrucciones continuas. Por no existir relación de dependencia, tampoco el arrendador es responsable por los hechos de su arrendatario. Por el contrario, son imaginables situaciones en que existe dependencia

forma alguna, ni aún acreditando que lo vigilaron acuciosa y constantemente; los padres son *siempre* responsables de este delito o cuasidelito. El art. 2321, que constituye una excepción al inciso final del art. 2320, establece una presunción de derecho al respecto". *Ibidem*, pág. 343.

³¹⁰ Aplicando este criterio se ha fallado que aparece clara la culpa del padre si, habiendo autorizado a su hijo para que llegara tarde a casa, éste lo hizo a las 6.15 horas, conduciendo sin licencia y en estado de ebriedad un vehículo motorizado (Corte de Apelaciones de San Miguel, 2 de diciembre de 1988, RDJ, Tomo LXXXV, sec. 4^a, pág. 191).

³¹¹ La Corte de Apelaciones de Santiago ha señalado que en el caso del artículo 2321 del Código Civil la culpa del padre no proviene de la falta de cuidado y diligencia que ha debido emplear durante el tiempo que el hijo menor permanezca bajo su vigilancia, sino que en dicho artículo "la ley supone que existe culpa o negligencia de parte del padre, cuando éste no ha sabido dar al hijo la debida educación, permitiendo, con su descuido, que adquiriera hábitos viciosos", y que se presume su culpa, "refiriéndola más bien a hechos remotos y no inmediatos; lo que podría estimarse que, en esta parte, aquella se acerca a la teoría del riesgo o de la responsabilidad objetiva" (21 de agosto de 1940, RDJ, Tomo XXXIX, sec. 2^a, pág. 55).

³¹² Así aparece claramente expresado en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 14 de agosto de 1922, que señala: "...habiendo pues quedado acreditado que el accidente de que se trata fue causado por negligencia o culpa de los empleados de la Empresa demandada, ésta conforme con las prescripciones de la ley se ha hecho responsable de las acciones de sus dependientes, debiendo reparar todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de éstos" (confirmada por la Corte Suprema [cas. fondo], RDJ, Tomo XXII, sec. 1^a, pág. 241).

aunque no existe vínculo formal alguno (aprendiz que realiza una práctica en una empresa).

El artículo 2320 del Código Civil contiene una enumeración no taxativa de casos específicos de situaciones de dependencia o cuidado que dan lugar a la presunción de responsabilidad por el hecho ajeno, que serán analizados en los párrafos siguientes junto con la situación de la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal.

117. Los padres por el hecho de los hijos menores que habitan en la misma casa (artículo 2320 II del Código Civil). A pesar de los términos en que está formulada, esta regla debe entenderse actualmente referida a los padres que ejercen el cuidado personal de los hijos menores³¹³. Al respecto se aplican las mismas normas que se analizaron al tratar de la responsabilidad por el hecho de los menores incapaces³¹⁴.

118. Los guardadores por el hecho de los pupilos que viven bajo su dependencia y cuidado (artículo 2320 III del Código Civil). Como en el caso anterior, la regla debe entenderse referida a la guarda encargada del cuidado personal del pupilo que, conforme con lo dispuesto en el artículo 340 del Código Civil, corresponde a los tutores y curadores generales. Se excluyen en consecuencia, los guardadores limitados a la administración de bienes.

119. Los jefes de colegios y escuelas por el hecho de los discípulos, mientras están bajo su cuidado (artículo 2320 IV del Código Civil). Esta regla se refiere a los jefes de colegios y escuelas y no a los profesores, aunque en algunos casos, estos pueden quedar sujetos a la presunción general del inciso primero del artículo 2320³¹⁵.

120. Situación de la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal. Antes de las reformas introducidas al Código Civil por la Ley N°18.802 de 1989, el artículo 2320 IV contenía una norma relativa a la responsabilidad del marido por el hecho de la mujer basada en la institución de la potestad marital, eliminada por la misma reforma y que era definida en el antiguo artículo 132 como “el conjunto de derechos que la ley otorga al marido sobre la persona y bienes de la mujer”³¹⁶. No obstante, la potestad marital subsiste en el aspecto patrimonial del matrimonio en caso

³¹³ Sobre este caso de responsabilidad por el hecho ajeno se ha fallado que “el fundamento de la responsabilidad del padre respecto del hecho del hijo menor emana principalmente de su deber de vigilancia hacia éste” (Corte de Apelaciones Presidente Aguirre Cerda, 11 de julio de 1984, RDJ, Tomo LXXXI, sec. 4ª, pág. 173).

³¹⁴ *Supra*, párrafo 113.

³¹⁵ ALESSANDRI, *op. cit.* [nota 1], pág. 353. Resolviendo un recurso de protección interpuesto en contra de los dueños y administradores de un colegio, por daños ocasionados por algunos alumnos en un jardín del recurrente, se ha fallado que “el artículo 2320 del Código Civil que se invoca en el libelo, relativo a la vinculatoriedad para los jefes de colegios respecto de los hechos de los discípulos, mientras están bajo su cuidado... no resulta aplicable, toda vez que el tal cuidado cesa cuando el estudiante abandona el recinto escolar” (Corte Suprema, 25 de noviembre de 1992, Fallos del Mes, N°408, sent. 6, pág. 814).

³¹⁶ Sobre este caso específico de responsabilidad por el hecho ajeno, pueden consultarse las siguientes sentencias: Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de junio de 1960 (RDJ, Tomo LVII, sec. 4ª, pág. 144); y, Corte de Apelaciones de Santiago, 12 de septiembre de 1984 (RDJ, Tomo LXXXI, sec. 4ª, pág. 248).

de sociedad conyugal pues, según este régimen, corresponde al marido la administración de los bienes sociales y de los bienes propios de la mujer. Según lo dispuesto en los artículos 1740 N°3 y 1748 del Código Civil, las indemnizaciones por los hechos ilícitos de la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal, se pagan con cargo al haber social (esto es, por el marido, según la norma del artículo 1750), sin perjuicio del derecho a recompensa, que se hará efectiva al momento de la liquidación.

121. Responsabilidad del empresario por el hecho de sus dependientes. Bajo esta denominación doctrinaria se comprende propiamente la responsabilidad del empresario por los hechos de sus dependientes, así como la de los artesanos por el hecho de sus aprendices (ambas referidas en el artículo 2320 IV del Código Civil) y, la de los amos por la conducta de sus criados o sirvientes (artículo 2322 del mismo código).

Este conjunto de reglas establece la más importante presunción de culpabilidad del derecho moderno, que será materia de un capítulo especial³¹⁷.

122. Requisitos para que opere la presunción de culpabilidad por el hecho ajeno. Enumeración. Para que pueda aplicarse la presunción de culpabilidad por el hecho ajeno que establece el artículo 2320 del Código Civil, es necesario que concurran los siguientes requisitos: (a) Que el dependiente haya incurrido en un delito o cuasidelito civil; y, (b) Que exista una relación de autoridad entre éste y el tercero que responde por él.

123. Que el dependiente haya incurrido en un delito o cuasidelito. La víctima debe acreditar la concurrencia de todos los elementos de la responsabilidad civil, esto es, la existencia de un hecho voluntario del dependiente, la culpa o dolo, el daño y la relación causal. Sin embargo, nada impide que respecto del hecho del dependiente pueda operar además la presunción general de culpabilidad por el hecho propio, contenida en el artículo 2329 del Código Civil³¹⁸.

124. Que exista una relación de autoridad. La víctima debe acreditar además la existencia de una relación de autoridad o dependencia entre quien haya ejecutado el hecho ilícito y el tercero cuya responsabilidad se persigue³¹⁹. En opinión de la

³¹⁷ *Supra*, párrafo 127 y ss.

³¹⁸ La aplicación conjunta de ambas normas puede verse en los casos de choques de trenes, resueltos por la jurisprudencia nacional durante la primera mitad del siglo XX. En ellos la naturaleza del hecho usualmente hacía presumir la culpabilidad de los empleados de la empresa de ferrocarriles y ésta quedaba sujeta a la presunción de culpabilidad del artículo 2320 IV. Sobre el particular pueden consultarse, entre otras, las siguientes sentencias: Corte de Apelaciones de Santiago, 12 de octubre de 1909 (RDJ, Tomo IX, sec. 2ª, pág. 25); Corte de Apelaciones de Santiago, 1º de agosto de 1923, confirmada por la Corte Suprema [cas. fondo] (RDJ, Tomo XXII, sec. 1ª, pág. 912); Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de enero de 1928, confirmada por la Corte Suprema [cas. fondo] sin referirse a la materia (RDJ, Tomo XXVII, sec. 1ª, pág. 240); y, Corte Suprema, 11 de agosto de 1932 (RDJ, Tomo XXIX, sec. 1ª, pág. 570).

³¹⁹ En tal sentido, se ha fallado que “tratándose de la responsabilidad indirecta establecida para los patrones en los artículos 2320 y 2322 del Código Civil, correspondía al querellante probar la situación de dependencia del causante de los hechos ocurridos” (Corte Suprema, 21 de septiembre de 1966, RDJ, Tomo LXIII, sec. 4ª, pág. 251). También se ha rechazado un recurso de casación en el fondo por infracción al artículo 2320 del Código Civil, fundándose para ello en que tal norma no

jurisprudencia ésta es una cuestión de hecho, que se da incluso con prescindencia de un vínculo formal³²⁰.

Cumplidos estos dos requisitos se presume la culpa del *guardián* por el hecho del dependiente.

puede estimarse transgredida si los jueces del fondo, valorando la prueba rendida, estiman que no se ha configurado la exención de responsabilidad contemplada en el inciso final de dicho artículo (Corte Suprema, 13 de mayo de 1971, RDJ, Tomo LXVIII, sec. 1ª, pág. 128).

³²⁰ En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema, en sentencia de 29 de septiembre de 1964 (RDJ, Tomo LXI, sec. 4ª, pág. 381); y la Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de junio de 1987 (Gaceta Jurídica, N°84, sent. 3, pág. 78).

115. Cúmulo de responsabilidades. Contribución a la deuda. a) Cumplidas las condiciones para que surja la responsabilidad por el hecho ajeno, la víctima puede dirigir su acción indemnizatoria en contra del autor del daño o del guardián, cada uno de los cuales es responsable por su propio acto.²⁹⁴ Se trata de dos responsabilidades autónomas, de modo que no es necesario demandar al autor del daño en el juicio en que se persigue la responsabilidad del guardián.²⁹⁵

b) Técnicamente no existe solidaridad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2317, porque si bien concurren dos responsables, no se trata propiamente de un daño proveniente del mismo hecho.²⁹⁶ Sin embargo, hay acuerdo en que tratándose de obligaciones independientes, la víctima puede demandar la totalidad del daño respecto de cualquier responsable.²⁹⁷ En tales circunstancias, parece conveniente una interpretación extensiva del artículo 2317, aceptando la solidaridad.²⁹⁸ A lo menos, debiera reconocerse efectos análogos a la solidaridad, en la forma que la doctrina francesa ha denominado *obligaciones in solidum* (*infra* N° 278). Lo decisivo es que se cautelen las ventajas de demandar en el mismo juicio por el total a ambos responsables, sin perjuicio de luego dirimir la contribución a la deuda que cada cual debe soportar (*infra* N° 279).

c) En verdad, si el daño se debe a la culpa del dependiente y del guardián, nada justifica que la repetición sea por el total de lo pagado, como parece seguirse de la sola norma del artículo 2325.²⁹⁹ Como se verá al tratar la responsabilidad del empresario, la tendencia del derecho compa-

²⁹⁴ CS, 27.4.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 1ª, 68, también publicada en GJ 226, 56.

²⁹⁵ Con todo, desde la perspectiva de la defensa del guardián, no es indiferente que se demande separada o conjuntamente al dependiente. La demanda dirigida exclusivamente en contra del dependiente puede derivar en una indefensión relativa del guardián, ya que una vez establecida por sentencia judicial firme la responsabilidad del dependiente, ésta no podrá ser desvirtuada en un juicio posterior dirigido en contra del guardián. En ese juicio posterior el guardián sólo podrá eximirse de responsabilidad haciendo valer la descarga de la presunción. Por el contrario, si el guardián interviene en el juicio seguido contra el dependiente, podrá defenderse además mostrando que el dependiente no ha incurrido en un cuasidelito o delito civil, argumentado, por ejemplo, que no ha incurrido en culpa o que no hay relación de causalidad.

²⁹⁶ Alessandri 1943 323, Meza 1988 288.

²⁹⁷ Así, Alessandri 1943 323; en la jurisprudencia, véanse Corte de Punta Arenas, 26.10.1989, RDJ, t. LXXXVI, sec. 2ª, 113, y CS, 27.4.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 1ª, 68.

²⁹⁸ Así, Zelaya 1993 128. En el mismo sentido, Corte de La Serena, 3.5.1978, RDJ, t. LXXV, sec. 4ª, 343; Corte de Santiago, 23.8.1983, confirmada por la CS [cas. forma y fondo], 4.10.1984, RDJ, t. LXXXI, sec. 4ª, 206, y Corte de Valdivia, 30.3.2000, confirmada por la CS [cas. forma y fondo], 7.6.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 5ª, 105, también publicada en F del M. 499, 1429.

²⁹⁹ Un crítica por inconsistencia a la interpretación del artículo 2325 como una regla que autoriza para repetir el total de lo pagado por el tercero, en Zelaya 1993 115: si el tercero responde por su propia culpa al elegir, vigilar u organizar, no se explica que se le pueda reconocer una acción para recuperar el total de lo pagado (así, sin embargo, Alessandri 1943 323 y P. Rodríguez 1999 232). Es sintomático del desuso de la norma que en el Repertorio de Legislación y Jurisprudencia no aparezca referido fallo alguno que haga aplicación del artículo 2325.

rado es establecer crecientemente una responsabilidad exclusiva del tercero civilmente responsable, dificultando la acción de reembolso contra el sujeto de cuidado o dependencia (*infra* N° 125).



126. Descarga de la presunción. La presunción de culpabilidad por el hecho ajeno es simplemente legal y, en consecuencia, puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario. Con todo, la excusa del *guardián* se encuentra definida en el mismo artículo 2320 inciso final en términos exigentes.

Señala la disposición: “Pero cesará la obligación de esas personas si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho”³²¹. De este modo, para desvirtuar la presunción el tercero debe acreditar que aún actuando con la diligencia debida le ha sido *imposible impedir el hecho*, lo que en la práctica exige a menudo probar la concurrencia de un caso fortuito o fuerza mayor³²².

La jurisprudencia nacional se ha mostrado particularmente exigente al juzgar la procedencia de esta excusa, interpretando la noción de imposibilidad o impedimento en forma rigurosa. Así, tratándose de desvirtuar la presunción de culpabilidad de los padres y guardadores por el hecho de los menores que se encuentran bajo su cuidado, se ha estimado que es necesario acreditar la existencia de hechos que denoten un cuidado permanente de dichos menores, argumento que en la práctica conduce a que la responsabilidad sea inexorable, pues el accidente se produce precisamente porque en el momento de su ejecución los padres no ejercen vigilancia³²³.

³²¹ Al respecto ha señalado la jurisprudencia: “Si bien puede darse por establecido, de un modo general... que la parte demandada tomaba algunas medidas de prudencia para evitar hechos dañosos de su dependiente o del micro que guiaba, en ningún caso se ha establecido que ellas fueran de tal naturaleza como para evitar el hecho” (Corte Suprema, 14 de abril de 1950, RDJ, Tomo XLVII, sec. 1ª, pág. 482).

³²² Así, se ha fallado que “la Empresa demandada no ha justificado que el suceso se debiese a un caso fortuito ni de los antecedentes que obran en autos puede deducirse la existencia de dicho caso fortuito” y, que en consecuencia responde “de los daños i perjuicios procedentes de los actos u omisiones relativos al servicio causados por los administradores i demas empleados en la explotación” [sic] (Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de junio de 1901, Gaceta Jurídica, 1901, Tomo II, N°2789, pág. 925).

³²³ Aplicando este criterio, la Corte de Apelaciones de Santiago ha señalado que el padre no queda relevado de responsabilidad por el hecho de probar que no autorizó a su hijo para conducir su automóvil y, que tal acto se verificó en su ausencia, si no acredita además que “siempre y en todo momento ha ejercido sobre el reo una vigilancia acuciosa y constante” (25 de marzo de 1958, RDJ, Tomo LVI, sec. 4ª, pág. 195). En el mismo sentido, se ha fallado que “el cuidado personal de la crianza y educación del hijo se manifiesta no sólo cuando el padre se encuentra presente sino que también, y en mayor medida, en su ausencia, pues deriva de esa obligación que es anterior al hecho ilícito” (Corte de Apelaciones de San Miguel, 2 de diciembre de 1988, RDJ, Tomo LXXXV, sec. 4ª, pág. 191). También se ha señalado que “para aceptar la excusa contemplada en el inciso final, en orden a que no obstante la autoridad y cuidado empleado, no pudo evitar el hecho, el demandado debió probar que se encontró en una verdadera y real imposibilidad de impedir el daño, no bastando la sola prueba de que los hijos han recibido una buena educación” (Corte Suprema, 11 de julio de 1978, Fallos del Mes, N°236, sent. 3, pág. 175). En similar sentido, al rechazar la excusa del inciso final del 2320 del Código Civil, se ha dicho “que tanta era la confianza que ambos padres tenían en su hijo, que durante más de tres años éste pudo conducir el vehículo, llevando incluso a su madre a diligencias tan importantes como una visita al médico, sin que el padre adoptara medidas drásticas para impedirlo, si fuere realmente efectivo que el menor procedía sin su consentimiento” (Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de mayo de 1980, RDJ, Tomo LXXVII, sec. 4ª, pág. 139). Por otra parte, al aceptar la excusa en el caso de las lesiones causadas por un menor a otro en una riña, se ha fallado que “habiéndose desarrollado el suceso en la forma en que lo dan por establecido el fallo reclamado y la sentencia dictada en el proceso criminal, no habría podido impedir el padre con su autoridad y cuidado de tal, el delito cometido” (Corte Suprema, 30 de noviembre de 1921, RDJ, Tomo XXI, sec. 1ª, pág. 324).

Por último, la jurisprudencia ha entendido que la procedencia de la excusa es una cuestión de hecho, no susceptible de ser revisada por la Corte Suprema por la vía del recurso de casación en el fondo³²⁴. En circunstancias que la vigilancia empleada adquiere sentido práctico a la luz de la deliberación normativa respecto de la vigilancia debida, pareciera que el asunto tiene una connotación propiamente jurídica, como ocurre, en general, con el juicio de culpabilidad³²⁵.

IV. RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO³²⁶

127. Fundamento legal. En el derecho nacional, la presunción de culpabilidad del empresario por el hecho de sus dependientes tiene como fundamento al artículo 2320 IV, que se refiere a ella en forma específica, y el artículo 2322 del mismo código, que fue tempranamente extendido por la jurisprudencia a esta materia³²⁷. Más allá de la

³²⁴ En este sentido, se ha fallado que “determinar si el empresario o amo pudo o no evitar el hecho dañoso de su subordinado, es una cuestión de hecho que los jueces del fondo establecen soberanamente, a menos que se hayan infringido las leyes reguladoras de la prueba” (Corte Suprema, 28 de junio de 1966, RDJ, Tomo LXIII, sec. 1ª, pág. 234). En el mismo sentido, Corte Suprema, 14 de noviembre de 1950 (RDJ, Tomo XLVII, sec. 1ª, pág. 482).

³²⁵ Véase *supra*, párrafo 61.

³²⁶ Sobre la materia, véase Pedro ZELAYA, *op. cit.* [nota 413]. Además, del mismo autor, *La Responsabilidad Civil del Empresario por los Daños Causados por su Dependiente, Naturaleza y Requisitos*. Pamplona: Aranzadi, 1995.

³²⁷ Así, se ha señalado que “las palabras «amo » y « criado» no sólo se aplican en el sentido especial y restringido de cabeza de familia la primera, de sirviente doméstico la segunda, sino que también entre otras acepciones incluye aquella el concepto más general de dueño ó señor de alguna cosa, así como el de mayoral ó capataz, y en la denominación de criado se comprende á las personas que sirven por salario” [sic] (Corte Suprema, 13 de septiembre de 1909, RDJ, Tomo VII, sec. 1ª, pág. 146). Entre otras sentencias que sostienen una interpretación extensiva del artículo 2322, pueden consultarse las siguientes: Corte de Apelaciones de Tacna, 31 de diciembre de 1904, que hace responsable a una casa de comercio por el hecho de un empleado a sueldo fijo o capataz (RDJ, Tomo III, sec. 2ª, pág. 109); Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de agosto de 1929, confirmada por la Corte Suprema [cas. fondo], que señala expresamente que “la Empresa demandada [Empresa de los Ferrocarriles del Estado], por medio de sus representantes y personal dirigente, debe responder de la conducta de sus sirvientes en el ejercicio de sus funciones” (RDJ, Tomo XXVIII, sec. 1ª, pág. 66); Corte de Apelaciones de Santiago, 6 de septiembre de 1929, confirmada por la Corte Suprema [cas. fondo], en la que se exige como condición de exculpación que se acredite que el empleado ejerció sus funciones de un “modo impropio” (RDJ, Tomo XXVIII, sec. 1ª, pág. 295); Corte de Apelaciones de Valparaíso, 14 de noviembre de 1927, confirmada por la Corte Suprema [cas. fondo] (RDJ, Tomo XXVIII, sec. 1ª, pág. 461); Corte Suprema, 1º de junio de 1935, en la que se hace responsable a una empresa salitrera por una tronadura efectuada de modo impropio por sus obreros que causa la muerte de trabajadores (RDJ, Tomo XXXII, sec. 1ª, pág. 382); Corte Suprema, 17 de abril de 1937, que señala que “siendo los empleados subalternos de una Notaría dependientes elegidos libremente por el Notario para que trabajen bajo sus órdenes y responsabilidad, rige por entero con dichos funcionarios el precepto del artículo 2322 del Código Civil” (RDJ, Tomo XXXIV, sec. 1ª, pág. 223); Corte Suprema, 14 de julio de 1937, en que se hace responsable a una empresa de transportes por el hecho de uno de sus choferes [el fallo de casación agrega como fundamento para hacer responsable a la empresa, lo dispuesto en el artículo 2320 del Código Civil] (RDJ, Tomo XXXIV, sec. 1ª, pág. 389); Corte Suprema, 15 de noviembre de 1941, en que se hace responsable a una Empresa de Agua Potable por el hecho de uno de sus empleados (RDJ, Tomo XXXIX, sec. 1ª, pág. 343); Corte Suprema, 19 de julio de 1948, en que se hace responsable a una Empresa de Pompas Fúnebres por el hecho de un empleado (RDJ, Tomo XLV, sec. 1ª, pág. 640); Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de marzo de 1951, en la que se excluye la responsabilidad de un empresario microbusero, dando por acreditada la excusa del artículo 2322 II (RDJ, Tomo XLVIII, sec. 4ª, pág. 32); y, Corte Suprema, 13

formulación de esta última, que se refiere a la relación de amos con criados, ambas normas presentan ciertas diferencias.

Ante todo, el artículo 2322 define de manera más estricta el ámbito de responsabilidad, al señalar que ésta sólo se refiere al tiempo en que el dependiente se encuentra en ejercicio de sus funciones³²⁸. Por su parte, el artículo 2320 IV se refiere en general a la relación de dependencia o cuidado, entendida como una especie de cuidado o vigilancia personal³²⁹. Las excusas son asimismo diferentes en uno u otro caso: el artículo 2322 exige probar que los criados o sirvientes han ejercido sus funciones de un modo impropio “que los amos no tenían medio de prever o impedir, empleando el cuidado ordinario, y la autoridad competente”³³⁰, mientras en el artículo 2320 la excusa está formulada de manera general, con clara alusión a la relación entre el deber de cuidado y la posibilidad de impedir el hecho.

En el pasado, alguna jurisprudencia estimó que la responsabilidad del amo por el hecho del criado era más extensa que la responsabilidad del empresario, pues no sólo comprendería los hechos cometidos mientras el criado se encuentra bajo cuidado, sino

de septiembre de 1968, en que se hace responsable a la Compañía Chilena de Electricidad por el hecho de un dependiente (RDJ, Tomo LXV, sec. 4^a, pág. 220).

³²⁸ Así se ha fallado que “el patrón no responde de todos los actos de su empleado por el solo hecho de serlo y es preciso que se trate de un acto del servicio... porque sólo entonces es patrón” (Corte de Apelaciones de Santiago, 8 de enero de 1924, confirmada por la Corte Suprema [cas. fondo] sin referirse a la materia, RDJ, Tomo XXIV, sec. 1^a, pág. 670).

³²⁹ ALESSANDRI, señala: “Mientras éste [el artículo 2322] hace responsable al amo por la conducta de sus criados o sirvientes *en el ejercicio de sus respectivas funciones*, lo que excluye su responsabilidad en caso de abuso de las mismas o de delito o cuasidelito cometido con ocasión de ellas, el art. 2320 hace responsable al patrón o empleador por todo hecho ejecutado mientras el subalterno o dependiente esté a su cuidado, aunque sea ajeno a las funciones que desempeña o constituya un abuso de las mismas”. *Op. cit.* [nota 1], pág. 378.

³³⁰ No obstante la mayor precisión, la jurisprudencia ha sido particularmente exigente con esta excusa. Así, en el caso de una tronadura efectuada por empleados de una empresa salitrera, sin ninguna precaución y transgrediendo las normas de seguridad establecidas por la propia empresa, a consecuencia de la cual resultó muerto un habitante de un campamento cercano, se ha dicho que “los patronos pudieron prever o impedir el daño causado por el modo impropio de efectuar sus obreros el trabajo a que se ha hecho referencia, y no emplearon todo el cuidado y autoridad necesarios al efecto” (Corte Suprema, 1 de junio de 1935, RDJ, Tomo XXXII, sec. 1^a, pág. 382). En el mismo sentido se falló cuando las empresas se excepcionaron alegando diligencia en la elección de un conductor que había provocado un accidente (antes de que la Ley del Tránsito estableciera una responsabilidad vicaria del propietario). Así se falló que haber tomado un informe sobre la conducta del chofer antes ser contratado, no exime a la Empresa de Pompas Fúnebres de su responsabilidad por el accidente ocasionado por éste conduciendo en estado de ebriedad, pues se trata de “una medida de prudencia elemental; pero no constituye la vigilancia constante del patrón a fin de mantener la disciplina de sus empleados en el trabajo” (Corte Suprema, 19 de julio de 1948, RDJ, Tomo XLV, sec. 1^a, pág. 640). Precizando el objeto de la prueba destinada a configurar esta excusa, se ha dicho que “debe recaer en hechos que tengan relieve y fuerza para convencer de que existió una real imposibilidad de prever o impedir la infracción. La ley habla de «no tener medio de prever e impedir»” (Corte Suprema, 13 de septiembre de 1968, RDJ, Tomo LXV, sec. 4^a, pág. 220). Por último, se ha acogido la excusa cuando resulta acreditado que “no era el chofer de planta del micro el que lo conducía en el momento del accidente y que el cambio de chofer se había hecho momentos antes sin conocimiento de la demandada, con lo que ésta resulta colocada legalmente en el caso de excepción a que se refiere el inciso 2° del artículo 2322 del Código Civil, ante cuya situación no puede darse lugar a las demandas dirigidas en su contra” (Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de marzo de 1951, RDJ, Tomo XLVIII, sec. 4^a, pág. 32).

también aquellos en que incurre durante el ejercicio de sus funciones, sin mediar esa circunstancia³³¹. La jurisprudencia mayoritaria, en cambio, funda la responsabilidad del empresario en ambos preceptos, sin hacer distinción acerca de sus respectivos alcances³³².

128. Tendencias en el derecho comparado y nacional. La tendencia generalizada del derecho comparado en esta materia es hacia la responsabilidad estricta de los empresarios por el hecho de sus dependientes³³³.

Diversas razones, desde la perspectiva de la justicia y de la eficiencia, permiten justificar esta posición. Por una parte, parece justo que quien goza de los beneficios de la actividad de sus dependientes, como ocurre con el empresario, asuma también los riesgos de errores o faltas en el proceso de producción o de prestación del servicio. Desde la perspectiva de las expectativas de la víctima a ser efectivamente reparada del daño injustamente sufrido, la responsabilidad estricta del empresario permite superar el grave inconveniente que representa la carencia de recursos del dependiente, que en la mayoría de los casos transforma a la responsabilidad civil en una cuestión puramente teórica (orientación natural de la responsabilidad al *deep pocket*).

Si se atiende a las políticas públicas que subyacen a la responsabilidad, la ampliación de la responsabilidad del empresario por actos de sus dependientes, tiene funciones preventivas, pues es él quien está en mejores condiciones de controlar los riesgos de su actividad. En este sentido, la responsabilidad vicaria constituye un incentivo a la

³³¹ En este sentido se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 8 de septiembre de 1953, al señalar que el amo es responsable “aún de aquellos actos ejecutados por el criado sin embargo de no estar en el momento de la ejecución al alcance de su vista, pues en cierto modo el amo está en situación de modelar la conducta de su criado” y, que en cambio, el empresario es responsable sólo de “aquellos actos que ejecuta el dependiente mientras está a su cuidado -vale decir- en el ejercicio de su empleo y siempre todavía que haya estado en condiciones de impedirlo” (RDJ, Tomo LI, sec. 4^a, pág. 82).

³³² Haciendo aplicación de ambas reglas se ha fallado que “no se ha infringido los preceptos de los incisos finales de los artículos 2320 y 2322 del Código Civil, porque de la sentencia recurrida resulta que la Corte de Apelaciones ha establecido la culpabilidad de la Empresa y que no ha dado por comprobados los hechos que sirven de fundamento á la exención establecida en dichos incisos...” [sic] (Corte Suprema, 21 de octubre de 1911, RDJ, Tomo X, sec. 1^a, pág. 47). En el mismo sentido: Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de marzo de 1902 (Gaceta Jurídica, año 1902, Tomo I, N°258, pág. 275); Corte Suprema, 14 de junio de 1937 (RDJ, Tomo XXXIV, sec. 1^a, pág. 389); Corte Suprema, 8 de mayo de 1945 (RDJ, Tomo XLIII, sec. 1^a, pág. 10); Corte Suprema, 7 de noviembre de 1949 (RDJ, Tomo XLVI, sec. 1^a, pág. 842); Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de julio de 1957 (RDJ, Tomo LIV, sec. 2^a, pág. 43); Corte Suprema, 28 de junio de 1966 (RDJ, Tomo LXIII, sec. 1^a, pág. 234); Corte Suprema, 21 de septiembre de 1966 (RDJ, Tomo LXIII, sec. 4^a, pág. 251); Corte Suprema, 8 de mayo de 1968 (RDJ, Tomo LXV, sec. 4^a, pág. 88); Corte Suprema, 29 de agosto de 1974 (RDJ, Tomo LXXI, sec. 4^a, pág. 261, publicada además en Fallos del Mes, N°190, sent. 2, pág. 181); Corte de Apelaciones de Concepción, 7 de noviembre de 1985 (RDJ, Tomo LXXXII, sec. 4^a, pág. 288).

³³³ La responsabilidad estricta del empresario por hechos ilícitos de los dependientes está extendida en todos los principales sistemas jurídicos, con excepción del alemán, donde sigue vigente una regla de culpa presumida, análoga a la de nuestro Código Civil. La responsabilidad estricta por el hecho de personas bajo dependencia o cuidado es también denominada *responsabilidad vicaria*, según una denominación proveniente del *common law*. Un análisis comparado de los estatutos de responsabilidad vicaria en el *common law* y en el derecho francés e italiano y de responsabilidad por culpa presumida en el derecho alemán, en Konrad ZWIEGERT y Hein KÖTZ, *op. cit.* [nota 45].

inversión en actividades seguras y a la contratación de seguros de responsabilidad. Finalmente, la responsabilidad vicaria favorece la internalización del costo de los accidentes en el precio del producto, que de esta forma se distribuye proporcionalmente entre todos sus consumidores³³⁴.

La responsabilidad vicaria, es, en consecuencia, un correctivo razonable al régimen de responsabilidad por negligencia. En verdad, muchos de los argumentos que la justifican son también aplicables al paso siguiente, cual es establecer ámbitos de responsabilidad estricta para ciertas actividades empresariales (como es usual con la responsabilidad por productos defectuosos en el derecho comparado)³³⁵.

En el derecho nacional, la jurisprudencia ha seguido una tendencia que en la práctica ha situado al empresario en el límite de la responsabilidad vicaria por el hecho de sus dependientes, aunque formalmente éste responda según el régimen general de la responsabilidad por culpa. Esta tendencia se ha manifestado de dos formas: ante todo, ampliando el ámbito de aplicación de la presunción de culpabilidad del artículo 2320 IV del Código Civil, mediante una interpretación extensiva de la noción de dependencia; y, además, juzgando en forma particularmente estricta las excusas de que dispone el empresario para desvirtuar la presunción.

Conviene finalmente tener presente que la responsabilidad del empresario puede ser construida a partir de la presunción de culpabilidad por el hecho propio, cada vez que la jurisprudencia atribuye presuntivamente el daño a deficiencias en la organización empresarial, está más bien atribuyendo una responsabilidad directa por el hecho propio, con fundamento implícito en los criterios para establecer una presunción de culpabilidad según el artículo 2329, y no en las normas de los artículos 2320 ó 2322.

129. Requisitos para que opere la presunción. Enumeración. La presunción de culpabilidad del empresario es un tipo de presunción de culpabilidad por el hecho ajeno. Sin embargo, plantea preguntas específicas en cada uno de sus elementos: (a) que el dependiente haya incurrido en un delito o cuasidelito civil; (b) que exista una relación de cuidado o dependencia entre el autor del daño y el empresario; y, (c) que el daño sea ocasionado en el ámbito de la dependencia o del ejercicio de las funciones del dependiente.

130. Delito o cuasidelito del dependiente. El hecho del dependiente se juzga según las reglas generales, y en consecuencia, la víctima deberá acreditar la existencia del hecho voluntario, la culpa o dolo, el daño, y la relación causal.

Con todo, las exigencias probatorias de la responsabilidad por culpa enfrentan a la víctima a la difícil tarea de individualizar al dependiente que ocasionó el daño, al interior de sistemas productivos cada vez más complejos. Por esta razón, la doctrina y

³³⁴ Véase, FLEMING, *op. cit.* [nota 15], pág. 162 y ss.; con énfasis en la inexistencia de una relación necesaria entre responsabilidad y juicio de reproche, Tony HONORÉ, *op. cit.* [nota 92], pág. 126 y ss.; y el mismo autor en "The Morality of Tort Law-Questions and Answers", en David G. OWEN, (ed.), *op. cit.* [nota 23], pág. 85 y ss. Una síntesis del análisis económico de la responsabilidad del empresario por hecho de los dependientes, en KÖTZ, *op.cit.* [nota 26], pág. 114 y ss.

³³⁵ Ver *infra*, párrafo 144 y ss.

jurisprudencia han aceptado la noción de *culpa difusa*, en virtud de la cual no es necesario identificar al autor concreto del daño, mientras que la culpa se atribuye a la organización empresarial en su conjunto³³⁶.

Cabe preguntarse si las hipótesis de culpa difusa o indeterminada son más bien un medio argumental para dar por establecida la responsabilidad de la empresa por el hecho propio de la entidad empresarial, usualmente organizada como persona jurídica. La responsabilidad por el hecho ajeno supone individualización: la culpa difusa expresa un defecto de conducta que es atribuido directamente al empresario.

131. Relación de cuidado o dependencia. La jurisprudencia nacional ha tendido a interpretar la noción de cuidado o dependencia de manera extensiva. Ha señalado que se trata de una cuestión de hecho, que no requiere de vínculos formales y, que se expresa en la capacidad de impartir órdenes o de vigilar la actividad de otro³³⁷. Esta expansión del concepto de dependencia ha cobrado relevancia en diversos ámbitos.

La pregunta por los límites de la responsabilidad por el hecho ajeno se presenta cuando interviene como *subcontratista* un tercero en virtud de un contrato que usualmente supone cierta autonomía en la ejecución. Así, si se subcontrata, la regla general es que entre el empresario que hace el encargo y el empresario que lo ejecuta no hay relación de dependencia que haga al primero presuntivamente responsable de los actos del

³³⁶ ALESSANDRI, *op. cit.* [nota 1], pág. 373. Al respecto véase también ZELAYA, *op. cit.* [nota 413], pág. 138. Por su parte, la jurisprudencia ha señalado que “no puede admitirse que la acción establecida en el inciso 5º del artículo 2320 citado este sujeta a la condición de que se designen de un modo preciso, por sus nombres a los empleados o dependientes que hayan sido los causantes del daño” (Corte Suprema, 11 de enero de 1924, RDJ, Tomo XXII, sec. 1ª, pág. 912). En el mismo sentido, se ha señalado que “no es de rigor que la sentencia determine quién o quienes han sido los autores del daño, ni el demandante tiene para que indicarlo, pudiendo hasta ignorar quienes hayan sido, desde que, persiguiendo solo la responsabilidad civil, lo único que tiene que patentizar es la existencia del daño mismo y que éste no se habría producido sin negligencia o culpa de alguien” (Corte Suprema, 30 de noviembre de 1923, RDJ, Tomo XXII, sec. 1ª, pág. 681). También, que no es necesario que “se determine quién o quiénes han sido los causantes inmediatos del daño, desde que persiguiéndose en la demanda sólo la responsabilidad civil, lo que ha debido establecerse es su existencia y que se habría producido por negligencia o culpa” (Corte Suprema, 25 de julio de 1930, RDJ, Tomo XXVIII, sec. 1ª, pág. 164). En el mismo sentido que la sentencias anteriormente citadas se pronuncia la Corte Suprema en sentencia de 11 de diciembre de 1958 (RDJ, Tomo LV, sec. 4ª, pág. 209). En contra de esta opinión: Corte Suprema, 30 de diciembre de 1953 (RDJ, Tomo L, sec. 1ª, pág. 511).

³³⁷ Así, se ha fallado que “la persona natural o jurídica, legalmente no impedida, responde de sus propios hechos o de los ejecutados por las personas que dependen de ella, siempre que estos actos hayan sido consumados por su mandato o con su anuencia” (Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de mayo de 1933, confirmada por la Corte Suprema [cas. fondo], RDJ, Tomo XXXII, sec. 1ª, pág. 10). En un sentido similar, se ha señalado que “la dependencia existe, en cuanto el uno [el empleado] está sujeto en sus labores a las órdenes del otro [el patrón]” (Corte Suprema, 19 de junio de 1954, RDJ, Tomo LI, sec. 1ª, pág. 216). También, que la palabra *empresario* según su sentido natural y obvio “lleva envuelta la idea de persona que ejecuta una obra” y que el vocablo *dependiente* la de aquel que “sirva bajo sus órdenes” (Corte Suprema, 11 de diciembre de 1958, RDJ, Tomo LV, sec. 4ª, pág. 209). Otra sentencia ha dicho además que los terceros son responsables de los actos de aquellos que estando “a su servicio para el cumplimiento de sus órdenes, ejecutan un hecho ilícito que produce daños” (Corte de Apelaciones de La Serena, 3 de mayo de 1978, RDJ, Tomo LXXV, sec. 4ª, pág. 343). Este criterio ha sido ratificado por la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de fecha 22 de junio de 1987 (Gaceta Jurídica N°84, sent. 3, pág. 78). Por su parte, sostiene ALESSANDRI: “Lo que caracteriza al *dependiente* es el hecho de ser subalterno de otra persona, de prestar sus servicios bajo la autoridad o las órdenes de otro”. *Op. cit.* [nota 1], pág. 364.

segundo³³⁸. Con todo, nada obsta para dar por establecida la responsabilidad por el hecho ajeno si el subcontratista es un mero encargado que actúa bajo las órdenes, instrucciones o coordinación del empresario principal. Algo análogo ocurre con el mandatario y con los profesionales: la apreciación de la dependencia cabe hacerla en concreto, de modo que puede ser establecida aunque el contrato por su naturaleza usualmente de lugar a obligaciones que se ejecutan con independencia de quien hace el encargo³³⁹.

132. Daño ocasionado en el ámbito de la dependencia o en ejercicio de las funciones del dependiente. El segundo requisito para que opere la presunción consiste en que el hecho ilícito sea cometido mientras su autor se encuentre bajo el cuidado, vigilancia o dirección del empresario o en ejercicio de las funciones que éste le haya encomendado. La jurisprudencia nacional ha entendido esta exigencia de conexión entre el hecho ilícito y la función en términos amplios y ha estimado suficiente que el hecho se cometa “con ocasión” del desempeño de esas funciones³⁴⁰.

Así se ha fallado que el empresario es responsable de los hurtos efectuados por el dependiente, porque son hechos ocurridos con ocasión de la relación de dependencia³⁴¹. Por el contrario, se ha estimado que dicho concepto no comprende los daños ocasionados por el dependiente mientras se dirige a su trabajo, o cuando realiza actividades inconexas de su relación de trabajo o dependencia³⁴².

El problema de determinar el ámbito de las funciones es tarea difícil que exige atender a la justificación de la responsabilidad por el hecho ajeno: al empresario se le atribuye una responsabilidad que se extiende al ámbito directo de su actividad empresarial. Una

³³⁸ Se ha fallado que la presunción no se aplica a los hechos de subcontratistas que realizan una obra por precio alzado, pues actúan con independencia respecto del empresario (Corte Suprema, 9 de agosto de 1954, RDJ, Tomo LI, sec. 4ª, pág. 169). En un sentido similar, Corte de Apelaciones de Iquique, 6 de julio de 1918 (Gaceta de los Tribunales, año 1918, N°308, pág. 957). También se ha fallado que no hay responsabilidad de quien encarga la construcción de un edificio a un constructor o contratista, por los daños que ocasiona el derrumbe de un muro, si dicho contratista ha tomado a su cargo las responsabilidades correspondientes, obligándose a asegurar a su personal y obreros (Corte Suprema, 1 de agosto de 1932, RDJ, Tomo XXIX, sec. 1ª, pág. 542).

