UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Profesores Andrés Jana Linetzky – Adrián Schopf Olea
Derecho Civil V – Responsabilidad civil y enriquecimiento sin causa
Segundo semestre 2022

MATERIALES DE LECTURA I

Introducción a la responsabilidad extracontractual

1. BARROS, Enrique, Tratado de Responsabilidad Extracontractual, tomo I, Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 2ª ed., 2020, pp. 17-68; 69-80.
2. CORRAL, Hernán, Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual, Santiago de Chile, Legal Publishing/Thomson Reuters, 2013, pp. 7-20, 60-73, 75-98.
3. ALESSANDRI, Arturo, De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno, Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 2005 (1943), pp. 95-119.

ISBN 978-956-10-2561-5

La publicación del *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* marcó un hito en el derecho civil chileno. Se trata de la obra más completa en Chile sobre la responsabilidad civil extracontractual. La profundidad con que el autor reflexiona sobre los distintos temas, siempre poniendo atención en la estructura básica y los fines del derecho privado, ha permitido que este tratado logre una reconocida difusión en la literatura jurídica de lengua castellana. Su relevancia se muestra, sobre todo, en los incontables trabajos académicos posteriores que lo utilizan de fuente. Asimismo, es referencia doctrinaria de una abundante y cada vez más consolidada jurisprudencia.

Tras catorce años, Editorial Jurídica de Chile presenta esta segunda edición. El autor ha conservado el enfoque original de la obra, pero la ha renovado a la luz de la evolución que han tenido la legislación, la doctrina y la jurisprudencia chilenas. Ha actualizado de igual modo fuentes de derecho comparado que enriquecen la reflexión filosófico-jurídica en torno a las instituciones de derecho privado. El desarrollo del derecho de la responsabilidad civil ha requerido ahondar en algunos aspectos de la parte general y de los estatutos especiales de responsabilidad civil. Respecto a estos últimos, en particular, esta edición da cuenta de un tratamiento jurídico que se ha vuelto cada vez más complejo (por ejemplo, en materia de responsabilidad ambiental, productos defectuosos, directores y administradores de sociedades anónimas y manejo de datos personales).

Para favorecer la consulta de la obra, que ha aumentado su extensión con las nuevas menciones y comentarios, se ha dividido en dos tomos y se ha completado el índice analítico.

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

@editorialjuridicadechile
#prefierocodigosoficiales

Enrique Barros Bourie

TRATADO DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

Tomo I

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

Enrique Barros Bourie

TRATADO DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

Tomo I

Segunda edición actualizada

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

TRATADO DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

Tomo I

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

© ENRIQUE BARROS BOURIE
© EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE
Ahumada 131, 4° piso, Santiago

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción N° 2020-A-1513
Santiago - Chile

Se terminó de imprimir esta segunda edición
en el mes de marzo de 2020

IMPRESORES: Productora Gráfica Andros Ltda.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 978-956-10-2561-5

ENRIQUE BARROS BOURIE

TRATADO DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

Tomo I

Segunda edición actualizada
en colaboración con
MARÍA IGNACIA BESOMI ORMAZÁBAL
y FELIPE CHAHUÁN ZEDAN

EDITORIAL
JURIDICA
DE CHILE

CONTENIDO DEL TOMO I

I. INTRODUCCIÓN A LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL .. 17

II. HECHO IMPUTABLE 69

III. CULPA 81

IV. DAÑO 223

V. CAUSALIDAD 393

VI. RESPONSABILIDAD ESTRICTA O POR RIESGO 469

VII. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO 505

VIII. PRIVACIDAD Y HONRA 565

IX. ABUSO DE DERECHO 655

CONTENIDO DEL TOMO II

X. ALGUNOS REGÍMENES ESPECIALES DE RESPONSABILIDAD 703

Responsabilidad médica 704
Accidentes del trabajo 750
Accidentes del tránsito 774
Responsabilidad civil por productos defectuosos 809
Responsabilidad por defectos y ruina de edificios 835
Responsabilidad por daños al medio ambiente 853
Responsabilidad de directores y gerentes de sociedades 891
Responsabilidad por ilícitos contra el orden de la competencia y por competencia desleal 956

XI. ACCIONES A QUE DA LUGAR EL DAÑO 973

XII. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL 1085

XIII. CONTRATOS RELATIVOS A LA RESPONSABILIDAD CIVIL 1175

BIBLIOGRAFÍA 1209

ÍNDICE ANALÍTICO 1267

PRESENTACIÓN DE LA SEGUNDA EDICIÓN

Luego de catorce años desde la primera edición, ha llegado el momento de revisar y actualizar esta obra. Además de los cambios legislativos, se ha atendido a la jurisprudencia y doctrina posterior a su publicación.

En esta segunda edición se ha conservado el horizonte hermenéutico de la obra: la doctrina y jurisprudencia chilenas; la historia de las instituciones civiles; el derecho comparado más razonado, y la reflexión filosófico-jurídica acerca de los fines y estructura básica del derecho privado.

En cuanto a las fuentes, el libro mantiene la tradicional apertura de la cultura jurídica chilena a la doctrina comparada. Por eso, las tradiciones francesa, alemana y anglosajona, además de la española, constituyen fuentes doctrinarias muy relevantes. La doctrina hispanoamericana ha sido considerada en su mérito. El análisis de la jurisprudencia posterior a la primera edición ha sido objetivo fundamental en esta revisión.

El enfoque general de la obra es que el derecho de la responsabilidad civil cumple fines de justicia correctiva, de prevención general y también distributivos. Sin embargo, se asume que no es correcto, ni pragmáticamente razonable, atribuir responsabilidad si el daño no puede ser atribuido al demandado. Por eso, aunque sus normas puedan tener diversas funciones, no se debe confundir el derecho privado de la responsabilidad civil, que supone una relación personal entre el autor del daño y la víctima, con otros instrumentos institucionales de protección y prevención de daños (como son las sanciones penales o administrativas, los seguros privados obligatorios o la seguridad social).

Reitero mi reconocimiento a mis ex alumnos de la Universidad de Chile, que incentivaron mi vocación jurídica. En especial, mis antiguos ayudantes Daniela Accatino, Francisco González, Andrea Guendelman, Andrés Jana, Juan Carlos Marín, Mauricio Tapia, Eduardo Ugarte, Alejandro Vicari, quienes contribuyeron en diversas etapas de gestación de la obra, desde los apuntes de clase hasta la primera edición. Agradezco también a los profesores Cristián Banfi, Hernán Corral, José Luis Diez, Juan Carlos Ferrada y José Miguel Valdivia, quienes contribuyeron con notas críticas a capítulos específicos. Reitero los reconocimientos por la investigación jurisprudencial de William García y de Adrián Schopf, quien además contribuyó decisivamente a la construcción formal de la primera edición; y a Javier Rojas por sus aportes a la segunda.

Esta segunda edición es el resultado de un trabajo de dos años de intensa y permanente colaboración con María Ignacia Besomi Ormazábal y Felipe Chahuán Zedan, con quienes he trabajado en la revisión general de la obra, y que junto a Beltrán Flores e Isabel Yáñez me asistieron tanto en la investigación de la doctrina científica y de la abundante jurisprudencia de los últimos catorce años, como en la revisión crítica de los contenidos.