³³⁹ Véase ALESSANDRI, *op. cit.* [nota 1], pág. 368.

³⁴⁰ Se ha fallado que del vínculo de subordinación del empleado respecto de su patrón y de los deberes que ella impone frente a terceros “nace la responsabilidad del empresario por los actos ilícitos del empleado en el desempeño de su trabajo o con ocasión del mismo” (Corte Suprema, 24 de marzo de 1958, RDJ, Tomo LV, sec. 1ª, pág. 27). Para ALESSANDRI: “El empresario responde de los delitos o cuasidelitos de sus dependientes si éstos los ejecutan *mientras están bajo su cuidado*, es decir, *durante el tiempo que presten sus servicios o desempeñen las funciones que les estén encomendadas*, sea que el hecho se realice en *ejercicio* o con *ocasión* de tales funciones o servicios y aún con abuso de unas u otros, sea ajeno a ellos o se verifique durante una interrupción momentánea de los mismos, por ejemplo, para tomarse un descanso o satisfacer una necesidad corporal, o fuera de la presencia del empresario”. *Op. cit.* [nota 1], pág. 369. En el mismo sentido DUCCI, *op. cit.* [nota 1], pág. 104.

³⁴¹ Así, se ha fallado que un empresario es civilmente responsable por el robo de planchas de zinc de una casa vecina, cometido por obreros que trabajan bajo su dependencia en la construcción de un edificio, y que también hay responsabilidad civil por los hurtos que se cometen en contra de los visitantes de una fábrica por parte de los obreros de la misma. Ambos casos referidos por ZELAYA, *op. cit.* [nota 413], pág. 151.

³⁴² Corte de Apelaciones de Santiago, 8 de septiembre de 1953 (RDJ, Tomo LI, sec. 4ª, pág. 82).

cierta relación de causalidad debe existir entre las funciones que realiza el encargado y la responsabilidad del empresario³⁴³. El tema ha sido objeto de amplia discusión en todos los sistemas jurídicos.

Un ejemplar intento de equilibrar los aspectos relevantes para dar por establecida la conexión exigible, es un fallo de la Corte de Casación francesa que expresó: “Atendido que si el empresario (*commettant*), además de los daños causados por su encargado en el ejercicio de sus funciones, puede igualmente ser hecho responsable de las consecuencias dañinas de la actividad de este último cuando tal actividad haya sido ejercida más allá del fin que le ha sido fijado, o más excepcionalmente y según las circunstancias, cuando el encargado ha utilizado, con un fin ajeno a la función, los medios que el empresario le ha provisto, queda sin embargo establecido que la responsabilidad de éste no será comprometida sino cuando existe entre el hecho dañoso y la función una relación de causalidad o conexidad”³⁴⁴.

133. Descarga de la presunción. Cumplidas estas tres condiciones, se presume la culpabilidad del empresario, quien para desvirtuar el efecto de la presunción deberá probar que con la autoridad y el cuidado que su calidad le confiere y prescribe, no ha podido impedir el hecho (artículo 2320 del Código Civil, inciso final).

Como se ha expuesto, la tendencia jurisprudencial ha sido juzgar con extremado rigor la procedencia de esta excusa. Así, se ha fallado que es necesario acreditar que el empresario ha efectuado actos “positivos y concretos” dirigidos a impedir el hecho culpable del dependiente³⁴⁵, y que dichos actos han debido estar orientados a evitar errores en todos los ámbitos relevantes de la actividad empresarial, esto es, en elección e instrucción del personal, en la organización de la actividad empresarial y en la vigilancia de los dependientes a efectos de evitar accidentes³⁴⁶. En la práctica la

³⁴³ Algunos ejemplos sobre el alcance de la relación que debe existir entre las funciones del dependiente y el ilícito que genera responsabilidad para el empresario, en ZELAYA, *op. cit.* [nota 413], pág. 151 y ss.

³⁴⁴ Corte de Casación, 2ª sala civil, 1º de julio de 1954, citado por Henri, Léon y Jean MAZEAUD y François CHABAS, *op. cit.* [nota 125], pág. 508.

³⁴⁵ Corte Suprema, 29 de septiembre de 1942 (RDJ, Tomo XL, sec. 1ª, pág. 212). En otro caso, la misma Corte señaló, en relación con la excusa del empresario, “que si bien puede darse por establecido, de un modo general, que la parte demandada [el empresario] tomaba algunas medidas de prudencia para evitar hechos dañinos de su dependiente o del micro que guiaba, en ningún caso se ha establecido que ellas fueran de tal naturaleza como para evitar el hecho” (14 de noviembre de 1950, RDJ, Tomo XLVII, sec. 1ª, pág. 482). También se ha señalado que “esta circunstancia debe comprobarse fehacientemente y no basta afirmar como se ha hecho en el recurso que por el hecho de ejercer el chofer su trabajo en la vía pública, el patrón está en la imposibilidad de controlarlo; y sería necesario que hubiera demostrado que tomó toda clase de precauciones y cuidados especiales, lo que no ha establecido” (Corte Suprema, 24 de marzo de 1958, RDJ, Tomo LV, sec. 1ª, pág. 27).

³⁴⁶ En este sentido, se ha fallado que “fundada la responsabilidad de los empresarios por los hechos de sus dependientes en la natural obligación que pesa sobre los primeros de elegir empleados idóneos para las diligencias que se les encomienden, i cuidadosos en el cumplimiento de sus deberes, solo pueden exonerarse de esa responsabilidad acreditando que han puesto el cuidado de un buen padre de familia en la elección de sus dependientes o empleados subalternos, indagando su conducta anterior i sus aptitudes para el servicio, instruyéndolos en los deberes de su oficio i vijilándolos convenientemente” [sic] (Corte de Apelaciones de Valparaíso, 6 de diciembre de 1901, Gaceta Jurídica, año 1901, Tomo II, N°3025, pág. 1174). Otras sentencias han desechado la excepción de irresponsabilidad del empleador, fundándose en hechos que acrediten su falta de cuidado. Así, se ha

jurisprudencia suele exigir que se acredite que al empresario le ha sido imposible impedir el hecho, lo que resulta análogo a exigir la prueba de un caso fortuito³⁴⁷.

En este sentido, la jurisprudencia tiende a aceptar el principio de la “representación en la acción” del dependiente, formulado en el derecho francés por George RIPERT³⁴⁸, y que es propio de la responsabilidad *vicaria*³⁴⁹.

En definitiva, las exigencias impuestas por la jurisprudencia han restringido el ámbito de la excusa a la prueba de caso fortuito o fuerza mayor, transformando de *lege ferenda* la responsabilidad del empresario en una forma de responsabilidad estricta por el ilícito cometido nominada o anónimamente por cualesquiera personas que trabajen al interior de la organización empresarial.

V. RESPONSABILIDAD POR HECHO PROPIO DEL EMPRESARIO

134. Responsabilidad civil y penal. Como se ha señalado al tratar de la capacidad, las personas jurídicas son civilmente responsables, aunque estén exentas de responsabilidad penal (así se desprende de lo dispuesto en el artículo 39 del Código de Procedimiento Penal). Ello no ha obstado para que la ley establezca sanciones que presentan analogía penal. Tal es el caso de la disolución por atentados contra la libre competencia, que establece el artículo 3º del Decreto Ley N°211 de 1973 y las sanciones de multas que establecen diversas legislaciones para ilícitos infraccionales de normas de orden público económico³⁵⁰.

dado lugar a la responsabilidad del patrón porque el vehículo cuya conducción encomendó a un empleado “carecía de estabilidad y de las condiciones de seguridad más indispensables, aún para el propio conductor, de manera que no ha podido sostenerse por aquél que adoptó las medidas de previsión que eran de su incumbencia para poner en movimiento el susodicho vehículo a través de las calles de una ciudad” (Corte Suprema, 23 de agosto de 1951, RDJ, Tomo XLVIII, sec. 4ª, pág. 186). También se ha fallado que el empresario responde por designar y mantener en funciones a un individuo que por su estado de salud “no pudo desempeñarse con la eficiencia y competencia técnicas necesarias” (Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de julio de 1957, RDJ, Tomo LIV, sec. 2ª, pág. 43). Asimismo, que la falta de diligencia de un servicio de salud se expresa en “el hecho indubitado de encomendar a un estudiante de quinto año de medicina la atención exclusiva de procesos anestésicos múltiples” (Corte Suprema, 4 de octubre de 1984, RDJ, Tomo LXXXI, sec. 4ª, pág. 206).

³⁴⁷ Una exposición de las técnicas dialécticas empleadas por la jurisprudencia para palear los inconvenientes de la responsabilidad empresarial por culpa presunta y evolucionar hacia una responsabilidad *vicaria*, por la vía de cerrar el camino a las excusas de diligencia, en ZELAYA, *op. cit.* [nota 413], pág. 133 y ss.

³⁴⁸ Sobre la idea de representación en la acción desarrollada por la doctrina francesa, FLOUR y AUBERT, *op. cit.* [nota 339], pág. 237.

³⁴⁹ Así, se ha fallado que “no es aceptable la excepción de irresponsabilidad invocada por la demandada, porque si bien ha probado que instruye y vigila al personal, ello no obsta a la responsabilidad legal que pesa sobre ella por el hecho negligente o culpable de sus empleados ejecutado con ocasión de las funciones que le están confiadas. Y si a pesar de esa instrucción y vigilancia incurre en hechos que causan daños significa que ellas son insuficientes o desobedecidas y no concurren, por tanto, al propósito de evitarlos que indudablemente tiene la Empresa” (Corte de Apelaciones de Valparaíso, 14 de noviembre de 1927, confirmada por la Corte Suprema [cas. fondo], RDJ, Tomo XXVIII, sec. 1ª, pág. 461).

³⁵⁰ Véanse, por ejemplo, DFL 251 de 1931, sobre Compañías de Seguros, artículo 44; DL 3538 de 1980,

Las personas jurídicas responden civilmente tanto por el hecho propio y por el hecho ajeno. Lo que se ha expresado respecto de la responsabilidad del empresario puede ser extendido en amplia medida a las personas jurídicas. En efecto, el empresario usualmente adopta la forma de una persona jurídica (sociedad) y, a la inversa, las personas jurídicas que no pueden ser calificadas de empresas en sentido estricto (corporaciones, fundaciones) están sujetas a principios de responsabilidad análogos a los aplicables a los empresarios en la medida que sus actividades generan riesgos para terceros (club de tiro o de aeromodelismo, por ejemplo).

135. Responsabilidad civil por el hecho propio. Tradicionalmente se ha sostenido que la persona jurídica responde por el hecho propio cuando el ilícito ha sido cometido por un *órgano* en ejercicio de sus funciones.

Sin embargo, el concepto de *órgano* carece de límites bien definidos en materia civil. En principio, son órganos de una persona jurídica todas las personas naturales que actuando en forma individual o colectiva, están dotadas por la ley o los estatutos de poder de decisión, como ocurre, por ejemplo, con la junta de accionistas, el directorio y el gerente en una sociedad anónima³⁵¹.

La noción de *órgano* ha sido extendida a todas aquellas personas dotadas permanentemente de poder de representación, es decir, facultadas para expresar la voluntad de la persona jurídica³⁵². Lo determinante es el poder autónomo y permanente de decisión, materia que es una cuestión de hecho que deber ser analizada en concreto.

A lo anterior se agrega el reconocimiento jurisprudencial en materia civil de la denominada *culpa anónima o difusa*, en virtud de la cual, la persona jurídica es responsable por los actos que naturalmente pertenecen al ámbito de cuidado de sus administradores, sin que sea necesario individualizar al causante inmediato del daño, como ocurre, por ejemplo, en los daños causados por productos defectuosos³⁵³. Más abstractamente, la culpa también puede ser atribuida a *defectos de la organización*, de modo que el ilícito sea atribuido directamente a la persona jurídica.

La responsabilidad de la persona jurídica por el hecho propio, sea de alguno de sus órganos o se exprese en una culpa difusa o en la organización, está sujeta a las reglas generales de la prueba de ese tipo de culpa: por regla general deberá ser probada por la víctima que hace valer la pretensión indemnizatoria, a menos que se cumplan las condiciones para aplicar la presunción general de culpabilidad por el hecho propio del artículo 2329.

sobre la Superintendencia de Valores y Seguros, artículos 27 y 28; y Ley N°18.840, Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile, artículos 58 y 65.

³⁵¹ Ley N°18.046, sobre sociedades anónimas, artículos 31, 49 y 55.

³⁵² “Que entre los responsables civiles por delito o cuasidelito, se encuentran las personas jurídicas que –mediante al actuar de sus representantes- pueden incurrir en hechos ilícitos que acarreen daño a otra persona, y del que deben responder en forma indemnizatoria, como garantes de aquel comportamiento” (Corte Suprema, 29 de agosto de 1974, RDJ, Tomo LXXI, sec. 4ª, pág. 261, publicada además en Fallos del Mes, N°190, sent. 2, pág. 181).

³⁵³ Ver jurisprudencia citada en nota 429.

A pesar de que la responsabilidad de la persona jurídica por el hecho de sus órganos da lugar a una responsabilidad por el hecho propio, nada obsta para que ella accione para hacer efectiva la responsabilidad personal de las personas que conforman el órgano, repitiendo en su contra, según el principio establecido por el artículo 2325 del Código Civil³⁵⁴.

136. Responsabilidad por el hecho ajeno. La persona jurídica responde por el hecho de sus dependientes en los mismos términos que el empresario persona natural, es decir, también se aplica la presunción de culpabilidad por el hecho ajeno y, en consecuencia, se aplica lo expuesto en relación con la responsabilidad del empresario³⁵⁵.

Con todo, se plantea una cuestión de creciente importancia frente a las organizaciones empresariales modernas, esto es, si puede hacerse efectiva la responsabilidad extracontractual de una sociedad controladora por los actos de la sociedad controlada. Como se sabe, en materia contractual es posible comprometer la responsabilidad de la sociedad controladora, matriz o relacionada mediante garantías personales, como la fianza o la solidaridad pasiva. Incluso a falta de estipulación, excepcionalmente podrá perseguirse su responsabilidad en caso de abuso de la personalidad jurídica, cuando el acto que modifica la organización empresarial ha tenido por finalidad eludir una responsabilidad impuesta por el contrato, autorizándose excepcionalmente el descorrimiento del velo de la personalidad jurídica³⁵⁶.

En el ámbito extracontractual, en cambio, para que resulte aplicable la presunción de responsabilidad por el hecho ajeno establecida en el artículo 2320 del Código Civil, es necesario dar por establecido un vínculo de dependencia entre ambas sociedades. Como se ha expresado, la dependencia es una cuestión de hecho. Por esta razón, el simple control accionario de una sociedad por otra no basta para dar por cumplida esta exigencia en la medida que la sociedad que desarrolla la actividad empresarial que ha causado el daño tiene autonomía funcional y patrimonial. Por el contrario, si la sociedad controlada actúa como el medio utilizado por la sociedad controladora para desarrollar actividades productivas riesgosas, cuya dirección efectiva permanece radicada en la primera, puede sostenerse que la controladora debe responder por los daños que ocasione el ejercicio de esa actividad sujeta a su dirección o cuidado. Esta responsabilidad se basa en los principios generales que informan la responsabilidad por el hecho ajeno (sólo que el sujeto de cuidado es una persona jurídica y no una natural). Por lo mismo, para dar por establecida esta responsabilidad extracontractual no es

³⁵⁴ Aplicando este principio, el artículo 48 IV de la Ley N°18.046 sobre sociedades anónimas señala que: “el director que quiera salvar su responsabilidad por algún acto o acuerdo del directorio, deberá hacer constar en el acta su oposición, debiendo darse cuenta de ello en la próxima junta ordinaria de accionistas por el que presida”.

³⁵⁵ La Corte Suprema, en sentencia de 15 de noviembre de 1941, ha señalado que “no puede sostenerse que el artículo 2322 del Código citado se refiera, únicamente, a las personas naturales, ya que nada se expresa en él tendiente a dejar a las entidades morales o físicas al margen de la prescripción que encierra, lo que autoriza para juzgar que la intención del legislador ha sido comprender, en ella, unas y otras” (RDJ, Tomo XXXIX, sec. 1ª, pág. 343).

³⁵⁶ Sobre el descorrimiento del velo de la personalidad jurídica, véase Felipe VIAL, “Responsabilidad civil extracontractual del controlador de sociedades” (memoria de prueba), en *Revista de Derecho Económico*, N°68-69 (1986).

necesario utilizar doctrina alguna sobre descorrimiento del velo de la personalidad jurídica: basta que aparezca como hecho establecido que una persona jurídica carece de autonomía funcional y patrimonial, de modo que deba entenderse bajo el cuidado de otras personas, naturales o jurídicas³⁵⁷.

³⁵⁷ Los vínculos entre sociedades relacionadas se encuentran tratados en la Ley N°18.045, Ley de Mercado de Valores, que se encarga de velar por la transparencia de ese mercado. Sin embargo, dicha ley sólo les impone obligaciones de información, a efectos de resguardar los intereses de quienes invierten en ellas (artículos 96 y ss.).

TÍTULO IV

PRESUNCIÓN DE CULPA Y RESPONSABILIDAD ESTRICTA POR EL HECHO DE LAS COSAS

§ 19. LA CULPA EN EL HECHO DE LAS COSAS

a. *El régimen de responsabilidad por el hecho de las cosas*

136. Culpa por el hecho de las cosas. a) A diferencia de la responsabilidad por el hecho propio y por el hecho ajeno, en que existen presunciones generales de culpabilidad (artículos 2329 y 2320 del Código Civil, respectivamente), en materia de responsabilidad por el hecho de las cosas la ley sólo contempla presunciones específicas, referidas a los daños causados por el hecho de animales, por la ruina de edificios y por la caída de objetos desde la parte superior de un edificio. A ello se agregan algunas hipótesis, también específicas, de responsabilidad estricta.

b) El Código Civil se aparta en materia de responsabilidad por el hecho de las cosas del Código francés, cuyo artículo 1384 establece la regla general de que se responde por el hecho de las cosas que se tienen bajo custodia (*garde*). Esta norma fue entendida originalmente como un caso de aplicación del principio de responsabilidad por culpa. Luego, fue objeto de sucesivos cambios interpretativos que se tradujeron en una evolución bastante dramática del sistema de responsabilidad en ese ordenamiento jurídico.³⁹⁵ A partir del caso de la muerte de un trabajador debido a la explosión de una caldera defectuosa (1896), y a falta de una legislación especial de accidentes del trabajo, se desarrolló una jurisprudencia que culminó estableciendo una responsabilidad estricta de quien tiene una cosa

³⁹⁴ Sobre la responsabilidad que puede corresponder en este caso a la matriz por su propio hecho, *supra* N° 133 b).

³⁹⁵ Sobre el espíritu originario del Código francés y el desarrollo posterior, Planiol/Ripert 1926 N° 328.

bajo su custodia (1930). En consecuencia, interviniendo causalmente una cosa en un accidente, sea o no puesta en movimiento por el que la tiene bajo su custodia, éste no puede excusarse alegando diligencia y sólo es admitida la prueba de una causa ajena al custodio (caso fortuito o fuerza mayor o el hecho de la víctima). De este modo, la jurisprudencia francesa ha dado lugar a un amplio ámbito de responsabilidad estricta, que comprende todos los accidentes en que ha intervenido activamente una cosa que se encuentra bajo custodia ajena (accidentes del tránsito, daños causados por el mal estado de inmuebles, instrumentos quirúrgicos contaminados, caída de árboles, motores industriales que escapan al control de quien lo opera, entre otras innumerables aplicaciones).³⁹⁶

c) En el derecho chileno, como ocurre en general en el derecho comparado, no se conoce una presunción genérica de culpa por el hecho de las cosas.³⁹⁷ Por eso, sólo es posible acudir a la presunción general de culpabilidad por el hecho propio del artículo 2329 del Código Civil, siempre que se trate de daños provocados por cosas peligrosas o que razonablemente y de acuerdo a la experiencia puedan atribuirse a negligencia.³⁹⁸ De hecho, los casos más notorios en que operará un indicio *prima facie* de culpa tienen lugar precisamente cuando una cosa interviene causalmente en el accidente (el arma de fuego, la cañería descubierta y el camino en mal estado, en los ejemplos del artículo 2329).

137. Responsabilidad estricta por el hecho de las cosas. Las presunciones específicas de culpabilidad por el hecho de las cosas pueden desvirtuarse por el dueño o custodio de la cosa, probando su propia diligencia. Por el contrario, en las hipótesis de responsabilidad estricta el dueño o custodio es civilmente responsable por el solo hecho de haber intervenido la cosa en la ocurrencia del daño. En el derecho chileno existen diversos riesgos relativos a cosas que están sujetas a un régimen de responsabilidad estricta. Algunos están referidos en el Código Civil en medio de las reglas que establecen presunciones. Así, se establece la responsabilidad estricta por daños provocados por animales fieros (artículo 2327) y por las cosas que caen o son arrojadas de la parte superior de un edificio (artículo 2328). La mayoría, sin embargo, está tratada en leyes especiales y se hará referencia a ellos al tratar de la responsabilidad estricta (*infra* § 37).

b. *Casos en que se presume la culpa por el hecho de las cosas en el Código Civil*

138. Presunción de culpa por el hecho de animales. a) El artículo 2326 presume la culpabilidad del dueño por los daños causados por un animal,

³⁹⁶ Mazeaud/Chabas 1998 553.

³⁹⁷ La doctrina francesa en la materia sólo ha sido seguida en Bélgica y Luxemburgo (Von Bar 1996 I 122).

³⁹⁸ *Supra* § 14 b.



aun después que se haya soltado o extraviado. El dueño podrá exculparse probando que el daño, la soltura o el extravío del animal no se deben a su culpa, ni a la del dependiente encargado de su guarda o cuidado. El cuidado debido depende, según las reglas generales, del riesgo que el animal supone para terceros.

La misma presunción se aplica a toda persona que se sirve de un animal ajeno, quien será responsable en los mismos términos que el dueño frente a terceros, pero tendrá acción de reembolso contra este último si el daño causado se debió a un vicio del animal que el dueño debió conocer e informarle.³⁹⁹ La víctima del daño podrá dirigir su acción de responsabilidad tanto contra el dueño como contra aquel que se sirve del animal, pues ambos responden solidariamente a su respecto, sin perjuicio de la acción de reembolso que pueda corresponder a quien solventa la indemnización (*infra* N° 278).

b) Tratándose de animales fieros, de que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, el artículo 2327 del Código Civil establece una regla de responsabilidad estricta de la persona *que lo tenga*, por los daños que dicho animal ocasione. La responsabilidad se funda en la tenencia y no en el dominio. Para que el demandado sea obligado a indemnizar los daños que haya provocado, la víctima únicamente deberá probar que se trata de un animal fiero que no presta utilidad para la guarda o servicio de un predio y que el demandado lo tenía bajo su poder, resultando inadmisibles las excusas de éste de haber actuado diligentemente. Este es un caso típico de una responsabilidad agravada por la conjunción de los factores del riesgo (representado por la naturaleza fiera del animal) y de carencia de utilidad de esa fuente de riesgo (*infra* N° 308 a y c).

139. Responsabilidad por ruina de edificios. Referencia. El título de los delitos y cuasidelitos del Código Civil contiene normas sobre responsabilidad por la ruina de edificios (artículos 2323 y siguientes). Éstas son completadas con las acciones posesorias dirigidas contra la obra ruinosa y con la acción de responsabilidad del constructor (artículo 2003 regla 3ª, referido, en materia extracontractual, por el artículo 2324). A su vez, la responsabilidad de los profesionales y del primer vendedor está reglada en la Ley de urbanismo y construcciones (artículo 18) y la de las municipalidades está establecida en esa ley y en el ordenamiento que las rige (Ley de municipalidades, artículo 141). Atendida la complejidad del ordenamiento legal aplicable, la materia será objeto de un análisis especial (*infra* § 54).

140. Responsabilidad por caída de objetos desde la parte superior de un edificio. a) Como en materia de ruina de edificios, el Código Civil otorga una acción *preventiva* y otra *reparatoria*.

³⁹⁹ Alessandri 1943 403, propone el ejemplo del propietario de un caballo que “no obstante saber que tiene el hábito de patear y de morder, no lo da a conocer al arrendatario o comodatario del mismo: si éste es obligado a reparar el daño que el caballo causó a un tercero, puede repetir por el monto de la indemnización en contra del dueño”.

b) Ante todo, se contempla una *acción pública preventiva* para que se remuevan de la parte superior de un edificio u otro paraje elevado objetos que amenacen caída y daño. La acción es análoga a la querrela posesoria de denuncia de obra ruinoso, pero se dirige no sólo contra el dueño, sino, indistintamente, contra éste, o el arrendatario o la persona a quien pertenezca la cosa o se sirva de ella (artículo 2328 II).

c) El mismo artículo 2328 I establece la responsabilidad por daños causados por una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio, respecto de todas las personas que habitan la misma parte. Si los candidatos a responsables son varios, porque no es posible individualizar el lugar desde el cual el objeto ha caído, la indemnización se dividirá entre todos ellos. Esta regla constituye una excepción al principio de la solidaridad establecido en el artículo 2317 del Código Civil.

La excusa exige la prueba de que la caída del objeto se debe a culpa o mala intención de alguna persona exclusivamente, en cuyo caso sólo ésta será responsable. En otras palabras, sólo se pueden liberar los candidatos a causantes del daño identificando el lugar preciso desde donde cayó o fue arrojado el objeto (esto es, probando que ellos no intervinieron en el curso causal); en consecuencia, se trata de una responsabilidad estricta.⁴⁰⁰

d) Una vez probado que el objeto cayó o fue arrojado desde algún lugar específico, se entiende que el daño es atribuible a malicia o negligencia de quien allí habita. Queda la duda, en tal evento, cuál es la prueba de diligencia que le puede servir de excusa suficiente; por eso, en la práctica, la responsabilidad es estricta y sólo admite la excusa de fuerza mayor (véase también *infra* N° 315).

⁴⁰⁰ En contra, Alessandri 1943 442 y 447, quien estima que la responsabilidad es por culpa presumida; en igual sentido, Corral 2003 249.



CUARTA PARTE. RESPONSABILIDAD ESTRICTA

I. INTRODUCCIÓN

144. Noción. La responsabilidad estricta prescinde de la culpa como criterio de atribución: basta que el daño sea consecuencia de un hecho de la persona cuya responsabilidad se persigue, para que surja la obligación de indemnizar. En consecuencia, la causalidad es el elemento determinante de este tipo de responsabilidad.

145. Evolución histórica. Como se ha expuesto, en su formulación más arcaica la responsabilidad obedeció a una noción cercana a la idea moderna de responsabilidad estricta. La evolución del derecho romano, la influencia moralizante del cristianismo en los canonistas, y el pensamiento liberal, contribuyeron al establecimiento de un principio general y abstracto de responsabilidad por culpa en la tradición jurídica romanista.

Durante el siglo XIX, el avance de la industrialización y el surgimiento de las economías modernas pusieron en discusión este principio general en áreas críticas, como son los daños provenientes de actividades peligrosas y de accidentes del trabajo. Diferentes estatutos legales especiales han establecido regímenes de responsabilidad estricta en el derecho chileno, siguiendo orientaciones del derecho comparado.

§ 36. LA RESPONSABILIDAD POR CULPA Y LA RESPONSABILIDAD ESTRUCTA A LA LUZ DE LOS FINES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

304. Planteamiento. Desde la época del derecho natural racionalista no se conocía una reflexión tan intensa como en el último tercio del siglo XX acerca de los fines del derecho civil y, en especial, de la responsabilidad civil. La discusión ha estado centrada en dos órdenes de cuestiones, que son diferentes, pero conexos entre sí.

La discusión se ha referido a los fines que permiten la debida comprensión del derecho privado (*supra* § 3). Mientras los partidarios del aná-

¹¹ Los orígenes coinciden con el retardo de establecer en Francia una legislación sobre accidentes del trabajo y con el postulado correlativo de una responsabilidad estricta por el hecho de las cosas inanimadas, propuesta como interpretación del artículo 1384 del Código francés (Josserand 1897). Esta doctrina fue acogida por la jurisprudencia de la Corte de Casación francesa con una generalidad que no conoce paralelo en el derecho comparado: la responsabilidad estricta se extiende a todo daño en cuya producción haya intervenido una cosa, aunque haya sido accionada por la mano del hombre (caso *Jand'heur*, referido por Viney/Jourdain 1998 608). Una reseña de la temprana crítica doctrinaria a la generalización de la doctrina del riesgo en Colin/Capitant 1921 367, Planiol/Ripert 1926 N° 863 ter.

¹² *Infra* N°s 307 y 310.

¹³ Zweigert/Kötz 1996 598.

lisis económico del derecho tienden a subsumir todas las preguntas del derecho privado bajo un criterio de eficiencia (¿cuál es la regla que produce el resultado social más beneficioso?),¹⁴ una corriente contraria ha procurado rescatar la tradición que entiende el derecho civil como un ordenamiento provisto de su propia lógica interna, cuyas instituciones no pueden ser correctamente comprendidas como instrumentos técnicos para procurar fines públicos, porque su fin se agota en definir en términos justos la relación concreta entre las partes (¿cuál es la regla que constituye la solución correcta del conflicto entre el autor del daño y la víctima a la luz de los principios de justicia correctiva?).¹⁵

Una vez analizada la responsabilidad por culpa y reseñadas las características básicas de la responsabilidad estricta, en esta sección serán analizados ambos estatutos de responsabilidad en la dimensión de esos fines de justicia y de prevención. Para ello se asume que el derecho civil es un ordenamiento que debe dar soluciones justas para conflictos privados y que, dentro del marco de posibilidades que abre ese principio de justicia, debe procurar que las reglas cumplan una función que se acerque al óptimo de prevención de los accidentes.

a. *Los estatutos de responsabilidad a la luz de la justicia correctiva*

305. La idea de justicia correctiva como criterio de responsabilidad. a) La justicia correctiva atiende a la relación entre el autor del daño y la víctima. Su objeto es restablecer el orden alterado por el hecho que genera la responsabilidad. Por eso, la ventaja del principio regulador de la justicia correctiva radica en que adopta la dimensión de la relación jurídica de derecho privado.¹⁶ No se pregunta por fines que son ajenos a la particular relación entre las partes, como ocurre con las diversas versiones del enfoque utilitarista, incluida la perspectiva del análisis económico del derecho. La pregunta no es por la regla social más eficiente, sino por la regla que establece la correcta ordenación de los intereses de las partes.

Desde el derecho romano la justicia correctiva refleja la perspectiva moral dominante en el modo de pensar del derecho privado. Expresa la actitud que con naturalidad adopta el juez al momento de resolver un conflicto, porque responde al razonamiento práctico por excelencia, como

¹⁴ *Supra* § 3 b.

¹⁵ *Supra* § 3 a.

¹⁶ La *justicia correctiva* es un concepto desarrollado por Aristóteles al tratar de la justicia como virtud (Aristóteles *Ética Nicomaquea* 5.4.1131 b). El concepto es adoptado por Tomás de Aquino, con expresa referencia a Aristóteles, pero traducido como *justicia conmutativa* (*Suma de Teología* II-II a. 61 q. 1). En este libro se ha optado, en materia de responsabilidad extracontractual, por la denominación 'justicia correctiva' (que se ha hecho común en el renacimiento contemporáneo de la tradición aristotélica), asumiendo que el término 'justicia conmutativa' se adapta preferentemente a las relaciones contractuales.



es declarar si una persona es responsable frente a otra por los daños atribuibles a su hecho. Por eso, la perspectiva de la justicia correctiva ayuda a comprender el derecho de la responsabilidad civil *desde dentro*, como un orden que aspira a resolver conflictos entre personas que interactúan en sociedad. La justicia correctiva expresa la moral básica del deber, que es propia del derecho privado.¹⁷

b) Sin embargo, la comprensión de la responsabilidad civil a la luz de la justicia correctiva *también* cumple funciones sociales importantes.¹⁸ Un derecho privado orientado a resolver conflictos entre partes, sobre la base de considerar si es injusta la conducta del demandado, constituye la estructura básica que dinamiza un orden social espontáneo, basado en las ideas regulativas de la libertad y de la responsabilidad personal (*supra* N° 20).¹⁹

En este libro se asume que el derecho de la responsabilidad civil adopta, en la práctica, la perspectiva justificatoria de la justicia correctiva, porque ésta responde a su naturaleza de derecho *privado* y, además, porque su función social de mantener un orden que garantice el bienestar es cumplida en la medida en que asuma ese principio normativo, que es diferente al característico de la técnica social típica de las regulaciones.²⁰

c) Asumido que la justicia correctiva tiene un papel significativo en la comprensión y desarrollo del derecho de la responsabilidad civil, aún no está dicho de qué manera los regímenes de responsabilidad por culpa y de responsabilidad ectrica responden a ese criterio normativo. En su forma más pura, la idea de justicia correctiva expresa la estructura del juicio de responsabilidad, pero no proporciona criterios sustantivos para atribuirla (*supra* N° 14). En los próximos párrafos se hará una breve referencia a la discusión respecto a los fundamentos de cada tipo de responsabilidad.

306. La responsabilidad por culpa a la luz del principio de justicia correctiva. a) La persistencia de la responsabilidad por culpa como régimen general y supletorio se explica por la sencillez de su justificación.

La negligencia supone poner en riesgo a los demás más allá de lo que resulta razonable, atendidas las circunstancias de la acción. Aunque no se actúe con intención de dañar, la culpa supone utilizar voluntariamente a los demás como medios disponibles para los propios fines. Así se explica que la negligencia seguida de daño desencadene en los sistemas jurídicos

¹⁷ La idea de moral del deber, en oposición a una moral de aspiración, fue desarrollada en Fuller 1969 3; véase también Hayek 1973/79 II 33.

¹⁸ Para esta distinción entre lo que es una práctica normativa y aquello para lo cual es *funcional*, Coleman 2001 14.

¹⁹ Hayek 1973/79 I 31.

²⁰ Barros 2001 19. Como se muestra en ese texto, este postulado no pretende afirmar que el derecho *no puede* ser instrumento de fines concurrentes con principios de justicia correctiva (de justicia distributiva o de eficacia preventiva, por ejemplo); sólo afirma que el enfoque de la justicia correctiva subyace desde el derecho romano a la *práctica* del derecho privado, entendido como orden de las relaciones entre personas (en el caso de la responsabilidad civil, entre el autor del daño y la víctima).

más diversos el juicio de responsabilidad. Y aunque rijan en ciertos ámbitos de actividad estatutos de responsabilidad estricta que se superponen al de responsabilidad por culpa, ocurre que la culpa, a diferencia del mero riesgo, es un criterio de responsabilidad que puede cubrir todos los ámbitos de la acción humana.

En verdad, el desarrollo del derecho de la responsabilidad civil puede ser entendido como una práctica que ha dado forma progresiva a postulados de justicia correctiva.²¹ Y en esa práctica judicial y argumental, que se ha extendido por más de dos milenios, la comisión de un acto injusto que causa daño a otro ha sido siempre *justificación suficiente* para imponer responsabilidad.²²

La doctrina jurídica ha refinado las condiciones de aplicación del principio, precisando los requisitos de la responsabilidad por negligencia (voluntariedad del hecho, culpa, daño y causalidad). Pero se ha conservado la estructura básica del sistema general y supletorio de responsabilidad, que responde a ese criterio de justicia correctiva, donde el papel del juez es restablecer la igualdad que ha sido rota por el hecho injusto que ha provocado el daño.²³

En suma, aunque la culpa no sea el único criterio de atribución de responsabilidad, la circunstancia de que el daño pueda ser atribuido a la infracción de un deber de cuidado es razón suficiente para imponerla.²⁴

b) Se ha mostrado, sin embargo, que existen límites a la identidad del juicio moral con el jurídico en materia de responsabilidad civil. Esa diferencia se muestra especialmente en que el derecho no considera la culpa del mismo modo que la moral. Mientras el juicio moral de culpabilidad admite la excusa referida a las particulares debilidades del autor del daño, se ha visto que ella no es admisible, por lo general, en el juicio de responsabilidad civil. El derecho privado exige que se sacrifique lo individual a efectos de que pueda existir un orden conocido que dé forma a nuestras expectativas (*supra* N° 47). En cierto sentido, la responsabilidad por culpa también es estricta, porque puede ser impuesta aunque el demandado no haya estado en condiciones de actuar del modo exigido.²⁵

Ese compromiso entre objetividad y reproche a la conducta puede explicarse como una concesión a la necesaria generalidad de las reglas que ordenan la vida social. Por lo mismo, a diferencia de la moral, el juicio jurídico de responsabilidad no constituye un reproche subjetivo a la persona, sino uno objetivo referido a su conducta.

²¹ La idea de la justicia correctiva como correlato a una práctica de resolución de conflictos puede consultarse en Coleman 2001, especialmente 375.

²² Kaser 1971 I 504, Zimmermann 1990 1027.

²³ Aristóteles *Ética Nicomaquea* 5.4.1132 a.

²⁴ Von Jhering 1879 40, con la agudeza que lo caracterizaba, planteó el lugar prevalente de la culpa como fundamento de la responsabilidad en la tradición del derecho romano, afirmando que se es responsable en razón de haber actuado culpablemente y no del daño.

²⁵ Honoré 1999 18.



307. ¿Puede justificarse la responsabilidad estricta por consideraciones de justicia correctiva? a) Todos los sistemas jurídicos conocen ámbitos regidos por regímenes de responsabilidad estricta. En algunos casos, puede ocurrir que la responsabilidad estricta sea un camino para satisfacer *finés públicos* distintos a la justicia correctiva.²⁶ Dentro de los límites establecidos por la Constitución, el legislador siempre tiene la posibilidad de establecer reglas especiales de responsabilidad que sigan la lógica de las regulaciones (como propone esencialmente el análisis económico del derecho y como resulta, en general, de la ejecución de políticas públicas de fundamento pragmático).

b) Sin embargo, la responsabilidad estricta también puede resultar de una *exigencia interna de justicia correctiva*. Mientras en la responsabilidad por culpa la justificación de la responsabilidad se encuentra en el injusto de la conducta, en la responsabilidad estricta hay que encontrarlo en el injusto de que sea la víctima quien soporte el riesgo del daño.²⁷ En ciertos grupos de casos, es la *lesión objetivamente injustificada de intereses ajenos*, con independencia de todo juicio sobre la conducta del autor del daño, lo que permite fundar la responsabilidad estricta.

c) Desde una perspectiva radicalmente individualista, se ha argumentado que la responsabilidad estricta tiene su fundamento en la *mera lesión de un derecho*. Cada persona es titular del goce exclusivo de sus derechos, de modo que toda intrusión dañina en ese goce, al menos presuntivamente, debería ser fuente de responsabilidad.²⁸ Desde esta perspectiva, toda lesión al derecho ajeno debe ser indemnizada, a menos que exista una razón que la justifique. La argumentación puede ir más allá de un enfoque radicalmente individualista, porque incluso desde el punto de vista de la relación entre las partes, se puede asumir que todo daño que alguien causa a otro supone, alternativamente, atribuir la ‘responsabilidad’ al autor o a la víctima, porque la pregunta se refiere a quién habrá de soportar en definitiva ese daño: “En la medida que el comportamiento de ninguna de

²⁶ Es interesante que la justificación de la responsabilidad estricta en razones opuestas, de orientación individualista y distribucionista devenga en el mismo resultado. Si se asume un individualismo radical (que en el pensamiento norteamericano es denominado *libertarianism*), los derechos son concebidos como una forma de propiedad, cuya interferencia debe dar lugar a acciones reparatorias de derecho estricto, sin consideración a si se actuó con culpa (el argumento fue desarrollado de modo especialmente brillante por Epstein 1973); por razones encontradas, desde un punto de vista social, la responsabilidad estricta es valorada como un sistema de distribución de los costos de los accidentes (Calabresi 1970 55). En *supra* § 3 se han analizado las diferencias entre estos criterios y la justicia correctiva.

²⁷ Esta distinción entre injusto de la acción (*wrongdoing*) y del acto (*wrong*) proviene de Coleman 2001 332; desde el punto de vista de los bienes que protege el derecho, el conflicto aparece entre libertad (del autor del daño) y seguridad (de la víctima); agradezco esta observación a C. Banfi.

²⁸ Así, por ejemplo, Epstein 1987 1 (a propósito de la interferencia en contrato ajeno como ilícito de intervención en un bien económico poseído por un tercero, como es el crédito contractual).

las partes es objeto de reproche moral, ¿por qué usar ese criterio moral para atribuir responsabilidad?”.²⁹ Y, en tal caso, ¿no es más justo atribuir la responsabilidad al autor del daño y no a la víctima?

El argumento es discutible desde diversas perspectivas.³⁰ Lo más decisivo es que una doctrina radical de responsabilidad estricta no se puede sostener como una práctica generalizada: el derecho de la responsabilidad civil necesariamente debe establecer criterios adicionales a la mera causalidad, porque no es imaginable una sociedad donde debamos responder de todas las consecuencias dañinas que se sigan de nuestras acciones y omisiones (*supra* N° 7). Ese es el fundamento, incluso pragmático, del principio de negligencia, que asume que los daños se radican donde caen, a menos de haber alguna razón para atribuir responsabilidad a un tercero.³¹

d) El enfoque justificatorio más generalizado de la responsabilidad estricta prescinde de todo juicio de valor acerca de la conducta del agente. En tal sentido, supone agregar un grado adicional de objetividad en comparación con la responsabilidad por culpa, porque la responsabilidad estricta es indiferente de todo juicio de valor acerca de la conducta del demandado. Atendidas las circunstancias, *el hecho puede ser tenido per se por injusto*, con prescindencia de si el demandado obró con culpa.³²

La historia del pensamiento jurídico conoce innumerables argumentos de justicia para establecer estatutos de responsabilidad estricta. El más frecuente se refiere a la imposición unilateral de riesgos: si alguien desarrolla una actividad en su sólo provecho, del mismo modo como se aprovecha de sus ventajas, debe hacerse cargo de las consecuencias dañosas que de ella se siguen para terceros.³³ El problema del argumento reside en

²⁹ Epstein 1999 87.