ENRIQUE BARROS BOURIE
Santiago de Chile, enero de 2020

ABREVIATURAS

XII Tablas	Ley de las XII Tablas
AA	Auto Acordado
AcP	Archiv für civilistische Praxis
ADC	Anuario de Derecho Civil
Anuario DDHH	Anuario de Derechos Humanos (Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile)
ALI	American Law Institute
ass. plen.	Decisión del pleno de la Corte de Casación francesa
BGH	Tribunal Supremo Federal alemán (Bundesgerichtshof)
BGB	Código Civil alemán (Bürgerliches Gesetzbuch)
Bull. Civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation (salas civiles)
BVerfG	Tribunal Constitucional alemán (Bundesverfassungsgericht)
cas.	Casación
cass.	Corte de Casación francesa
cass. com.	Corte de Casación francesa, sala comercial
cass. civ.	Corte de Casación francesa, salas civiles
cass. pen.	Corte de Casación francesa, sala criminal
cass. plen.	Corte de Casación francesa (asamblea plenaria)
cass. social	Corte de casación francesa, sala social
Cód. arg.	Código Civil argentino
Cód. esp.	Código Civil español
Cód. fr.	Código Civil francés
Cód. hol.	Código Civil holandés
Cód. ital.	Código Civil italiano
Cód. queb.	Código Civil de Quebec
Cód. suizo	Código suizo de obligaciones
com.	Comentario
Cons. Const.	Consejo Constitucional francés (Conseil Constitutionnel)

Constitución	Constitución Política de la República de Chile
CPC	Código de Procedimiento Civil
CS	Corte Suprema
DFL	Decreto con Fuerza de Ley
Digesto	Digesto de Justiniano
DL	Decreto Ley
DO	Diario Oficial
DS	Decreto Supremo
F. del M.	Fallos del Mes
FSR	Fleet Street Report
G. de los T.	Gaceta de los Tribunales
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GJ	Gaceta Jurídica
Grands arrêts administratifs 1999	Les grands arrêts de la jurisprudence administratifs (1999)
Guidelines	Guidelines for the Assessment of General damages in Personal Injuries Cases (2017)
Inst. Gayo	Instituciones de Gayo
Inst. Just.	Instituciones de Justiniano
JCP	Jurisclasseurs périodiques
Juzg.	Juzgado de Letras
Juzg. Civ.	Juzgado de Letras Civil
JZ	Juristen Zeitung
DL 211/1973	DFL 1/2005, Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973
Ley CMF	DL N° 3.538/1980, crea la Comisión para el Mercado Financiero
Ley de accidentes del trabajo	Ley N° 16.744, sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales
Ley de acuerdo de unión civil	Ley N° 20.830, crea el acuerdo de unión civil
Ley de bases de la Administración del Estado	Ley N° 18.575, orgánica constitucional sobre bases generales de la Administración del Estado
Ley de bases de procedimiento administrativo	Ley N° 19.880, establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado
Ley de competencia desleal	
Ley de concesiones	Ley N° 20.169, regula la competencia desleal DS N° 900/1996, Ministerio de Obras Públicas, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL N° 196/1991, del Ministerio de Obras Públicas, ley de concesiones de obras públicas

Ley de consumidores	Ley N° 19.496, establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores
Ley de copropiedad inmobiliaria	Ley N° 19.537, sobre copropiedad inmobiliaria
Ley de cuentas corrientes	DFL N° 707/1982, Ministerio de Justicia, fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley sobre cuentas corrientes bancarias y cheques
Ley de fondos de pensiones	DL N° 3.500/1980, establece nuevo sistema de pensiones
Ley de garantías de salud	Ley N° 19.966, establece un régimen de garantías en salud
Ley de municipalidades	DFL N° 1/2006, Ministerio del Interior, fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.695, orgánica constitucional de municipalidades
Ley de navegación	DL N° 2.222/1978, ley de navegación
Ley de prensa	Ley N° 19.733, sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo
Ley de propiedad industrial	Ley N° 19.039, de propiedad industrial
Ley de propiedad intelectual	Ley N° 17.336, de propiedad intelectual
Ley de protección agrícola	DL N° 3.557/1981, establece disposiciones sobre protección agrícola
Ley de protección de datos	Ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada
Ley de quiebras	Ley N° 18.175, de quiebras
Ley de seguridad nuclear	Ley N° 18.302, de seguridad nuclear
Ley de seguro obligatorio del tránsito	Ley N° 18.490, establece seguro obligatorio de accidentes personales causados por circulación de vehículos motorizados
Ley de seguros	DFL N° 251/1931, Ministerio de Hacienda, sobre compañías de seguros
Ley de sociedades anónimas	Ley N° 18.046, sobre sociedades anónimas
Ley de Tribunales Ambientales	Ley N° 20.600, crea los Tribunales Ambientales
Ley de urbanismo y construcciones	DFL N° 458/1976, Ministerio de Vivienda y Urbanismo, Ley general de urbanismo y construcciones
Ley de valores	Ley N° 18.045, de mercado de valores
Ley del Banco Central	Ley N° 18.840, Ley orgánica constitucional del Banco Central de Chile
Ley del medio ambiente	Ley N° 19.300, sobre bases generales del medio ambiente

Ley del tránsito	DFL N° 1/2009, Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.290, ley del tránsito
Ley general de bancos	DFL N° 3/1997, Ministerio de Hacienda, fija texto refundido, sistematizado y concordado de la ley general de bancos y de otros cuerpos legales que se indican
Ley orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente	Ley N° 20.417, Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente
Méga Code	Méga Code Civil. Anotations extraites des bases de donnés juridiques (2003)
Münch/Kom 1986	Münchener Kommentar zum bürgelichen Gesetzbuch - t. III, V. I, Schuldrecht. Besonderer Teil (1986)
Münch/Kom 2007	Münchener Kommentar zum bürgelichen Gesetzbuch, t. II, Schuldrecht. Allgemeiner Teil (2007)
Ned. Jur.	Nederlandse Jurisprudentie
NG	Norma General, dictada por la Superintendencia de Valores y Seguros
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Ordenanza de urbanismo y construcciones	DS N° 47/1992, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, Ordenanza general de la Ley general de urbanismo y construcciones
Palandt 2003	Palandt Kurzkommentar Bürgerliches Gesetzbuch (2003)
Palandt 2016	Palandt Kurzkommentar Bürgerliches Gesetzbuch (2016)
Principles/Contracts	Principles of European Contract Law Partes I y II (2002)
Principles/Torts	Principles of European Tort Law (2005)
Proyecto de 1841/1842 Proyecto de 1853 Proyecto inédito de 1855	Proyectos de Código Civil para la República de Chile, en Bello 1932, t. III
RChD	Revista Chilena de Derecho
RDJ	Revista de Derecho y Jurisprudencia
Repertorio	Repertorio de Legislación y Jurisprudencia del Código Civil (1998)
Restatement/Contracts	Restatement of the Law of Contracts (1981)
Restatement/Torts II	Second Restatement of the Law of Torts (1965/1977/1979)

Restatement/Torts III	Restatement Third of Torts. Products Liability (1998)
Restatement/Torts IIIa	Restatement Third of Torts. Apportionment of Liability (2000)
Rev. Concepción	Revista de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Concepción
Rev. Consejo	Revista de Derecho. Consejo de Defensa del Estado
Rev. Fueyo	Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo
Rev. D. UAI	Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez
RIDC	Revue international de droit comparé
RTDC	Revue trimestrielle de droit civil
sec.	Sección
s/f	Sin fecha
SJ	Semana Jurídica
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TGI	Tribunal de la Grande Instance
Trib. Const.	Tribunal Constitucional
Trib. Supr.	Tribunal Supremo español
Unidroit/Principios	Principles of International Commercial Contracts, por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (1994)

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN A LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

§ 1. EL LUGAR DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL EN EL DERECHO DE OBLIGACIONES

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

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

Pero el daño es también el *objeto* de la acción, porque la acción indemnizatoria persigue la reparación en dinero de los perjuicios sufridos (*infra* N° 141). Las otras acciones, diferentes de la acción indemnizatoria, que se conceden a la víctima, como las de prevención del daño o de restitución en naturaleza al estado anterior al hecho del demandado, también están dirigidas a remover o poner término al daño (*infra* § 58).