³⁰ Críticos del argumento de una responsabilidad estricta como criterio general de responsabilidad, Coleman 2001 315, con el argumento de que la idea relacional de justicia correctiva no autoriza para confundir injustos (*wrongs*) con daños; Weinrib 1995 176, quien, asumiendo una posición kantiana, afirma que si bien la propiedad puede ser entendida como una materialización de la libertad del titular en el mundo exterior, ello también vale para quien causa el daño, de modo que su responsabilidad sólo nace cuando su conducta es inconsistente con la idea de libertad en la acción; Gordley en Owen 1995 142, señala que la tesis de Epstein requiere de calificaciones, porque no es imaginable un orden en que respondamos de todos los daños que se siguen de la acción, de modo que al final del día termina con resultados análogos a la responsabilidad por culpa, sólo que por un camino más tortuoso.

³¹ Holmes 1923 95.

³² Esta línea argumental proviene de la distinción antes referida de Coleman 2001 331, entre ‘actuar injusto’ e ‘injusto’.

³³ El argumento aparece en Pufendorf, *De Iure Naturae et Gentium Libri Octo* (1668), y fue tomado por Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (1713), ambos citados por Gordley en Owen 1995 152; más recientemente ha sido refinado por Fletcher 1972 *passim*, sobre la base de distinguir situaciones de reciprocidad en la atribución de riesgos y situaciones de unilateralidad, en que sólo el autor del daño impone el riesgo sobre las víctimas. Un desarrollo contemporáneo de esta idea a la luz de los casos típicos de responsabilidad estricta en Bälz 1992 *passim*.



que todos atribuimos riesgos y nos beneficiamos en nuestras interacciones recíprocas, de modo que no se puede justificar la responsabilidad estricta en un criterio tan general.³⁴

En el párrafo siguiente, en conciencia de las dificultades de toda generalización, se intentará identificar los principales grupos de casos para los cuales la doctrina y el derecho comparados coinciden en estimar que es justo y debe aplicarse un régimen de responsabilidad estricta.

308. Grupos de casos en que se estima justo que la responsabilidad sea estricta. Si se atiende a la práctica comparada, se comprueban ciertas constantes que muestran razones típicas de justicia correctiva para que ciertos riesgos queden sometidos a un estatuto de responsabilidad estricta. Es el caso *i)* de las actividades especialmente peligrosas, *ii)* de la responsabilidad por el hecho de los dependientes, *iii)* de situaciones en que las partes no pueden ser tenidas por iguales frente al riesgo y *iv)* de bienes especialmente valiosos o vulnerables, que no pueden ser suficientemente cautelados mediante la responsabilidad por negligencia.

a) Actividades especialmente peligrosas. Ya en el derecho romano se conocían casos de responsabilidad estricta basados en la peligrosidad de la conducta, referidos a la caída de objetos desde la parte superior de edificios y a los daños causados por animales peligrosos.³⁵

Los ámbitos modernos de responsabilidad estricta se asocian preferentemente a riesgos creados por la tecnología. Así ocurrió tempranamente en el siglo XIX con los ferrocarriles, a partir de la ley prusiana de 1838 (cuyo texto tiene su origen en Von Savigny).³⁶ Es usual que cuando una tecnología es introducida no se tenga noción acerca de la intensidad y de las capacidades de prevención de los riesgos asociados; a menudo la legislación efectúa una composición de intereses, autorizando la actividad que se tiene por riesgosa a condición de que quede sometida a un régimen de responsabilidad estricta.³⁷ Por eso, no es extraño que estén regidas por estatutos de responsabilidad estricta actividades que en su momento causaron alarma acerca de los riesgos conexos (ferrocarriles, aeronavegación, energía nuclear y, más recientemente, ingeniería genética).

Desde el punto de vista de la justicia correctiva, la atribución de responsabilidad estricta para actividades inherentemente riesgosas tiene una justificación análoga a la culpa.³⁸ Si alguien impone un riesgo excesivo a

³⁴ Gordley en Owen 1995 153.

³⁵ Kaser 1971 I 628 y 633.

³⁶ Laufs 1994 27.

³⁷ Es interesante, con todo, que una vez introducido un estatuto de responsabilidad estricta en razón de riesgos incalculables, no se regrese *jamás* al régimen de responsabilidad por negligencia luego que el riesgo se muestra controlable, como ha ocurrido en el derecho comparado con los ferrocarriles y, especialmente, con la navegación aérea (Von Bar 1996 II 343).

³⁸ Así la temprana intuición de Planiol 1906 292. Fuller 1969 75, analizando la moral que hace posible el derecho, expresa que en estos casos la responsabilidad se explica “porque los riesgos asociados [al uso de explosivos] son tales que ningún nivel de cuidado o previsión puede evitar ocasionales daños no intencionales en la propiedad o las personas”.

los demás, debe asumir los costos de los daños, aunque haya actuado con diligencia. Esta idea se remonta a Luis de Molina, el gran civilista de la escolástica española, quien sostenía que uno debe ser responsable, con prescindencia de la culpa, si emprende una actividad tan peligrosa que sólo puede ejecutarse si se tiene la intención de pagar los daños que de ella resulten.³⁹ En esencia, este argumento es reiterado hasta nuestros días desde las más diversas perspectivas,⁴⁰ y sirve de fundamento para la introducción de leyes que establecen regímenes de responsabilidad estricta respecto de actividades específicas; pero, en algunos sistemas jurídicos, también ha servido para establecer un principio de derecho común, que establece responsabilidad estricta respecto de los daños provocados por actividades que suponen un especial riesgo.⁴¹ El mismo argumento de la peligrosidad de la acción también permite construir la más indiscutible de las hipótesis de presunción de culpabilidad por el hecho propio en nuestro derecho (*supra* N° 95).

b) Responsabilidad vicaria. La responsabilidad vicaria, esto es, la responsabilidad estricta por las negligencias incurridas por los dependientes, tiende a ser una regla en el derecho contemporáneo⁴² (*supra*

³⁹ *De Iustitia et Iure Tractatus* (1614), citado por Gordley en Owen 1995 152.

⁴⁰ Weinrib 1995 188 (en la dimensión de la justicia correctiva), Posner 1992 171 (desde la perspectiva de la eficiencia preventiva) y Larenz/Canaris 1994 605 (desde un punto de vista jurídico dogmático).

⁴¹ Von Bar 1996 I 372. Así ocurre liberalmente en el derecho francés con el instituto de la responsabilidad por el ‘hecho de las cosas’, que ha devenido en una responsabilidad estricta que es independiente de su peligrosidad, como consecuencia de una interpretación literal del artículo 1384 del Código Civil francés (Flour/Aubert 2003 237). Más precisamente, en el derecho norteamericano el riesgo excesivo da lugar a una regla general de responsabilidad estricta por actividades anormalmente peligrosas; Restatement/Torts II 519, establece el siguiente principio: “(1) Quien lleva a cabo una actividad anormalmente peligrosa es responsable por los daños a la persona, a los inmuebles y demás bienes de otro, y que resulten de esa actividad, aunque haya ejercido el mayor cuidado en prevenir el daño; (2) Esta responsabilidad estricta está limitada al tipo de daño cuya posibilidad hace que la actividad sea anormalmente peligrosa”. Restatement/Torts II 520 define las circunstancias que hacen una actividad excesivamente peligrosa: “alto riesgo de causar algún daño en la persona, inmuebles o demás bienes de otro; probabilidad de que el daño resultante sea significativo; imposibilidad de eliminar el riesgo con un razonable cuidado; que la actividad no sea de ejercicio general; impropiedad del lugar donde la actividad es ejecutada; y extensión en que el bienestar de la comunidad es superado por los peligros de la actividad”. La peligrosidad anormal ha sido incorporada también como criterio general para dar lugar a una responsabilidad estricta en los *Principles of European Tort Law*; se entiende que es anormal la peligrosidad si “(a) crea un riesgo de daño previsible y significativo aunque se emplee todo el cuidado debido en su ejercicio y b) no es una actividad de uso común” (Principles/Torts, artículo 5.101). El mejor desarrollo de la idea de riesgo excesivo como criterio general de responsabilidad estricta me parece que se encuentra en el nuevo Código holandés (Cód. hol., §§ 6.173 a 6.177).

⁴² Zweigert/Kötz 1996 639; y donde no lo es, como en el caso del derecho alemán, la jurisprudencia ha encontrado caminos para que en la práctica lo sea, de manera análoga a la responsabilidad vicaria (ídem 633). Ese es también el caso de la responsabilidad de los dependientes en el derecho chileno (*supra* N° 119). Un completo desarrollo de la idea de responsabilidad vicaria en Zelaya 1995 y en sus otros escritos sobre responsabilidad de empresarios (Zelaya 1993, 1997, 1998 y 2004).



Nº 104). Ya en el derecho romano, la responsabilidad por el hecho culpable de los dependientes era ectrica.⁴³ Por otro lado, la responsabilidad vicaria no es un caso puro de responsabilidad ectrica, porque presupone que el dependiente por cuyo acto se responde haya actuado negligentemente. En materia de responsabilidad del Estado, la responsabilidad vicaria del mismo se extiende a situaciones en que un servicio ha sido entregado en concesión a un tercero, en la medida que haya envuelto un deber de servicio por parte de la Administración Pública frente a la comunidad (*infra* Nº 368).

La responsabilidad vicaria asume que el hecho del dependiente es indisociable de la actividad que lleva a cabo el principal, porque la empresa debe ser considerada como una unidad.⁴⁴ En parte, este criterio explica que en el derecho chileno la responsabilidad del empresario haya sido progresivamente calificada por la jurisprudencia como una responsabilidad por el hecho propio, referida a la organización empresarial en su conjunto, más que como responsabilidad por el hecho del dependiente (*supra* Nº 129).

Con todo, el argumento a favor del establecimiento de una responsabilidad vicaria parece ser más complejo, pues ésta inequívocamente comprende aspectos correctivos y distributivos: por un lado, el control de la actividad es ejercido por el principal, de modo que los actos de los dependientes son en cierto sentido también los suyos; por el otro, es el empresario quien gana provecho de esa actividad, por cuya cuenta actúa el dependiente, de modo que no parece equitativo que conserve las utilidades y no se haga cargo de indemnizar a las víctimas de los daños provocados por el desarrollo impropio de su actividad rentable.⁴⁵ Finalmente, no es justo para con las víctimas que el dependiente, que generalmente carece de medios, pueda resultar siendo el único responsable de los daños (si el principal tiene éxito en su excusa de diligencia), en circunstancias que es el empresario quien le ha delegado esas tareas.⁴⁶

c) Regímenes de protección de víctimas que se encuentran en una posición estratégica de desventaja respecto del autor del daño. Al menos en dos grandes grupos de casos la responsabilidad ectrica persigue corregir asimetrías en la posición de las partes, que dificultan juzgar sus posiciones relativas a la luz de un principio formal de igualdad: los trabajadores en relación con sus empleadores y los consumidores en relación con los productores. La asimetría no debe entenderse en términos distributivos (el

⁴³ Kaser 1971 I 161, con referencia a que esta responsabilidad *noxal* se remonta a la solidaridad del clan en el derecho primitivo; también Zimmermann 1990 1118. En el derecho moderno se introdujo la idea de la responsabilidad por culpa presunta como una concesión al principio de culpabilidad y en razón de una equivocada lectura de las fuentes romanas (Zweigert/Kötz 1996 633).

⁴⁴ Weinrib 1995 186, Millet 2001 195.

⁴⁵ Honoré en Owen 1995 85.

⁴⁶ Savatier 1951 356.

rico también desempeña el rol social de consumidor),⁴⁷ sino de control de la información relevante y del riesgo.⁴⁸ Aunque el derecho privado asume el principio de la igualdad abstracta entre las personas,⁴⁹ esta idea debe ser corregida para hacerse cargo de las situaciones de asimetría estratégica, en que deja de ser justo asumir que las partes son iguales. La función de la responsabilidad estricta es análoga en estos casos al principio de buena fe en el derecho de los contratos: hay situaciones típicas en que la justicia de la relación exige adecuarse pragmáticamente a la realidad, modificándose el supuesto de que las partes son iguales.

La responsabilidad estricta por *accidentes del trabajo* pertenece a la primera legislación social del siglo XIX. La indefensión y la asimetría de posición entre el trabajador y sus empleadores era evidente. El primero debía mostrar la culpa de los segundos para tener derecho a reparación por los daños corporales sufridos en el manejo de una máquina. Esto provocó incluso que, donde no fue introducida una legislación especial, los jueces tendieran a torcerle la nariz al principio de la responsabilidad por culpa. En Chile, la materia no está sujeta a un estatuto de responsabilidad estricta, sino regulada en la forma de una ley de seguro obligatorio, que garantiza prestaciones básicas, y que puede concurrir con las normas de derecho común sobre responsabilidad en el evento que el empleador haya actuado culpablemente⁵⁰ (*infra* § 51).

Un segundo grupo de casos, a cuyo respecto la generalidad del derecho comparado suele introducir un estatuto calificado de responsabilidad estricta, es en materia de *responsabilidad por productos defectuosos*. También en estos casos las ventajas estratégicas en materia de medios de prueba y de control del riesgo por parte del productor justifican un correctivo al régimen supletorio de responsabilidad. Es interesante que la responsabilidad estricta no se funda en este caso en la mera causalidad, sino en el *defecto* del producto. Como se ha visto, este es un caso de responsabilidad estricta calificada, que, en la práctica, se encuentra en la frontera de la responsabilidad por culpa presunta, que rige en el derecho chileno, en la medida que puede asumirse que la negligencia en el proceso de fabricación se muestra en el defecto (*infra* § 53).

d) Protección de ciertos bienes públicos. El derecho civil es un instrumento descentralizado de control social. La culpa es el criterio que permite discriminar, por lo general, entre la conducta correcta y la abu-

⁴⁷ La función distributiva de la responsabilidad civil suele ser planteada por la doctrina económica como una cuestión de internalización de los costos de una actividad. En la doctrina civil es interesante el desarrollo efectuado por J. Esser entre responsabilidad por injusto y por suerte (*Glück*), donde la responsabilidad estricta aparece como un mecanismo para distribuir esta última (Esser/Weyers 1980 230).

⁴⁸ Sobre la influencia de la idea de control de riesgo en la doctrina francesa de la responsabilidad estricta, Millet 2001 190; una justificación general de la responsabilidad estricta desde la perspectiva del control exclusivo del riesgo en Larenz/Canaris 1994 605.

⁴⁹ Owen en Owen 1995 208.

⁵⁰ Ley N° 16.744, sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, artículo 69.



siva y, al entregarse a la víctima del daño la acción para reclamar sus perjuicios, el bien general se cautela mediante la acción privada. Por otra parte, el análisis personalista de la justicia correctiva propende a la reparación del injusto en la medida que se hayan afectado intereses privados relevantes.

Distinto es el caso de la lesión de bienes que no pueden ser atribuidos individualmente a una persona determinada, sino que afectan en porciones a veces infinitesimales a todos los miembros de la comunidad. Es lo que ocurre, por ejemplo, con el *daño ambiental*: es una lesión a un bien valioso, que, sin embargo, generalmente no pertenece a nadie en particular. En atención al valor que se atribuye al bien lesionado y a la frecuente ausencia de un derecho subjetivo personalizado, el derecho comparado tiende a establecer una titularidad pública de las acciones reparatorias y somete a un estatuto de responsabilidad estricta la reparación en naturaleza de daños resultantes de instalaciones especialmente peligrosas (*infra* § 55).

b. *Los estatutos de responsabilidad a la luz del análisis económico del derecho*

309. Indiferencia en abstracto entre ambos regímenes desde un punto de vista preventivo. a) El análisis económico de la responsabilidad civil procura discernir la regla que otorga los incentivos adecuados para obtener un resultado óptimo desde el punto de vista del bienestar general. Asumido este supuesto, en general se coincide en que la estructura de incentivos de la responsabilidad por negligencia y estricta son equivalentes respecto a este fin.⁵¹

b) Según la fórmula que se ha mostrado en el capítulo sobre la culpa, la ecuación económica de la negligencia está dada por el costo de los accidentes, que es función de la intensidad y probabilidad del daño, y por los costos de prevención (*supra* N° 66).

Así, las variables más evidentes que debe considerar el análisis a efectos de encontrar la solución normativa óptima de prevención son *i)* el costo que suponen los accidentes, *ii)* el costo de prevenir que ellos lleguen a ocurrir y *iii)* los beneficios que se siguen de la respectiva actividad. Para efectos analíticos, supongamos la siguiente matriz para estos costos.

⁵¹ Shavell 1987 8, Epstein 1999 94, Abraham 2002 159. La demostración inicial de la indiferencia de las reglas de responsabilidad, a falta de costos de transacción, en Coase 1960 *passim*.

CUADRO N° 1

<i>Utilidad de la actividad</i>	<i>Gasto de prevención</i>	<i>Costo accidentes⁵²</i>	<i>Utilidad social neta</i>
60	0	50	10
60	10	20	30
60	15	10	35
60	20	8	32
60	25	7	28

De este cuadro se sigue que el óptimo de gastos de cuidado es (aproximadamente) 15, porque si se invierte menos en precauciones preventivas los costos de los accidentes serán de tal modo elevados, que el beneficio neto será inferior al óptimo; el mismo razonamiento se puede hacer en la dimensión inversa: si se gasta demasiado en prevención, los gastos de cuidado adicionales no son compensados por los menores costos de accidentes debidos a esas precauciones preventivas marginales.

c) Bajo un régimen de responsabilidad por culpa se puede asumir que el umbral de cuidado debido está definido por los costos de prevención, por un lado, y por las indemnizaciones que deben pagarse a las víctimas si no se ha ejercido el debido cuidado, por el otro. Por consiguiente, de acuerdo con este esquema explicativo, podría asumirse que quien desarrolla la actividad responderá de los daños y perjuicios que de ella se siguen si las prevenciones empleadas se encuentran en un nivel inferior a 15.

En consecuencia, desde un punto de vista teórico, el sistema es autoadaptativo: la regla de negligencia establece el incentivo correcto para emplear el nivel óptimo de cuidado, porque si se invierte menos en precauciones, los costos marginales en indemnizaciones serán superiores a los ahorros en costos de prevención; a la inversa, no hay incentivo para invertir en exceso, porque ello no se ve compensado con una disminución equivalente de los costos que quien desarrolla la actividad debe asumir por las indemnizaciones por los daños que se siguen de los accidentes.

d) Pero exactamente *el mismo resultado se obtiene bajo un régimen de responsabilidad estricta*. Quien desarrolla la actividad va a tener que indemnizar a todas las víctimas de accidentes, de modo que tendrá incentivos para invertir en precauciones hasta el punto en que el gasto marginal en prevención deje de estar compensado por un ahorro en el pago de indemnizaciones.⁵³

⁵² Siguiendo la fórmula de L. Hand, se asume que el costo de los accidentes está dado por la intensidad y por la probabilidad del daño (*supra* N° 66). El cuadro asume un rendimiento decreciente de las medidas marginales de prevención, lo que explica que el costo de accidentes no evolucione en la misma proporción que los gastos de prevención.

⁵³ Posner 1992 168; por otro lado, como lo ha mostrado Coase 1960 87, descontado el costo de transacción que supone llegar a acuerdo entre las víctimas y los autores de los daños, es indiferente cual sea la regla de responsabilidad a efectos de saber cuánto está dis-



Y ese punto es precisamente el que fija el debido cuidado de acuerdo con una regla de negligencia, como se comprueba del cuadro N° 1.

310. Razones que modifican en favor de la responsabilidad estricta la equivalencia en abstracto entre ambos estatutos de responsabilidad. Con el correr del tiempo, se han agregado calificaciones al modelo abstracto de incentivos referido en el párrafo anterior. Éstas tienden a modificar a favor de la responsabilidad estricta la balanza de razones para optar por este régimen de responsabilidad.

a) Nivel de actividad. La primera objeción pone a prueba el supuesto de la equivalencia funcional en materia preventiva entre ambos tipos de responsabilidad. El análisis que se ha efectuado en el párrafo precedente asume que la utilidad que se sigue del desarrollo de una cierta actividad es constante. Lo usual, sin embargo, es que toda actividad entre en una fase de utilidad marginal decreciente, de modo que aumentando el *nivel de actividad* el beneficio asociado disminuye, como se muestra en el siguiente cuadro.⁵⁴

CUADRO N° 2⁵⁵

Nivel de la actividad	Utilidad total de la actividad	Costos totales	Costos de accidentes	Beneficio social neto
1	40	10	10	20
2	60	15	15	30
3	70	23	23	24
4	73	35	35	3
5	75	50	50	-25

Del cuadro N° 2 se sigue que si se incorpora el nivel de actividad a la ecuación de costos y beneficios, puede ocurrir que la regla de negligencia resulte ineficiente. Ello es consecuencia de la dificultad para incorporar en la regla de debido cuidado los niveles de actividad que resultan apropiados. Si bien las actividades que presentan escasa utilidad y generan riesgos desproporcionados están sujetas a reglas especialmente fuertes de

puesto a pagar quien realiza la actividad riesgosa a quien soporta el riesgo, y cuánto está dispuesto éste a aceptar contractualmente para que aquel sea autorizado; en otras palabras, a falta de esos costos de transacción, el contrato es un sustituto funcional perfecto de la responsabilidad extracontractual.

⁵⁴ El cuadro ha sido adaptado de Shavell 1987 24.

⁵⁵ Adaptado de Shavell 1987 23 (véase la observación de la nota siguiente). Por razones de simplicidad, los cuadros asumen en el límite el criterio económico de diligencia de L. Hand (*supra* N° 66), en la medida que en todas las hipótesis los costos de prevención son iguales a los costos provocados por los accidentes. El esquema es puramente analítico, de modo que tampoco incorpora las economías (o deseconomías) de escala de los costos de prevención a medida que aumentan los niveles de actividad.

cuidado,⁵⁶ es difícil determinar, respecto de una actividad que *per se* no presenta esa característica, cuándo es ejercida de un modo excesivo (¿es excesivo haber tomado el auto para ir a comprar un paquete de cigarrillos?). En definitiva, la regla de negligencia no puede incorporar las variaciones que tiene el factor de la utilidad.

Por el contrario, bajo un régimen de responsabilidad estricta, a medida que baja la utilidad marginal, sólo resultará conveniente desarrollar la respectiva actividad hasta el punto en que esa utilidad pase a ser menor al costo esperado de las indemnizaciones (en el cuadro N° 2, ese punto es el nivel de actividad 2). De este modo, habrá una relación óptima que incluye la variable adicional, esto es, que la utilidad que se sigue de aumentos de actividad no es estática, sino decreciente. Por el contrario, la responsabilidad por negligencia no puede capturar esta variable: el debido cuidado es función de los costos de prevención y del riesgo de accidentes y asume que la utilidad de la actividad es constante, cualquiera sea el nivel de actividad. En consecuencia, el cuidado que excluye la responsabilidad es proporcional al nivel de actividad, cualquiera sea la utilidad que la unidad marginal de actividad produce para quien la realiza.⁵⁷

b) Costos administrativos. Para calcular la diligencia debida se consideran los costos de prevención y los costos que acarrea el accidente. Sin embargo, esos no son los únicos costos relevantes al momento de calcular las ventajas de cada régimen de responsabilidad. El sistema de responsabilidad estricta aumenta el número de casos en que se debe responder, pero disminuyen significativamente los *costos de llevar adelante un juicio de responsabilidad* (costos administrativos).⁵⁸

Los juicios, en casos de responsabilidad estricta, tienen un desenlace conocido en cuanto a la condena (salvo los casos, más bien inusuales, en que se discuten cuestiones de causalidad), de modo que la única pregunta abierta es la referida al monto de los daños. En tales circunstancias, son

⁵⁶ La utilidad de la actividad como criterio de determinación del nivel de diligencia en *supra* N° 61. El ejemplo legal más clásico es la regla que establece una responsabilidad estricta por la tenencia de animales fieros que no prestan utilidad para la guarda o servicio de un predio (artículo 2327).

⁵⁷ El nivel de actividad como criterio para valorar los regímenes de responsabilidad fue introducido por Shavell 1980 1 (véase también Shavell 1987 21 y Shavell 2004 197); la idea ha sido acogida por Posner, quien a pesar de sostener la ventaja económica de un régimen de responsabilidad por culpa, acepta que el argumento habla a favor de la responsabilidad estricta en casos en que la autorregulación de los niveles de actividad de los potenciales causantes de daño es la mejor forma de prevenir los accidentes (Posner 1992 170). Distinta, pero análoga al *nivel* de actividad, es la pregunta por el *tipo* de actividad que puede prevenir mejor los accidentes: la responsabilidad por negligencia considera cuál es el cuidado debido para transportar en camiones una carga peligrosa, pero usualmente no provee el instrumento analítico que permita preguntarse si no era socialmente más beneficioso que el transporte se efectuara por ferrocarril (Epstein 1999 96, Abraham 2002 163).

⁵⁸ La incorporación de los costos terciarios o administrativos al análisis económico de la responsabilidad civil es uno de los aportes fundamentales de G. Calabresi (su conclusión en Calabresi 1970 288); un desarrollo analítico especialmente lúcido en Shavell 1987 262.



fuertes los incentivos para que disminuya el número de pleitos, evitándose los costos asociados a la litigación (abogados, medios probatorios, tiempo invertido). Por otro lado, en el evento que se llegue a juicio, el demandante no debe enfrentar la prueba de la culpa (o el demandado la prueba de la diligencia, si ha operado una presunción de culpa), lo que supone un ahorro adicional de costos procesales, especialmente si la apreciación de la diligencia requiere de la participación de expertos.

c) Riesgos del error. También se ha señalado que la responsabilidad estricta tiene la ventaja de que elimina el *costo del error*.⁵⁹ Ésta es una sutil consideración respecto de lo que ocurre en realidad con los incentivos para litigar: la equivalencia preventiva entre la responsabilidad por culpa y la estricta asume una relación perfecta entre el número de casos en que se incurre en negligencia y las condenas judiciales (esto es, que en todos los casos en que se ha causado un daño por negligencia, la víctima obtendrá indemnización).

Lo cierto, sin embargo, es que si impera un régimen de responsabilidad por culpa, existe un porcentaje mayor de casos en que la víctima de un acto injusto no llega a ser indemnizada. Ante todo, porque los costos del proceso pueden resultar intimidatorios, de modo que la víctima no quiere correr el riesgo de incurrirlos; y, si quiere evitar ese riesgo, debe convenir pactos de *quota litis*, que transfieren parte de la indemnización al abogado que la patrocinara. Además, el juicio de responsabilidad tiene un desenlace imprevisible, sea por la dificultad de hacerse de pruebas, sea simplemente por error judicial en la apreciación del cuidado debido; en circunstancias que las reglas probatorias hacen recaer ese riesgo por regla general en el demandante, la probabilidad de que sea efectivamente condenado quien incurrió en negligencia suele ser de manera significativa inferior a 1.

La responsabilidad estricta tiene la ventaja de que radica los *costos de los accidentes en quien está en la mejor posición para evitarlos*, eliminando las dificultades asociadas a la determinación del responsable.⁶⁰

d) Incorporación en el precio de los costos de accidentes. En la medida que quien desarrolla una actividad tiene que responder por todos los daños que de ella se siguen, se hace transparente el costo efectivo de esa actividad. Por el contrario, si algunos daños quedan sin ser reparados, los efectos negativos de su ejercicio son soportados por terceros que no participan en la creación del riesgo. De este modo, la responsabilidad estricta favorece la *internalización* de las externalidades negativas (esto es, de los costos indirectos o externos) de cada tipo de actividad, permitiendo un discernimiento descentralizado de los niveles óptimos de actividad y de cuidado. La consecuencia bastante obvia es que la responsabilidad estricta desincentiva en mayor grado que la responsabilidad por negligencia la realización de ciertas actividades, pero ello ocurre sólo hasta el umbral en que llevar a cabo esa actividad es socialmente ineficiente.⁶¹

⁵⁹ Epstein 1999 97.

⁶⁰ Éste es un argumento fundamental en G. Calabresi (para un desarrollo contextual del argumento, véase Calabresi 1970 145).

⁶¹ Coleman 2001 241.

La internalización de los costos de los accidentes asociados a una actividad tiene además un *efecto distributivo*, porque evita que el daño caiga de manera aleatoria en una víctima que sólo estadísticamente es identificable. La responsabilidad estricta cumple, desde esta perspectiva, la función de un seguro de accidentes, porque garantiza indemnización a toda víctima de accidentes, soportando el costo el conjunto de las víctimas potenciales, por medio de incrementos marginales en el precio (*supra* N° 21).

c. *Fronteras entre la responsabilidad por negligencia y la responsabilidad estricta*

311. Aspectos que acercan la responsabilidad por negligencia a la responsabilidad estricta. a) La mayor dificultad de la responsabilidad por negligencia no es conceptual, sino estratégica. En principio, en el juicio de responsabilidad extracontractual *todo* el riesgo pertenece al demandante. Por lo mismo, a falta de evidencia acerca de la responsabilidad de un tercero, es la víctima quien soporta el costo del accidente. De este modo, en principio, los riesgos judiciales también pertenecen a la víctima, porque es ella quien soporta la carga argumental y probatoria.

La asimetría de riesgos entre las partes se muestra en los *costos administrativos* en que se debe incurrir para probar la culpa del demandado, según la regla general de que la prueba de la culpa es condición para hacer valer la responsabilidad. En el análisis económico, estos costos administrativos son mirados desde la perspectiva de la pérdida neta de recursos que ello envuelve, sin atender a *quien* los soporta. Pero la situación suele ser más grave si el problema se analiza pragmáticamente en la dimensión de la justicia correctiva: los gastos administrativos suelen ser mucho más gravosos para la víctima que para el autor del daño (que maneja la información sobre sus propios hechos); el resultado suele ser que resulte ilusorio o extremadamente arriesgado para la víctima hacer valer su derecho. Por el contrario, el demandado tiene usualmente el control de toda la prueba relevante (como ocurre con el defecto de fabricación de un producto industrial, cuyo origen en concreto puede ser difícilmente detectable por la víctima, aún recurriendo al testimonio de expertos).

b) La responsabilidad por culpa conoce desde antiguo el correctivo de las presunciones de culpabilidad del autor del daño, cuyo efecto es invertir la posición estratégica de las partes en beneficio de la víctima (*supra* § 14). En la medida que bajo presunciones de culpa o de causalidad es el autor del daño quien asume la carga y el riesgo probatorio, el efecto suele no ser muy diferente al de la responsabilidad estricta. En efecto, especialmente cuando se trata de procesos complejos (como la fabricación de un producto defectuoso), la excusa de diligencia suele ser tan difícil como la prueba de la negligencia, porque los tribunales usualmente exigen que se muestre con precisión cómo el accidente llegó a ocurrir a pesar de haberse empleado el debido cuidado. En el fondo, la carga de la prueba de la diligencia suele devenir en mostrar que el daño se produjo a consecuencia de un hecho que no guarda relación alguna con el ámbito de cuidado del presuntamente responsa-



ble. La diferencia con la responsabilidad estricta radica, sin embargo, en que esta excusa, por difícil que sea su prueba, es admisible en el caso de la presunción de culpa.

312. Aspectos valorativos en la responsabilidad estricta: responsabilidad estricta simple y calificada. Se ha visto que no siempre la responsabilidad estricta se funda en la mera causalidad. Muchas de las más importantes situaciones regidas por estatutos de responsabilidad estricta en el derecho chileno y comparado exigen algún juicio de valor, en la forma de una *responsabilidad estricta calificada*, cuyas diferencias con la responsabilidad por culpa son más bien sutiles (*supra* N° 302).

313. Subsistencia de la responsabilidad por culpa como régimen general y supletorio. En esta sección se ha visto que el establecimiento de estatutos de responsabilidad estricta puede ser justificado desde las perspectivas de la justicia correctiva, de la prevención y de la justicia distributiva.⁶² ¿Cómo se explica, entonces, que la responsabilidad por culpa siga siendo el régimen de derecho común en materia de responsabilidad civil?

a) Ante todo, la culpa, entendida como falta a un deber de cuidado, tiende a un equilibrio entre la libertad de cada cual para desenvolverse creativamente en la vida y la exigencia de respeto a los intereses de los demás. Por el contrario, nuestras interacciones diarias muestran que no es coherente con la libertad que tengamos que responder de todo daño que podamos provocar en razón de nuestras acciones y omisiones. Como se ha visto, el tráfico humano supone necesariamente que a veces causemos heridas y otras veces seamos heridos. Es lo que ocurre cuando alguien desplaza a otro en el amor de otra persona, cuando un cronista escribe una crítica negativa respecto de un personaje público o un estudiante logra el lugar que otro deseaba. Si la regla general fuese que se respondiera de todo daño, la vida en sociedad estaría sujeta a limitaciones incompatibles con el libre despliegue de la personalidad. En efecto, bajo un régimen generalizado de responsabilidad estricta, el principio sería que se incurre en responsabilidad a menos que uno pueda justificar la conducta.⁶³

b) En seguida, la cercanía a los usos sociales más arraigados es significativa en las relaciones de derecho privado, porque, por su naturaleza, éste es un orden cercano a las percepciones de lo que tenemos por correcto.⁶⁴ Precisamente porque la negligencia es tenida de manera convencio-

⁶² Una síntesis en Honoré 1999 14.

⁶³ Así, sin embargo, el argumento de Honoré en Owen 1995 83; una limpia ilustración acerca de la imposibilidad de que la responsabilidad estricta sea el estatuto general de responsabilidad en Fuller 1969 76.

⁶⁴ Ello no supone alegar que el legislador, dentro de los límites de la Constitución, está limitado para establecer reglas de responsabilidad estricta en atención a otras consideraciones. Sin embargo, es interesante que Hart 1961 173 haga precisamente referencia a la responsabilidad estricta para mostrar que el derecho tiene una relación contingente (en oposición a necesaria) con las percepciones morales espontáneas.

nal por criterio suficiente para la atribución de responsabilidad, tiene la ventaja de que su estructura de alegaciones y excusas refleja las expectativas normativas que espontáneamente tenemos acerca de nuestro comportamiento recíproco.

c) En tercer lugar, a pesar de las reservas formuladas desde un punto de vista económico, todo indica que la negligencia cumple razonablemente una función preventiva; más allá de las limitaciones antes referidas (*supra* N° 310), el cuidado que la responsabilidad por culpa exige como umbral para la responsabilidad es también sostenible como el óptimo desde el punto de vista de la racionalidad económica.⁶⁵

d) Finalmente, en la medida que hay acuerdo en que un sistema de responsabilidad civil debe combinar diversas técnicas (responsabilidad por culpa probada, por culpa presunta, estricta calificada y puramente estricta), la pregunta ha perdido su sesgo ideológico y más bien se refiere al régimen que mejor funciona como estatuto de derecho común. La culpa se ha mostrado como un buen estatuto general y supletorio, porque puede establecer correctivos internos para corregir asimetrías estratégicas entre las partes (como ocurre con la presunción de culpabilidad por el hecho propio) y no impide el establecimiento de estatutos especiales más o menos amplios de responsabilidad estricta; a la inversa, si el régimen de responsabilidad estricta fuese general y supletorio, sería en extremo difícil cubrir todos los vacíos en que resulta justo y eficiente que sólo se responda por el comportamiento ilícito.

⁶⁵ Posner 1992 156.



II. REGLAS SOBRE RESPONSABILIDAD ESTRICTA EN EL CÓDIGO CIVIL Y LEYES ESPECIALES.

148. Daño causado por animales fieros. El artículo 2327 del Código Civil establece una regla de responsabilidad estricta bajo la forma de una presunción de derecho, aplicable a todo aquel que tenga un animal fiero de que no se reporte utilidad para la guarda o servicio de un predio, por los daños que este haya ocasionado.

149. Daño ocasionado por las cosas que se arrojan o caen desde la parte superior de un edificio. Según lo dispuesto en el artículo 2328 del Código Civil, el daño es imputable a todas las personas que habitan la misma parte del edificio, y la indemnización se dividirá entre todas ellas, a menos que se pruebe que el hecho se debe a la culpa o mala intención de alguna persona exclusivamente, en cuyo caso será responsable esta sola. Como se advierte, en el primer caso se trata de responsabilidad sin culpa o estricta, que se distribuye entre todos quienes pudieron provocar el daño.

151. Daños ocasionados por el conductor de un vehículo motorizado. La regla general en esta materia está contenida en el artículo 170 de la Ley N°18.290, Ley del Tránsito, que establece la responsabilidad por culpa del conductor del vehículo. El sistema está complementado por un listado de presunciones de responsabilidad, contenidas en el artículo 172, y que en rigor corresponden a hipótesis de culpa infraccional, que sólo admiten como excusa la fuerza mayor.

Sin perjuicio de lo anterior, la ley contempla dos instrumentos adicionales para proteger a las víctimas de accidentes:

(a) Responsabilidad estricta del propietario del vehículo por los daños ocasionados por el conductor (artículo 174 de la Ley del Tránsito). Esta regla contiene una hipótesis de responsabilidad estricta por el hecho ajeno, en virtud de la cual el propietario del vehículo responde solidariamente con el conductor, y sólo puede eximirse probando que el vehículo le fue tomado sin su conocimiento o sin su autorización expresa o tácita, circunstancias que equivalen a casos de fuerza mayor.

(b) Un sistema de seguro obligatorio análogo al existente en materia de accidentes del trabajo, que coexiste con el seguro obligatorio de accidentes personales causados por circulación de vehículos motorizados (Ley N°18.490), y con el seguro de accidentes de pasajeros de la locomoción colectiva (Ley N°16.426).

152. Responsabilidad del explotador de aeronaves por daños ocasionados en caso de accidente aéreo. Está tratada en la Ley N°18.916, Código Aeronáutico, artículos 142 y siguientes. Respecto del empresario aeronáutico, la ley establece dos ámbitos de responsabilidad sin culpa:

(a) El primero de carácter contractual, por los daños ocasionados a los pasajeros y la carga, con un límite de 4.000 U.F. por cada víctima, en caso de muerte o lesión, y de 1 U.F. por kilogramo de peso bruto de la carga. Se trata de una obligación de garantía, que opera por la sola ocurrencia del daño (artículos 144 y 148).

(b) El segundo de carácter extracontractual, respecto de los daños ocasionados a terceros en la superficie, a consecuencia de la acción de una aeronave en vuelo, o a la caída de todo o parte de una aeronave. Esta responsabilidad es de carácter estricto, pues sólo admite como excusas las causales de fuerza mayor definidas en la misma ley. Con todo, el monto de las indemnizaciones está sujeto a un límite determinado según el peso de la aeronave. Sobre dicho límite se aplican las reglas comunes de responsabilidad por culpa (artículos 155 y ss.).

153. Daños ocasionados por aplicación de plaguicidas. A la responsabilidad por esta especie de daños se refiere el Decreto Ley N° 3.557, artículo 36³⁵⁸. Según esta disposición, “si al aplicar plaguicidas se causaren daños a terceros, ya sea en forma accidental o como consecuencia inevitable de la aplicación, éstos podrán demandar judicialmente la indemnización de perjuicios correspondiente dentro del plazo de un año contado desde que se detecten los daños. En todo caso, no podrán ejercerse estas acciones una vez que hayan transcurrido dos años desde la aplicación del plaguicida”.

³⁵⁸ El Decreto Ley N°3.557 de 1981, del Ministerio de Agricultura, establece disposiciones sobre Protección Agrícola, y fue publicado en el Diario Oficial con fecha 9 de febrero de 1981.

Quien utiliza un plaguicida está sujeto a responsabilidad estricta por todos los daños que se sigan de su aplicación, aunque sean causados *en forma accidental*, es decir, sin culpa. Esta responsabilidad alcanza incluso al Servicio Agrícola y Ganadero por los daños ocasionados en la erradicación de plagas.

154. Daños ocasionados por derrames de hidrocarburos y otras sustancias nocivas en el mar. Su fuente legal es el Decreto Ley N°2.222, que en el artículo 144 establece una regla de responsabilidad estricta por el sólo hecho del derrame. Según esta disposición, el dueño, armador u operador a cualquier título de la nave o artefacto naval que produzca el derrame o la descarga responden solidariamente por los daños que se causen.

Por otra parte, la excusa de fuerza mayor se encuentra limitada a los casos específicos que señala la propia ley, y son los siguientes: acto de guerra, hostilidades, guerra civil o insurrección, fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible; y, acción u omisión dolosa o culpable de un tercero extraño al dueño, armador u operador a cualquier título del barco o artefacto naval. (artículo 144 letras a y b).

El monto de la indemnización se limita al equivalente a 2.000 francos por tonelada de registro de la nave o artefacto naval causante de los perjuicios, con un monto máximo de 210 millones de francos. Si el siniestro ha sido causado por falta o culpa del propietario, naviero u operador, la indemnización es ilimitada (artículo 145).

Estas reglas de responsabilidad estricta se complementan con un sistema de seguro obligatorio exigible a toda nave o artefacto naval que mida más de 3.000 toneladas (artículo 146).

155. Daños nucleares. Esta materia está regulada en la Ley N°18.302, Ley de seguridad nuclear, artículos 49 y siguientes. En su artículo 49 señala expresamente que “la responsabilidad civil por daños nucleares será objetiva y estará limitada en la forma que establece esta ley”. Esta responsabilidad se aplica a las personas que tengan la calidad de explotador de una instalación, planta, centro, laboratorio o establecimiento nuclear, por los daños ocasionados por un accidente nuclear que ocurra en ellos.

La responsabilidad del explotador alcanza incluso a los daños ocasionados por caso fortuito o fuerza mayor, salvo que el accidente nuclear se deba “directamente a hostilidades de conflicto armado exterior, insurrección o guerra civil” (artículo 56).

También en este caso se ha establecido un límite máximo a la responsabilidad, fijado en el equivalente a 75 millones de dólares, que se reajusta automáticamente en la forma que señala la ley, entre la fecha de su dictación y la fecha del accidente nuclear (artículo 60). En lo que respecta a los daños a las personas, la indemnización debe ser a lo menos el doble de la cantidad que correspondiere por aplicación de las tablas del seguro de accidentes del trabajo (artículo 61).

El sistema de responsabilidad del explotador de instalaciones nucleares se complementa con un seguro obligatorio, por el límite máximo de indemnización al que se ha hecho referencia (artículo 62).

b. *Estatutos de garantía que no establecen responsabilidad ectrica*

322. Accidentes del trabajo. Esta materia está regulada en la ley N° 16.744, sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Siguiendo una larga tradición iniciada por la legislación social alemana del siglo XIX, cuya práctica se ha generalizado en el derecho comparado, los accidentes del trabajo no están sujetos a un régimen de responsabilidad ectrica, sino a un contrato forzoso de *seguro de accidentes laborales*, que se perfecciona por el solo ministerio de la ley, por el hecho de la contratación del trabajador (artículos 1 y 4 I).

Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, donde el seguro excluye la responsabilidad adicional del empresario de acuerdo al derecho común,⁸⁰ en el derecho chileno al seguro se puede agregar la responsabilidad civil, según dispone expresamente la ley sobre seguro de accidentes del trabajo, que hace responsable al empleador que ha incurrido en culpa o dolo de los perjuicios resultantes, incluido el daño moral (artículo 69).

En consecuencia, los accidentes del trabajo no están sujetos a un régimen de responsabilidad ectrica en el derecho chileno. La ley combina un régimen general de seguro por daños a terceros con una responsabilidad por culpa o negligencia, sujeta a las reglas generales. En atención a la importancia de la materia y a la fuente legal de la responsabilidad del empleador, ésta será tratada sucintamente en *infra* § 51.

323. Servidumbres. Bajo ciertas circunstancias, el derecho autoriza el uso de bienes ajenos para fines de interés privado o público, que la ley estima de tal manera significativos que se justifica imponer a los propietarios las cargas necesarias para hacerlos efectivos. Ese gravamen es una servidumbre, que puede gravar un predio en beneficio del uso o cultivo de otro predio (servidumbres prediales según la denominación del Código Civil), o bien puede estar establecida para hacer posible la realización de una actividad o efectuar instalaciones en el predio sirviente (como ocurre con las servidumbres mineras⁸¹ y con

⁸⁰ Kötz 1991 212.

⁸¹ El Código de Minería reconoce a toda persona la facultad de catar y cavar en tierras de cualquier dominio (salvo las que queden comprendidas dentro de los límites de una concesión minera ajena) con el objeto de buscar sustancias minerales (artículo 14). Correlativo a esta facultad es el deber de indemnizar los daños que se causen con motivo de su ejercicio. A la misma regla queda sujeto el titular de una concesión de exploración, respecto de los daños que ocasione en las labores propias de dicha concesión (artículo 113). En verdad, estas disposiciones establecen servidumbres que gravan a los predios superficiales, y que dan lugar a la indemnización de los perjuicios resultantes, según las reglas generales de derecho privado (como, por ejemplo, el artículo 848 del Código Civil). El Código de Minería habla propiamente de servidumbres para las actividades que se realizan desde que se otorga una concesión de exploración o explotación minera, en cuyo caso se aplican precisamente esas mismas reglas. En definitiva, estas normas expresan el principio jurídico en cuya virtud cada vez que el derecho autoriza el uso de un bien ajeno para obtener cierto beneficio privado se trata de una servidumbre legal que da lugar a la indemnización de los daños resultantes.



las establecidas por las leyes sobre servicios el3ctricos⁸² y telecomunicaciones).⁸³

La obligaci3n indemnizatoria que resulta de las servidumbres presenta analogías con la responsabilidad estricta, en la medida que tiene por causa la sola presencia del daño. Por eso, la ley expresa que quien ejerce la servidumbre debe una indemnizaci3n al propietario (artículo 848). Sin embargo, la analogía m3s profunda parece ser con las restituciones provenientes del enriquecimiento sin causa: no existe propiamente un riesgo que la ley cubra con un estatuto de responsabilidad estricta, sino una restituci3n de lo que se ha tomado del propietario en beneficio de un tercero que desarrolla la actividad u obtiene el provecho amparado por la servidumbre respectiva.⁸⁴ Por eso, la reparaci3n se calcula en raz3n de lo que pierde en valor la propiedad y no de otros daños que pueda sufrir el propietario.

324. Responsabilidad del Estado y de las municipalidades. La responsabilidad de los 3rganos de la Administraci3n del Estado est3 estructurada en el derecho chileno en la forma de una responsabilidad por falta de servicio.⁸⁵ Como se ha visto (*supra* N° 302), es discutible la calificaci3n jur3dica de ese tipo de responsabilidad, porque la falta de servicio puede ser entendida como una referencia implícita a la culpa en el cumplimiento del servicio debido. En circunstancias que la responsabilidad del Estado constituye un estatuto general de responsabilidad patrimonial, ser3 desarrollada en un capítulo especial (*Capítulo VII*).

⁸² El artículo 14 de la Ley general de servicios el3ctricos (DFL 1/1982, del Ministerio de Minería, DO 13.9.1982), establece que las concesiones el3ctricas otorgan el derecho a imponer las servidumbres a que se refiere el n3mero 4 de su artículo 2°. La constituci3n y ejercicio de esas servidumbres se rige por las normas especiales contenidas en el capítulo V, título II, de la misma ley, denominado “De las Servidumbres”.

⁸³ Los titulares de servicios de telecomunicaciones tienen derecho a tender o cruzar línas aéreas o subterráneas en calles, plazas, parques, caminos y otros bienes nacionales de uso público, sólo para los fines específicos del servicio respectivo; las servidumbres que recaen en propiedades privadas deben ser convenidas por las partes y se rigen por las normas generales del derecho común (Ley N° 18.168, Ley general de telecomunicaciones, artículo 18). En el caso de servicios públicos de telecomunicaciones y siempre que los interesados no lleguen a un acuerdo directo, se entiende constituida de pleno derecho una servidumbre legal, siempre que el Subsecretario de Telecomunicaciones, por resoluci3n fundada, declare imprescindible el servicio. En este caso, la indemnizaci3n que corresponda es fijada por los Tribunales de Justicia conforme al procedimiento sumario (artículo 19).

⁸⁴ Hay analogía entre la indemnizaci3n por una servidumbre y la obligaci3n del Estado de reparar a quien es gravado con una carga excesiva en beneficio de la comunidad en general (*infra* § 40 f).

⁸⁵ Ley N° 18.575, Ley orgánica constitucional de bases generales de la Administraci3n del Estado, artículo 42; ley N° 18.695, Ley orgánica constitucional de municipalidades, artículo 141.

III. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD ESTRICTA

157. Responsabilidad por riesgo o garantía. La responsabilidad estricta tiene como antecedente el riesgo creado por una cierta actividad, no la culpa en que se haya incurrido en su ejecución, de modo que la calificación de la conducta efectiva del autor del daño resulta indiferente. En otros términos, basta que el daño se produzca en el *ámbito* de la actividad, para que de ello resulte la obligación de indemnizar.

En este sentido, la responsabilidad estricta presenta analogía con las obligaciones de garantía del derecho contractual, pues asegura a las eventuales víctimas que todo daño ocasionado en el ámbito de determinada actividad (instalaciones nucleares, aeronavegación, fumigación aérea, etc.) será indemnizado por quien la ejerce.

Por último, hay que señalar que la responsabilidad estricta es un régimen especial y como tal de derecho estricto, que opera sólo respecto de ciertas actividades o riesgos previamente definidos. Su fuente es la ley.

158. Responsabilidad estricta no se opone a responsabilidad subjetiva. Tradicionalmente la doctrina y jurisprudencia han utilizado la expresión *responsabilidad objetiva*, por oposición a la responsabilidad por culpa, que se supone *subjetiva*. Como se ha expuesto, esta denominación constituye un error, toda vez que la responsabilidad por culpa es también objetiva³⁵⁹. En efecto, la culpa consiste en la infracción de un patrón abstracto de conducta o deber de cuidado, y en su determinación se prescinde por completo de las condiciones subjetivas del autor.

En consecuencia, la denominación que más se ajusta a la naturaleza de esta especie de responsabilidad es *responsabilidad estricta* o *por riesgo*, como se le conoce en el derecho anglosajón y francés, respectivamente.

159. Causalidad. El efecto de la responsabilidad estricta es la obligación de reparar todo daño que se produzca en el ámbito de la actividad respectiva. Así, por ejemplo, el empresario de una planta nuclear generadora de energía eléctrica responde de todos los accidentes que deriven del carácter específico de la instalación nuclear, prescindiendo de si estos han ocurrido por culpa. Sin embargo, no puede sostenerse que el empresario está sujeto al mismo régimen por los daños causados por la interrupción del suministro eléctrico, en caso de una falla en la planta nuclear, pues estos no resultan razonablemente atribuibles al riesgo cubierto por la regla de responsabilidad estricta.

Como se advierte en este ejemplo, en ausencia de la culpa, la causalidad tiene un rol determinante para establecer límites al ámbito de la responsabilidad.

La causalidad actúa como un elemento de control, evitando la extensión ilimitada de la responsabilidad civil. Así ocurre, por ejemplo, en la responsabilidad por daños ocasionados por derrame de hidrocarburos en el mar, que obliga a reparar los “perjuicios que ocasione el derrame de cualquier clase de materias o desechos” (artículo

³⁵⁹ Ver *Supra*, párrafo 33. Sobre la objetividad de la responsabilidad por culpa, HONORÉ, *op. cit.* [nota 92], pág. 14 y ss.

144 del Decreto Ley N°2.222), y en materia de responsabilidad por los daños ocasionados por animales fieros, en los que la responsabilidad estricta sólo se aplica respecto de los daños ocasionados por su fiereza o bravura, y no por otras circunstancias, como pudiese ser el contagio de una enfermedad.

El principio que subyace a estas reglas es que la responsabilidad tienen por objeto crear un régimen de protección para ciertos riesgos, de modo que sólo las consecuencias que se sigan razonablemente de aquellos deben ser reparados. Por ello, la causalidad está especialmente determinada por el fin protector de la norma de responsabilidad estricta.

En consecuencia, de manera análoga a la responsabilidad por culpa, el requisito de la conexión interna entre el daño y su antecedente no se satisface con la mera causalidad material. En consecuencia, mientras en la responsabilidad por culpa se exige que el daño pueda ser atribuido normativamente al hecho ilícito, tratándose de responsabilidad estricta se requiere que el daño pueda ser atribuido normativamente al ámbito de riesgo específico cubierto por ese estatuto de responsabilidad. Atendida la importancia decisiva de la causalidad en materia de responsabilidad estricta, la excusa del autor usualmente se limitará a negar la relación causal entre el daño y el ámbito de riesgo.

160. Excusa de fuerza mayor o caso fortuito. Las reglas de responsabilidad estricta son formuladas de modo que cubren todo daño que provenga del peligro creado por la naturaleza de la actividad respectiva³⁶⁰, aunque haya intervenido una causa ajena, incluso de carácter insuperable³⁶¹. En consecuencia, estas reglas usualmente excluyen la excusa fundada en hipótesis de fuerza mayor o caso fortuito.

Por la misma razón, en algunos casos la propia ley se encarga de señalar expresamente cuales son las hipótesis admisibles de caso fortuito o fuerza mayor (como ocurre en el artículo 144 del Decreto Ley N°2.222). Fuera de esas hipótesis, la excusa de fuerza mayor debe ser juzgada con reserva, pues lo característico de esta especie de responsabilidad es atribuir responsabilidad por el riesgo creado por la respectiva actividad, incluso si éste se materializa en un daño ocasionado por un suceso imprevisible e irresistible.

161. Responsabilidad estricta calificada. En los párrafos anteriores se ha analizado la responsabilidad estricta *pura*, para la que basta una relación causal entre el daño y el ámbito de riesgo. Sin embargo, el derecho contempla una segunda hipótesis de responsabilidad estricta, que puede denominarse *calificada*, y que exige que el daño provenga de un vicio, defecto o falta objetiva de la cosa entregada o del servicio, como ocurre en materia de productos defectuosos en el derecho comparado.

Esta segunda hipótesis no debe confundirse con la responsabilidad por culpa pues, al igual que la responsabilidad estricta pura no admite la excusa del actuar diligente. Por otra parte, mientras la culpabilidad supone efectuar un juicio abstracto de *conducta*, la

³⁶⁰ Así, ya en F. von SAVIGNY, redactor de la norma sobre responsabilidad estricta que se impuso a la actividad ferroviaria en Prusia en 1838 (cit. por LAUFS, *op. cit.* [nota 360], pág. 27).

³⁶¹ FLOUR y AUBERT, *op. cit.* [nota 339], pág. 181.

responsabilidad estricta calificada importa comparar la calidad de una cosa o servicio prestado, con el estándar de calidad que el público tiene derecho a esperar³⁶².

Para dar por establecida esta responsabilidad es necesario demostrar la existencia de un defecto en el resultado de la acción u omisión y sólo habrá responsabilidad por los daños que resulten atribuibles a ese defecto.

En circunstancias que la objetivización de la culpa ha llevado a que ésta se asimile crecientemente a un simple error de conducta, la responsabilidad estricta por defecto en poco se le diferencia en la práctica. Ello también vale para la responsabilidad que el derecho administrativo denomina por *falta de servicio*, como se expondrá en el capítulo siguiente al tratar sobre la responsabilidad del Estado.

³⁶² En opinión de SHAVELL, mientras en el primer caso el juicio atiende al *proceso*, en el segundo apunta a la *unidad*. *Op. cit.*, [nota 20], pág. 59.

IV. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO³⁶³

162. Introducción. Históricamente, el derecho público ha concebido al menos cuatro regímenes de responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado:

- (a) Según la doctrina de la inmunidad de jurisdicción, el Estado no es responsable. Esta doctrina tiene sus orígenes remotos en la idea de que el soberano establece el derecho pero no está sujeto a él. En la actualidad, resulta inaplicable por ser contraria a las normas constitucionales que rigen la materia (artículos 6, 7, 19 N°7 letra i), y 38 de la Constitución Política).
- (b) Un segundo sistema distingue entre los *actos de autoridad*, en los que se manifiesta el poder soberano del Estado y que en consecuencia, según la primera doctrina, no le generan responsabilidad, y los *actos de gestión*, que quedan sujetos al derecho común³⁶⁴.

³⁶³ Sobre el tema en sede de derecho administrativo chileno, Hugo CALDERA, *Sistema de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en la Constitución Política de 1980*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1982; Manuel DANIEL, *La Responsabilidad del Estado* (Apuntes). Santiago: Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1975; Gustavo FIAMMA, “La acción constitucional de responsabilidad y la responsabilidad por falta de servicio”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 16 (1989), N°2; Osvaldo OELCKERS, “Fundamentos indemnizatorios en razón del acto administrativo lícito que cause daño en el patrimonio del administrado”, en *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso*, XI (1987); OELCKERS, “La responsabilidad civil extracontractual del Estado Administrador en la Constitución Política de 1980 y su imputabilidad por falta de servicio”, en *Revista Chilena de Derecho*, Número Especial (1998), pág. 345; Rolando PANTOJA, *Bases Generales de la Administración del Estado*. Santiago: Editorial Cono Sur, 1987; Pedro PIERRY, “Responsabilidad de los entes públicos por el mal estado de las vías públicas”, en *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso*, VIII (1984); PIERRY, “Algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio”, en RDJ, Tomo XCII (1995), 1ª parte, pág. 17 y ss.; Eduardo SOTO, “Responsabilidad administrativa municipal”, en RDJ, Tomo LXXVIII (1981), 1ª parte, pág. 39 y ss.; SOTO, “Bases para una teoría general de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho chileno”, en *Gaceta Jurídica*, N°56 (1985); y, SOTO, *Derecho Administrativo. Bases Generales*, Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1996, pág. 244 y ss.

³⁶⁴ La jurisprudencia nacional hizo aplicación de este modelo durante algunos años. Un fallo que ilustra perfectamente esta tendencia señala lo siguiente: “tratándose de la responsabilidad del Estado, por los actos cometidos por sus funcionarios o agentes, debe hacerse la distinción de si los actos provienen del ejercicio de funciones de autoridad, o si provienen de actos de gestión. En el primer caso el funcionario o agente ha actuado por el Estado en ejercicio del poder público, y en el segundo como representante de él, sujeto de derechos civiles”, y que “como las disposiciones de ese título [XXXV, Libro IV, Código Civil] son esencialmente de derecho privado, no pueden aplicarse al Estado por la responsabilidad de los hechos ejecutados por sus funcionarios o agentes como consecuencia del ejercicio de una función pública, sino cuando esos funcionarios o agentes ejecutan los hechos consecuenciales de un acto de gestión” (Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de junio de 1937, confirmada por la Corte Suprema [cas. fondo], RDJ, Tomo XXXVI, sec. 1ª, pág. 277). En el mismo sentido, pueden consultarse además las siguientes sentencias: Corte Suprema, 15 de noviembre de 1941 (RDJ, Tomo XXXIX, sec. 1ª, pág. 343); Corte de Apelaciones de Santiago, 8 de junio de 1943 (RDJ, Tomo XL, sec. 2ª, pág. 50); Corte Suprema, 8 de noviembre de 1944 (RDJ, Tomo XLII, sec. 1ª, pág. 392). Esta tendencia jurisprudencial comenzó a revertirse a partir de una sentencia de la Corte Suprema, que señaló: “el problema de la responsabilidad extracontractual del Estado por actos culpables e ilícitos de sus agentes, debe buscarse en el derecho público y no en el derecho privado, sin que en el momento actual tenga importancia distinguir entre actos de autoridad y actos de gestión”, más adelante agrega “la tendencia moderna lleva a responsabilizar al Estado, obligándolo a indemnizar todos los daños que causan sus agentes encargados de la función pública, sea por mal o por inadecuado funcionamiento de los servicios públicos...” (13 de enero de 1965, RDJ, Tomo LXII, sec. 1ª, pág. 6). Con todo, varios años después aún pueden encontrarse algunas sentencias que

- (c) Un tercer modelo de responsabilidad asume que el Estado es responsable por los actos de sus órganos o funcionarios, a condición de que éstos hayan actuado en infracción de un deber de cuidado (culpa en sentido civil), o se haya incurrido en una *falta de servicio* (defecto en el ejercicio de una función pública).
- (d) Finalmente, el Estado puede responder según un sistema de responsabilidad estricta basado exclusivamente en la causalidad entre la acción u omisión del órgano y el daño ocasionado al derecho de una persona.

En cuanto a los supuestos y a la extensión de la responsabilidad del Estado se distinguen tres ámbitos, dependiendo de la forma en que éste actúa. Dichos ámbitos son los siguientes: (a) responsabilidad por los actos de la administración y de los municipios; (b) responsabilidad por error judicial; y, (c) responsabilidad por actos legislativos.

continúan haciendo esa distinción. Entre ellas, Corte Suprema, 29 de agosto de 1974 (RDJ, Tomo LXXI, sec. 4ª, pág. 261, también publicada en Fallos del Mes, N°190, sentencia 2, pág. 181); y, Corte Suprema, 4 de octubre de 1984 (RDJ, Tomo LXXXI, sec. 4ª, pág. 206).

§ 40. RESPONSABILIDAD POR ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO
Y DE LOS MUNICIPIOS

a. *Naturaleza de la responsabilidad*

338. La responsabilidad de la Administración es directa y personal.

a) De las normas que establecen la responsabilidad por falta de servicio se sigue que la responsabilidad de la Administración y de las municipalidades es *directa y personal*. Es la falta de servicio el hecho determinante de la responsabilidad y no necesariamente la conducta de algún funcionario en particular. En consecuencia, aunque usualmente la responsabilidad tenga por antecedente hechos ilegales o contrarios a los deberes de cuidado de sus órganos o de sus funcionarios, la responsabilidad del Estado recae directa y personalmente sobre el Fisco, la municipalidad o el otro órgano con personalidad jurídica propia a efectos patrimoniales.

Por eso, aun en casos en que la responsabilidad tenga por antecedente el inequívoco hecho ilícito de un funcionario (en oposición a una abstracta falta de servicio), técnicamente se trata de una responsabilidad vicaria (*supra* N° 104), que prescinde de todo juicio relativo a si el órgano de la Administración pudo evitar el daño provocado por el funcionario que tenía bajo su autoridad.

De ello también se sigue que en el ámbito de la responsabilidad de la Administración no es necesaria la distinción, formulada a propósito de las personas jurídicas de derecho privado, entre la actuación de los *órganos* (que da origen a la responsabilidad personal y directa de la persona jurídica) y la actuación de los *dependientes* (que da lugar a la responsabilidad por el hecho ajeno).⁴¹ Siguiendo una doctrina desarrollada en el derecho francés, la relación del funcionario con la Administración es funcional, de modo que no se

⁴¹ CS, 27.4.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 1ª, 68. Es así como la jurisprudencia ha considerado que la obligación del Fisco de indemnizar los daños no es solidaria, sino directa (Corte de Antofagasta, 6.6.1998, GJ 216, 85; CS, 27.4.1999, GJ 226, 56, publicado también en F. del M. 485, 276).

trata de una responsabilidad por el hecho ajeno.⁴² Tampoco es necesario individualizar el acto concreto que constituye la falta de servicio, porque basta que ésta sea atribuible a la organización del servicio público.⁴³

b) El conocido caso *Tirado con Municipalidad de la Reina*, que usualmente es tenido por un fallo líder en materia de responsabilidad municipal, puede servir de ejemplo para apreciar cómo la falta de servicio es atribuible directamente a la Administración. La demandante cayó en una excavación profunda situada a menos de dos metros de un paradero de buses, que no estaba debidamente señalizada, sufriendo graves lesiones.⁴⁴ El tribunal de primera instancia resolvió, aplicando la regla de responsabilidad existente en la Ley de municipalidades de la época,⁴⁵ que la víctima sólo

⁴² Así, Corte de Santiago, 1.7.2003, GJ 277, 149. Con todo, no es infrecuente que los fallos, siguiendo el planteamiento efectuado por los actores, construyan la responsabilidad sobre la base de una presunción de culpa por el hecho ajeno (artículos 2320 y 2322); aunque ello sea técnicamente incorrecto, no cabe duda que cumpliéndose las condiciones para dar por establecida esa presunción, con igual razón se puede dar por acreditada la responsabilidad directa y personal del Estado. Esa cercanía entre la responsabilidad del Estado por el hecho de sus funcionarios y la responsabilidad por el hecho ajeno del derecho civil fue percibida tempranamente por la jurisprudencia nacional. Pero también se utilizó para dar por establecida la responsabilidad la presunción de responsabilidad por el hecho propio del artículo 2329. En un fallo de 1952, la Corte Suprema confirmó una sentencia de la Corte de Valparaíso, uno de cuyos considerandos señalaba: “Que la I. Corporación demandada no ha comprobado la imposibilidad de proveer a las medidas de seguridad a que por la ley se encuentra obligada, y, por consiguiente, le afecta la presunción de culpa resultante del artículo 2329 del Código Civil” (Corte de Valparaíso, 3.12.1948, confirmada por la CS [cas. fondo], 4.8.1952, RDJ, t. XLIX, sec. 1ª, 281); véase *infra* N° 370.

⁴³ CS, 15.9.2003, GJ 279, 79; en esta materia acierta el fallo de la Corte de Santiago, 21.9.1995, rol N° 46.556-93 (caso *Béraud*), al expresar “que no altera esa responsabilidad del Estado la naturaleza del vínculo laboral o régimen que gobierna las relaciones laborales [del] personal (...), pues la única condicionante legal de la responsabilidad del Estado está constituida en la especie por la exigencia de que el daño se cause actuando el órgano respectivo en el ejercicio de sus funciones”. Sobre la responsabilidad del Estado como persona jurídica de derecho público, Soto 1996 310. Ese razonamiento tiene su origen en la doctrina de L. Duguit, quien sostuvo que su naturaleza de persona jurídica de derecho público impedía juzgar los actos del Estado con los parámetros de las personas naturales (Duguit 1930 468, Duguit 1913 222). La distinción entre el derecho público y el derecho privado también ha perdido relevancia en esta materia, en razón del desarrollo de la idea de culpa en la organización en la responsabilidad del empresario (*supra* N° 129). En algunos fallos se habla de una responsabilidad basada en la ‘teoría del órgano’ (Corte de Concepción, 10.8.2000, GJ 259, 38), pero pareciera que esa construcción es innecesaria: la administración es responsable por la falta de servicio, cualquiera sea la forma como llegó a producirse. Con fundamento en el principio de especialidad, se ha considerado que el Estado no responde por infracciones a la Ley del tránsito por parte de sus funcionarios según el estatuto de derecho público, sino como propietario del vehículo y empleador (CS, 13.7.2004, GJ 289, 68).

⁴⁴ Corte de Santiago, 23.4.1980, confirmado por la CS [cas. fondo], 24.3.1981, RDJ, t. LXXXVIII, sec. 5ª, 35.

⁴⁵ Esta ley establecía: “La responsabilidad extracontractual procederá principalmente para indemnizar los perjuicios que sufran uno o más usuarios de los servicios municipales cuando éstos no funcionen debiendo hacerlo o lo hagan en forma deficiente” (DL 1289/1975, artículo 62 II).



debía “acreditar que el perjuicio se debió a un servicio deficiente que la corporación edilicia debió subsanar”. La Corte de Santiago afirmó que la municipalidad no había sido eficiente en desempeñar el servicio de inspección de las obras a que estaba obligada por mandato legal, permitiendo que se realizara la excavación en una zona poco iluminada, sin barreras de protección y sin señales de advertencia. Aunque la Corte Suprema incurrió en una contradicción, al expresar, por una parte, que la responsabilidad del municipio se basaba en la mera causalidad material (responsabilidad estricta u objetiva en sentido propio) y, por otra, que su decisión se fundaba en el artículo 62 II de la Ley de municipalidades de la época, que establecía explícitamente la *responsabilidad por falta absoluta o funcionamiento defectuoso de un servicio*, el caso muestra que la noción de *falta de servicio* corresponde a una especie de *responsabilidad por culpa difusa o de la organización* (*supra* N°s 123 y 129). Los fallos no hacen un juicio de reproche a la conducta concreta de los funcionarios municipales o del órgano de la Administración del Estado, sino se limitan a calificar si, atendidas las circunstancias, *el servicio público debió funcionar de una manera que evitara el daño*. De esta manera, la jurisprudencia nacional no ve obstáculo para que un comportamiento anónimo sea calificado como *falta de servicio*.⁴⁶ De ello no se sigue, como se ha visto, que la responsabilidad pueda ser calificada como estricta u objetiva en sentido propio (*supra* N° 302).

c) A pesar de no ser indispensable individualizar al funcionario culpable, cuando los hechos muestran una falta de servicio, corresponde a la víctima probar que el daño provino precisamente de una ejecución anormal o deficiente de la función pública, esto es, que se cometió una *falta de servicio* (*infra* N° 369).

339. Responsabilidad de la Administración por el hecho del funcionario.

a) En la falta de servicio está siempre implícito que alguien de carne y hueso actuó con negligencia en sus deberes funcionarios. Sólo si no se ha cumplido con esos deberes, al nivel jerárquico que sea, el Fisco o la municipalidad pueden resultar responsables; de lo contrario no se podría imputar una falta de servicio. De este modo, si se reconduce el daño a sus

⁴⁶ En este sentido, CS, 9.5.1991, GJ 131, 78, refiriéndose a la conducta negligente y descuidada del ‘*equipo* médico y auxiliar paramédico’ dependiente de un servicio de salud al ejecutar una operación quirúrgica; CS, 24.1.2002, GJ 259, 38, publicada también en F. del M. 497, 370, sobre la falta de servicio consistente en no haber tomado el ‘*personal*’ de un hospital público las medidas de precaución correspondientes o los cuidados debidos en la mantención de los niveles y controles de asepsia durante y después de la operación a que fue sometida una paciente, provocándole una infección intrahospitalaria; CS, 30.4.2003, GJ 274, 59, que declara, reproduciendo los términos de la sentencia de segunda instancia, que tratándose de una falta de servicio, los perjudicados “no requieren individualizar ni perseguir al funcionario cuya acción u omisión personal origina la falta”; y Corte de Santiago, 1.7.2003, GJ 277, 149, calificando la negligencia de ‘los dependientes’ de un servicio de salud en diagnosticar la tuberculosis de la demandante. En el mismo sentido, véase también CS 8.5.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 1ª, 80.

orígenes, siempre se encontrará una conducta que debió ser otra. De hecho, la mejor manera de probar que ha habido falta de servicio es mostrando cómo se debió actuar por los funcionarios de la Administración o de la municipalidad en las precisas circunstancias.

Aunque la falta de servicio sea reconducible a la actuación de personas concretas, esto es, al acto individualizado de uno o más funcionarios (un disparo efectuado por un carabinero; una mala maniobra ejecutada por el conductor de una ambulancia), cuando se reclama la responsabilidad del Estado, la conducta del funcionario no se imputa a su persona, sino a la función pública que ejecuta. Lo anterior no impide que la responsabilidad del funcionario pueda ser hecha valer por la víctima o la Administración, según se verá (*infra* § 42 a). Pero ese hecho puede dar lugar a una responsabilidad del Estado en la medida que *el acto del funcionario sea objetivamente atribuible a la función administrativa*. La responsabilidad del Estado es una especie de garante cuya obligación indemnizatoria tiene por antecedente un acto de agentes que lo compromete en el ejercicio de sus funciones (Ley de bases, artículos 4 y 42); esto es, tiene que haber alguna relación significativa, que la ley no define, entre el hecho del funcionario y las funciones que desempeña. Por el contrario, el Estado no responde si el funcionario ha actuado desligado de su función de servicio.⁴⁷

En circunstancias que la ley no da criterios para determinar cuándo existe una relación significativa entre el hecho del funcionario y la Admi-

⁴⁷ CS, 27.4.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 1ª, 68, imputa al Estado la responsabilidad según el criterio de estar el funcionario en servicio. Así había ya ocurrido en el conocido caso *Becker con Fisco* (CS, 13.1.1965, RDJ, t. LXII, sec. 1ª, 6). En Corte de Santiago, 1.7.2003, GJ 277, 149, se estimó que el Estado era responsable por los disparos que un cabo efectuó sobre un conscripto dentro de un recinto militar; en Corte de Concepción, 19.8.2003, confirmada por la CS [cas. fondo], 24.12.2003, GJ 282, 61, se falló que el Estado responde por la muerte de un individuo que recibe un disparo por parte de un policía que imprudentemente saca su arma durante un alboroto público con ocasión de un espectáculo artístico; y en Corte de Santiago, 1.9.2003, GJ 279, 121, se resolvió que el Estado responde por la muerte de un detenido a causa del disparo de un policía que lo interrogaba en una comisaría. Por el contrario, en CS, 17.1.1985, RDJ, t. LXXXII, sec. 4ª, 11, se declaró que si los hechos invocados “ninguna relación tienen con los deberes y labores funcionarias pues no fueron cometidos durante el servicio ni con ocasión de él (...) se trata de hechos jurídicos de carácter personal que se rigen enteramente, en lo que a la indemnización se refiere, por el derecho común y no por el derecho público”; en el caso no concurría ninguna relación con el servicio, pues los funcionarios de Carabineros que incurrieron en ilícitos no se hallaban al cuidado del servicio, actuaron en horas en que estaban de franco, sin uso alguno de sus uniformes ni de armas fiscales; en sentido análogo, más recientemente, CS, 15.4.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 4ª, 95; un paso más allá dio la Corte de Santiago al entender que la sola circunstancia de portar un arma proporcionada por el Fisco no constituye una relación suficiente para comprometer la responsabilidad de este último (Corte de Santiago, 13.1.1997, GJ 199, 87). En otros ordenamientos se ha entendido que compromete la responsabilidad del Estado que un policía o militar utilice armas de servicio (para Francia, nota siguiente; para España, Busto en Reglero 2002 a 1453).



nistración, corresponde a la jurisprudencia definirla. Un camino es llegar a asumir que es suficiente que el acto se haya realizado con ocasión de las funciones (como el conductor que utiliza el vehículo fiscal para una gestión privada) o incluso, como se ha resuelto por la jurisprudencia francesa, cuando el funcionario ha utilizado medios que la Administración ha puesto a su disposición.⁴⁸ En el otro extremo, el límite a la responsabilidad del Estado está dado por los actos puramente personales del funcionario.⁴⁹

Existiendo esta relación significativa entre la comisión del hecho que genera la responsabilidad y las funciones que desempeña el funcionario, el Estado responderá personalmente por los daños que resulten, y sólo poseerá una acción de repetición en contra del funcionario si éste cometió un acto que pueda ser calificado en sí mismo como ilícito, esto es, sea susceptible de calificarse como *falta personal* (Ley de bases, artículo 42; Ley de municipalidades, artículo 141).⁵⁰

b) Tratándose de funciones públicas que son ejercidas privadamente, con independencia de la organización jerárquica del Estado (notarios, conservadores de bienes raíces, martilleros), no se cumple el presupuesto para que su actuación comprometa la responsabilidad pública, porque no se satisface el requisito de que el daño pueda ser atribuido a la administración, como es la inserción del agente de daño en una organización.⁵¹

340. Tipos de actos que pueden dar lugar a responsabilidad. La responsabilidad del Estado procede tanto respecto de la actuación jurídica de los poderes públicos, como de actos materiales de la Administración.

⁴⁸ Este estado de cosas ha sido construido en el derecho francés a partir de los casos *Lemonnier*, y *Mimeur* (*Grands arrêts administratifs* 1999 201 y 426, respectivamente). En el primero se acepta que el Estado responda si un funcionario ha cometido una falta personal en ejercicio de sus funciones (produciéndose así un cúmulo de responsabilidades). El segundo extendió la responsabilidad estatal al caso de una falta personal 'no desprovista de todo vínculo con el servicio' (como ocurre, por ejemplo, cuando ha sido cometida con ocasión del servicio o, lo que es más discutible, ha empleado medios provistos por la administración, tales como armas de fuego). Con posterioridad, el Consejo de Estado ha estimado que atendida la obligación de portar el arma a la casa, el accidente producido por esa arma fuera del servicio no puede ser considerado desligado de ese servicio (Consejo de Estado, 26.10.1973, RDP 1974, 554); luego se falló que el dolo penal en actividades privadas del funcionario interrumpía el vínculo con el servicio, de modo que compromete sólo la responsabilidad personal del funcionario (Consejo de Estado, 12.3.75, RDP 1975, 1754).

⁴⁹ García de Enterría/Fernández 2002 II 399; en el derecho español también se señala como causal de imputación que el daño haya sido cometido 'con ocasión de las funciones' (Busto en Reglero 2002 a 1433).

⁵⁰ Si en hipótesis de ilícitos cometidos con ocasión de funciones públicas o de utilización de medios provistos por la administración se da lugar a la responsabilidad del Estado, este puede repetirse contra el funcionario, de modo que aquella responsabilidad cumple una función de garantía frente a las víctimas (Lochak 1993 275). Respecto de la distinción entre *culpa o falta personal* y *falta de servicio*, Chapus 1998 1272. Sobre la acción restitutoria en el derecho chileno, Pierry 1995 b. Sobre la materia se volverá en *infra* N° 365; véase también Valdivia 2005.

⁵¹ Busto en Reglero 2002 a 1447, Palandt/Thomas § 839 101 y 112.

La *actuación jurídica* puede dar lugar a responsabilidad por la ilicitud del acto dañoso, o porque se ha producido daño con ocasión de la declaración de su ineficacia (*infra* N^{os} 346 y 347); también pueden dar lugar a acciones reparatorias de actos lícitos, si de ellos se siguen efectos expropiatorios o cargas desproporcionadas para una persona o grupo de personas (*infra* § 40 f). La jurisprudencia, como se verá en cada caso, ha reconocido lugar a acciones indemnizatorias en todas estas hipótesis.

La *actuación material* de la Administración se vincula esencialmente a la provisión de servicios públicos. Tanto a nivel general de la Administración del Estado, como de las municipalidades, el criterio de atribución de responsabilidad es la falta de servicio (*infra* N^{os} 348 y 349).

341. Formas que puede adoptar la responsabilidad de la Administración. Sobre la base de la legislación y la jurisprudencia, la responsabilidad de las administraciones públicas puede ser ordenada en cuatro conceptos principales: la responsabilidad por actos ilegales, la responsabilidad por falta de servicio, la responsabilidad estricta u objetiva en sentido propio y la responsabilidad por desigual atribución de cargas públicas. Luego de analizarse brevemente los elementos comunes a los diversos tipos de responsabilidad (sección siguiente), serán analizados por separado estos conceptos de responsabilidad.

b. *Características comunes con la responsabilidad civil extracontractual*

342. Aplicación subsidiaria de las reglas de la responsabilidad civil. Luego de un período de vacilaciones, la jurisprudencia superior ha asumido que las reglas sobre responsabilidad civil se aplican supletoriamente en materia de responsabilidad patrimonial del Estado.⁵² En circunstancias que las normas del derecho público se limitan a definir el criterio de imputación que da lugar a la responsabilidad (falta de servicio), aspectos esenciales de la responsabilidad de la Administración forman parte del derecho común de la responsabilidad extracontractual. Ello vale especialmente para los elementos del daño y la causalidad (que son referidos en esta sección) y para la extinción de la acción por prescripción (*infra* N^o 371).

⁵² CS, 7.11.2000, F. del M. 504, 4126, entendió que la acción patrimonial que surge del hecho de la Administración se rige por el derecho común de la responsabilidad civil, a diferencia de la nulidad de derecho público, que no sería prescriptible porque el principio de jerarquía de normas permitiría en cualquier momento reclamar la ilegalidad de un acto administrativo (mientras una ley especial no prescriba lo contrario); el criterio de que la prescripción de la acción indemnizatoria se rige por el derecho privado ha sido acogido ampliamente por la jurisprudencia (*infra* N^o 371). Rompiendo con la jurisprudencia anterior (CS, 28.7.1987, F. del M. 344, 355). El principio de que las normas del derecho de la responsabilidad civil reciben aplicación subsidiaria en materia de responsabilidad del Estado ha sido desarrollado en CS, 15.5.2002, GJ 263, 29; Corte de Santiago, 24.10.2002, GJ 268, 111; CS, 21.2.2004, GJ 284, 47; y Corte de Santiago, 16.12.2004, GJ 294, 91. A esta conclusión llegan, desde una perspectiva civil, Corral 2003 306 y, desde una administrativa, Ferrada en Marín 2004 a 116; en materia municipal, J. Fernández 2000 7 y Baraona en Baraona 2003 b 86.



343. Daño. El Estado responde de todo daño, según las reglas generales de la responsabilidad extracontractual, de modo que su responsabilidad puede ser tenida por integral.⁵³ En la materia no hay norma especial ni razón jurídica alguna para establecer discriminación entre la reparación civil y la administrativa.⁵⁴ La jurisprudencia extiende indistintamente la reparación al daño patrimonial y al moral, en términos tales que no existen diferencias respecto de los criterios de determinación de los perjuicios indemnizables, incluida la discutible tendencia a considerar la solvencia del Fisco al fijar el monto de la indemnización (*supra* N° 201). En circunstancias que en Chile existe unidad de jurisdicción para la responsabilidad del Estado y la responsabilidad civil propiamente tal, no es probable que se desarrollen algunas sutiles diferencias que se conocen en otros ordenamientos (que en verdad tampoco alteran los aspectos esenciales de la definición del daño).⁵⁵ En consecuencia, corresponde en la materia hacer referencia extensiva a lo expresado en el capítulo sobre daño (*Capítulo IV*).

344. Causalidad. Como en el caso del daño, las preguntas de causalidad y de imputación objetiva del daño a la falta de servicio o a la conducta ilegal de la Administración no presentan particularidades especiales respecto del estatuto general de la responsabilidad extracontractual, de modo que cabe hacer referencia extensiva a lo expresado en el capítulo sobre causalidad (*Capítulo V*), a menos que la naturaleza del hecho determinante de la responsabilidad exija calificaciones especiales.⁵⁶

Las preguntas más importantes en la materia se refieren a la relación que debe haber entre la falta de servicio del órgano de la Administración y el daño sufrido por el demandante. Para construir la falta de servicio en el caso concreto se requiere atender al fin regulador de la norma que regula la actividad del órgano respectivo. Sólo si el fin de la norma que establece esas funciones y deberes (a menudo sin desagregarlos) tiene por fin evitar el daño que la víctima ha sufrido, habrá lugar a responsabilidad (*supra* § 29). De particular importancia en este análisis es determinar si el órgano de la Administración del Estado o la municipalidad tenían un *deber*

⁵³ Soto 1996 310, J. Martínez en Baraona 2003 b 169.

⁵⁴ Chapus 1998 1137 señala que la responsabilidad del poder público ‘es en sí misma una responsabilidad civil, en tanto es una especie de responsabilidad que se opone a las responsabilidades penal y disciplinaria’, lo que lo lleva a reiterar la exigencia de que el daño sea cierto y a extender la responsabilidad a todo tipo de daños, incluidos los reflejos.

⁵⁵ Ferrada en Marín 2004 a 125.

⁵⁶ Chapus 1998 1145; para algunos casos de atribución causal del daño derivado de actos ilegales de la Administración municipal véase Baraona en Baraona 2003 b. Se ha fallado que “para que semejante especie de responsabilidad pueda ser reclamada deberá existir –y acreditarse en juicio, cuando se exigiere por vía jurisdiccional– un vínculo de causalidad entre la falta de servicio –producida por vía de acción u omisión– y el resultado nocivo, en términos que aquella sea determinante en la generación del evento dañoso (CS, 25.4.2006, rol N° 5.826-2005); para un caso en que se rechaza la acción deducida por estimarse que no se encuentra establecida la relación de causalidad entre la muerte de un detenido y una posible falta de servicio de parte de funcionarios del Estado, véase CS, 18.5.2006, GJ 311, 61.

de servicio, lo que no debe confundirse con la mera potestad legal para actuar, ni con las disposiciones meramente programáticas, cuya ejecución corresponde definir al órgano público respectivo en el marco de sus políticas presupuestarias (*infra* N° 351).