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

---

[1] Kelsen 1934 83, Kelsen 1960 125. Kelsen no entrega en la *Teoría Pura del Derecho* un concepto sustantivo de responsabilidad civil, sino enfatiza la conexión lógica entre un hecho condicionante (el daño que un agente causa a otro en infracción de un deber de cuidado) y una consecuencia jurídica a quien causó el daño (obligación reparatoria).

[2] Excepcionalmente, la acción que surge de un ilícito civil puede estar dirigida a la restitución de un *beneficio* y no a la reparación de un daño, pero en tal caso difícilmente puede aun hablarse de *responsabilidad* (*infra* § 61).

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

En nuestra vida de relación estamos expuestos a incontables riesgos, en cuya ocurrencia intervienen terceros: contraemos por contagio casual una enfermedad; fracasamos en la postulación a un trabajo o a una beca, porque otro tenía mejores antecedentes; sufrimos un accidente en un establecimiento de comercio, porque las baldosas han sido recién enceradas; perdemos dinero, porque los administradores de una sociedad hacen malos negocios. El derecho de la responsabilidad civil establece los criterios y requisitos para que esos daños puedan ser normativamente atribuidos al tercero que los ha provocado, de modo que se justifique otorgar a la víctima una acción reparatoria.

d) Según un principio reiterado en el Código Civil (artículos 1437, 2284, 2314 y 2329),[4] la atribución de responsabilidad civil supone que el demandado haya incurrido en culpa, sea en la forma de dolo (delito civil) o de negligencia (cuasidelito civil). Pero la ley también establece, respecto de ciertos riesgos, hipótesis de responsabilidad basadas en la mera causalidad entre el hecho del demandado y el daño (responsabilidad estricta u objetiva). En uno y otro caso, establecidos los hechos respectivos, la ley da por constituida una *relación obligatoria* entre quien provocó el daño y quien lo sufrió.[5] A diferencia de la responsabilidad contractual, el antecedente de la extracontractual es un deber general de cuidado y no una obligación preexistente (de primer grado), cuya infracción está sujeta a protección mediante acciones y demás remedios establecidos por la ley o el contrato.[6]

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

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

Este libro está construido sobre la base de que la acción indemnizatoria es la más general de las acciones de responsabilidad. Las acciones restitutorias y de cesación del daño serán analizadas en particular en el capítulo sobre las

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

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

[6] Barros 2007 721.

acciones a que da lugar el daño normativamente atribuible al demandado *(Capítulo XI)*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Cualquiera sea el sistema de responsabilidad, se ha visto que es necesario que la víctima haya sufrido un *daño*. Por cierto que los daños a que estamos expuestos por la acción de terceros son de las índoles más diversas: desde

las recíprocas molestias de convivencia, en gran medida inevitables, como el caso 8), hasta la muerte del marido que mantiene a la familia, como puede ser el caso 3). Surgen entonces preguntas como las siguientes: ¿qué daños se indemnizarán?; ¿por qué conceptos tiene la cónyuge del trabajador fallecido una pretensión indemnizatoria?; ¿puede ser reparado en dinero el sufrimiento de esa mujer o la pérdida de calidad de vida asociada a la pérdida del ojo por quien abría la gaseosa?; y si así fuere, ¿cómo se avalúa la pérdida de un ojo?