345. Exposición imprudente de la víctima al daño. Un peculiar caso de aplicación del principio de que a la responsabilidad del Estado se le aplican supletoriamente las reglas de la responsabilidad civil está constituido por los casos en que la víctima se expone de manera imprudente al daño. En verdad, atendido el carácter indemnizatorio (en oposición a un crédito de seguridad social) que tiene la responsabilidad por falta de servicio, nada justifica que no se apliquen las reglas generales sobre compensación de culpa (artículo 2330 y *supra* § 34 a). La jurisprudencia también se ha pronunciado en este sentido.⁵⁷

⁵⁷ CS, 29.1.2002, GJ 259, 17, publicada también en F. del M. 498, 660; Corte de Concepción, 28.11.2001, confirmada por la CS [cas. forma y fondo], 4.4.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 5ª, 77. Incluso se ha estimado que una grave exposición imprudente de la víctima puede tener por efecto excluir la responsabilidad del Estado (CS, 8.5.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 1ª, 80; CS, 29.5.2003, F. del M. 510, 674); sobre la materia, *supra* N° 290. En contrario, véase la prevención del ministro Muñoz en Corte de Santiago, 19.6.2003, GJ 276, 111, en orden a que no procedería la compensación de culpas en materia de responsabilidad del Estado; en el caso concreto, parece que el argumento principal es que el intento de fuga no debe tenerse por excusa para la acción policial que tiene un resultado de muerte, más aún si se atiende a que al autor se le atribuyó dolo (*supra* N° 289 c).



d. *Responsabilidad por falta de servicio establecida por el juez*

349. Noción de falta de servicio. a) La más general de las condiciones de responsabilidad de la Administración y de las municipalidades está definida genéricamente, sin mayores precisiones, como *falta de servicio* (Ley de bases, artículo 42; Ley de municipalidades, artículo 137).⁶⁷

El estatuto de responsabilidad de la Administración vigente en Chile se ha construido sobre la base del modelo francés de responsabilidad del Estado,⁶⁸ donde la jurisprudencia ha concebido la falta de servicio como la infracción a un deber objetivo de conducta, que es análogo al concepto civil de culpa.⁶⁹ Como se ha visto (*supra* N° 334), ambas nociones suponen un juicio objetivo de reproche sobre la base de un patrón de conducta: mientras en la *culpa civil* se compara la conducta efectiva del agente con el estándar abstracto de conducta debida en nuestras relaciones recíprocas, en la *falta de servicio* tal comparación se efectúa entre la gestión efectiva del servicio y un estándar legal o razonable de cumplimiento de la función pública.

En la práctica, existe una gran proximidad entre estos enfoques, pues ambos atienden al *comportamiento que la víctima tiene legítimamente derecho a esperar*, aunque en un caso se tenga en consideración el hecho negligente de un agente privado (culpa civil) y, en el otro, el funcionamiento impropio de un órgano de la Administración Pública (falta de servicio). Así se

⁶⁷ El artículo 141 de la Ley de municipalidades expresa que estas corporaciones responden 'principalmente por falta de servicio'. A falta de una precisión mayor, podría entenderse que el universo restante está dado por un estatuto general de responsabilidad estricta. Sin embargo, esta inferencia resulta extravagante: ante todo, por las dificultades antes expuestas para asumir un estatuto de ese tipo (*supra* N° 337); enseguida, porque una decisión jurídica fundamental, como es establecer un sistema de responsabilidad que no tiene precedentes en el derecho chileno, no puede ser construida a partir de una inferencia tan indirecta; finalmente, desde un punto de vista lógico, si esa inferencia fuera correcta, la regla no tendría necesidad de hacer referencia a la falta de servicio como condición de responsabilidad, porque cada vez que haya 'falta de servicio' también existe esa relación causal entre el hecho de la Administración y el daño, que es el único requisito exigido bajo un estatuto de responsabilidad estricta (u objetiva en sentido propio). Todo indica, en consecuencia, que la norma se refiere a las demás hipótesis concretas que determinan la responsabilidad de las administraciones públicas.

⁶⁸ Es lo que demuestran las referencias a los conceptos, de origen francés, de *falta de servicio* y *falta personal*, contenidas en el artículo 42 de la Ley de bases (el primero está reiterado en el artículo 141 de la Ley de municipalidades), así como la historia de la adopción legislativa de ese precepto. Sobre este último aspecto se insiste con razón en Pierry 1995 a y Pierry 2000.

⁶⁹ La analogía entre la culpa civil y la falta de servicio se muestra con claridad cuando se atiende al origen francés de este último concepto. La palabra francesa *faute* significa culpa, y en materia administrativa designa la *falta de servicio* (*faute de service*). Por eso, en la doctrina francesa la *falta de servicio* suele ser identificada con la responsabilidad por culpa y, en tal carácter, es reconocida como régimen general de responsabilidad del Estado. Así, Chapus 1998 1454. Respecto de la objetivación de la *falta de servicio* en el derecho francés, que sigue análogicamente a la objetivación de la culpa en el derecho civil, Waline 476 1995.

explica que muchos sistemas jurídicos hayan podido construir una doctrina de la responsabilidad del Estado sobre la base del concepto civil de culpa; y que la jurisprudencia chilena haya aceptado la invocación por el demandante de normas de derecho privado como fundamento de la acción indemnizatoria por actuaciones de las administraciones públicas.⁷⁰ En definitiva, la particularidad del concepto de falta de servicio es que pone al juez en la necesidad de precisar la conducta que debe observar la administración a efectos de prevenir accidentes.⁷¹

b) La falta de servicio denota el *incumplimiento de un deber de servicio*. Ese incumplimiento puede consistir en que no se preste un servicio que la Administración tenía el deber de prestar, sea prestado tardíamente o sea prestado en una forma defectuosa de conformidad con el estándar de servicio que el público tiene derecho a esperar.⁷²

350. Determinación jurisprudencial de los deberes de servicio. El deber de servicio resulta de la ley. Sin embargo, las leyes que establecen el estatu-

⁷⁰ Así, Corte de Santiago, 28.12.1999, GJ 234, 63, que concluyó que un mismo hecho puede ser constitutivo de *culpa civil* y de *falta de servicio*. En opinión de esa Corte, el diagnóstico tardío de una enfermedad, la impericia en su tratamiento y otros errores de diagnóstico atribuibles a negligencia del personal de un hospital público, hacen “responsable a la demandada en los términos tanto del artículo 2320 del Código Civil, según el cual, y en lo pertinente, los empresarios responden del hecho de sus dependientes, cuanto del artículo 44 de la ley N° 18.575, según el cual los órganos de la Administración del Estado, como ocurre en la especie, serán responsables del daño que causan por falta de servicio”. En otros casos se ha aceptado la invocación exclusiva de normas de derecho privado, en el entendido que si se ha acreditado la culpa civil, debe entenderse que el hecho también constituye una falta de servicio; en este sentido: CS, 27.4.1998, F. del M. 473, 244; CS, 27.4.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 1ª, 68, publicado también en GJ 226, 56, y F. del M. 485, 276; CS, 7.5.2001, RDJ, t. XCVIII, 88; CS, 24.1.2002, GJ 259, 38; Corte de Copiapó, 28.6.2002, GJ 268, 133; y CS, 7.1.2003, GJ 271, 96.

⁷¹ En el derecho francés la homologación de la falta de servicio a la culpa civil fue formulada por Ch. Eisenmann 1949 751 y establecida por la influencia de Chapus 1954. En la doctrina chilena, por esta analogía entre la culpa y la falta de servicio, Pierry 2000 19, Oelckers 1998 351, Ferrada en Marín 2004 a 114. En el sentido indicado en este párrafo, Corte de Santiago, 14.4.2005, GJ 298, 87.

⁷² Tal fórmula es asumida usualmente por la jurisprudencia (así, por ejemplo, Corte de Santiago, 13.9.1991, RDJ, t. XC, sec. 5ª, 226, publicada también en GJ 161, 21; Corte de Santiago, 30.10.1996, RDJ, t. XCVIII, sec. 5ª, 13; Corte de Concepción, 31.3.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 5ª, 59; Corte de Santiago, 1.4.1999, GJ 226, 84, publicada también en F. del M. 489, 1610; Corte de Concepción, 10.8.2000, GJ 259, 38; CS, 8.5.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 1ª, 80; CS, 30.4.2003, GJ 274, 59; CS, 15.9.2003, GJ 279, 79, publicada también en F. del M. 514, 2230; CS, 25.4.2006, rol N° 5.826-2005; y Corte de Santiago, 14.7.2006, GJ 313, 76). Esta tipificación tripartita fue formulada originalmente por Duez 1927 15; Paillet 1980 308 la critica porque, a pesar de su elegancia, carece de estructura racional (el funcionamiento defectuoso es una categoría amplísima frente al funcionamiento tardío, que parece marginal; el funcionamiento tardío y la ausencia de funcionamiento podrían fundirse en una sola categoría, pues ambas consisten en que el servicio no funcionó como debía) y descuida otras distinciones relevantes, en particular entre actividad jurídica y material. Un análisis de la noción de falta de servicio a la luz de la jurisprudencia reciente en Valdivia 2005.



to orgánico de los servicios públicos se limitan, por lo general, a definir sus funciones. Es el caso, por ejemplo, de la Ley de municipalidades, que contiene una larga enumeración de funciones que corresponden a esas corporaciones, algunas privativamente (artículo 3º) y otras en concurrencia con otros órganos de la Administración del Estado (artículo 4º), para lo cual la ley las dota de diferentes atribuciones (artículo 5º) y de potestades normativas y de ejecución (artículo 6º). Algo semejante ocurre con los demás órganos de la Administración del Estado.

Una de las mayores dificultades para la determinación de los deberes de servicio radica en la necesaria distinción entre las materias que son de *competencia* de las municipalidades y de los demás órganos de la Administración del Estado, y aquellas que constituyen sus *deberes de servicio*. La diferencia entre ambos conceptos establece la línea divisoria entre la función pública entendida como potestad y como deber de servicio (*infra* N° 351).⁷³

Una vez analizada esa pregunta, que se relaciona con la distribución de funciones públicas en una democracia constitucional, en los párrafos siguientes serán analizados los criterios de determinación de la falta de servicio.

351. Falta de servicio y facultades discrecionales. a) La distinción conceptual entre la función pública y el deber de servicio es tarea que puede resultar difícil, aunque es indispensable a efectos de determinar si el hecho de la autoridad da lugar a responsabilidad. En la dificultad influyen principalmente dos órdenes de razones: los vacíos legales respecto de la definición precisa de los deberes de servicio de los órganos de la Administración del Estado y la inevitable necesidad de ponderar el ámbito de discrecionalidad que la ley reconoce a los órganos políticos y administrativos.

⁷³ Esta idea sólo me ha resultado clara luego de revisar una centena de fallos sobre la responsabilidad de órganos públicos y de haber participado como abogado integrante en acuerdos que me parecen discutibles precisamente por haber inferido directamente el *deber de servicio* de las *funciones* que la ley encomienda a los municipios (CS, 3.5.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 5ª, 87). En el sentido que aquí se prefiere puede verse CS, 29.9.2004, GJ 291, 61, que afirma “que no existe norma legal que fije plazo a los municipios para concretar una expropiación de un bien que, como consecuencias de la aprobación del plan regulador comunal, ha sido declarado de utilidad pública. La circunstancia de que no se concrete la expropiación puede tener muy diversas causas, incluso, falta de recursos económicos por parte del municipio, o por la priorización de otra necesidad o aun, por determinarse que ha de llevarse a cabo la expropiación de otros bienes; (...) la Ley General de Urbanismo y Construcciones ha otorgado a los municipios la potestad jurídica para realizar la expropiación de los terrenos declarados de utilidad pública, pero (...) dicha potestad es discrecional, de modo que no cabe la posibilidad legal, a los administrados, de exigir el ejercicio de esa potestad en cualquier tiempo”; véase también Corte de Rancagua, 13.1.2004, GJ 294, 138. La doctrina es discutible si de su aplicación se sigue una carga pública desproporcionada para el propietario, si de ello se sigue que no puede gozar de su propiedad, ni recibir la indemnización por expropiación (*infra* N° 358).

b) El legislador incurre frecuentemente en *vaguedad* al expresar sus propósitos normativos, lo que conduce a la persistente *omisión de establecer estándares de servicio*.⁷⁴ Ante la carencia de estándares legales, el juez se ve en la necesidad de definir el punto de división entre la discrecionalidad política de la Administración en la asignación socialmente más eficiente de los recursos que le son asignados y la conducta que constituye su deber de cuidado respecto de los administrados, cuya infracción da lugar a responsabilidad.

c) La función pública de administrar requiere un ámbito *político* de discrecionalidad, tanto en el ejercicio de la potestad pública como en el manejo presupuestario. Sólo en ese marco de restricciones, que impone la distribución de funciones en un Estado constitucional, los jueces deben determinar la *extensión del control jurídico* de la eficiencia del funcionamiento de los servicios públicos. El supuesto esencial en esa tarea es que “los jueces ciertamente no pueden estar autorizados para dejar sin efecto decisiones relativas a la asignación de recursos a los órganos públicos”.⁷⁵ Por eso la responsabilidad de la Administración traza la delgada línea divisoria entre el ámbito de decisión prudencial de la Administración y aquello que está obligada a hacer por mandato del derecho. En el fondo, cada vez que un juez condena a la Administración por no haber hecho aquello que se declara tenía el deber de hacer, está imponiendo un costo al ejercicio de esa función pública y determinando prioridades en la asignación de los fondos públicos.⁷⁶

Por eso, al analizar la ley que organiza un servicio o establece sus competencias y tareas, es necesario distinguir la *función pública*, que establece la competencia del órgano administrativo o municipal para actuar, y el *deber concreto de actuación*, que puede ser hecho valer ante un tribunal.

d) El alcance de la pregunta se muestra, por ejemplo, a propósito de las competencias que tienen los municipios, en conjunto con otros órganos de la Administración del Estado, en materias de educación y salud (Ley de municipalidades, artículo 4 letra a y letra b, complementadas por las leyes especiales sobre esas materias). Por cierto que los municipios tienen deberes correlativos a las competencias que la ley les confiere, pero la forma como distribuyen fondos escasos para satisfacer necesidades ilimitadas es una decisión política (esto es, discrecional) y no jurisdiccional. Por eso, el límite de la responsabilidad en estos casos está dado por la *conducta tan poco razonable en que ninguna autoridad consciente de sus deberes hubiera incurrido*, caso en el cual inequívocamente el órgano respectivo extralimita el ámbito de su discreción y existe incumplimiento de un deber en senti-

⁷⁴ Busto en Reglero 2002 a 1457.

⁷⁵ Atiyah 1997 79; un refinado análisis jurídico de la cuestión en Cane 1996 238. Puede verse Corte de Santiago, 23.7.2002, GJ 265, 78.

⁷⁶ En el mismo sentido Mir 2002 143, quien habla de la función de control y demarcatoria de la responsabilidad patrimonial de la administración.



do jurídico;⁷⁷ o por el abuso de las facultades conferidas, en la medida que atribuciones legales otorgadas para un determinado fin son desnaturalizadas en la forma de una *desviación de poder*.⁷⁸

e) Sólo una vez precisado el límite de las facultades discrecionales, que sólo excepcionalmente pueden dar lugar a responsabilidad, es tarea de la jurisprudencia definir el nivel de servicio exigible.

352. Factores determinantes de una falta de servicio. a) Con los correctivos y precisiones de los párrafos precedentes, los hechos que pueden dar lugar a la responsabilidad se pueden ordenar en dos grupos. Ante todo, puede ocurrir que el servicio no haya sido prestado a pesar de que el órgano respectivo tenía el deber jurídico de prestarlo. Enseguida, que se haya incurrido en una falta con ocasión de la prestación del servicio, porque no se ha observado el estándar de servicio exigible, sea porque ha sido prestado tardía o imperfectamente.

b) El *deber de prestar un servicio* surge de la interpretación de la norma legal que establece la función pública respectiva. El primer problema que el intérprete debe resolver se refiere al ámbito de los servicios que el Estado *debe* prestar y no solamente está *facultado* para prestar. Los casos más claros son aquellos en que la ley establece un deber determinado, como ocurre en materia de mantención de caminos y vías públicas en buen estado y de adecuada señalización, según dispone el artículo 174 V de la Ley del tránsito (*supra* N° 348 b). En otros casos, como se ha visto, la ley se limita a establecer una función, sin especificar el punto en que la potestad o competencia converge con el deber de satisfacerla (*supra* N° 351).

c) De distinta naturaleza es la pregunta por el nivel de servicio que debe ser prestado por el órgano sobre el cual recae la respectiva función.

⁷⁷ Especialmente clara respecto de la distinción entre potestad discrecional y deber de servicio del órgano público y su relevancia en la determinación de la responsabilidad patrimonial, CS, 29.9.2004, GJ 291, 61. En el sentido expuesto es establecido el estándar de negligencia (falta de servicio), por ejemplo, en Inglaterra para actividades que envuelven facultades de apreciación discrecional, según el precedente *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation*, 1 KB 223 (1948), citado por Cane 1996 244. En el derecho francés, respecto de ciertas actividades, se ha sostenido que la responsabilidad del Estado se encontraría supeditada a la concurrencia de una culpa grave; aunque hay acuerdo en que la exigencia de culpa grave se encuentra en retirada (Chapus 1998 1200), su subsistencia como condición de responsabilidad es justificada precisamente por razones de oportunidad: los jueces dejan a la administración grados importantes de libertad para el cumplimiento de sus funciones, cuando la naturaleza de sus potestades o las dificultades de su ejercicio exigen un grado importante de discrecionalidad; en este sentido, Richer 1978 113 y Deguerge 1994 637. La tesis de esta última demuestra que, desde su origen en la jurisprudencia francesa, la falta de servicio necesariamente debe cumplir un cierto grado de gravedad (ídem 176).

⁷⁸ Sobre la desviación de poder (*détournement de pouvoir*), Chapus 1998 964; en general, sobre la dificultad de transformar los poderes discrecionales en fuentes de responsabilidad civil, los finos análisis de Atiyah 1997 78 y Cane 1996 238.

Como en el caso de la culpa (*supra* N° 58), es inevitable que la calificación de ese nivel de servicio esté dada por consideraciones pragmáticas que consideran factores como la magnitud de los riesgos y el costo de establecer una medida de precaución eficiente. Pero también está dado por las convenciones que rigen en el tiempo y lugar acerca de lo que resulta exigible de la Administración como un servicio normal, atendida la riqueza relativa y las prácticas en la materia.

La determinación de una falta de servicio no excluye la necesidad de determinar en concreto, de acuerdo con un estándar de conducta explícito, los deberes de cuidado de la Administración. Un par de ejemplos pueden aclarar la índole de la pregunta. Es obvio que si las carreteras tuvieran doble vía y se evitaran curvas mediante la construcción de túneles, se disminuirían los accidentes, pero no es usual que esa decisión pueda derivar en una falta de servicio; y si existiera un sistema extremadamente inteligente de semáforos, se podrían evitar marginalmente algunos accidentes, pero de la sola posibilidad de que ello *pueda* ocurrir no se sigue un deber del municipio de implementar una tecnología que le imponga una carga desproporcionada.⁷⁹

La *normalidad* del servicio tiene que ver con expectativas normativas de la comunidad: no se refiere a aquello que uno *quisiera* como servicio eficiente (que es un estándar que tiende al infinito y que daría lugar a responsabilidad estricta u objetiva en sentido propio), sino a aquello que *se tiene derecho a esperar*. Así, por ejemplo, no cabe duda que la municipalidad incurre en una falta de servicio si expone a las personas al riesgo de caer a un pozo que no está señalizado;⁸⁰ es discutible, por el contrario, que las municipalidades tengan que mantener las aceras libres de cualquier defecto que pueda ocasionar una caída a un transeúnte.⁸¹ La revisión de la jurisprudencia sobre falta de servicio muestra que los jueces tienden a tener presente esta importante calificación, que hace diferente el estatuto legal vigente de responsabilidad por falta de servicio y un estatuto general de responsabilidad estricta u objetiva del Estado, que carece de sustento normativo en el derecho vigente, y es ampliamente desechado en el derecho comparado (*supra* § 39 a).

⁷⁹ Ese parece ser el caso, sin embargo, en CS, 13.9.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 4ª, 236, donde se dio lugar a la responsabilidad municipal por no tener un semáforo de varios tiempos que asegure el cruce a los peatones sin que nadie esté autorizado para virar (aunque exista una regla general que otorga preferencia a aquéllos).

⁸⁰ Como ocurrió en el conocido caso *Tirado con Municipalidad de La Reina* (CS, 24.3.1981, RDJ, t. LXXVIII, sec. 5ª, 35); véanse también CS, 7.5.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 1ª, 88, y CS, 5.3.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 1ª, 27, publicada también en F. del M. 496, 1.

⁸¹ Así, sin embargo, CS, 28.7.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 5ª, 94; Corte de Concepción, 15.9.1999, confirmada por la CS [cas. fondo], 10.8.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 5ª, 132; Corte de Concepción, 25.1.2002, confirmada por CS [cas. fondo], 7.5.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 5ª, 104; y CS, 24.11.2003, GJ 281, 80.



353. La falta de servicio y la culpa como criterios de atribución de responsabilidad. Descartada la distinción entre actos de gestión y de autoridad como criterio limitante de la responsabilidad del Estado, subsiste una diferencia entre el Estado regulador y el Estado servidor al momento de calificar el cuidado debido. Se ha visto que el otorgamiento de una potestad a la autoridad pública no supone necesariamente el deber jurídico de ejercerla. Y al juzgar su ejercicio como conforme al derecho o como constitutivo de una falta de servicio, se debe atender al ordenamiento de derecho público que establece esas potestades y deberes. Específicamente en este punto reside una diferencia esencial en la construcción del hecho que da lugar a la responsabilidad patrimonial privada y de la Administración del Estado.

Sin embargo, esta distinción se debilita cuando la Administración realiza actividades que resultan homologables a las de sujetos privados (la policía conduce vehículos en rondas rutinarias, los hospitales públicos atienden enfermos). Una de las preguntas críticas que debe responder una doctrina jurídica sobre la responsabilidad de la Administración se refiere a si hay alguna razón que justifique que hechos análogos sean calificados de manera diferente por la sola circunstancia de ser el demandado una persona jurídica de derecho público.

Así, por ejemplo, si un órgano del Estado mantiene un consultorio médico, y allí se incurre en un descuido profesional, no hay razón alguna para someter esa responsabilidad a condiciones más exigentes que las aplicables a la responsabilidad de un consultorio privado que ofrece servicios en condiciones de recursos semejantes.⁸² En definitiva, es indiferente que sea un consultorio público o privado el que incurra en la negligencia de tener en el patio trasero una cámara de alcantarillado descubierta, donde se ahoga un niño que escapa por algunos minutos al control de su madre.⁸³ Buena parte de los casos de responsabilidad de los órganos públicos resueltos por nuestra jurisprudencia pueden ser subsumidos bajo el concepto de *culpa en el servicio*,⁸⁴ que funcionalmente presenta los mismos caracteres de la culpa

⁸² Es en este grupo de casos donde se muestran con particular agudeza los efectos de una doctrina de la responsabilidad del Estado construida sobre la idea de antijuridicidad del daño. Una crítica a la legislación, doctrina y jurisprudencia españolas, que permiten discriminar a efectos de responsabilidad entre ambos tipos de situaciones, en Pantaleón en Pantaleón 2001 182, Pantaleón 2000 84; entre los administrativistas españoles, Parada 1999 677.

⁸³ Corte de Puerto Montt, 24.3.1999, rol N° 8.332 (citada y comentada por Baraona en Baraona 2003 b 78).

⁸⁴ Es el caso, por ejemplo, de la confusión de identidades entre dos personas (CS, 27.4.1998, F. del M. 473, 244); de la caída sobre un niño del mástil ubicado en un parque municipal, porque le faltaba un perno de sujeción (Corte de Concepción, 31.3.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 5ª, 59); del disparo accidental de un policía que alcanza a un transeúnte (CS, 27.4.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 1ª, 68); de la cirugía negligentemente ejecutada que debe ser luego corregida varias veces (CS, 27.4.1999, GJ 226, 56, publicado también en F. del M. 485, 276); o del tablón que cubría sin señalización una acera en mal estado (CS, 28.7.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 5ª, 94); de la muerte de un menor a causa de la mantención de una piscina pública con infracción a los reglamentos sobre la materia (Corte de Santiago, 14.1.2002, GJ

del derecho civil contemporáneo, caracterizada por no haberse observado el *estándar objetivo de cuidado de quien actúa con prudencia y diligencia* al realizar una actividad o mantener a su cargo una instalación susceptible de causar daño a terceros (*supra* N° 42).

354. La calificación de una conducta como falta de servicio es una cuestión normativa. Como en la responsabilidad por culpa, es tarea judicial la determinación del estándar o patrón de conducta que debe observar la Administración Pública y municipal, a menos que la propia ley defina ciertas situaciones que *per se* den lugar a la responsabilidad (falta de servicio infraccional). En todo caso, se trata de una cuestión esencialmente *normativa*, que debiera estar sujeta al control jurídico por vía de casación. Inevitablemente, en la determinación judicial del *estándar de servicio* influyen factores análogos a los determinantes de la culpa civil (*supra* N° 58); a ellos se agrega, en este caso, la necesidad de una definición jurisprudencial del nivel de servicio que se *debe* exigir de las administraciones públicas y de las municipalidades, con la consecuencia de que si no lo observa el Fisco o la municipalidad respectiva, resulten responsables.

En ciertos casos la calificación de una falta de servicio exige la correcta interpretación de una ley especial, que establece el respectivo deber, como ocurre con la norma del artículo 174 V de la Ley del tránsito, por los daños causados por accidentes debidos al mal estado de las calzadas o a falta de adecuada señalización.⁸⁵ Como se ha visto (*supra* N° 352), se trata

271, 96); de una infección intrahospitalaria adquirida sin relación causal presumible con la cirugía que dio lugar al tratamiento (CS, 24.1.2002, GJ 259, 38, publicada también en F. del M. 497, 370); de la administración descuidada de un sedante (Corte de Copiapó, 28.6.2002, GJ 268, 133); y de la pavimentación que causa inundación de las viviendas circundantes (CS, 27.11.2003, GJ 281, 64; CS, 3.5.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 5ª, 87).

⁸⁵ La jurisprudencia vincula la responsabilidad con los deberes legales de la administración, especialmente comunal, respecto de la conservación de las vías públicas y de una adecuada señalización (CS, 7.5.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 1ª, 88; CS, 29.1.2002, GJ 259, 17), deberes previstos por el artículo 174 V de la Ley del tránsito, que se relacionan con el propósito de evitar lesiones o daños a los usuarios de los bienes nacionales o comunales (CS, 28.7.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 5ª, 94; CS, 10.8.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 5ª, 132). En ocasiones, la jurisprudencia llega incluso a calificar la suficiencia o adecuación de las medidas de señalización adoptadas por el municipio, a fin de acreditar la falta de servicio o el incumplimiento a sus obligaciones; así, CS, 13.9.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 4ª, 236, en que un semáforo y la demarcación de un paso peatonal son estimados insuficientes, tratándose de una vía ubicada en un sector donde hay diez colegios; y Corte de Santiago, 14.7.1994, GJ 169, 62, en que una señalización que anunciaba la existencia de un 'pavimento en mal estado' es juzgada inadecuada para dar cuenta de la rotura de dicho pavimento en una pista, originada en trabajos de reparación, y que la hacía intransitable. La calificación del defecto envuelve un juicio de valor acerca del servicio que las personas tienen derecho a recibir en razón de las funciones que la ley ha impuesto al órgano respectivo, según las consideraciones hechas valer en esta sección a propósito de la responsabilidad por falta de servicio.



de conceptos normativos ('mal' estado de los caminos; 'adecuada' señalización), que suponen la determinación de un estándar de calidad, aunque existen buenas razones para presumir esa falta de servicio si el accidente se ha debido al estado de los caminos o a la señalización (*infra* N° 370).⁸⁶

e. *Responsabilidad estricta u objetiva por riesgo de la actividad*

355. Responsabilidad por riesgo. En el derecho de la responsabilidad patrimonial la responsabilidad propiamente estricta u objetiva es excepcional. Su establecimiento por el legislador responde a ciertas razones típicas que han sido tratadas en el *Capítulo VI* (actividades especialmente peligrosas, protección de víctimas que se encuentran en una posición estratégica disminuida para controlar el riesgo o hacerse cargo de los efectos dañinos del accidente). Cualesquiera sean las razones que justifican su introducción, siempre se requiere de norma expresa.⁸⁷

Los estatutos de responsabilidad estricta son establecidos en razón de la materia, de modo que es indiferente que el demandado sea una persona jurídica o natural, pública o privada. En consecuencia, las reglas sobre responsabilidad por daños causados por vehículos motorizados, instalaciones nucleares, navegación marítima o aérea, o cualesquiera otros, se aplican al Estado, a menos que éste sea expresamente excluido.

Por otra parte, también pueden existir estatutos especiales de responsabilidad estricta que comprometen precisamente al Estado. Se trata de políticas legislativas que persiguen asegurar que la sociedad asuma ciertos riesgos.⁸⁸ Como en el caso de la responsabilidad estricta de efectos generales, la asunción por el Estado de ciertos riesgos específicos supone una especial decisión legislativa.

f. *Responsabilidad por desigual atribución de cargas públicas*

356. Planteamiento y fundamento constitucional. a) Existen hipótesis en que el funcionamiento normal y regular del poder público puede dar lu-

⁸⁶ Sobre la responsabilidad de las municipalidades y de la Administración del Estado por el mal estado de las vías y por falta de señalización, véase *infra* N°s 535 y siguiente.

⁸⁷ Así, para el derecho chileno, R. Letelier 2002. Las hipótesis de responsabilidad por riesgo en el derecho administrativo francés, en cambio, tienen origen jurisprudencial. Aunque la doctrina se esfuerza por sistematizarlas en torno al riesgo creado por cosas, procedimientos o situaciones especialmente peligrosas (Chapus 1998 1228), esas categorías no desempeñan el rol de condiciones de la responsabilidad. Tras las decisiones que han consagrado estos tipos de responsabilidad parece hallarse más bien una 'política jurisprudencial de equidad' que busca ante todo corregir las limitaciones de un régimen exclusivamente basado en la falta de servicio (Amselek 1977 233 y 256).

⁸⁸ Así ocurre, por ejemplo, en el derecho francés con las víctimas del terrorismo, de manifestaciones públicas y de contaminación con Sida a consecuencia de transfusiones de sangre contaminada (Chapus 1998 831 y 1246, Carbonnier 2000 375).

gar a obligaciones reparatorias, en cuya virtud el Estado se ve en situación de compensar ciertas cargas que impone a los particulares en razón del interés general. Aunque se suele tratar estas obligaciones bajo el epígrafe general de la responsabilidad del Estado, su naturaleza es más bien restitutoria.⁸⁹ El fundamento normativo de estos deberes se encuentra en el principio de igual distribución de las cargas públicas, que en el derecho constitucional chileno tiene reconocimiento explícito en el artículo 19 N° 20 I.⁹⁰

b) La extensión y condiciones de esta obligación plantean delicadas preguntas, porque, en general, los particulares se encuentran sujetos a las cargas normales de la vida en sociedad, muchas de ellas impuestas por la autoridad (restricciones al uso de fuentes contaminantes, obligaciones cívicas, ordenanzas de construcción). Como es obvio, no todas estas cargas dan derecho a exigir una compensación de parte del Estado. En efecto, ellas tienen naturalezas e intensidades muy diversas, que van desde las limitaciones al ejercicio de los derechos que se deben soportar en razón de la vida en común (como ocurre, en derecho civil con las turbaciones ordinarias de vecindad),⁹¹ hasta la privación de atributos esenciales de un derecho, que resulta contraria a las normas constitucionales a menos que intervenga una expropiación autorizada por la ley (artículo 19 N° 24 III).

En verdad, la expropiación por causa de utilidad pública es el caso más fuerte de una intervención legítima del Estado en el derecho de un particular, y por lo mismo es también el evento más característico de atribución

⁸⁹ Existen fuertes analogías entre la responsabilidad del Estado por imposición de cargas públicas y el instituto civil de la compensación por cargas que una persona privada tiene derecho a imponer a otra, atendidas las circunstancias. Es el caso, especialmente, del estado de necesidad: para evitar un mal mayor, se tiene derecho a intervenir en un bien ajeno, pero no es justo que la víctima tenga que soportar las consecuencias de esa intervención, una vez pasadas las circunstancias que la motivaron (*supra* N° 82). En la doctrina francesa, la analogía fue expresada por Hauriou, quien llegó a considerar el enriquecimiento sin causa como fuente de la obligación de reparar los daños causados sin culpa (Hauriou 1911 481); sin embargo, la doctrina posterior ha rechazado ese punto de vista, aun cuando no niegue la existencia de un cierto 'aspecto restitutorio' de la responsabilidad administrativa (Deguerge 1994 608 y 476). En el derecho alemán, el instituto de la carga excesiva (*Aufopferung*) tiene un desarrollo dogmático independiente (Deutsch/Ahrens 2002 188).

⁹⁰ En el derecho francés, la doctrina administrativa tradicionalmente hizo referencia a un principio general del derecho aplicable aun a falta de texto expreso; el Consejo Constitucional le ha atribuido carácter positivo, entendiendo que se trata de un caso de aplicación de la garantía de igualdad ante la ley de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (Chapus 1998 1252).

⁹¹ Ni siquiera un régimen de responsabilidad estricta del Estado escapa a esta restricción, como ocurre en el derecho español. En efecto, aun cuando se proclama el derecho del ciudadano a ser indemnizado por los daños provocados por el *funcionamiento normal* de los servicios públicos, paradójicamente se entiende que los daños causados por el normal funcionamiento de los servicios públicos son, por lo común, cargas no indemnizables que los administrados tienen el deber jurídico de soportar a causa de su generalidad, salvo en cuanto esa carga entrañe un sacrificio excesivo y desigual para algunos (García de Enterría/Fernández 2002 II 378).



de una carga que el sujeto privado no tiene que soportar patrimonialmente. En el rango intermedio están las demás intervenciones lícitas que constituyen una carga que afecta el goce del derecho y la justa distribución de las cargas públicas. En estos casos, el Estado debe indemnizar si el costo privado asociado al logro del bienestar general ha excedido los límites que razonablemente *debe* tolerar el titular del derecho.⁹²

c) Es característico de esta obligación reparatoria que tenga su origen en un *acto consciente y lícito del Estado*, en cuya virtud se impone una carga pública. Por eso, resulta esencial determinar el objeto perseguido con la imposición de la carga (cuya naturaleza determina el derecho a reparación).⁹³ La lógica económica que existe tras estos casos es sencilla: para obtener un beneficio mayor se requiere sacrificar un derecho de menor entidad, para lo cual el derecho autoriza a la autoridad a actuar en procura del interés mayor, pero a condición de que repare el costo privado que irroga alcanzarlo.⁹⁴ Desde el punto de vista de la justicia distributiva y retributiva, se plantea la pregunta decisiva acerca de los límites entre los derechos subjetivos y el bien general; a

⁹² Es interesante como en el derecho alemán se conjugan en un conjunto la acción dirigida a compensar un sacrificio grave y especial (*Aufopferungsanspruch*) y la que tiene por objeto reparar una intervención cuasi-expropiatoria (*enteignungsgleicher Eingriff*), donde el ilícito del daño está dado precisamente por el gravamen específico al derecho de una persona o de un grupo definido de personas en procura del interés general; al respecto, en castellano, Ossenbühl 1996 931. En la doctrina chilena, la idea de sacrificio especial ha sido recogida por Oelckers 1987 67.

⁹³ Es sintomático que en un ordenamiento político que tiene un fuerte acento en el estado administrador, como el francés, la doctrina intente justificar el escaso impacto práctico de esta especie de responsabilidad recurriendo a la función que cumple el *interés público* que legitima la imposición de la carga. Así, frente a la reducida aplicación de esta responsabilidad en casos de medidas de orden público económico o aun policial, algunos han entendido que si la carga ha sido impuesta para la protección de un *interés general preeminente*, no procede reparación por parte del Estado (en este sentido, Devolvé 1969). Análisis recientes indican que la jurisprudencia estudia ante todo la intención perseguida por la norma, pues las discriminaciones queridas por el regulador, en la medida que pertenecen a su ámbito de atribuciones, no debieran abrir derecho a reparación (así, Broyelle 2003). La reparación sólo cabría tratándose de efectos anómalos, no buscados por la norma aplicable. Se trataría más bien, como dicen Vedel/Delvolvé 1990 639, de un 'régimen de reparación aceptado' por el legislador o por la autoridad administrativa en cuestión. Ese razonamiento, sin embargo, niega efecto jurídico autónomo al instituto de la reparación por cargas públicas desproporcionadas, pues antes de distinguir entre beneficios públicos y costos privados es preciso determinar si el fin perseguido por la reglamentación admite la reparación. Con esas importantes reservas, que son expresivas de una específica jerarquización de las posiciones jurídicas del Estado y del administrado en el derecho francés, se ha desarrollado una abundante jurisprudencia, precisando las condiciones de que la carga debe ser especial y grave para que dé lugar a reparación (Chapus 1998 1253).

⁹⁴ Epstein 1999 67 ve en estos casos una analogía con el alivianamiento de la nave en el derecho marítimo: ante un riesgo de naufragio, se bota al mar la carga menos valiosa, con cargo a formar un *pool* de beneficiarios que indemnicen proporcionalmente a los perjudicados.

estos efectos, la cuestión radica en determinar el umbral que separa el sacrificio del derecho, que debe ser tolerado como contribución a la vida en sociedad, y el sacrificio que la sociedad no puede imponer al titular, porque ello significaría la obtención de ese bien general a costa de que algunos soporten una carga extraordinaria.

357. Requisitos para que proceda la reparación. En general, procede la indemnización si la carga impuesta por la autoridad es *excepcional y grave*. La *excepcionalidad* supone que el costo de la medida administrativa sea atribuido a un conjunto limitado de personas, sin que existan razones que justifiquen que sean precisamente ellas quienes deben soportarla. De ahí que el fundamento de la acción se encuentre en la *injusta distribución* de cargas (y no en la circunstancia de que haya sido impuesta una carga dentro del ámbito de atribuciones de que dispone la autoridad). El requisito de *gravedad*, a su vez, supone que se afecte un derecho del demandante más allá de los límites de tolerancia que la sociedad nos exige en razón de la mera convivencia en una sociedad organizada políticamente.

Un caso típico, en el derecho chileno, de turbaciones que usualmente se entiende que deben ser soportadas por quien las sufre han sido las provocadas por trabajos en las calles, que obstaculizan por períodos de tiempo limitados la actividad de negocios o el acceso a residencias. En casos como éstos, la definición de los límites entre los inconvenientes ordinarios que debemos soportar y las cargas graves que dan lugar a reparación es una cuestión prudencial. Allí se muestra, en definitiva, el nivel de protección que cada sistema jurídico otorga a los derechos de las personas (en particular, a la propiedad) y, por el contrario, cuánto se exige de sacrificio gratuito de lo propio con justificación en el interés general.⁹⁵

358. La obligación de reparar cargas desiguales en el derecho chileno. En pocas materias del derecho de la responsabilidad patrimonial el derecho chileno tiene precedentes jurisprudenciales tan fuertes como en materia de obligaciones reparatorias que tienen por antecedente la imposición legítima de cargas públicas desiguales.

La primera decisión importante parece ser *Ábalos con Fisco* (1889). El caso tuvo su origen en una decisión de la Intendencia de Aconcagua, que

⁹⁵ Al respecto, un análisis desde una teoría política libertaria, en Epstein 1982. La distinción entre cargas que el propietario debe soportar en razón del interés general y las que constituyen un gravamen que debe ser reparado, como si fuera expropiatorio, es una pregunta necesariamente abierta en todo sistema jurídico. Así, a diferencia de lo fallado en los casos que más adelante se refieren, en que se da lugar a la reparación por la imposición de cargas excesivas y desiguales, se ha estimado que la declaración de una propiedad como monumento nacional no da lugar a indemnización alguna, aunque de ello se siga que ella pierda parte sustancial de su valor (CS, 22.12.1982, RDJ, t. LXXIX, sec. 5ª, 194). Por el contrario, se ha estimado que la obligación de los propietarios colindantes con las playas de otorgar gratuitamente vías de acceso a éstas, constituye una limitación al dominio que da lugar a indemnización (Trib. Const., 2.12.1996, RDJ, t. XCIII, sec. 6ª, 138).



ordenó a un destacamento militar y a ciertos funcionarios administrativos destruir los sandiales que el señor Ábalos tenía en la ciudad de San Felipe, como una medida tendiente a detener una epidemia de cólera. El señor Ábalos demandó al Fisco por los perjuicios sufridos, fundándose en las normas del Código Civil, y en los artículos 12 y 151 de la Constitución de 1833, que garantizaban la inviolabilidad de la propiedad.⁹⁶ El tribunal de instancia, en un fallo confirmado por la Corte Suprema, resolvió que si bien la autoridad administrativa no contaba con autorización legal expresa para ordenar esa destrucción, es indiscutible que las leyes la facultan para adoptar las medidas que la prudencia aconseja para disminuir los efectos de una epidemia, aunque esas medidas menoscabaran ciertos intereses individuales.⁹⁷ Sin embargo, el tribunal estimó “que si la destrucción de los sandiales, cuyo pago reclaman los demandantes, fue una medida necesaria en beneficio de los habitantes de la República, el Fisco, como representante de toda la comunidad, es el directamente obligado a indemnizar el daño que hizo a ciertos particulares en beneficio de todos”.⁹⁸

Con posterioridad a *Ábalos con Fisco* otras sentencias han seguido la misma doctrina, a pesar de haber sido dictadas bajo ordenamientos constitucionales distintos. Es el caso de *Lapostol con Fisco* (1930),⁹⁹ *Comunidad Galletué con Fisco* (1984)¹⁰⁰ y *Quintana Olivares y otros con Servicio Agrícola y*

⁹⁶ Juzg. de San Felipe, 5.6.1889, confirmada por la CS, 10.12.1889, G. de los T., 1889, 2º sem., N° 5185, 835.

⁹⁷ En el juicio se probó que el Intendente actuó a solicitud de la junta de salubridad y con la opinión unánime de todos los facultativos del departamento, que aprobaron la medida como absolutamente necesaria para atenuar los efectos de la epidemia que amenazaba la vida de los habitantes del lugar.

⁹⁸ Fundando su decisión en las Siete Partidas de Alfonso X (Partida 3), en el artículo 1437 del Código Civil y en otras disposiciones del mismo Código, se resolvió que el Estado debía pagar al señor Ábalos el valor del sandial destruido.

⁹⁹ El señor Lapostol estableció una servidumbre en su predio para la instalación de una cañería de abastecimiento de agua potable para el poblado de Penco. Tiempo después fue privado de la explotación de canteras y de cortar árboles para asegurar el suministro. La sentencia de segunda instancia señala que “se irrogó un daño individual, en beneficio de la comunidad, protegiéndose un servicio fiscal, y el Fisco, como representante de la comunidad, está obligado a indemnizarlo”. Resaltando el carácter confiscatorio de la decisión administrativa, la Corte Suprema rechazó los recursos deducidos contra ese fallo, con fundamento en el derecho de propiedad (Corte de Santiago, 9.11.1923, confirmada por la CS [cas. fondo], 8.1.1930, RDJ, t. XXVII, sec. 1ª, 744).

¹⁰⁰ Este caso se originó en una prohibición de corte y explotación de la araucaria, impuesta mediante un decreto supremo que declaró la especie ‘monumento natural’, afectando la propiedad de la demandante, dueña de un predio de gran extensión cuyo único giro era la explotación comercial de bosques de esa especie. La Corte Suprema señaló que dicho decreto, aunque legal, “redunda en graves daños para los propietarios de Galletué, que han acatado la decisión de la autoridad, no siendo equitativo que los soporten en tan gran medida sin que sean indemnizados por el Estado, autor de la decisión, conforme a los principios de la equidad y justicia” (CS, 7.8.1984, RDJ, t. LXXXI, sec. 5ª, 181). Véase también Corte de Santiago, 21.11.2003, GJ 281, 122.

Ganadero (2001).¹⁰¹ El factor común ha sido la obtención de un beneficio general, por medios perfectamente legales, pero a costa de una carga grave y excepcional impuesta a un particular.

No existe, por tanto, en estos casos un funcionamiento anormal del órgano estatal, una *falta de servicio*; la indemnización se funda en una idea análoga a la expropiación por causa de utilidad pública, que impone al Estado la obligación de restituir el valor de aquello de que es privado un particular por un acto lícito y regular, realizado en interés general.¹⁰² Por ello, el fundamento legal de estas sentencias puede encontrarse en las garantías constitucionales de *igualdad en la distribución de las cargas públicas*, actualmente consagrada en el artículo 19 N° 20, y del *derecho de propiedad*, garantizado por el artículo 19 N° 24.

Atendida la lógica normativa específica que inspira a estos fallos, no se puede concluir que ellos establezcan el fundamento para una especie de teoría general de la responsabilidad objetiva o estricta del Estado, sino que expresan un principio particular de reparación de lo que el administrado ha sido privado por una decisión legítima de la autoridad (*supra* N°s 334 a y 356).

¹⁰¹ Se demandaba en este caso la indemnización de los perjuicios provocados por la prohibición de uso de un predio dedicado a la ganadería, motivada por la necesidad de erradicar la fiebre aftosa. La Corte Suprema fijó en estos términos el principio de la obligación reparatoria del Fisco: “se ha permitido que en definitiva la carga pública de alcanzar un objetivo de bien común, cual es impedir la propagación de una enfermedad animal, sea soportada por algunos ciudadanos, alterando con ello el principio de la igualdad en la repartición de dichas cargas establecido en el artículo 19 N° 20 de la Constitución” (CS, 23.1.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 5ª, 13). En esta sentencia parece adquirir forma una jurisprudencia anterior algo errática en cuanto a los fundamentos de la reparación (CS, 2.4.1998, F. del M. 473, 202). Puede verse un desarrollo posterior de la doctrina en Corte de Santiago, 21.11.2003, GJ 281, 122. En un fallo reciente se ha considerado que la destrucción de cierta plantación por parte del Servicio Agrícola y Ganadero para controlar una plaga no da derecho a reparación porque tales consecuencias negativas al patrimonio de la demandante habrían consistido en la necesaria carga y gravamen impuesto por un ordenamiento especial dado al sector agrícola, conforme a las reglas que regulan tal especial actividad (Corte de Santiago, 3.5.2004, GJ 287, 62).

¹⁰² Sobre la cercanía y necesaria distinción entre las instituciones de la expropiación, delimitación de derechos y responsabilidad patrimonial de la administración, Mir 2002 71.



b. *Responsabilidad por actuaciones judiciales*

361. Responsabilidad por actuaciones materiales e ilícitos funcionarios.

a) La responsabilidad por actuaciones judiciales se puede plantear en diversas hipótesis. Se puede sufrir daño por actuaciones materiales realizadas con ocasión de un proceso o de una investigación, por delitos funcionarios y por error judicial.

b) La responsabilidad por *actuaciones materiales* de la policía, del ministerio público¹⁰⁷ o de otros órganos que participan en la investigación criminal o con competencias en materias de seguridad ciudadana se rige por las reglas generales de la falta de servicio, con debida consideración de los usos y exigencias de cuidado que rigen las respectivas actividades (policía, gendarmería, servicios de protección de menores y cualesquiera otros cuya actividad se relacione con la jurisdiccional).

c) Si los jueces incurrir en *delitos funcionarios*, son personalmente responsables de los daños que se provoquen a terceros. La responsabilidad es por el hecho personal y se rige por las reglas generales. Sin perjuicio de ello, habrá acción contra el Estado en la medida que la actuación ilícita se realice en ejercicio de las funciones judiciales, en virtud del principio de la responsabilidad directa y personal, analizado a propósito de la responsabilidad de la Administración (*supra* N° 338), y que debe entenderse expansivamente aplicable en este caso. Es lo que ocurriría, por ejemplo, si un funcionario judicial se apropia de dineros consignados o si un juez incurre en el delito de prevaricación.¹¹¹ El principio en juego es que aun el juez corrupto actúa en ejercicio de una función pública, que compromete al Estado en cuya agencia interviene.

¹⁰⁷ Una reticencia análoga se encuentra en la jurisprudencia francesa, que antes de recurrir a la idea de una protección de la confianza prefiere los mecanismos tradicionales de la responsabilidad del Estado; sobre la materia, Calmes 2001 615.

¹⁰⁸ Sobre la intangibilidad del contrato ley por actos legislativos posteriores en la doctrina y jurisprudencia chilenas, López 1998 208.

¹⁰⁹ El instituto tiene su antecedente en la legislación española (Busto en Reglero 2002 a 1503; críticos, creo que con razón, García de Enterría/Fernández 2002 II 391).

¹¹⁰ El artículo 5 I de la ley N° 19.640, orgánica constitucional del Ministerio Público, dispone expresamente que “el Estado será responsable por las conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del Ministerio Público”.

¹¹¹ García de Enterría/Fernández 2002 II 394.

362. Responsabilidad por error judicial en materias civiles. a) Mayores dificultades plantea la responsabilidad por simple *error judicial*. En materia criminal, existe norma expresa, según se verá en el párrafo siguiente. Pero los argumentos para establecer criterios especiales de responsabilidad son análogos en materia civil.

El error de apreciación jurídica no puede ser excluido en juicios civiles. El derecho procesal ha establecido recursos para cautelar la observancia del derecho, pero, en definitiva, incluso la decisión que se adopte en un recurso de casación, aunque establezca una certeza jurídica, puede resultar materialmente discutible desde un punto de vista jurídico. Algo semejante ocurre con la apreciación de la prueba y la determinación de los hechos. En definitiva, el ordenamiento procesal establece un conjunto de garantías y recursos para neutralizar el error (incluso a costa excesiva de la eficacia). Estos resguardos internos permiten que las resoluciones sean revisadas por diversos jueces y no excluyen, en casos extremos, su corrección por vía disciplinaria (recurso de queja). El control que exceda estos límites puede producir por efecto que se deteriore la independencia de los jueces, ante el riesgo de que sus resoluciones generen consecuencias civiles.¹¹²

b) La pregunta por la responsabilidad sólo se puede plantear, en consecuencia, cuando existe un error manifiesto, establecido judicialmente en un juicio posterior, que resulte imputable a la conducta inexcusablemente negligente de los jueces y que no resulte reparable por algún medio jurisdiccional que impugne la resolución lesiva. Ante la dificultad de establecer un criterio de responsabilidad que se condiga con las dificultades que plantea el establecimiento de la verdad y la correcta aplicación del derecho, el derecho comparado es generalmente escéptico acerca del establecimiento de una responsabilidad por mero error judicial. Siguiendo una línea adoptada en la materia por el derecho francés, que resulta consistente con el criterio constitucional respecto del error en materia criminal, podría asumirse que en el derecho chileno la responsabilidad por error judicial en materias civiles exige que se haya incurrido en una grave negligencia o en denegación de justicia.¹¹³

¹¹² Cane 1996 231.

¹¹³ Sobre el derecho francés, Laubadère/Venezia/Gaudemet 1992 874, Chapus 1998 1221, Deguergue 2003 b. El principio de que los jueces no responden (ni la corona por ellos), salvo en el caso de malicia o 'falta de fundamento probable o razonable' es muy fuerte también en el *common law* (Cane 1996 230). En el derecho alemán, el § 839 I y II del BGB incluso exige que se haya incurrido en un delito con ocasión de una resolución, lo que no se extiende a las actuaciones judiciales distintas de las propiamente jurisdiccionales (Palandt/Thomas § 839 66). El derecho español, como es usual en esta materia, amplía la responsabilidad más allá de los cánones usuales en el derecho comparado; la constitución ha establecido una responsabilidad basada genéricamente en el 'error judicial', así como en el 'funcionamiento anormal' de la Administración de justicia (artículo 121); sin embargo, el error judicial debe ser declarado *ex ante* por resolución judicial (García de Enterría/Fernández 2002 II 393, Busto en Reglero 2002 a 1499).



363. Responsabilidad por error judicial en juicios criminales. a) La responsabilidad del Estado por error judicial en materia criminal tiene un reconocimiento expreso en el artículo 19 N° 7 letra i de la Constitución:¹¹⁴ “Una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido. La indemnización será determinada judicialmente en procedimiento breve y sumario y en él la prueba se apreciará en conciencia”.¹¹⁵

b) La norma constitucional contiene dos requisitos sustantivos para la procedencia de la acción: que se haya dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria en el proceso criminal y que el actor haya sido sometido a proceso o condenado erróneamente.

El requisito de procedencia de que las resoluciones que provocaron el daño invocado hayan sido ‘injustificadamente erróneas o arbitrarias’ debe ser declarado en procedimiento previo por la Corte Suprema. La jurisprudencia ha sido extremadamente exigente para dar por establecidos los supuestos de esta responsabilidad, requiriendo, en la práctica, que se haya incurrido en culpa grave.¹¹⁶ En cierto modo, estas exigencias resultan ex-

¹¹⁴ Rige la materia, además, un auto acordado de la Corte Suprema de 10.4.1996. La norma constitucional vigente tiene su antecedente en el artículo 20 de la Constitución de 1925, que disponía: “Todo individuo en favor de quien se dictare sentencia absolutoria o se sobreseyere definitivamente, tendrá derecho a indemnización, en la forma que determine la ley, por los perjuicios efectivos o meramente morales que hubiere sufrido injustamente”. Esa disposición nunca recibió aplicación, por no haberse dictado la ley que regulara las condiciones de ejercicio de la acción de responsabilidad.

¹¹⁵ Es discutible el destino que tendrá esta regla a la luz del nuevo Código Procesal Penal, que reduce sustancialmente la procedencia de las medidas preventivas de privación de libertad. En todo caso, las condiciones de responsabilidad pueden extenderse como principio general del derecho procesal penal, como se sugiere en esta sección.

¹¹⁶ Las expresiones que emplea la Corte Suprema para calificar una resolución como injustificadamente errónea o arbitraria son bastante elocuentes: i) “*error inexplicable*” (CS, 10.1.1984, RDJ, t. LXXXI, sec. 4ª, 11; CS, 11.8.1989, GJ 110, 54; CS, 29.1.1993, RDJ, t. XC, sec. 5ª, 20; CS, 7.5.1993, RDJ, t. XC, sec. 5ª, 146; CS, 2.7.1993, GJ 157, 111; CS, 27.6.1996, GJ 192, 95); ii) “*resolución desprovista de toda medida que la hiciera comprensible*” (CS, 20.6.1986, RDJ, t. LXXXIII, sec. 5ª, 55); iii) resolución “*falta de toda racionalidad*” (CS, 31.7.1984, RDJ, t. LXXXI, sec. 4ª, 93; CS, 11.10.1984, RDJ, t. LXXXI, sec. 4ª, 231; CS, 22.1.1988, RDJ, t. LXXXV, sec. 5ª, 9); iv) “*sin explicación lógica*” (CS, 11.8.1989, GJ 110, 59); v) “*error grave, exento de justificación (...) sin fundamento racional, inexplicable*” (CS, 29.1.1993, RDJ, t. XC, sec. 5ª, 20; CS, 7.5.1993, RDJ, t. XC, sec. 5ª, 146; CS, 17.11.1999, GJ 233, 77, publicada también en F. del M. 492, 2544); vi) error “*craso y manifiesto, que no tenga justificación desde un punto de vista intelectual en un motivo plausible*” (CS, 17.7.1996, RDJ, t. XCIII, sec. 5ª, 164; CS, 2.12.1996, RDJ, t. XCIII, sec. 5ª, 272, publicada también en GJ 198, 109; CS, 28.8.1998, F. del M. 477, 1504); vii) resolución adoptada “*insensatamente*” (CS, 17.11.1999, GJ 233, 77, publicada también en F. del M. 492, 2544; CS, 15.12.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 5ª, 193, publicada también en GJ 234, 119; CS, 15.12.1999, GJ 234, 123; CS, 5.6.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 4ª, 134, publicada también en GJ 240, 164; CS, 9.8.2000, GJ 242, 150; CS, 23.9.2000, RDJ, t. XCVIII, sec. 5ª, 172, publicada tam-

plicables. Censurar excesivamente la conducta de los jueces del crimen importaría eventualmente un debilitamiento de la justicia, porque algún margen de error en la conducción de los procesos criminales es inevitable. El establecimiento de condiciones demasiado ligeras a la responsabilidad, aunque ella no afecte personalmente a los jueces, tiene por efecto necesario que éstos enfrenten los casos de una manera excesivamente defensiva, lo que puede afectar negativamente la administración de justicia.¹¹⁷

En contraste, es significativa la lesión a bienes morales y patrimoniales que puede sufrir una persona por un erróneo sometimiento a juicio o por una injusta condena criminal, de modo que resulta aconsejable cautela, evitando ser inusualmente exigente en el manejo de una regla de responsabilidad patrimonial del Estado, como es la del artículo 19 N° 7 letra i de la Constitución.

Con este fin, resulta conveniente volver sobre las características y fines de la responsabilidad patrimonial. En efecto, de la circunstancia que la Constitución establezca la responsabilidad bajo la condición de que la decisión haya sido ‘injustificadamente errónea o arbitraria’, no se sigue necesariamente que ello exija juzgar el comportamiento ministerial de los jueces, porque de acuerdo con los principios de la responsabilidad extracontractual, la comprobación del ilícito civil o de la falta de servicio exige juzgar objetivamente los hechos, sin que ello necesariamente suponga un juicio personal de reproche.¹¹⁸

bién en GJ 250, 167; CS, 23.4.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 5ª, 172; CS, 25.4.2001, GJ 250, 164); y *viii*) más aún, cuando estas sentencias aluden al “capricho” judicial, sugiriendo incluso un comportamiento cercano al dolo (CS, 31.7.1984, RDJ, t. LXXXI, sec. 4ª, 93; CS, 11.10.1984, RDJ, t. LXXXI, sec. 4ª, 231; CS, 20.6.1986, RDJ, t. LXXXIII, sec. 5ª, 55; CS, 29.1.1993, RDJ, t. XC, sec. 5ª, 20; CS, 27.6.1996, GJ 192, 95; CS, 2.12.1996, RDJ, t. XCIII, sec. 5ª, 272, publicada también en GJ 198, 109; CS, 17.11.1999, GJ 233, 77, publicada también en F. del M. 492, 2544; CS, 15.12.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 5ª, 193, publicada también en GJ 234, 119; CS, 5.6.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 4ª, 134, publicada también en GJ 240, 164; CS, 9.8.2000, GJ 242, 150; CS, 23.9.2000, RDJ, t. XCVIII, sec. 5ª, 172, publicada también en GJ 250, 167; CS, 23.4.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 5ª, 172; CS, 25.4.2001, GJ 250, 164).

¹¹⁷ Cane 1996 231.

¹¹⁸ La tendencia jurisprudencial, incluso en los casos en que se ha dado lugar a la reparación por procesamiento o condena criminal errónea, es a valorar la conducta de los jueces a tales efectos. En un considerando de estilo se alude a una “infracción de los deberes esenciales de un Tribunal”; tal infracción se ha estimado existir cuando “se ha atribuido erróneamente carácter típico a hechos que sólo aparecen reprochables desde el punto de vista administrativo o funcionario” (CS, 25.7.1989, RDJ, t. LXXXVI, sec. 5ª, 85, publicada también en GJ 109, 49); o cuando se ha omitido comprobar previamente la existencia de la simple materialidad de los elementos que configuran el hecho delictuoso (CS, 5.12.1990, RDJ, t. LXXXVII, sec. 5ª, 184), por ejemplo, en caso de haberse sometido a proceso a alguien por el delito de giro fraudulento de cheque, sin analizar el juez que el documento había sido presentado a cobro transcurridos los plazos legales (CS, 14.11.1985, RDJ, t. LXXXII, sec. 4ª, 254); un caso análogo en CS, 17.11.1999, GJ 233, 77.



Por otro lado, la norma no tiene una función represiva respecto del juez, sino de justicia correctiva. En consecuencia, no es la conducta de los jueces la materia que se juzga, sino si objetivamente ha habido un sometimiento a juicio o una condena objetivamente errónea o arbitraria. En tal sentido, resulta de toda evidencia diferente la causa que fue sobreseída por falta de pruebas suficientes, aunque haya habido indicios de culpabilidad, de aquella en que se demostró que el procesado o condenado no tenía relación alguna con los hechos, y que por un error demostrablemente injustificado sufrió la persecución criminal.¹¹⁹ En otras palabras, la calificación de la resolución como injustificadamente errónea o arbitraria debe entenderse compatible con un error judicial, que no sólo puede deberse a negligencia en el cumplimiento del deber, sino también a circunstancias del todo excusables desde el punto de vista subjetivo, atendidos los antecedentes disponibles y las circunstancias en que los jueces hubieron de adoptar las respectivas decisiones.¹²⁰ En el fondo, la responsabilidad por error en el procesamiento o condena criminal errónea es la cara más extrema de las cargas públicas desiguales, de modo que no parece apropiado resolver la materia teniendo sólo en cuenta si ha habido una grave negligencia judicial.¹²¹

¹¹⁹ Para esta distinción, García de Enterría/Fernández 2002 II 394.

¹²⁰ Esta idea ya aparece en la ley francesa de 1895, que otorga indemnización a los condenados cuyo fallo es objeto de revisión (Chapus 1998 1220). La jurisprudencia nacional, por el contrario, parece reticente, atendida la interpretación restrictiva del artículo 19 N° 7 letra i de la Constitución. Así, por ejemplo, Corte de Santiago, 2.6.1983, RDJ, t. LXXX, sec. 5ª, 111; en sentido diverso, CS, 6.11.1981, RDJ, t. LXXVIII, sec. 5ª, 326, que concede derecho a la reparación de los perjuicios morales derivados, entre otros, de una larga prisión que el demandante debió soportar, con fundamento en antecedentes infundados, habiéndose acreditado una campaña de desprestigio en su contra por agentes del gobierno; este fallo no invoca, sin embargo, disposición constitucional alguna.

¹²¹ Esta idea fue propuesta por Carlos Carmona en la disertación de 2.7.1998, en el marco del concurso para profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Chile; véase también Carmona 2004. En el derecho internacional de los derechos de las personas se constata una evolución hacia un entendimiento del error judicial como una cuestión de hecho, ante la evidente inocencia del imputado, cualquiera sea la causa por la que haya llegado a ocurrir (C. Medina 2003 354).

(C) RESPONSABILIDAD POR ACTOS LEGISLATIVOS

172. Noción. Bajo el principio de la soberanía política del legislador, la responsabilidad del Estado en este ámbito resulta inimaginable. Sin embargo, ese principio está en colisión con el de la supremacía del derecho, propio del constitucionalismo.

La propia Constitución se encarga de establecer los procedimientos para velar por la supremacía de sus preceptos, por medio del control preventivo de carácter general, que se aplica antes de la entrada en vigencia de la ley, a cargo del Tribunal Constitucional (artículo 82 N°1) y del control correctivo de carácter particular, a cargo de la Corte Suprema, y que se conoce como recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (artículo 80).

Los límites que el derecho impone al legislador están circunscritos a estos instrumentos procesales que persiguen impedir la vigencia o la aplicación de una ley que vulnere derechos garantidos por la Constitución. Fuera de este ámbito, la cuestión de la responsabilidad del Estado se presenta por ahora bastante más imprecisa³⁶⁵. Con razón, el derecho comparado se muestra en general tímido en reconocer responsabilidad por decisiones legislativas que no adolecen de inconstitucionalidad. Nada obsta, sin embargo, para que la obligación reparatoria que pesa sobre el Estado administrador por la imposición de cargas graves y especiales (por lícitas que sean desde el punto de vista de la eficacia normativa de la disposición), se extienda en casos excepcionales a la ley, al menos cuando de las circunstancias puede inferirse que el legislador no tuvo en vista privar a los afectados de esa reparación³⁶⁶.

³⁶⁵ La Corte Suprema ha dejado entrever que es posible hacer efectiva la responsabilidad del Estado por los actos del legislador, al señalar: “desde ya se puede adelantar también que existen numerosas disposiciones constitucionales que imponen la responsabilidad del Estado cuando se desconozcan por las autoridades o la administración o incluso por el propio legislador, las garantías constitucionales y los derechos fundamentales que ella asegura, entre los que se encuentra el derecho de propiedad en sus diversas especies” (7 de agosto de 1984, RDJ, Tomo LXXXI, sec. 5ª, pág. 181).

³⁶⁶ En el derecho francés el caso más representativo de la responsabilidad del legislador tiene su origen en una ley de 1934 que, para proteger al mercado nacional de la leche, prohibió todos los productos susceptibles de reemplazar la crema natural, que tuvo por efecto impedir el funcionamiento de una empresa que tenía el giro que la ley había limitado. El Consejo de Estado (tribunal administrativo) estimó que “ni la ley, ni los trabajos preparatorios, ni el conjunto de circunstancias del asunto permiten pensar que el legislador ha pretendido hacer soportar al interesado una carga que normalmente no le incumbe; esta carga, creada en interés general, debe soportada por la colectividad” (caso La Fleurette, citado por CHAPUS, *op. cit.* [nota 480], pág. 1264).

QUINTA PARTE. LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD

173. Acciones de prevención o remoción del daño y acción indemnizatoria.

El daño es de la esencia de la responsabilidad civil. Por ello, las acciones que surgen de un daño causado por un tercero tienen por objeto precisamente indemnizarlo o removerlo. La más frecuente acción que surge para la víctima es de naturaleza indemnizatoria, y tiene por objeto obtener su reparación por equivalencia. El derecho civil reconoce además las acciones tendientes a prevenir un daño contingente o hacer cesar un daño actual, que pueden acumularse a la primera.

La acción indemnizatoria es personal, mueble, patrimonial y transmisible³⁶⁷.

En lo que respecta a las acciones preventivas, el Código Civil contempla la *denuncia de obra ruinosas*, en el título de las acciones posesorias (artículo 932), además de otras dos acciones en el título de la responsabilidad civil, una de carácter específico (artículo 2328 II) y otra de carácter genérico (artículo 2333). Conforme a su naturaleza, estas acciones se tramitan según las reglas del procedimiento sumario y, a pesar de su formulación casuista, deben ser interpretadas de manera extensiva.

Con todo, tanto las acciones preventivas como las acciones para hacer cesar el daño (por mucho que se tramiten en juicio sumario) tienen una eficacia limitada atendida la dificultad de obtener que se conceda provisionalmente lo solicitado mientras el juicio se tramita. Por esa razón, en la práctica tienden a ser sustituidas por la acción constitucional de protección, que los tribunales superiores han extendido a conflictos privados, especialmente cuando hay urgencia especial en obtener una decisión rápida o cuando un tercero interviene de hecho alterando el *statu quo*³⁶⁸. Estas pueden ser típicamente situaciones de daño que se quiere prevenir o terminar. De este modo, la protección ha completado de un modo procesalmente eficaz el sistema de acciones civiles para prevenir o poner término al daño.

En resumen, el daño puede ser objeto de la acción indemnizatoria, de acciones que tienen por objeto precaver el daño eventual, de acciones civiles para hacer cesar el daño y, en ciertos casos, de la acción constitucional de protección.

³⁶⁷ En el caso de la demanda deducida por una madre legítima por la muerte de su hijo, la Corte Suprema ha señalado que “el derecho a ser indemnizado por un daño recibido es transmisible” y que “al darse lugar a la demanda, fundándose en que la acción para reclamar el daño producido por un cuasi-delito civil corresponde, entre otros, al heredero del que sufrió el daño... no se ha infringido ninguna de las disposiciones legales últimamente mencionadas [las contenidas en los títulos XXXV del Libro III del Código Civil], sino que, en cuanto eran aplicables al caso, lo fueron debidamente” [sic]. Con todo, hay que señalar que en este caso el daño indemnizado consistió en la pérdida de la ayuda económica que la víctima del accidente proporcionaba a la demandante y, en consecuencia, se trató de una acción que pertenecía a la demandada a título personal y no como heredera (Corte Suprema, 28 de abril de 1930, RDJ, Tomo XXVII, sec. 1ª, pág. 822).

³⁶⁸ La acción de protección, atendido su carácter de urgencia, no es acumulable a la acción indemnizatoria. Por lo mismo, sin perjuicio que los hechos tenidos en consideración en la protección pueden ser hechos valer en un juicio indemnizatorio, la sentencia de protección (le de o no lugar) no produce efectos de cosa juzgada material al momento de calificar como culpable o doloso el hecho en dicho juicio. Sobre las funciones de la protección en conflictos privados, Andrés JANA y Juan Carlos MARÍN, *Recurso de protección y contratos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1996.

En los párrafos siguientes se expondrá sobre los elementos de la acción indemnizatoria, sin perjuicio que en algunos aspectos éstos puedan resultar compatibles con las demás acciones.

174. Objeto de la acción. Según se ha señalado, el objeto de la acción indemnizatoria es la obtención de una compensación en dinero por el daño causado, esto es, persigue su reparación por equivalencia, no en naturaleza.

175. Sujeto activo. La acción pertenece a quien sufre personalmente el daño³⁶⁹. Sin embargo, hay casos en que un mismo daño afecta a distintas personas, todas las cuales están igualmente calificadas para ejercer la acción. Al efecto se debe distinguir:

(a) Daños en las cosas. Si el daño recae en una cosa, serán titulares de la acción tanto el dueño como el poseedor³⁷⁰. Tendrán acción además todos aquellos que detentan otros derechos reales sobre la cosa, como el usufructuario, el habitador o el usuario, si el daño irroga perjuicio a sus respectivos derechos.

El mero tenedor no tiene derechos sobre la cosa, en consecuencia, no puede reclamar su valor en caso de pérdida o deterioro mediante acción directa. Sólo podrá accionar en ausencia del dueño y en tal caso se entenderá que lo hace a nombre de éste y no a título personal (artículo 2315 del Código Civil)³⁷¹.

Sin embargo, el mero tenedor está legitimado para ejercer la acción indemnizatoria como titular de un derecho personal que se ejerce sobre una cosa, como el arrendatario, por el perjuicio que experimenta su crédito³⁷². Incluso, habrá casos en que el objeto preciso de la lesión sea un derecho personal, como ocurre en las hipótesis de *interferencia en contrato ajeno*, en las que un tercero con conocimiento de la existencia del contrato ejecuta actos que hacen imposible su cumplimiento, ocasionando un perjuicio al acreedor.

(b) Daño a las personas. La regla general es que el titular de la acción sea la persona que sufre directamente la lesión de un derecho o interés jurídicamente protegido. Sin

³⁶⁹ La jurisprudencia ha ratificado este principio. Así, se ha fallado “que la acción compete sólo a quién ha sufrido el daño, a la víctima de éste, que la intentará contra el autor material; y el monto de la reparación dependerá de la extensión del daño, porque es su resarcimiento el que determina el monto de la reparación” (Corte Suprema, 29 de noviembre de 1968, RDJ, Tomo LXV, sec. 4^a, pág. 323). En el mismo sentido, se ha resuelto que “la acción compete al perjudicado y éste debe intentarlo en contra del autor o autores materiales o de quien responde civilmente” [sic] (Corte Suprema, 3 de septiembre de 1974, RDJ, Tomo LXXI, sec. 4^a, pág. 266).

³⁷⁰ Como es obvio, si el demandante no acredita en el proceso su calidad de dueño o poseedor de la cosa dañada será rechazada la acción civil (Quinto Juzgado de Mayor Cuantía de Santiago, 12 de agosto de 1968, RDJ, Tomo LXV, sec. 4^a, pág. 189).

³⁷¹ Se ha fallado que en este caso “hay una especie de representación legal como consecuencia de que la indemnización reemplaza en cierto modo a la cosa que el deudor debía restituir” (Corte de Apelaciones de Valparaíso, 16 de abril de 1970, RDJ, Tomo LXVII, sec. 4^a, pág. 88).

³⁷² Como lo señala ALESSANDRI: “El art. 2315 no es taxativo, se limita a desarrollar en forma explicativa el principio general del art. 2314”. *Op. cit.* [nota 1], pág. 457. En el mismo sentido, Corte de Apelaciones de Valparaíso, 16 de abril de 1970 (RDJ, Tomo LXVII, sec. 4^a, pág. 88).

embargo, también se reconoce titularidad activa a la víctima indirecta, que es aquella que sufre un daño patrimonial³⁷³ o moral³⁷⁴ a consecuencia del daño experimentado por la víctima directa, como el dolor que causa la muerte de un ser querido.

Tratándose de daños patrimoniales, tanto la doctrina como la jurisprudencia han reconocido titularidad a todo aquel que recibía una ayuda económica de la víctima directa, aún cuando no tuviese derecho a ella, de la que resulta privado a consecuencia del accidente, como el caso del padre que pierde la ayuda pecuniaria y personal de su hijo ilegítimo³⁷⁵.

En materia de daño moral, en cambio, la regla general es que sólo se concede acción a la víctima indirecta en caso de muerte, a condición de que se acredite un parentesco

³⁷³ Así ocurre cuando la víctima indirecta se ve privada de la ayuda económica que le brindaba la víctima directa, muerta o lesionada. En este sentido, se ha dicho que la mujer tiene acción para demandar los daños que le ocasiona la muerte de su cónyuge (Corte de Apelaciones de Valparaíso, 1 de mayo de 1918, RDJ, Tomo XVI, sec. 2ª, pág. 14). También se ha fallado que el daño patrimonial puede consistir en “los gastos en que haya incurrido el demandante en la curación de su hija” (Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de junio de 1901, Gaceta de los Tribunales, año 1901, Tomo II, N°2789). No obsta a la indemnización a la indemnización la circunstancia que las víctimas indirectas reclamen por sus respectivos daños en juicio separado. En este sentido se ha fallado que “no es procedente la escepción de cosa juzgada alegada por la Empresa demandada, porque si bien la esposa y la madre del señor R., tienen la calidad de herederos de éste, ambas han demandado en los dos juicios por sí, exigiendo una indemnización personal para cada una, y porque en una y otra demanda si bien, se cobra una suma de pesos, como indemnización, en una, se exigieron por los perjuicios que ocasionó la muerte de R. á su esposa y heredera, y en el actual, por los que ocasionó á su madre” [sic] (Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de abril de 1913, confirmada por la Corte Suprema [cas. fondo], RDJ, Tomo XII, sec. 1ª, pág. 90). Sobre daño patrimonial de la víctima indirecta véase además la jurisprudencia citada en nota 321.

³⁷⁴ La Corte Suprema en fallo de 15 de diciembre de 1983, ha formulado un principio expansivo respecto de los titulares de la acción indemnizatoria del daño moral, señalando que: “Tratándose de daño moral pueden demandar su reparación la víctima inmediata o directa, esto es, la persona misma en quien recae la lesión, ofensa o injuria que lo causa y los que sin tener esa calidad también lo sufren en razón de que el daño inferido a aquélla los hiere en sus propios sentimientos o afectos, incluso aun cuando no sean sus herederos o parientes” (RDJ, Tomo LXXX, sec. 1ª, pág. 128). A pesar de la generalidad de esta formulación, la jurisprudencia tiende a ser cautelosa, muy especialmente cuando se trata de acumular el daño moral sufrido por la víctima directa con el alegado por la víctima indirecta. En relación con el daño moral sufrido por la víctima indirecta, puede verse la jurisprudencia citada en las notas 278.

³⁷⁵ ALESSANDRI, *op. cit.* [nota 1], pág. 459. Por su parte, la Corte Suprema ha señalado expresamente que “no pueda alterar esta situación [que no hay infracción al artículo 2315] el hecho que el demandante expresa que la persona fallecida era su hijo legítimo y que los antecedentes acumulados para establecer ese estado civil no hayan logrado acreditarlo, según lo expresan los jueces del fondo; tal circunstancia puede considerarse independientemente del fundamento jurídico de la acción ejercitada y dando por establecido que así sea, en cambio, la calidad de padre ilegítimo que la misma sentencia reconoce ha debido influir para confirmar aún más los beneficios que éste recibía de la víctima y, fijar en una suma equitativa la indemnización que subsidiariamente se pide determinar a la justicia” (4 de agosto de 1933, RDJ, Tomo XXX, sec. 1ª, pág. 524). Otro caso similar, en que se concedió el resarcimiento del daño material sufrido por la madre ilegítima con la muerte de su hijo que le proporcionaba ayuda pecuniaria, puede verse en sentencia de la Corte Suprema, de 9 de septiembre de 1946 (RDJ, Tomo XLIV, sec. 1ª, pág. 130). Un fallo anterior negó la indemnización a la madre ilegítima por la muerte de su hijo, fundado en que no puede considerarse heredera de éste y en consecuencia que no se encuentra comprendida en ninguno de los casos del artículo 2315 del Código Civil (Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de diciembre de 1917, confirmada por la Corte Suprema [cas. fondo] sin referirse a la materia, RDJ, Tomo XVI, sec. 1ª, pág. 546).

cercano con la víctima directa. Excepcionalmente, se concede acción para reclamar indemnización por el daño moral en caso de lesiones, cuando estas son de tal entidad que en los hechos imponen una obligación de cuidado que afecta la calidad de vida de la víctima indirecta. Tal es el caso del pariente de la víctima directa que debe hacerse cargo de su invalidez³⁷⁶.

176. Sujeto pasivo. La regla es que a la obligación indemnizatoria quedan sujetos tanto el autor directo del daño, como sus herederos (artículo 2316 del Código Civil), sin perjuicio de los casos de responsabilidad por el hecho ajeno (tratados en los artículos 2320 y 2322 del mismo código).

También es sujeto pasivo de la acción el que recibe provecho del dolo ajeno, sin ser cómplice, pero sólo es obligado hasta concurrencia de lo que valga el provecho (artículo 2316 II). La acción es, en este caso, restitutoria de un enriquecimiento sin causa³⁷⁷. Quien, por el contrario, conoce de la existencia del dolo pero es reticente en prevenir de su existencia con el propósito de aprovecharse de sus efectos, es considerado autor en razón de esa reticencia y responde por el total de los perjuicios³⁷⁸.

Si son varios los autores, sea que se haya actuado con dolo o con negligencia, la regla general es la solidaridad, según dispone el artículo 2317 del Código Civil³⁷⁹. Sin

³⁷⁶ Así, se ha concedido indemnización por daño moral a ambos padres en consideración a que “las relaciones con su hijo eran de gran afecto, sufriendo intensamente tanto por el dolor físico de su primogénito como por la incertidumbre que su dolencia importa” (Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de septiembre de 1991, Gaceta Jurídica, N°135, sent. 5, pág. 103, también en RDJ, Tomo LXXXVIII, sec.4ª, pág. 141).

³⁷⁷ ALESSANDRI, *op. cit.* [nota 1], pág. 169.

³⁷⁸ *Ibidem*, pág. 481.

³⁷⁹ *Ibidem*, pág. 489; DUCCI, *op. cit.* [nota 1], pág. 59; y, MEZA BARROS, *op. cit.* [nota 97], pág. 288. Un fallo aislado ha sostenido erradamente que no procede aplicar el artículo 2317 del Código Civil, si “la acción deducida en la demanda se apoya en la mera imprudencia o negligencia de los demandados y que no deriva del delito o cuasi delito criminal, único caso, este último, en que habría entre ellos la solidaridad de que habla el artículo citado” (Corte Suprema, 13 de enero de 1937, RDJ, Tomo XXXIV, sec. 1ª, pág. 201). Se ha señalado además que no cabe sostener que la responsabilidad civil del cómplice sea distinta que la del autor del delito por el cual se condena a ambos, “tanto porque la acción entablada es solidaria de acuerdo con lo establecido en los artículos 2314 y 2317 del Código Civil, como porque de acuerdo con la disposición del artículo 24 del Código Penal, la obligación de pagar costas y daños e indemnizar los perjuicios, afecta tanto a los autores como a los cómplices y encubridores, y el artículo 2316 del Código Civil, que hace extensiva la obligación de indemnizar hasta a los herederos de los delincuentes, sólo elimina a los que no han obtenido provecho en el delito” (Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de octubre de 1939, RDJ, Tomo XXXIX, sec. 2ª, pág. 5). Por otra parte, se ha dicho que no ocurre lo mismo con el *encubridor*, pues es de la esencia del encubrimiento “no haber tenido participación en el delito como autor ni como cómplice e intervenir solamente con posterioridad a su ejecución teniendo ya conocimiento de ella y por alguno de los medios que le indica la ley”, y porque le sería aplicable lo dispuesto en el artículo 2316 II del Código Civil, que dispone que el encubridor sólo es obligado hasta concurrencia de lo que valga el provecho que le reporta el dolo ajeno (Corte de Apelaciones de Valparaíso, 16 de agosto de 1951, RDJ, Tomo XLVIII, sec. 4ª, pág. 180). En el mismo sentido, se ha fallado que “es incuestionable que sólo participan en la perpetración de un hecho punible los autores y cómplices, en sus modalidades respectivas, dado que el encubridor, como se ha dicho en este fallo, interviene con posterioridad a su consumación, en alguna de las formas que señala el artículo 17 del Código Penal. De lo dicho se concluye que respecto de los encubridores, su responsabilidad queda reducida a reparar el daño hasta la concurrencia de lo que valga el provecho recibido del dolo ajeno”. La sentencia, sin embargo, se refiere al caso de un homicidio, y no contiene consideraciones para determinar la forma

embargo, la ley no ha resuelto la forma en que éstos deben contribuir a la deuda, por lo que en principio se aplica la regla existente en materia de solidaridad (artículo 1522 II), en virtud de la cual cada uno de los obligados al pago responde según su parte o cuota en la deuda que, en este caso, corresponderá a su grado de participación en el hecho ilícito³⁸⁰. La misma regla se aplica si la indemnización debe ser reducida en razón de la culpa interviniente de la víctima: la reducción habrá de ser proporcional a lo determinante que hayan sido el hecho de la víctima y del tercero en la ocurrencia del daño³⁸¹.

Por excepción, la obligación es simplemente conjunta tratándose de daños causados por la ruina de un edificio de propiedad de varias personas (artículo 2323 II del Código Civil) y, en el caso de daños causados por la caída de objetos desde la parte superior de un edificio, salvo si se prueba que el daño se ha debido a culpa o mala intención exclusiva de una persona (artículo 2328 I del mismo código).

177. Extinción de la acción de responsabilidad. La acción de responsabilidad se extingue, en general, por los medios de extinguir las obligaciones, pues su objeto es hacer valer una pretensión indemnizatoria³⁸². Especiales preguntas plantea la renuncia y, particularmente, la prescripción.

La *renuncia* es un acto de disposición que extingue la acción si es efectuada con posterioridad al hecho que genera la responsabilidad. La autorización que la víctima del accidente da con anterioridad a su ocurrencia, constituye técnicamente una causal de justificación, que opera como eximente de responsabilidad³⁸³.

La regla en materia de *prescripción* está contenida en el artículo 2332 del Código Civil que señala: “Las acciones que concede este título por daño o dolo, prescriben en el plazo de cuatro años contados desde la perpetración del acto”.

Esta norma admite diversas opiniones respecto del momento en que debe empezar a contarse el plazo de prescripción, debido a la vaguedad de la expresión *perpetración del acto* usada por el legislador para referirse a esta materia.

La doctrina y parte de la jurisprudencia han señalado que la prescripción se cuenta desde que se perpetra el acto o se comete el hecho³⁸⁴.

en que deba hacerse la rebaja (Corte Suprema, 5 de julio de 1967, RDJ, Tomo LXIV, sec. 4ª, pág. 175). Distinta es la situación del encubridor que se aprovecha del dolo ajeno, porque civilmente ha actuado con dolo.

³⁸⁰ Para ALESSANDRI, en cambio, en silencio de la ley la contribución a la deuda debe hacerse en partes iguales. *Op. cit.* [nota 1], pág. 491.

³⁸¹ *Supra*, párrafo 103.

³⁸² En el mismo sentido se pronuncia la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 14 de enero de 1963 (RDJ, Tomo LX, sec. 4ª, pág. 47).

³⁸³ *Sura*, párrafo 52.