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

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

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

3. Responsabilidad contractual y extracontractual. a) La distinción de Gayo entre el contrato y el ilícito como fuentes de las obligaciones ha constituido por casi dos mil años la gran división del derecho de obligaciones.[7] Solo con el correr del tiempo la doctrina ha encontrado en el enriquecimiento sin causa, también de origen romano, un tipo de obligaciones de generalidad comparable a esa gran división (*infra* N° 4).[8]

Los efectos del contrato incluyen la acción para exigir su cumplimiento y la acción indemnizatoria que se sigue de su incumplimiento. En nuestro Código Civil ambas materias están tratadas bajo el epígrafe 'Del efecto de las obligaciones' (artículos 1545 y siguientes). En esta identificación de la

[7] Inst. Gayo 3.88.

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

responsabilidad civil con el incumplimiento contractual se muestra cómo el derecho de obligaciones, y de la responsabilidad civil en particular, se desarrolló a partir de la doctrina del contrato.[9]

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

b) Tanto el incumplimiento del contrato como el ilícito no contractual son *fuentes de responsabilidad civil:* en ambos casos el deudor contrae la obligación de indemnizar los perjuicios sufridos por el demandante. En circunstancias que muchas de las preguntas son análogas en ambas sedes y que las normas legales sobre responsabilidad contractual sirven de referencia para construir los efectos de la responsabilidad extracontractual, parte de la doctrina (especialmente francesa) ha sostenido que la responsabilidad civil debe ser tratada bajo un estatuto único, que incorpore las hipótesis de responsabilidad contractual y extracontractual.[10] A pesar de que buena parte de las diferencias que tradicionalmente han sido planteadas entre ambos tipos de responsabilidad han sido superadas por la evolución doctrinaria y jurisprudencial (*infra* § 65 b), la experiencia muestra la conveniencia de cuidar la especificidad del contrato como instituto básico en una economía de intercambios, lo que lleva a mirar con recelo la construcción de un sistema unitario de responsabilidad.

c) Parece haber una *diferencia analítica* entre la obligación indemnizatoria que surge del incumplimiento de un contrato y del ilícito extracontractual. Mientras en el contrato existe una obligación principal, cuyo incumplimiento da lugar a una obligación indemnizatoria derivada, en sede extracontractual la relación obligatoria entre las partes recién nace del hecho que causa

[9] Este es el desarrollo del derecho de las obligaciones en el tratado sobre las obligaciones de Pothier 1761 (1ª parte, Capítulo II) y en el Código francés en su versión original (Libro III, Título III, Capítulo III). El mismo desarrollo ya se muestra en la sistematización tardía del derecho romano (Inst. Just. 3.13 y siguientes); a pesar de que la pandectística alemana del siglo XIX, que dio forma al BGB, intentó construir una parte general del derecho de obligaciones, no pudo evitar que sus normas atiendan preferentemente a la relación contractual.

[10] El tratamiento conjunto de la responsabilidad contractual y extracontractual se ha generalizado en Francia luego del tratado de los hermanos Mazeaud (Mazeaud *et al.* 1963); con una aproximación semejante, Yzquierdo 1993 83. En nuestro sistema jurídico se acostumbra seguir el esquema de Pothier, que el Código chileno toma del francés, donde bajo el epígrafe 'De los efectos de las obligaciones' se tratan esencialmente preguntas de responsabilidad contractual, dejando para la responsabilidad extracontractual el tratamiento diferenciado de sus elementos particulares (con énfasis en las diferencias con la responsabilidad contractual). Tras la reforma al derecho de contratos y al régimen general y prueba de las obligaciones francesa (*Ordonnance* N° 2016-131, 10 de febrero de 2016), bajo el título de *reparación del perjuicio resultante de la inejecución de un contrato* (artículos 1231 y siguientes), el Código francés regula específicamente los elementos básicos de la responsabilidad contractual. Un proyecto de reforma de la responsabilidad civil de 13 de marzo de 2017 vuelve sobre el tratamiento conjunto de la responsabilidad contractual y extracontractual. Con todo, más allá de ciertas reglas comunes, también en este proyecto se establece una diferenciación muy clara de ambos tipos de responsabilidad.