³⁸⁴ Esta es la opinión de ALESSANDRI, *op. cit.* [nota 1], pág. 522. Por su parte, la Corte Suprema, en sentencia de 9 de enero de 1922, señaló que “el lapso de tiempo para prescribir estas acciones se cuenta, como lo determina el artículo 2332 del Código Civil, desde la perpetración del acto, o sea desde que se ha cometido el delito o cuasi-delito, de donde nace la obligación que se demanda”. El

Sentencias más recientes, han dicho que la responsabilidad civil no está completa si falta el daño y, que en consecuencia, mientras éste no ocurre no nace la acción³⁸⁵.

Desde esta perspectiva, habría que sostener además que la prescripción sólo empieza a correr desde que el daño se manifiesta para la víctima, criterio que está en concordancia con el carácter sancionatorio que se atribuye a la prescripción respecto de quienes retardan indebidamente el ejercicio de sus derechos. Siguiendo este razonamiento, que es consistente con la evolución del derecho comparado, si la víctima no ha estado en condiciones de conocer el daño y, por consiguiente, no ha podido ejercer la acción, no hay razón para entender que el plazo de prescripción ha comenzado a correr en su contra. Este sería el caso de quien ha sido víctima de un fraude que se descubre tiempo después de acaecido el daño patrimonial efectivo. En todo caso, parece prudente que la jurisprudencia señale como límite el plazo de prescripción extraordinario.

También se han planteado dudas en cuanto a la procedencia de la suspensión de la prescripción. En virtud del artículo 2524 las prescripciones de corto tiempo a que están sujetas las acciones especiales de ciertos actos o contratos “también corren contra toda clase de personas”, de modo que se ha entendido como una remisión tácita a la regla del artículo 2523 del mismo código que señala que “las prescripciones mencionadas en los dos artículos precedentes corren contra toda clase de personas, y no admiten suspensión alguna”.

Para una parte de la doctrina, la prescripción de la acción indemnizatoria estaría comprendida entre aquellas de corto tiempo a las que se refiere el artículo 2524 y, por consiguiente no cabría aplicar la suspensión³⁸⁶. En opinión de fallos recientes, sin

fallo de alzada respecto del cual se pronunció la Corte Suprema en esa oportunidad había señalado que “no cabe la interpretación contraria de tomar el efecto por la causa, suponiendo que por perpetración del acto entiende la ley desde que realmente se produce el daño, pues que ello importaría o hacer imprescriptible el hecho cometido que motiva el daño o fijarle una prescripción de mayor tiempo que el máximo de los 30 años [actualmente 10 años] señalados por la ley para prescribir extraordinariamente, como sucedería si éstos hubiesen ya transcurrido cuando viene a producirse el perjuicio prescriptible cuatro años después” (RDJ, Tomo XXI, sec. 1ª, pág. 501). El mismo criterio sostienen las siguientes sentencias: Corte Suprema, 23 de septiembre de 1935 (RDJ, Tomo XXXII, sec. 1ª, pág. 538); y, Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de abril de 1980 (RDJ, Tomo LXXVII, sec. 2ª, pág. 28).

³⁸⁵ Pronunciándose sobre un recurso de casación en el fondo, la Corte Suprema ha señalado que “tratándose de un cuasidelito civil, para que nazca el derecho es necesario que concurra el daño y si este elemento falta, no ha nacido el derecho para demandar perjuicios” (19 de julio de 1995, RDJ, Tomo XCII, sec. 1ª, pág. 53). En el mismo sentido pueden consultarse además las siguientes sentencias: Corte Suprema, 1 de agosto de 1967 (RDJ, Tomo LXIV, sec. 1ª, pág. 265); Corte Suprema, 29 de diciembre de 1976, en un caso por daños en la producción forestal del demandado, señalando que si “los daños que se demandan sufrieron una evolución que culminó en el mes de agosto de 1973... el plazo de prescripción debe empezar a correr desde esa fecha” (Fallos del Mes, N°217, sent. 7, pág. 313); y, Corte Suprema, 18 de diciembre de 1995 (Gaceta Jurídica, N°186, sent. 1, pág. 21). A una conclusión similar llega RODRÍGUEZ, *op. cit.* [nota 12], pág. 483.

³⁸⁶ Esta es la opinión de ALESSANDRI, quien señala: “Esta prescripción corre contra toda clase de personas y no se suspende a favor de las enumeradas en el art. 2059 (art. 2524 C.C.)”. *Op. cit.* [nota 1], pág. 528. También existen algunas sentencias que se han pronunciado en este sentido. Pueden consultarse las siguientes: Corte Suprema, 25 de mayo de 1948 (RDJ, Tomo XLV, sec. 1ª, pág. 581); y, Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de julio de 1988 (RDJ, Tomo LXXXV, sec. 2ª, pág. 63).

embargo, el plazo de prescripción se suspende en favor de las personas que enumera el artículo 2509 del Código Civil, porque no se trata de actos o contratos sino de hechos jurídicos que dan lugar a responsabilidad. En la medida que la suspensión es una institución general de protección, y que las excepciones debieran ser interpretadas restrictivamente, resulta preferible esta última opinión³⁸⁷.

Finalmente, cabe señalar que en ciertos casos la acción indemnizatoria está sujeta a plazos especiales de prescripción. Pueden mencionarse los siguientes:

- (a) Las acciones por los daños causados por accidentes de aeronaves prescriben en el plazo de un año contado desde el día de los hechos (artículo 175, Ley N°18.916, Código Aeronáutico).
- (b) Las acciones que concede la Ley sobre abusos de publicidad prescriben en el plazo de tres meses contados desde la fecha de la difusión, y de un año si el medio de difusión fuere un libro (artículo 43, Ley N°16.643);
- (c) Las acciones por los daños ocasionados por defectos en la construcción, prescriben en el plazo de cinco años contados desde la fecha en que se haya otorgado el certificado de recepción final de las obras (artículo 18 y ss., Ley General de Urbanismo y Construcciones).

³⁸⁷ Así, se ha fallado que: “la referencia del art. 2524 a «ciertos actos o contratos» no comprende a los delitos y cuasidelitos, pues para incluirlos debió hacerse en forma inequívoca. No habiéndose hecho así, no cabe considerar la prescripción establecida en el art. 2332 del Código Civil entre las de corto tiempo a que se refiere aquel artículo, sino reconocer que ella se rige por las reglas generales de la prescripción ordinaria, siéndole, en consecuencia, aplicable el art. 2509 de dicho Código” (Corte de Apelaciones de Santiago, 12 de enero de 1988, RDJ, Tomo LXXXV, sec. 2ª, pág. 1). En el mismo sentido, se ha señalado que “los delitos o cuasidelitos son hechos voluntarios y que pueden causar efectos jurídicos y obligaciones, pero cuya finalidad está dirigida a una meta distinta, por cuya razón no son actos jurídicos” y que, en consecuencia, “la prescripción de 4 años contemplada en el artículo 2332 no es una prescripción de corto tiempo a que alude el artículo 2524, ambos del mismo cuerpo legal” (Corte Suprema, 13 de abril de 1989, RDJ, Tomo LXXXVI, sec. 1ª, pág. 49).

SEXTA PARTE. RESPONSABILIDAD CIVIL Y RESPONSABILIDAD PENAL

178. Tendencias. La distinción entre responsabilidad civil y responsabilidad penal goza actualmente de general aceptación. Sin embargo, no siempre ha sido así, y tampoco en el derecho vigente la separación es total³⁸⁸.

Ambos estatutos aparecen originariamente confundidos en los sistemas jurídicos incipientes³⁸⁹. En ellos la responsabilidad civil surge como un sustituto equivalente a la venganza, en que la reparación patrimonial actúa como una herramienta eficaz para conciliar la necesidad natural de retribuir el mal, con la paz social.

La tendencia a la separación se ha acentuado en épocas recientes. Por una parte, se ha llegado a construir una teoría del delito extremadamente refinada, que se ha caracterizado por la definición rigurosa de los requisitos para hacer procedente la sanción penal, con el resultado de que la doctrina del delito actúa como un límite a la imposición de la pena.

Por otra parte, la tendencia a separar las esferas de lo público y de lo privado, y a relegar a esta última amplios ámbitos de la moral, la religión y las costumbres, ha hecho que conductas que antes estaban sujetas a la regulación estatal por la vía penal, hayan sido entregadas al juicio individual.

En la responsabilidad civil, por el contrario, la tendencia ha sido a la expansión y diversificación de sus funciones. Así por ejemplo, (a) a la función indemnizatoria clásica se ha sumado legislación que atiende a fines preventivos y de justicia distributiva; (b) la culpa civil ha terminado de perder el carácter de un juicio de reproche subjetivo, que llegó a tener bajo influencia del derecho canónico, y cada vez más hace referencia a un patrón objetivo que expresa la conducta esperada; (c) se afianza el reconocimiento de la indemnización por daño moral, reapareciendo en esta sede civil aspectos retributivos que atienden a la intensidad de la culpa, y no solo a la naturaleza del perjuicio; (d) las presunciones de culpabilidad se expanden produciendo, por un lado, una ventaja estratégica a favor del demandante y, por otro, una evolución hacia límites que sólo conceptual, pero no prácticamente, son discernibles respecto de la responsabilidad estricta o por riesgo; y, (e) importantes áreas de accidentes (trabajo, tránsito, productos defectuosos) están sujetas en el derecho comparado a estatutos de responsabilidad estricta que atribuyen la obligación de reparar a quien tiene el control sobre el riesgo.

³⁸⁸ VINEY, *op. cit.* [nota 382], pág. 90. Poniendo acento en la naturaleza de las acciones, se ha fallado que “el delito, como ilícito penal, provoca sólo la reacción de la pena, que es personal y se aplica generalmente de oficio, en tanto que como ilícito civil es fuente de un derecho subjetivo a la reparación en favor del perjudicado y de la obligación correlativa de producirla, tutelando así intereses patrimoniales que el titular hace efectivos o no, según su libre voluntad, mediante una acción civil que aún puede renunciar o transigir” (Corte de Apelaciones de Santiago, 24 de junio de 1965, RDJ, Tomo LXII, sec. 4^a, pág. 213).

³⁸⁹ Al respecto, Jean GAUDEMET, *Institutions juridiques de l'Antiquité*. Paris: Sirey, 1982, 2^a edición, pág. 301.

I. DIFERENCIAS

179. Planteamiento. Las principales diferencias entre la responsabilidad civil y penal se expresan en las mayores exigencias que el derecho plantea para dar lugar a esta última³⁹⁰.

180. Capacidad*.

181. Tipicidad. En materia penal el requisito de la tipicidad exige que la conducta que se sanciona se adecue exactamente a la descripción del delito que contiene la ley³⁹¹. De acuerdo con el principio de legalidad de la pena, reconocido en el artículo 19 N°3 de la Constitución Política, se exige además que el tipo penal esté expresamente descrito por la ley, y que ésta haya sido dictada con anterioridad a la comisión del hecho³⁹².

En materia civil, en cambio, el concepto de ilicitud, coincidente con la noción de culpa, importa la infracción a un deber de cuidado que *puede* haber sido establecido en forma previa por la ley, en las hipótesis de culpa infraccional³⁹³. En la generalidad de los casos, sin embargo, el tipo específico es determinado por el juez con posterioridad a la conducta que se juzga, teniendo en consideración los criterios ya analizados³⁹⁴.

182. Culpa. La culpa civil consiste en la infracción a un deber de conducta, que es determinado a partir del estándar del hombre prudente o *buen padre de familia*. En este sentido, los deberes específicos de conducta expresan las expectativas razonables que recíprocamente tenemos respecto del comportamiento de los demás.

Excepto en los casos de dolo, la culpabilidad en materia civil no importa un juicio de disvalor de carácter subjetivo, referido al autor del daño, sino exclusivamente a la

³⁹⁰ En este sentido se ha fallado que “las modalidades de la responsabilidad civil y de la criminal son sustancialmente diversas y, mientras el Código Civil, no requiere para la procedencia de una indemnización sino un hecho del hombre que haya causado daño a otro, aunque ello se haya producido sin dolo y sólo con culpa leve o levisima del autor, el Código Penal exige para la existencia del delito y procedencia de las prestaciones que de él nacen, a más de la concurrencia del dolo, una disposición expresa de la ley que castigue el hecho de que se trata” (Corte Suprema, 16 de septiembre de 1921, RDJ, Tomo XXI, sec. 1ª, pág. 119).

* [N. del E.: Véase *supra* § 25].

³⁹¹ Así se ha fallado que “para que exista responsabilidad penal se exige, además del dolo o culpa, que la ley castigue ese hecho, y las imprudencias o negligencias que constituyen cuasi delito penal no abarcan toda la gradación que puede importar cuasi delito civil”, agregando más adelante que “el Código Civil, artículo 2329 citado en la demanda, obliga a la indemnización de todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, el que proviniendo de negligencia, puede no constituir un cuasi delito penal, como sucede si en la culpa no se reúnen los requisitos y circunstancias necesarios según la ley para producir responsabilidad criminal” (Corte Suprema, 21 de marzo de 1938, RDJ, Tomo XXXVII, sec. 1ª, pág. 107).

³⁹² En la parte pertinente, el artículo 19 N°3 de la Constitución Política dispone: “Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado. Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”.

³⁹³ *Supra*, párrafo 38.

³⁹⁴ *Supra*, párrafo 39.

conducta. Este juicio se limita a una comparación en abstracto de la conducta efectiva con la conducta debida. La responsabilidad civil puede incluso prescindir de la culpa como elemento de la responsabilidad, como ocurre en las hipótesis de responsabilidad estricta³⁹⁵.

En materia penal, en cambio, la culpabilidad tiene un significado por completo diferente. La noción de culpa se diferencia conceptualmente de la ilicitud, que es concebida en abstracto, y permite definir un deber individual de conducta, de modo que se aprecia en concreto, con atención a las condiciones particulares del autor. La culpabilidad penal supone descender al individuo concreto y construir el acto como su hecho personal³⁹⁶.

183. Daño. Como se ha expuesto con anterioridad, el daño es una condición necesaria de la responsabilidad civil, de manera tal que si la acción culpable no genera daño, no existe responsabilidad³⁹⁷. Sólo las acciones preventivas de un daño contingente (artículos 2328 II y 2333), que no son acciones de responsabilidad, proceden cuando el daño aún no se materializa.

En materia penal, en cambio, se sanciona el disvalor de la acción y no sólo del resultado. Es más, no resulta necesario que se produzca un daño efectivo al bien jurídico protegido para atribuir responsabilidad, salvo que se trate de un *delito de resultado*. Así se explica, además, que la ley penal contemple sanciones para la mera tentativa y el delito frustrado³⁹⁸.

184. Sujetos pasivos de la acción. En materia penal sólo son sujetos pasivos de responsabilidad las personas naturales personalmente responsables del delito. Por la misma razón, y a diferencia de lo que ocurre en materia civil, la responsabilidad penal es intransmisible.

Las personas jurídicas están excluidas de este tipo de responsabilidad, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 del Código Penal, “por ellas responden los que hayan intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que afecte a la corporación a cuyo nombre hubieren obrado”³⁹⁹.

³⁹⁵ *Supra*, párrafo 144 y ss.

³⁹⁶ Juan BUSTOS, *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Barcelona: Ariel, 1989, 3ª edición, pág. 327.

³⁹⁷ *Supra*, párrafos 1 y 65.

³⁹⁸ En este sentido se ha fallado que “la característica esencial de delito civil consiste en que el hecho ilícito que importa, infiera injuria o daño a otra persona, circunstancia ésta que marca su diferenciación con el delito penal, que según lo enseña el artículo 1º del Código del ramo, es toda acción u omisión voluntaria penada por la ley, con prescindencia del factor injuria o daño de la víctima del delito. De ahí entonces que la responsabilidad penal y civil puedan coexistir respecto de un mismo hecho, cuando el delito o cuasidelito de donde derivan es a la vez civil y penal, esto es, cuando ha inferido injuria o daño en la persona o bienes de otro, y además, está penado por la ley”. Corte de Apelaciones de Iquique, 18 de junio de 1953 (RDJ, Tomo L, sec. 4ª, pág. 81).

³⁹⁹ Se ha fallado que “no hay inconveniente legal alguno para sostener que puede existir responsabilidad delictual o cuasidelictual civil con respecto a una persona, sin que exista la penal; y es precisamente lo que ocurre en la especie – en que la Compañía ha incurrido en responsabilidad civil, sin incurrir en la penal – puesto que la Compañía no puede cometer delitos penales” (Corte Suprema, 14 de abril de 1953, RDJ, Tomo L, sec. 4ª, pág. 40).

Sólo excepcionalmente, las personas jurídicas pueden ser responsables penalmente de los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y cohecho a funcionario público nacional e internacional (Ley N° 20.393) o también pueden ser objeto de algunas sanciones que presentan cierta analogía penal, tales como multas o incluso la disolución (como sucede si ha incurrido en ilícitos contra la libre competencia).

En materia civil, en cambio, las personas jurídicas son plenamente responsables; no sólo por el hecho ajeno, sino también por el hecho propio.

185. Sujetos activos de la acción. La regla general en materia penal es que la acción sea pública, es decir, que puede ser ejercida por el propio afectado, por el Estado a nombre de la sociedad, o por cualquier persona. Esta acción es irrenunciable.

En contraste, la acción penal privada, de carácter excepcional, sólo puede ser ejercida personalmente por la propia víctima u otra persona a su nombre y, por tal razón, es renunciable, e incluso está sujeta a extinguirse por el ejercicio de la acción civil que emana del mismo delito (artículo 66 Código Procesal Penal).

En materia civil, en cambio, una vez que el daño se ha materializado la acción indemnizatoria es esencialmente renunciable (artículo 12 del Código Civil). Sólo excepcionalmente está prohibida su renuncia antes de producirse el accidente (situación que más bien configura una causal civil de justificación), cuando importa condonación de dolo futuro o renuncia de bienes jurídicos indisponibles, como la vida o la integridad física⁴⁰⁰.

186. [N. del E.: Eliminado deliberadamente].

187. Prueba. En materia penal rige un principio de la prueba más estricto que en el orden civil. Según el artículo 340 del Código Procesal Penal: “nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley”.

En materia civil, en tanto, el artículo 428 del Código de Procedimiento Civil establece un principio distinto. Señala la disposición: “Entre dos o más pruebas contradictorias, y a falta de ley que resuelva el conflicto, los tribunales preferirán la que crean más conforme con la verdad”.

En principio, la razón de esta diferencia reside en los conceptos de *certeza* y *razonabilidad*, que subyacen respectivamente a cada uno de los regímenes probatorios, y que, según el *common law*, se expresan en que la responsabilidad penal requiere de convicción fuera de toda duda razonable, mientras que la responsabilidad civil se satisface con una probabilidad razonable.

⁴⁰⁰ *Supra*, párrafo 52.

Por lo demás, en materia penal rige el sistema probatorio de la sana crítica (art. 297 Código Procesal Penal), mientras que en los procesos civiles se aplica la prueba legal tasada (aunque sujeta a correctivos).

188. Prescripción. En materia penal el plazo de prescripción de la acción varía entre los 6 meses y los 15 años, dependiendo de la gravedad de la pena asignada al delito, y se cuenta desde la fecha de comisión del ilícito (artículo 94 y ss. del Código Penal).

En materia civil, en cambio, el plazo de prescripción es de 4 años, contados desde la perpetración del acto (artículo 2332 del Código Civil), con las calificaciones que han sido referidas⁴⁰¹.

II. RELACIONES ENTRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LA RESPONSABILIDAD PENAL

189. Principios. La responsabilidad civil y penal son independientes entre sí: puede haber responsabilidad penal sin que exista responsabilidad civil (por ejemplo, si el hecho ilícito penal no ocasiona daños) y, a la inversa, es usual que los casos de responsabilidad civil no conlleven responsabilidad penal, como ocurre genéricamente cuando el hecho que ocasiona el daño no está tipificado como delito.

Con todo, estando sujeta la responsabilidad penal a requisitos más estrictos, la sentencia que se pronuncie en esa sede puede producir efectos en materia civil, lo que no ocurre en el sentido contrario. Por la misma razón, la ley atribuye competencia civil al juez penal respecto de las acciones conexas, de la que, a la inversa, carece el juez civil (artículo 10 del antiguo Código de Procedimiento Penal).

Las influencias recíprocas de estos estatutos están determinadas por los efectos que la ley le atribuye a las sentencias dictadas en uno y otro, específicamente, en relación con la institución de la cosa juzgada.

(A) EFECTOS DE COSA JUZGADA DE LAS SENTENCIAS PENALES EN MATERIA CIVIL

190. Sentencias condenatorias. Conforme establece el artículo 178 del Código de Procedimiento Civil: “En los juicios civiles podrán hacerse valer las sentencias dictadas en un proceso criminal siempre que condenen al reo”. Esta regla se aplica no sólo tratándose de sentencias penales dictadas por jueces ordinarios, sino también respecto de las sanciones que fijan los jueces de policía local en el ámbito de su competencia, con el único límite que al tercero civilmente responsable sólo le afectará la decisión penal si ha sido parte en el juicio respectivo⁴⁰².

⁴⁰¹ *Supra*, párrafo 177.

⁴⁰² Así, se ha fallado que en el juicio civil en que se persigue la responsabilidad de la Empresa de la cual el conductor condenado por delito de lesiones era dependiente, “no es lícito tomar en consideración pruebas o alegaciones incompatibles con los hechos que sirvieron de necesario fundamento a la sentencia condenatoria” (Corte de Apelaciones de Santiago, 19 de noviembre de 1934, RDJ, Tomo XXXII, sec. 2ª, pág. 46). También, que la sentencia del juzgado de policía local que impone pena de multa al chofer culpable de un accidente de tránsito por haber infringido los reglamentos “es una sentencia condenatoria en juicio criminal y produce plena prueba en el presente juicio civil sobre la infracción reglamentaria a que ella se refiere” (Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de octubre de 1958, confirmada por la Corte Suprema [cas. forma y fondo], RDJ, Tomo LVI, sec. 1ª, pág. 133).

Con todo, la responsabilidad civil requiere la existencia de daño, que debe ser probado, (con las calificaciones que se han hecho respecto del daño moral)⁴⁰³.

Tratándose de sentencias condenatorias penales por delitos de mera actividad, será necesario además probar la causalidad (que es propia de los delitos de resultado).

191. Sentencias absolutorias. Por regla general, las sentencias absolutorias penales no producen cosa juzgada en materia civil. De la circunstancia que no exista responsabilidad penal no se sigue necesariamente que tampoco exista responsabilidad civil⁴⁰⁴. Así lo establece el artículo 179 I del Código de Procedimiento Civil al señalar que las sentencias que absuelvan de la acusación o que ordenen el sobreseimiento definitivo, sólo producen cosa juzgada en materia civil, cuando se funden en ciertas circunstancias.

En consecuencia, el efecto de cosa juzgada de la sentencia penal absolutoria es excepcional en materia civil; sólo procede en aquellos casos expresamente señalados en la ley. Por la misma razón, esas normas deben ser interpretadas de manera restrictiva⁴⁰⁵. Siguiendo este criterio, la jurisprudencia ha señalado que los jueces del crimen están facultados únicamente para declarar que alguien carece de responsabilidad en el orden de su jurisdicción, esto es, en materia penal⁴⁰⁶.

⁴⁰³ En este sentido se ha fallado que si bien una vez acreditada la existencia del delito de fraude aduanero “nace acción civil para que el Fisco pueda obtener la indemnización de los perjuicios causados por la no percepción de los derechos aduaneros”, no resulta posible acoger la acción deducida por el Fisco pues “correspondiéndole el peso de la prueba, no ha rendido la necesaria para acreditar la naturaleza, monto y demás particularidades del daño cuyo resarcimiento pide” (Corte de Apelaciones de Santiago, 27 de marzo de 1980, RDJ, Tomo LXXVII, sec. 4^a, pág. 38).

⁴⁰⁴ En relación con la extinción de la responsabilidad penal en virtud de la amnistía, se ha fallado que esta “sólo produce efectos en la esfera de tal responsabilidad, sin que alcance a operar en el campo de la responsabilidad civil; la primera tiene su origen en el hecho punible, que la ley reprime en resguardo del interés de la colectividad; la segunda nace como consecuencia de aquel hecho, desde que ocasiona al ofendido un daño que le confiere el derecho de la reparación. Por consiguiente, la obligación que genera este derecho no se extingue por la amnistía” (Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de enero de 1963, RDJ, Tomo LX, sec. 4^a, pág. 47). En el mismo sentido pueden consultarse además las siguientes sentencias: Corte Suprema, 30 de marzo de 1962 (RDJ, Tomo LIX, sec. 4^a, pág. 25); y, Corte Suprema, 1 de septiembre de 1967 (RDJ, Tomo LXIV, sec. 4^a, pág. 243).

⁴⁰⁵ Así, se ha fallado que dichas hipótesis “tienen que interpretarse en un sentido estricto, sin extenderlas más allá de lo que reza su tenor literar ni a situaciones diversas de las contempladas en ellas” [sic] (Corte Suprema, 29 de agosto de 1917, RDJ, Tomo XV, sec. 1^a, pág. 131). En este sentido, también se ha dicho que “en los juicios civiles pueden hacerse valer las sentencias dictadas en un proceso criminal siempre que condenen al reo, lo que es natural y obvio; pero cuando absuelven u ordenan el sobreseimiento definitivo se les concede la fuerza de la cosa juzgada por excepción, en los casos taxativamente enumerados en el artículo 202 del Código de Procedimiento Civil [actual 179], los cuales, como era lógico que sucediera, se refieren exclusivamente a los casos en que se trata de hacer efectiva en una demanda cualquiera las consecuencias o prestaciones civiles emanadas de un delito o de un cuasi delito penal, acerca del cual hubiere recaído fallo absolutorio o sobreseimiento definitivo, dictado en otro juicio, por Tribunal competente” (Corte Suprema, 8 de enero de 1938, RDJ, Tomo XXXV, sec. 1^a, pág. 343).

⁴⁰⁶ En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema, señalando que “la competencia del juez del crimen está limitada a conocer de los actos dolosos o culpables expresamente sancionados en las leyes penales, en tanto que la del juez civil se extiende a todos aquellos actos en que ha habido cualquiera clase de culpa, imprudencia o negligencia, y es por eso que la sentencia absolutoria en materia criminal no tiene los mismos efectos que la condenatoria, estando reservado a esta última

Por lo tanto para que una sentencia absolutoria produzca el efecto de cosa juzgada en materia civil, debe basarse precisamente en alguna de las hipótesis contenidas en el artículo 179 del Código de Procedimiento Civil.

192. Análisis de las circunstancias que contempla el artículo 179 del Código de Procedimiento Civil. Las sentencias que absuelvan de la acusación o que ordenen el sobreseimiento definitivo, sólo producirán cosa juzgada en materia civil cuando se funden en alguno de los siguientes conceptos:

(a) “La no existencia del delito o cuasidelito que ha sido materia del proceso. No se entenderán comprendidos en este número los casos en que la absolución o el sobreseimiento provengan de la existencia de circunstancias que eximan de responsabilidad criminal” (artículo 179 regla 1ª, Código de Procedimiento Civil).

La no existencia del delito puede deberse a una razón de índole material (no se ha cometido el hecho) o a una razón jurídica (que los hechos no son constitutivos delito desde el punto de vista penal). La jurisprudencia sistemáticamente ha interpretado esta norma señalando que sólo se refiere a la inexistencia del hecho, en consideración a que los elementos del ilícito civil son menos estrictos que los del delito penal. Por la misma razón, se ha fallado que si no se cumplen los requisitos para que haya estafa, pueden cumplirse las condiciones para que haya responsabilidad civil por mala administración⁴⁰⁷. Así también, del hecho que ciertas expresiones no cumplen los requisitos para que haya injuria, calumnia o difamación, no se excluye la responsabilidad civil por inmiscuirse en la vida privada.

La no existencia del delito sólo se refiere a la inexistencia de los hechos que son relevantes a la vez en materia civil y en materia penal (por ejemplo la resolución que declara que un incendio se ocasionó por intervención de un tercero produce cosa juzgada en materia civil), y no se refiere, por tanto, a la calificación jurídica de los hechos.

(b) “No existir relación alguna entre el hecho que se persigue y la persona acusada, sin perjuicio de la responsabilidad civil que pueda afectarle por actos de terceros, o por daños que resulten de los accidentes en conformidad a lo establecido en el Título XXXV, Libro IV, del Código Civil” (artículo 179 regla 2ª, Código de Procedimiento Civil).

La sentencia debe declarar expresamente que no existe relación alguna entre el hecho y el acusado, sin que sea admisible volver a discutir esta materia en un juicio civil posterior. Lo anterior es sin perjuicio de los casos de responsabilidad por el hecho ajeno y de responsabilidad estricta.

(c) “No existir en autos indicio alguno contra el acusado, no pudiendo en tal caso alegarse la cosa juzgada sino respecto de las personas que hayan intervenido en el

producir siempre los efectos de la cosa juzgada y a la primera producir tales efectos únicamente en los casos expresamente señalados en el artículo 179 (202) del Código de Procedimiento Civil” (20 de marzo de 1952, RDJ, Tomo XLIX, sec. 1ª, pág. 98).

⁴⁰⁷ Corte Suprema, 8 de julio de 1971 (RDJ, Tomo LXVIII, sec. 1ª, pág. 211).

proceso criminal como partes directas o coadyuvantes” (artículo 179 regla 3ª, Código de Procedimiento Civil).

Se entiende que para que opere esta circunstancia no basta la falta de pruebas suficientes, pues se ha visto que el estándar requerido para la prueba penal es más estricto que en materia civil. Más precisamente, se requiere que falte todo indicio de participación, cuestión que debe ser materia de declaración expresa en la sentencia.

193. Contraexcepción: obligaciones restitutorias. Las circunstancias del artículo 179 del Código de Procedimiento Civil están sujetas a una limitación adicional, contenida en el inciso final de ese mismo artículo, que señala: “Las sentencias absolutorias o de sobreseimiento en materia criminal relativas a los tutores, curadores, albaceas, síndicos, depositarios, tesoreros y demás personas que hayan recibido valores u objetos muebles por un título de que nazca obligación de devolverlos, no producirán en ningún caso cosa juzgada en materia civil”.

Es decir, la absolución en materia penal, no produce cosa juzgada para quien resulta absuelto, respecto de su obligación de restituir, ya que la ley diferencia claramente la acción indemnizatoria (de responsabilidad civil) de la acción puramente restitutoria.

194. Alcance de la cosa juzgada. Se ha fallado que la cosa juzgada de la sentencia dictada en sede criminal produce efectos *erga omnes*⁴⁰⁸, sin que se requiera la concurrencia de triple identidad a que se refiere el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil⁴⁰⁹. En definitiva, se trata de un efecto de cosa juzgada que se aleja de principios generales aceptados en la materia: ante todo, porque el objeto de la acción civil es materialmente diferente que el de la acción penal (a pesar de lo cual lo resuelto en esta sede produce efectos en aquélla) y, salvo en el caso de la tercera regla del artículo 179 del Código de Procedimiento Civil, ni siquiera se requiere identidad legal de personas (efecto *erga omnes* de la sentencia dictada en el juicio criminal).

⁴⁰⁸ Así, en un caso en que se dictó sentencia absolutoria por estimarse que los hechos se debieron a caso fortuito se ha señalado que “por no mediar dolo o culpa en el suceso que motivó el fallo absolutorio que se expidió en el proceso criminal referido, forzoso es aceptar como conclusión que en tal evento no hubo hecho punible que originara obligaciones basadas en esa fuente de responsabilidad; que, asimismo, aquel fallo debe producir efectos de cosa juzgada en materia civil, porque no es aceptable -en este caso- una revisión de tal pronunciamiento, y que, por último, esta consecuencia afecta no sólo a quienes fueron partes en la gestión criminal, sino que a toda clase de personas, porque sus efectos son de proyección general” (Corte Suprema, 5 de noviembre de 1970, RDJ, Tomo LXVII, sec. 1ª, pág. 503).

⁴⁰⁹ Señala la sentencia: “Que los artículos 201 y 202 del Código de Procedimiento Civil [actuales artículos 178 y 179 de dicho código, respectivamente], que determinan la influencia de lo penal en lo civil, son reglas de excepción a lo dispuesto en el artículo 200 del mismo Código [actual artículo 177], y por lo tanto, no puede exigirse que entre el juicio criminal y el juicio civil posterior existan las tres identidades a que se refiere el citado artículo 200, puesto que jamás pueden existir entre uno y otro juicio, que tienen siempre distintos objetos y distintas causas legales, y exigirlas, sería lo mismo que negar la influencia de lo criminal en lo civil, influencia que expresamente reconocen nuestras leyes” (Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de marzo de 1923, confirmada por la Corte Suprema [cas. fondo] sin referirse a la materia, RDJ, Tomo XXII, sec. 1ª, pág. 432). En el mismo sentido se pronuncian además las siguientes sentencias: Corte Suprema, 23 de noviembre de 1936 (RDJ, Tomo XXXIV, sec. 1ª, pág. 62); y, Corte Suprema, 13 de enero de 1939 (RDJ, Tomo XXXVI, sec. 1ª, pág. 478).

El alcance material de la cosa juzgada que la sentencia penal produce en materias civiles está precisado por el artículo 180 del Código de Procedimiento Civil: “Siempre que la sentencia criminal produzca cosa juzgada en el juicio civil, no será lícito en éste tomar en consideración pruebas o alegaciones incompatibles con lo resuelto en dicha sentencia o con los hechos que le sirvan de necesario fundamento”.

Por lo tanto, el efecto de cosa juzgada de la sentencia criminal en materia civil se limita a dos aspectos: (a) produce cosa juzgada lo que se ha *resuelto* en el juicio criminal y (b) producen cosa juzgada *los hechos que sirven de necesario fundamento* a lo resuelto en sede penal.

(B) EFECTOS DE LAS RESOLUCIONES CIVILES EN MATERIA PENAL

195. Regla general. En principio, la sentencia dictada en un juicio de responsabilidad civil no produce cosa juzgada en materia penal, sea absolutoria o condenatoria⁴¹⁰.

⁴¹⁰ Al respecto se ha fallado que “según las reglas generales la cosa juzgada en lo civil es relativa a las partes y la penal es absoluta; de tal manera que fallada en un sentido una cuestión civil, sólo las partes favorecidas pueden aprovechar la cosa juzgada ya sea como acción o como excepción” (Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de marzo de 1923, confirmada por la Corte Suprema [cas. fondo] sin referirse a la materia. RDJ, Tomo XXII, sec. 1^a, pág. 432).

SÉPTIMA PARTE. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

198. Planteamiento. Sobre la base de la distinción romana de las fuentes de las obligaciones, recogida en el artículo 1437 del Código Civil, el estudio de la responsabilidad civil ha sido dividido históricamente en dos grandes estatutos: la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual. Según la opinión mayoritaria, ambos pertenecen a esferas distintas; así, mientras la responsabilidad contractual se origina en el incumplimiento de un contrato, la segunda tiene su fuente en un hecho que ocasiona un daño, sin que exista un vínculo previo entre el autor de ese daño y la víctima. Por ello, tradicionalmente se ha sostenido que la responsabilidad contractual es de segundo grado, y la responsabilidad extracontractual de primer grado u originaria⁴¹¹.

Sin embargo, esta distinción no siempre ha sido aceptada⁴¹². Con especial énfasis a mediados del siglo veinte, parte de la doctrina comparada se ha manifestado a favor de un tratamiento único de los dos estatutos de la responsabilidad civil, basándose para ello, entre otros fundamentos, en el rol cada vez más disminuido de la voluntad de las partes en la contratación moderna, crecientemente reemplazada por los deberes generales impuestos por los usos, la costumbre, la prudencia o la propia ley, llegando en algunos casos a afirmarse que no existe contratación propiamente tal, sino un conjunto de deberes de conducta establecidos por la ley. De ello resulta que los efectos del contrato no serían sustancialmente diversos de los que genera la comisión de un ilícito, lo que en definitiva haría improcedente la distinción entre ambos estatutos⁴¹³.

A pesar de estas críticas, en el derecho moderno subsiste la división tradicional entre los estatutos de la responsabilidad civil. En los párrafos siguientes se analizarán sus principales diferencias, utilizando como referencia el texto de Arturo ALESSANDRI.

I. DIFERENCIAS ENTRE AMBOS ESTATUTOS DE RESPONSABILIDAD

199. Capacidad. La primera diferencia tratada por la doctrina en relación con los estatutos de la responsabilidad civil es la capacidad. Como se ha expuesto en otra parte de este curso, la capacidad delictual civil es más amplia que la capacidad contractual⁴¹⁴.

⁴¹¹ Sobre el sentido de esta distinción, véase MAZEAUD y TUNC, *op. cit.* [nota 1], pág. 113 y ss. Un completo análisis de los alcances de la distinción en el derecho civil francés, en VINEY, *op. cit.* [nota 382], pág. 193 y ss.

⁴¹² En opinión de MAZEAUD y TUNC, no existe diferencia fundamental entre los dos estatutos de la responsabilidad civil, sino únicamente algunas diferencias accesorias, y prueba de que ambas son instituciones de la misma naturaleza es que deben reunir los mismos requisitos: “un daño, una culpa, un vínculo de causa a efecto entre la culpa y el daño”. *Ibidem*.

⁴¹³ Entre quienes sostienen esta opinión, véase Grant GILMORE, *The death of contract*. Columbus (Ohio): University Press, 1974; y, Patrick S. ATIYAH, *The rise and fall of freedom of contract*. Oxford: Clarendon Press, 1979. En contra de esa posición se manifiesta Charles FRIED, *Contract as promise: A theory of contractual obligation*. Cambridge (Mass): Harvard University Press, 1981. En castellano, *La obligación contractual. El contrato como promesa* (traducción de Pablo Ruiz-Tagle con la colaboración de Rodrigo Correa). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1996.

⁴¹⁴ *Supra*, párrafo 25 y ss.

En efecto, mientras en materia extracontractual son absolutamente capaces los mayores de 16 años, y los menores entre 7 y 16 años que hayan actuado con discernimiento (circunstancia que se presume), la plena capacidad contractual o negocial se adquiere sólo a los 18 años, sin perjuicio de la capacidad que poseen los menores adultos para actuar autorizado por su representante legal (artículo 1447 del Código Civil), y de la capacidad especial del hijo de familia que ejerce una profesión, industria o empleo (artículos 243 N°1 y 253 y ss. del Código Civil). En opinión de ALESSANDRI, esta diferencia se justifica porque “el hombre adquiere la noción del bien y del mal mucho antes que la madurez y la experiencia necesarias para actuar en la vida de los negocios”⁴¹⁵.

200. Graduación de la culpa. En segundo término, la doctrina y cierta jurisprudencia tradicionalmente han sostenido que la graduación de la culpa en lata, leve y levísima, del artículo 44 del Código Civil sólo sería aplicable en materia contractual. Según esta opinión, en materia extracontractual se respondería entonces de toda culpa, inclusive de culpa levísima⁴¹⁶.

201. Mora. Para que proceda la indemnización de perjuicios en materia contractual, se requiere, entre otras cosas, que el deudor se encuentre en mora de cumplir la obligación, salvo que se trate de una obligación de no hacer, en cuyo caso basta la mera contravención (artículo 1557 del Código Civil). En materia extracontractual, en cambio, este requisito no recibe aplicación, pues el autor del daño tiene la obligación de indemnizar desde el momento mismo en que incurre en el ilícito. En opinión de ALESSANDRI, apoyándose en cierta jurisprudencia de la época, el deudor en este caso queda constituido en mora de pleno derecho⁴¹⁷.

Esta distinción dio lugar a que cierta jurisprudencia sostuviera en el pasado que tratándose de responsabilidad extracontractual los intereses sobre el monto de la indemnización deben aplicarse sólo desde el momento en que el autor del daño está en mora, y que ésta sólo se producía con la notificación de la demanda⁴¹⁸.

202. Extensión de la reparación. Una de las principales diferencias que se han planteado tradicionalmente entre la responsabilidad contractual y extracontractual es aquella de la naturaleza de los perjuicios que resultan indemnizables en uno y otro caso, a partir de lo dispuesto en el artículo 1558 del Código Civil. Según la opinión de ALESSANDRI y cierta jurisprudencia, dicho artículo sólo sería aplicable en materia contractual, mientras que en materia de responsabilidad extracontractual, el principio de que la reparación debe comprender todo daño (artículos 2314, 2320 y 2329 del Código Civil), obligaría a indemnizar incluso los perjuicios imprevistos⁴¹⁹.

⁴¹⁵ *Op. cit.* [nota 1], pág. 130.

⁴¹⁶ Véase ALESSANDRI, *ibidem*, pág. 48, y jurisprudencia citada en nota 98.

⁴¹⁷ ALESSANDRI, *ibidem*. La misma opinión sostiene la Corte Suprema en sentencia de 19 de junio de 1928 (RDJ, Tomo XXVI, sec. 1ª, pág. 234).

⁴¹⁸ Al respecto véase la jurisprudencia referida en nota 300.

⁴¹⁹ ALESSANDRI, *op. cit.* [nota 1], pág. 49.

203. Pluralidad de obligados. La regla general en materia contractual es que habiéndose contraído por muchas personas una obligación de cosa divisible, sus obligaciones se entienden simplemente conjuntas (artículo 1511 del Código Civil). Tratándose de la obligación indemnizatoria que emana del daño, en cambio, la regla es precisamente la inversa: existiendo varios obligados al pago de la indemnización, la responsabilidad entre ellos es solidaria (artículo 2317).

204. Prescripción. El plazo de prescripción también varía tratándose de un estatuto u otro de responsabilidad civil. Mientras en materia contractual la prescripción extintiva ordinaria es de 5 años contados desde que la obligación se haya hecho exigible (artículo 2515 del Código Civil), las acciones que concede el Título XXXV prescriben en el plazo de 4 años contados desde la perpetración del acto (artículo 2332).

205. Peso de la prueba de la culpa. Finalmente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1547 del Código Civil, el incumplimiento de la obligación contractual se presume culpable. En materia extracontractual en cambio, el artículo 1698 obliga a probar la culpa a quien la alega, esto es, a quien demanda la indemnización, salvo en cuanto el demandante pueda beneficiarse de alguna de las presunciones de culpabilidad que contempla el Título XXXV⁴²⁰.

II. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS DIFERENCIAS ENTRE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

206. Fuente. Si bien el texto de ALESSANDRI no contiene una referencia explícita a las distintas fuentes de las que emana uno y otro tipo de responsabilidad, esta materia se encuentra implícita en la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, por lo que resulte necesario referirse a ella.

Como se ha dicho al comienzo de este curso⁴²¹, la responsabilidad contractual tiene un carácter secundario: la obligación originaria consiste en cumplir lo pactado; la obligación de indemnizar surge sólo una vez que el deudor ha incumplido la obligación contractual o de primer grado, como una de las acciones judiciales que la ley confiere al acreedor para hacer frente al incumplimiento. Por eso, la responsabilidad contractual se traduce en una obligación de segundo grado, consistente en indemnizar los perjuicios ocasionados al acreedor, cuyo fundamento es precisamente el incumplimiento de la obligación principal o de primer grado.

En materia extracontractual, en cambio, la responsabilidad por culpa no supone la existencia de tal vínculo obligatorio previo⁴²², y su antecedente se encuentra en los deberes de cuidado generales y recíprocos que las personas deben observar en sus encuentros espontáneos. En consecuencia, la obligación indemnizatoria tiene en esta sede un carácter originario, cuyo antecedente es el daño ocasionado infringiendo alguno de esos deberes de conducta. Análogamente, en casos de responsabilidad estricta

⁴²⁰ Para ALESSANDRI, esta sería “la principal y más importante diferencia que existe entre ambas responsabilidades”. *Ibidem*, pág. 51.

⁴²¹ *Supra*, párrafo 4.

⁴²² Véase jurisprudencia citada en nota 6.

tampoco existe vínculo obligatorio preexistente: la relación obligatoria nace cuando se ha causado el daño.

Esta marcada distinción entre los estatutos de la responsabilidad civil tiende a disiparse en las relaciones contractuales modernas, donde la voluntad de las partes en la determinación del contenido obligatorio es crecientemente reemplazada por reglas implícitas establecidas por las prácticas, los usos y la propia ley (como ocurre con el transporte de pasajeros, por ejemplo). De este modo, aunque en el origen la relación contractual siga siendo un acto voluntario, la definición del contenido de esa relación obligatoria queda cada vez más entregado a un ámbito ajeno a esa voluntad. Por ello, parte de la crítica a la doctrina tradicional del contrato asume que en la determinación de estos deberes implícitos no existe diferencia substancial con la responsabilidad extracontractual⁴²³.

Distinto parece ser el caso de las condiciones generales de contratación incorporadas a ciertos contratos (como el seguro o el crédito), redactadas unilateralmente por la parte que ofrece el bien o servicio sin que el consumidor tenga la posibilidad de discutir su contenido. Si estas condiciones son eficaces, la determinación del contenido de las obligaciones debe efectuarse conforme a ellas, toda vez que las partes consintieron en regirse por ellas. En principio, sólo son ineficaces aquellas cláusulas que el consumidor no pudo razonablemente conocer (falta de consentimiento), o resultan abusivas porque alteran sustancialmente la economía del contrato (por ejemplo, la cláusula que invierte la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, artículo 16 de la Ley N°19.496)⁴²⁴. En esos casos, la cláusula es sancionada con la nulidad, y siempre que resulte posible la subsistencia del contrato sin la cláusula nula, el vacío deberá ser integrado por la propia ley o por el juez.

207. Graduación de la culpa. Contrariamente a lo sostenido por la doctrina y alguna jurisprudencia, no hay razón para entender que la regla del artículo 44 del Código Civil se aplica sólo en sede contractual y que, en consecuencia, en sede extracontractual se responde de toda culpa, inclusive la levísima. Como se ha señalado en la primera parte, constituye además una contradicción afirmar que la culpa se aprecia en abstracto, aplicando el patrón de cuidado del hombre prudente, y al mismo tiempo señalar que en materia extracontractual se responde incluso de culpa levísima, pues se trata de grados de cuidado asimétricos⁴²⁵.

Ante la ausencia de una definición especial de culpa entre las normas de la responsabilidad delictual y cuasidelictual civil, y atendida la generalidad de su formulación, debe aplicarse aquí la regla del artículo 44 II del Código Civil que dispone que la culpa sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Como se ha explicado, esta noción de culpa hace referencia al modelo abstracto de conducta del hombre prudente o *buen padre de familia*, que representa con mayor naturalidad las

⁴²³ Ejemplos en ese sentido, GILMORE, *op. cit.* [nota 546], y ATIYAH, *op. cit.* [nota 546].

⁴²⁴ Sobre el papel que juega la voluntad en la contratación moderna, y en particular en los contratos por adhesión, véase Mauricio TAPIA y José Miguel VALDIVIA, *Contrato por Adhesión. Ley N°19.496* (memoria de prueba). Santiago: Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1999.

⁴²⁵ *Supra*, párrafo 35.

expectativas razonables que se tienen acerca del comportamiento propio y el de los demás en los tratos recíprocos.

La regla general es, entonces, que en materia extracontractual se responde de culpa leve. Con todo, no es infrecuente que el nivel de cuidado exigible al hombre prudente varíe conforme a las circunstancias que rodean la acción. Así, tratándose de actividades peligrosas, dichas exigencias tienden a extender el nivel de cuidado, por vía de presunciones de culpabilidad, hasta las fronteras de la responsabilidad estricta e, incluso, pueden dar origen a que determinados grupos de actividades queden sujetas a una regla legal que atribuye una responsabilidad de esta especie. A pesar de que la clasificación de las culpas a que alude el artículo 1547 podrían llevar a pensar que la cuestión se presenta muy diferente en el ámbito contractual, ocurre que la determinación del grado concreto de diligencia exigible al deudor también dependerá de las circunstancias (así ocurre, por ejemplo, en relación con el grado de culpa de que responde el mandatario, la que se apreciará con mayor o menor rigurosidad según las circunstancias que describe el artículo 2129 del Código Civil).

208. Prueba de la culpa. Si bien en materia de prueba de la culpa en los estatutos de responsabilidad civil debe estarse, en principio, a la diferencia que emana del artículo 1547 III y del artículo 2314, en relación con el artículo 1698 del Código Civil, ésta se ve moderada en dos aspectos: por una parte, en materia contractual existen situaciones en que la presunción de culpa no resulta suficiente para dar por acreditada la responsabilidad del deudor; por otra parte, existen en materia extracontractual importantes presunciones de culpa que mejoran la posición estratégica de la víctima en el juicio de responsabilidad.

En sede contractual, la presunción de culpa rige sin mayores dificultades respecto de las obligaciones de resultado (artículos 1547 y 1671 del Código Civil). Tratándose de obligaciones de medio, en cambio, la determinación de la responsabilidad del deudor puede dar origen a disputas respecto de la diligencia empleada por éste en el cumplimiento de la obligación, porque una vez que el deudor ha probado actos de ejecución, la disputa deviene en una relativa a si esos actos de ejecución pueden ser calificados como un efectivo cumplimiento de lo debido. En definitiva, acreedor y deudor se verán obligados a demostrar si se ha actuado o no de acuerdo al estándar de diligencia debida, debiendo el juez dar por probado el cumplimiento o incumplimiento a la luz de las pruebas allegadas al proceso.

En las obligaciones de medios, la prueba del cumplimiento supone a su vez la prueba de la diligencia (que según el artículo 1547 corresponde al deudor), pero usualmente el juez sólo podrá formarse un concepto acerca de si hubo cumplimiento o incumplimiento en la medida que también el acreedor allegue antecedentes probatorios que muestren la negligencia del deudor. En definitiva, mostrados que hayan sido por el deudor actos de ejecución, el juicio de responsabilidad supondrá calificar esa conducta: la culpa no se infiere de la simple inexecución de una obligación perfectamente determinada, como ocurre con las obligaciones de resultado, sino que exige una calificación normativa de lo obrado por el deudor.

En sede extracontractual se advierte una evolución en el sentido inverso. La regla general es que la culpa debe ser probada por quien la alega; sin embargo, esta regla es

objeto de importantes correctivos debido a la expansión de las presunciones de culpabilidad por el hecho propio (artículo 2329 del Código Civil)⁴²⁶, y por el hecho ajeno (artículos 2320 y 2322 del Código Civil)⁴²⁷.

209. Responsabilidad sin culpa. La responsabilidad sin culpa es un tipo de responsabilidad extracontractual. Sin embargo, también existe responsabilidad contractual sin culpa. Es el caso de las obligaciones de garantía, que pueden ser establecidas por el legislador o por las partes en el contrato. Tal es el caso de la obligación de saneamiento que compete al vendedor (artículo 1824 del Código Civil); de la obligación de mantener la cosa en estado de servir para el fin con que ha sido arrendada; de la obligación de saneamiento del arrendador (artículo 1927 y ss.); y, de la obligación de saneamiento que tiene el socio para con la sociedad respecto del aporte de un cuerpo cierto (artículo 2085). Por lo demás, nada impide que el deudor, en virtud de una cláusula agravante de responsabilidad, asuma una responsabilidad que comprende el caso fortuito.

Existe evidente analogía entre los ámbitos de responsabilidad estricta y las obligaciones contractuales de garantía. En ambas el resultado es la imposición de una obligación indemnizatoria sin referencia a culpa. La responsabilidad estricta se basa en el mismo principio de garantía: quien desarrolla una actividad peligrosa sujeta a una regla de responsabilidad estricta, y garantiza a todos las posibles víctimas de esa actividad que los perjuicios que sufran les serán indemnizados.

210. Alcance de la acción reparatoria. Tradicionalmente se ha entendido que en esta materia existen dos grandes diferencias entre responsabilidad contractual y extracontractual:

- (a) En primer lugar, se sostiene que mientras en materia contractual sólo se responde de los perjuicios previsibles (salvo en caso de dolo; artículo 1558 del Código Civil), en el ámbito extracontractual se respondería de todo perjuicio, incluso de los imprevisibles.
- (b) En segundo término, hasta hace algunos años se entendió que en materia contractual no hay lugar a la indemnización por daño moral.

Respecto de la primera diferencia anotada, cabe señalar que no hay razón alguna para que en materia extracontractual no se apliquen las reglas de carácter general contenidas en el título *Del efecto de las obligaciones*, aunque originalmente éstas hayan sido desarrolladas a propósito de los contratos. Por otra parte, la misma jurisprudencia y doctrina que se pronuncian a favor de dicha distinción (en términos que, por regla general, en materia contractual se respondería de los perjuicios previsibles, mientras que en materia extracontractual, de los imprevisibles), exigen como requisito de la culpa extracontractual que las consecuencias de la acción sean previsibles. Se incurre así en una insalvable contradicción, pues por una parte se sostiene que en sede extracontractual se responde de todo perjuicio, incluso de los imprevisibles y, por otra, que la culpa sólo se refiere al ámbito de lo previsible⁴²⁸.

⁴²⁶ *Supra*, párrafo 59.

⁴²⁷ *Supra*, párrafo 111 y ss.

⁴²⁸ Al efecto, véase *supra*, párrafo 36, y la jurisprudencia citada en él.

Por último, la tendencia actual de la jurisprudencia, que podría entenderse definitivamente aceptada, se pronuncia a favor de conceder la indemnización por daño moral también en sede contractual⁴²⁹. Queda abierta la pregunta sin embargo, del ámbito de los perjuicios morales que resulten previsibles en materia contractual: así, de la circunstancia de que la casa arrendada no haya sido entregada oportunamente al arrendatario por negligencia del arrendador, no se sigue que éste deba responder del daño moral sufrido porque el arrendatario no pudo estar en la ciudad al momento de fallecer su madre. Para que el daño moral resulte contractualmente indemnizable, debe caer dentro del ámbito de riesgo que asume el deudor en razón del contrato. En definitiva, sin embargo, algo similar ocurre también con el requisito de proximidad del daño que resulta exigible en materia extracontractual⁴³⁰.

211. Facultad de postergar para un juicio posterior la determinación de la especie y monto de los perjuicios. Tradicionalmente la doctrina⁴³¹ y la jurisprudencia⁴³² han sostenido que ésta facultad sólo procede en materia contractual. En sede extracontractual, en cambio, regiría la apreciación soberana del daño y, en consecuencia, la especie y monto de los perjuicios deberían ser objeto de discusión en el mismo juicio ordinario en que se hace valer la responsabilidad.

De acuerdo al referido artículo 173 del Código de Procedimiento Civil, si se ha discutido en el juicio sobre la naturaleza y monto de los perjuicios, esto es, si han sido objeto de prueba, el juez puede liquidarlos en la sentencia o señalar las bases para su determinación. La sentencia debe basarse en antecedentes del proceso para poder determinar la naturaleza y monto de los perjuicios.

Si en el juicio sólo se ha discutido la procedencia de la indemnización, y no la especie y el monto de los perjuicios, el juez reservará a las partes el derecho de discutir esta cuestión en la ejecución de la sentencia o en otro juicio diverso.

⁴²⁹ En este sentido se ha manifestado la Corte Suprema en sentencia de 20 de octubre de 1994 (RDJ, Tomo XCI, sec. 1ª, pág. 100). En relación con la indemnización del daño moral en materia contractual, véase DOMÍNGUEZ HIDALGO, *op. cit.* [nota 263, “La indemnización...”], pág. 50 y ss., y recientemente *El Daño Moral*, *op. cit.* [nota 264].

⁴³⁰ *Supra*, párrafos 85 y ss.

⁴³¹ Según ALESSANDRI: “El art.196 [173] C.P.C. es inaplicable en materia delictual o cuasidelictual. En ella los jueces tienen facultades soberanas para apreciar la extensión del daño y determinar el monto de la indemnización, aunque no se hayan fijado las bases a que ese precepto se refiere. En materia contractual, en cambio, si se ha litigado sobre la especie y el monto de los perjuicios, el que cobra debe acreditar dicha especie y monto o, por lo menos, las bases que deban servir para su liquidación al ejecutarse la sentencia; de lo contrario, la acción será rechazada”. *Op. cit.* [nota 1], pág. 49.

⁴³² Así se ha fallado que “el precepto que se dice infringido no tiene aplicación en las causas en que, como la presente, se ejercita la acción de daño de que trata el título XXXV del Código Civil, para cuyo juzgamiento el Tribunal deberá establecer si realmente el daño ha sido causado, cuál es su magnitud para el efecto de su evaluación, y si es culpable la persona cuya responsabilidad se persigue, cuestiones todas éstas que deben ventilarse en un solo juicio y resolverse en una sola sentencia con el mérito de las probanzas rendidas” (Corte Suprema, 13 de agosto de 1931, RDJ, Tomo XXVIII, sec. 1ª, pág. 747). En el mismo sentido, Corte Suprema, 18 de diciembre de 1926 (RDJ, Tomo XXIV, sec. 1ª, pág. 567).

Esta norma tiene como fundamento una importante razón económica, consistente en limitar la discusión a los elementos de la responsabilidad, evitando de este modo la engorrosa prueba de los perjuicios, que sólo es necesario producir una vez que se resuelva en la sentencia definitiva que el demandante tiene derecho a la indemnización.

En el último tiempo, la doctrina ha señalado que en esta materia no hay diferencia entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, de modo que en ambas puede reservarse la discusión y retardarse la prueba de los perjuicios para la ejecución del fallo o para un juicio posterior.

III. EL CONCURSO O CÚMULO DE RESPONSABILIDAD

212. Nociones. Bajo el concepto de *cúmulo de responsabilidad* la doctrina se ha referido tradicionalmente al problema de la concurrencia de los dos estatutos de la responsabilidad civil, en aquellos casos en que un mismo hecho importa a la vez el incumplimiento de una obligación contractual y la ocurrencia de un delito o cuasidelito civil⁴³³. Este problema se plantea con frecuencia en materia de responsabilidad profesional; en especial de los médicos, quienes en la mayoría de los casos están vinculados por un contrato y además por deberes específicos de cuidado relativos a la integridad física del paciente⁴³⁴.

Bajo el concepto de *cúmulo de responsabilidad* se agrupan dos cuestiones de naturaleza diversa: la primera consiste en determinar si la víctima puede optar por el estatuto de responsabilidad que le resulte más provechoso; la segunda, si las acciones que emanan de ambos estatutos son acumulables.

La palabra *cúmulo* hace más bien referencia a este último sentido, que plantea pocas dificultades: la responsabilidad contractual no se puede acumular a la extracontractual porque ello se traduciría en un enriquecimiento sin causa de la víctima (que sería indemnizada por dos conceptos diferentes por un mismo daño)⁴³⁵. Por eso, el sentido

⁴³³ Según MAZEAUD y TUNC, el cúmulo se plantea cuando “se encuentran reunidos los requisitos necesarios para que sea contractual la responsabilidad. La víctima sufre por el incumplimiento de un contrato que ha celebrado. Por lo tanto, tiene la posibilidad de situarse en el terreno contractual. Pero prefiere acogerse a las reglas delictuales”. La pregunta que surge es si en ese caso “la víctima se encuentra en libertad para elegir entre la acción delictual y la acción contractual”. *Op. cit.* [nota 1], pág. 263 y ss. Para ALESSANDRI, “el problema del cúmulo consiste simplemente en determinar si la infracción de una obligación contractual, cuasicontractual o legal puede dar origen a una u otra responsabilidad indistintamente o sólo a la contractual, es decir, si el daño que proviene de esa infracción da al acreedor el derecho de elegir entre ambas responsabilidades y demandar indemnización de acuerdo con la que más le convenga”. *Op. cit.* [nota 1], pág. 82. En el mismo sentido DUCCI, *op. cit.* [nota 1], pág. 13.

⁴³⁴ Sobre esta materia, véase además Santiago CABANILLAS e Isabel TAPIA, *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1992.

⁴³⁵ Para ALESSANDRI éste ni siquiera es un problema que pueda plantearse como cúmulo de responsabilidad. *Ibidem*, pág. 80. Según MAZEAUD y TUNC, “la víctima no puede ciertamente ejercitar la acción contractual y la acción delictual, ni siquiera ejercitar una sola acción a la cual le diera ciertos caracteres de la acción delictual y otros de la acción contractual”. *Op. cit.* [nota 1], pág. 263, nota (2). Asimismo, se ha fallado que “es inaceptable... demandar perjuicios provenientes de ambas responsabilidades. Tal cosa significaría solicitar una doble indemnización por un mismo hecho, que

relevante del cúmulo de responsabilidad se refiere a las situaciones en que, en principio, resultan aplicables los dos estatutos alternativamente y se trata de resolver si la víctima en tales circunstancias puede optar por demandar según el estatuto que le resulte más favorable.

Tradicionalmente, la doctrina y la jurisprudencia nacional se manifiestan en contra de la opción entre ambos estatutos de responsabilidad. Según esta opinión, conceder la posibilidad de optar entre una u otra acción para reclamar la indemnización de los perjuicios importaría desconocer la obligatoriedad del contrato, que conforme al artículo 1545 del Código Civil, vincula a las partes con la misma fuerza que la ley⁴³⁶. A ello se agrega que en opinión mayoritaria de la doctrina la especialidad de la responsabilidad contractual prima sobre la responsabilidad extracontractual, a la que se asigna un carácter residual. Como se advierte, esta posición importa privilegiar el principio obligatorio del contrato, en virtud del cual los deberes generales de respeto recíproco (típicos de la responsabilidad extracontractual) ceden frente a la relación obligatoria consentida en el contrato.

Sin embargo, en opinión de la doctrina y de alguna jurisprudencia, bajo ciertas circunstancias la opción resulta excepcionalmente procedente. Desde luego que ello ocurre cuando así lo han estipulado las partes (por aplicación del principio de autonomía privada expresado por el artículo 1545 del Código Civil). También se acepta la opción cuando el incumplimiento del contrato constituye a la vez la comisión de un ilícito penal⁴³⁷. En el derecho comparado, la tendencia protectora de la víctima ha expandido la opción a situaciones en que el régimen extracontractual resulta

resultaría para el acreedor o la persona que sufrió el daño un enriquecimiento sin causa” (Corte Suprema, 3 de julio de 1951, RDJ, Tomo XLVIII, sec. 1ª, pág. 252). Con todo, en la jurisprudencia nacional se conoce un caso en que pareciera haberse dado lugar a la acumulación, al concederse una indemnización basada en las normas de responsabilidad extracontractual pero aplicando la presunción de culpa que rige para las obligaciones contractuales (se trató de un accidente de ferrocarril que ocasionó la muerte a un pasajero) (Corte Suprema, 13 de diciembre de 1920, Gaceta de los Tribunales, año 1920, N°67, pág. 357).

⁴³⁶ Según ALESSANDRI “cuando las partes o la ley, supliendo o interpretando la voluntad de aquéllas (art. 1547), han determinado la culpa de que responderá el deudor, lo han eximido de responsabilidad o han limitado ésta en tal o cual forma, esa voluntad es ley (art. 1545). Admitir que el acreedor pueda prescindir del contrato y perseguir la responsabilidad del deudor fuera de sus términos, con arreglo a los arts. 2314 y siguientes del C.C., sería destruir la fuerza obligatoria de la convención y negar toda eficacia a las cláusulas de exención o de limitación de responsabilidad expresamente autorizadas por la ley (arts. 1547, inc. final, y 1558, inc. final)”. *Ibidem*, pág. 84. En el mismo sentido DUCCI, *ibidem*. La misma opinión en sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 8 de septiembre de 1992 (RDJ, Tomo LXXXIX, sec. 2ª, pág. 129).

⁴³⁷ Siguiendo esta opinión, se ha fallado que “como regla general, el cúmulo de responsabilidades no es aceptable, porque ello significaría desconocer la ley del contrato; sin embargo, excepcionalmente cabe admitirlo cuando el hecho violatorio de las obligaciones contractuales sea al mismo tiempo constitutivo de un delito o cuasi delito penal, o cuando expresamente se hubiere pactado” (Corte Suprema, 18 de abril de 1950, RDJ, Tomo XLVII, sec. 1ª, pág. 127). En el mismo sentido, Corte Suprema, 3 de julio de 1951 (RDJ, Tomo XLVIII, sec. 1ª, pág. 252). A la misma conclusión parece arribar la Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia de 19 de agosto de 1983, en la que si bien se acepta que los demandantes puedan optar entre perseguir la responsabilidad contractual y extracontractual, se incurre en el error de exigir que previamente se haya acreditado la existencia de un cuasidelito criminal para dar lugar a ésta última (Gaceta Jurídica N°139, sent. 3, pág. 35). Así también ALESSANDRI, *ibidem*, pág. 91.

simplemente más favorable al demandante (como puede ocurrir con el plazo de prescripción).

IV. EL SISTEMA DE DERECHO COMÚN

213. Planteamiento. La legislación nacional regula dos grandes estatutos de responsabilidad civil (contractual y extracontractual), pero no establece explícitamente el régimen común aplicable (por ejemplo, al incumplimiento de obligaciones legales).

Parte de la doctrina nacional (sobre todo ALESSANDRI), sostiene que el régimen común de responsabilidad es el contractual, pues es el único que está regulado genéricamente a propósito de los efectos de las obligaciones (artículos 1545 y ss. del Código Civil)⁴³⁸.

Esta doctrina es la misma que atribuye la aplicación de las normas del título XII del libro IV del Código Civil, *Del efecto de las obligaciones*, exclusivamente al ámbito contractual. Como se ha expuesto, algunas de las normas del mencionado título se aplican indistintamente al ámbito contractual y extracontractual y, por ello, la conclusión sobre el carácter de régimen común del primero perdería sustento.

El contrato supone necesariamente un acuerdo previo, que debe ser observado y cuya inobservancia genera una obligación indemnizatoria de segundo grado. Sin embargo, la mayoría de los deberes de cuidado a que se está sometido en el tráfico no dan lugar a relaciones obligatorias. Por ello, en la práctica, el régimen común es el de responsabilidad extracontractual, pues se refiere precisamente a esas relaciones que no están regidas por vínculo obligatorio preexistente⁴³⁹.

La cuestión se torna más discutible en los casos en que existe una obligación preexistente, que no tiene su origen en el contrato sino en la ley, como la responsabilidad que surge del incumplimiento de la obligación de dar alimentos, o la que tienen los directores de una sociedad anónima respecto de los accionistas (artículo 41 I de la Ley N°18.046, sobre sociedades anónimas). Pareciera que en tales casos la responsabilidad sigue al incumplimiento de una obligación personal de primer grado y podría regirse, por analogía, por las normas de la responsabilidad contractual.

214. Algunas aplicaciones. A continuación se exponen algunas consecuencias prácticas de la conclusión indicada en el párrafo anterior:

(a) Responsabilidad médica: Para determinar la acción que se interpondrá como consecuencia de un daño deberá precisarse si existe un acuerdo contractual con el

⁴³⁸ *Op. cit.*[nota 1], pág. 54, y *supra*, nota 9.

⁴³⁹ El propio Código Civil parte implícitamente de esta base. En lo pertinente, el artículo 2284 señala: “Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella. Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un *cuasicontrato*. Si el hecho es ilícito, y cometido con intención de dañar, constituye un *delito*. Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un *cuasidelito*”.

médico o clínica respectiva, en cuyo caso regirá la responsabilidad contractual. En caso contrario, se aplicarán las reglas de la responsabilidad extracontractual⁴⁴⁰.

(b) Responsabilidad precontractual: Antes que se celebre el contrato definitivo, y durante la negociación, es frecuente que se suscriba un acuerdo en principio o acuerdo de negociación, en cuyo caso ésta se rige por las reglas de la responsabilidad contractual. Si no hay acuerdo, como será la regla general, la negociación está regida por los deberes de cuidado cuya infracción da lugar a una responsabilidad extracontractual.

(c) Nulidad: La nulidad del contrato no tiene su origen en incumplimiento contractual, sino en su ineficacia. Por ello, la indemnización de los perjuicios que se causen con motivo de la nulidad tendrá que regirse por la responsabilidad extracontractual. La responsabilidad por nulidad se puede extender solidariamente a todos los que hubieren otorgado el pacto nulo⁴⁴¹.

(d) Productos defectuosos: Si hay una cadena de contratos entre el fabricante y el que recibe la mercadería defectuosa, se aplicará la responsabilidad extracontractual, pero, es posible aplicar la presunción de responsabilidad por el hecho propio del artículo 2329 del Código Civil para establecer una relación entre el fabricante y el consumidor, que da lugar a una inversión del peso de la prueba en favor de la víctima (como en la responsabilidad contractual).

(e) Directores de sociedad anónima: La acción que pertenece a los accionistas contra los directores (artículo 41 de la ley sobre sociedades anónimas) no tiene su antecedente en un contrato, sino en una relación mediata, a través de la sociedad. Por eso, por regla general se aplicará el estatuto de la responsabilidad extracontractual. Esta tendrá su origen en la infracción de un deber de cuidado que la ley establece no sólo respecto de la sociedad, sino también de los accionistas. Así, como en la responsabilidad contractual, la responsabilidad surge como reparación por incumplimiento de una obligación personal (de medios) establecida por la ley.

En principio cada accionista puede demandar los perjuicios personalmente sufridos (que serán proporcionales, en su participación accionaria, a los sufridos por la sociedad). Sin embargo, la ley ha abierto la posibilidad de que accionistas que representen el 5% del total de las acciones ejerzan las acciones que pertenecen a la sociedad por los perjuicios provocados por los directores, en cuyo caso el éxito de la acción beneficia a la sociedad (y los accionistas que ejercen la acción reciben una restitución por los gastos incurridos en una especie de acción conexas reparatoria)⁴⁴².

⁴⁴⁰ Eventualmente concurrirá además la responsabilidad por el hecho ajeno si el médico trabaja para la clínica o el daño es causado por miembros de su equipo.

⁴⁴¹ El artículo 6 inciso final de la Ley N°18.046, sobre sociedades anónimas, dispone: “Los otorgantes del pacto declarado nulo responderán solidariamente a los terceros con quienes hubieren contratado a nombre y en interés de la sociedad”.

⁴⁴² El artículo 133 bis de la Ley N°18.046, introducido por la Ley N°19.705, señala: “Toda pérdida irrogada al patrimonio de la sociedad como consecuencia de una infracción a esta ley, su reglamento, los estatutos sociales o las normas que imparta la Superintendencia, dará derecho a un accionista o grupo de accionistas que representen, a lo menos, un 5% de las acciones emitidas por la sociedad o a cualquiera de los directores de la sociedad, a demandar la indemnización de perjuicios a

BIBLIOGRAFÍA NACIONAL

- ALESSANDRI Rodríguez, Arturo, *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil chileno*. Santiago: Imprenta Universitaria, 1943.
- BARROS, Enrique, “Tensiones del Derecho Actual”, en RDJ, Tomo LXXXVIII (1991), 1ª parte, pág. 9 y ss.
- BARROS, Enrique, “Límites a los Derechos Subjetivos Privados. Introducción a la Doctrina del Abuso de Derecho”, en *Revista Derecho y Humanidades*, N°7 (1999), pág. 11 y ss.
- BELLO, Andrés, “Proyecto de Código Civil de 1853”, en *Obras Completas*, Tomo IV, (editadas por la Universidad de Chile). Santiago: Nascimento, 1932.
- BUSTOS, Juan, *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Barcelona: Ariel, 1989, 3ª edición.
- CALDERA, Hugo, *Sistema de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en la Constitución Política de 1980*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1982.
- CURY, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1982.
- DANIEL, Manuel, *La Responsabilidad del Estado* (Apuntes). Santiago: Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1975.
- DIEZ, José Luis, *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998 (1997).
- DOMÍNGUEZ AGUILA, Ramón, “El hecho de la víctima como causal de exoneración de la responsabilidad civil”, en *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, N°136 (1966).
- DOMÍNGUEZ AGUILA, Ramón, “Aspectos Contemporáneos de la Responsabilidad Civil”, en *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, N°185 (1989), pág. 107 y ss.
- DOMÍNGUEZ AGUILA, Ramón, “Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista”, en *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, N°188 (1990), pág. 125 y ss.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, “La indemnización por daño moral. Modernas tendencias en el derecho civil chileno y comparado”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 25, N°1 (1998), pág. 27 y ss.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *El Daño Moral*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000.
- DUCCI Claro, Carlos, *Responsabilidad Civil (ex-contractual)* (memoria de prueba). Santiago: El Imparcial, 1936.
- DUCCI Claro, Carlos, *Responsabilidad Civil. Actividades peligrosas – Hechos de las cosas – Circulación de vehículos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1971.
- FIAMMA, Gustavo, “La acción constitucional de responsabilidad y la responsabilidad por falta de servicio”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 16 (1989), N°2.
- GATICA, Sergio, *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1959.
- JANA, Andrés y MARÍN, Juan Carlos, *Recurso de protección y contratos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1996.
- LETÉLIER, Max, *El daño moral derivado de atentados a la integridad física de la persona: Titularidad de la acción y valoración del perjuicio en la jurisprudencia* (memoria de prueba). Santiago: Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1994.
- MEZA BARROS, Ramón, *Manual de Derecho Civil. De las fuentes de las obligaciones*, Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1988, 8ª edición.

quien correspondiere, en nombre y beneficio de la sociedad. Las costas a que hubiere lugar serán pagadas a los demandantes y no podrán, de forma alguna, beneficiar a la sociedad. Por su parte, si los accionistas o el director demandantes fueren condenados en costas, serán exclusivamente responsables de éstas. Las acciones contempladas en este artículo, son compatibles con las demás acciones establecidas en la presente ley”.

OELCKERS, Osvaldo, “Fundamentos indemnizatorios en razón del acto administrativo lícito que cause daño en el patrimonio del administrado”, en *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso*, XI (1987).

OELCKERS, Osvaldo, “La responsabilidad civil extracontractual del Estado Administrador en la Constitución Política de 1980 y su imputabilidad por falta de servicio”, en *Revista Chilena de Derecho*, Número Especial (1998), pág. 345 y ss.

PANTOJA, Rolando, *Bases Generales de la Administración del Estado*. Santiago: Editorial Cono Sur, 1987.

PIERRY, Pedro, “Responsabilidad de los entes públicos por el mal estado de las vías públicas”, en *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso*, VIII (1984).

PIERRY, Pedro, “Algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio”, en RDJ, Tomo XCII (1995), 1ª parte, pág. 17 y ss.

RODRÍGUEZ, Pablo, *Responsabilidad Extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999.

SOTO, Eduardo, “Bases para una teoría general de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho chileno”, en *Gaceta Jurídica*, N°56 (1985).

SOTO, Eduardo, *Derecho Administrativo. Bases Generales*, Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1996.

SOTO, Eduardo, “Responsabilidad administrativa municipal”, en RDJ, Tomo LXXVIII (1981), 1ª parte, pág. 39 y ss.

TAPIA, Mauricio y VALDIVIA, José Miguel, *Contrato por Adhesión. Ley N°19.496* (memoria de prueba). Santiago: Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1999.

VIAL, Felipe, “Responsabilidad civil extracontractual del controlador de sociedades” (memoria de prueba), en *Revista de Derecho Económico*, N°68-69 (1986).

ZELAYA, Pedro, “La Responsabilidad Civil del Empresario por el Hecho de su Dependiente”, en RDJ, Tomo XC, sec. 1ª, pág. 119 y ss.; también publicado en *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, N°197 (1995), pág. 101 y ss.

ZELAYA, Pedro, *La Responsabilidad Civil del Empresario por los Daños Causados por su Dependiente, Naturaleza y Requisitos*. Pamplona: Aranzadi, 1995.

BIBLIOGRAFÍA COMPARADA UTILIZADA POR EL PROFESOR

ANSCOMBE, G. E., *Intención*. Barcelona: Paidós, 1991 (1957).

ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*.

ATYIAH, Patrick S., *The rise and fall of freedom of contract*. Oxford: Clarendon Press, 1979.

BUCHNER H. y ROTH, G., *Schuldrecht III. Unerlaubte Handlungen*. Munich: Beck, 1984, 2ª edición.

CABANILLAS, Santiago y TAPIA, Isabel, *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1992.

CALABRESI, Guido, “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”, en *Yale Law Journal*, Vol. 70 (1961).

CALABRESI, Guido, *El coste de los accidentes, análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*. Barcelona: Ariel, 1984.

CANE, Peter, *Tort law and economic interest*. Oxford: Clarendon Press, 1996, 2ª edición.

CARBONNIER, Jean, *Droit Civil*, Tomo IV. Paris: Presses Universitaires de France, 1992, 16ª edición.

CHAPMAN, Bruce, “Wrongdoing, Welfare, and Damages: Recovery for Non-Pecuniary Loss in Corrective Justice”, en *Philosophical Foundations of Tort Law*, David G. OWEN (ed.). Oxford: Clarendon Press, 1995, pág. 409 y ss.

CHAPUS, René, *Droit administratif général*, Tomo I. Paris: Montchrestien, 1998, 12ª edición.

- CHIRONI, Gianpietro, *La Culpa en el Derecho Civil Moderno*, (traducción de A. Posada), Tomo I. Barcelona: Reus, 1978 (1898).
- COASE, Ronald H., "El problema del costo social", (traducción de la revista), en *Estudios Públicos*, Nº45 (1992), pág. 83 y ss.
- COING, Helmut, *Europäisches Privatrecht*, Vol. I. München: Beck, 1985.
- COLEMAN, Jules, "The Practice of Corrective Justice", en *Philosophical Foundations of Tort Law*, David G. OWEN (ed.). Oxford: Clarendon Press, 1995, pág. 53 y ss.
- COLEMAN, Jules *Risk and Wrongs*, Cambridge (Mass): Cambridge University Press, 1992.
- EPSTEIN, Richard, *Takings: private property and the power of eminent domain*. Cambridge, (Mass): Harvard University Press, 1985.
- ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*. Paris: Eugenio Maillefert y Compañía (ed.), 1858.
- ESSER, Joseph, *Principio y Norma en el Desarrollo Jurisprudencial del Derecho Civil* (traducción de Eduardo Valentí). Barcelona: Bosch, 1961 (1956).
- EVANS-PRITCHARD, Edward, *The Nuer*. Oxford: Clarendon Press, 1940.
- FLEMING, John, *The law of torts*. Sydney: Law Book Company, 8ª edición.
- FLEMING, John, *An Introduction to the law of torts*. Oxford: Clarendon Press, 1985, 2ª edición.
- FLOUR, Jaques y AUBERT, Jean-Luc, *Les Obligations*, Vol. II, Sources: le fait juridique. Paris: Colin, 1981.
- FRIED, Charles, *Contract as promise: A theory of contractual obligation*, Cambridge (Mass): Harvard University Press, 1981. En castellano, *La obligación contractual. El contrato como promesa* (traducción de Pablo Ruiz-Tagle con la colaboración de Rodrigo Correa). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1996.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 1994, 6ª edición.
- GAUDEMET, Jean, *Institutions juridiques de l'Antiquité*. Paris: Sirey, 1982, 2ª edición.
- GEHLEN, Arnold, "La Imagen del Hombre a la luz de la Antropología Moderna", (traducción de Carmen Cienfuegos), en *Ensayos de Antropología Filosófica*. Santiago: Editorial Universitaria, 1973.
- GILMORE, Grant *The death of contract*. Columbus (Ohio): University Press, 1974.
- GOLDENBERG, Isidoro, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea, 1984.
- HART, H.L.A. y HONORÉ, Tony, *Causation in the law*. Oxford: Clarendon Press, 1985, 2ª edición.
- HOLMES Jr., Oliver Wendell, *The Common Law*, (traducción de Fernando Barrancos). Buenos Aires: Tea, 1964.
- HONORÉ, Tony, "The Morality of Tort Law – Questions and Answers", en *Philosophical Foundations of Tort Law*, David G. OWEN (ed.). Oxford: Clarendon Press, 1995, pág. 73 y ss.
- HONORÉ, Tony, "Causation and Remoteness of Damage", en *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. XI, cap. 7, 1971.
- HONORÉ, Tony, *Responsibility and Fault*. Oxford: Hart, 1999.
- JOSSERAND, Louis, *De la responsabilité des choses inanimées*. Paris: 1897.
- KASSER, Max, *Das Römische Privatrecht*. München: Beck, 1971.
- KEETON, W. Page (ed.), *Prosser and Keeton on the Law of Torts*. Saint Paul (Minnesota): West Pub. Co., 1984, 5ª edición.
- KÖTZ, Hein, *Deliktsrecht*. Hamburgo: A. Metzner, 1991, 5ª edición.
- LACRUZ, José Luis, *Derecho de Obligaciones*, Vol. 2º. Barcelona: Bosch, 1995, 3ª edición.
- LARENZ, Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts. Allgemeiner Teil*, München: Beck.

- LARENZ, Karl y CANARIS, Claus-Wilhelm, *Lehrbuch des Schuldrechts. Besonderer Teil*, Vol. II, Tomo II, München: Beck, 1987, 14ª edición.
- LAUFS, A., *Unglück und Unrecht*. Heidelberg: C. Winter Universitätsverlag, 1994.
- LE TOURNEAU, Phillipe y CADIET, Loïc, *Droit de la responsabilité*. París: Dalloz, 1996.
- MAZEAUD, Henri, Léon y Jean, y CHABAS, François, *Leçons de droit civil, Les obligations. Théorie Générale*, Tomo II, Vol. I. París: Montchrestien, 1991, 8ª edición.
- MAZEAUD, Henri y LÉON, y TUNC, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963.
- PERRY, Stephen R., "Risk, Harm, and Responsibility", en *Philosophical Foundations of Tort Law*, David G. OWEN (ed.). Oxford: Clarendon Press, 1995, pág. 321 y ss.
- PLANIOL, Marcel, *Traité Élémentaire de Droit Civil*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1926, 10ª edición.
- PLANIOL, Marcel, *Revue critique de législation et jurisprudence*. París: 1934 (1905).
- POLINSKY, A.M., *Introducción al análisis económico del derecho*. Barcelona: Ariel, 1985.
- POSNER, Richard, "A Theory of Negligence", en *Journal of Legal Studies*, 1972, pág. 29 y ss.
- POSNER, Richard, *Economic analysis of law*. Boston: Little, Brown and Company, 1977, 2ª edición. En castellano, *El análisis económico del derecho* (traducción de Eduardo L. Suárez). México: Fondo de Cultura Económica, 1998.
- POTHIER, *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1978.
- PROSSER, W.L., WADE, J. y SCHWARTZ, V., *Torts. Cases and Materials*. New York: The Foundation Press, 1982, 7ª edición.
- RAISER, Ludwig, "Adäquanztheorie und Haftung nach den Schutzzweck der verletzten Norm", en *Juristenzeitung*, 1963.
- RIPERT, Georges, *El régimen democrático y el derecho civil moderno*. Puebla: Editorial José M. Cajica Jr., 1951.
- RIPERT, Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949, 4ª edición.
- ROSENGARTEN, J., *Punitive Damages und ihre Anerkennung und Vollstreckung in Deutschland*. Hamburgo: Maucke Verlag, 1994.
- ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Tomo I, Vol. I. München: Beck, 1994, 2ª edición.
- SALEILLES, Raymond, *Les accidents du travail et la responsabilité civil; le risque professionnel dans le Code Civil*. París: 1898.
- SHAVELL, Steven, *Economic analysis of accident law*. Cambridge (Mass): Harvard University Press, 1987.
- VEDEL, Georges, *Droit administratif*. París: Presses Universitaires de France, 1990, 11ª edición.
- VINEY, Geneviève, *Les obligations. La responsabilité: conditions*, en *Traité de Droit Civil*, Tomo IV, (bajo la dirección de Jaques GHESTIN). París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1982.
- YZQUIERDO Tolsada, Mariano, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Vol. I. Madrid: Reus, 1993.
- ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein, *Einführung in die Rechtsvergleichung*. Tübingen: Mohr, 1996, 3ª edición.

REVISTAS DE JURISPRUDENCIA CHILENAS

Fallos del Mes

Gaceta de los Tribunales

Gaceta Jurídica

Revista de Derecho y Jurisprudencia (RDJ)

OTROS TEXTOS

Repertorio de Legislación y Jurisprudencia del Código Civil, (A. Vodanovic y G. Figueroa, redactores), Tomo X, 2ª edición, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998.

Second Restatement of the Law of Torts. St. Paul (Minn): American Law Institute Publishers, 1965-1979.