daño y que da lugar a la responsabilidad.[11] En otras palabras, la obligación de reparación que nace del ilícito extracontractual es principal, por mucho que esa obligación esté vinculada a la infracción de un deber general de cuidado del autor del daño.[12] Por regla general la responsabilidad surge cuando alguien causa daño a otro habiendo infringido un deber de cuidado (*infra* § 9). De ahí que lo relevante sean las diferencias entre ese deber de cuidado que no ha sido específicamente convenido y las obligaciones que emanan de un contrato.[13]

[11] La distinción entre obligaciones principales y derivadas fue planteada por Pothier 1761 N° 183; sobre su reconocimiento en la tradición analítica inglesa, especialmente en John Austin, Birks en Birks 1997 23. En Chile se ha fallado que "las fuentes de donde emana la responsabilidad civil, son las mismas que el artículo 1437 del Código Civil señala como origen de las obligaciones, y entre ellas aparecen las que surgen a consecuencia de la violación de un vínculo de obligación preexistente y aquellas constituidas por la comisión de un hecho ilícito, ajena a todo vínculo jurídico anterior, mediando dolo o imprudencia" (CS, 6.11.1972, RDJ, t. LXIX, sec. 4ª, 181). También se ha expresado que "la culpa contractual y extracontractual están regidas por leyes diversas, que tienen alcance y extensión distintas. La primera se produce por incumplimiento o retardo del deudor de una obligación que nace del contrato, del cuasicontrato o de la ley. Y la segunda no tiene ningún nexo entre una parte y otra; se genera por hechos de personas extrañas entre sí, que no se pueden prever mediante convenciones preexistentes" (CS, 3.7.1951, RDJ, t. XLVIII, sec. 1ª, 252). Asimismo, la Corte Suprema ha sostenido que "la responsabilidad contractual es la que emana de la existencia de un vínculo previo entre la parte que reclama la indemnización y aquella a la cual se demanda, y la responsabilidad extracontractual es aquella que deriva de un hecho ilícito que ha inferido injuria o daño en la persona o propiedad de otro. En ambos casos, establecidos sus requisitos de procedencia, conducen al resarcimiento respectivo, pero en la primera de ellas necesariamente debe existir una vinculación entre las partes y, en la segunda tal nexo no se presenta" (CS, 2.10.2003, F. del M. 515, 2956); en el mismo sentido, CS, 11.5.2004, GJ 287, 247; y CS, 7.10.2004, GJ 292, 220.

[12] Una discusión actual en la filosofía del derecho privado, particularmente intensa en la tradición analítica anglosajona, es si la responsabilidad estricta está vinculada con algún deber de resultado. En un extremo, se ha argumentado que la responsabilidad estricta es inconsistente con la idea de derecho privado, entre otras razones porque su imposición supone proteger los derechos del demandante sin referencia a un deber del demandado cuya conceptualización sea inteligible. Bajo esta postura, el deber del demandado de no incurrir en la conducta que causa daño no se manifiesta con anterioridad a la ocurrencia del daño; solo retrospectivamente, en razón del infortunio del daño, se puede calificar la conducta del demandado como ilícita (Weinrib 2012 179). En la posición contraria, se ha defendido la inteligibilidad de deberes de resultado (*duties to succeed*), sobre la base de que pueden haber razones categóricas e imperativas para lograr resultados. De hecho, las razones para esforzarnos usualmente serían parasitarias (o instrumentales) a las razones que tenemos para lograr resultados (Gardner 2001 113). Una tercera posición admite la legitimidad de la responsabilidad estricta, pero considera que su imposición está desvinculada de la infracción a deberes previos (Smith 2014 189). Desde esta última perspectiva resulta obvio que el concepto de ilícito, representado por la culpa en el régimen ordinario de responsabilidad, no es aplicable a la responsabilidad estricta, que simplemente deriva de la causalidad.

[13] Atendido que el deber de cuidado no es homologable a una obligación contractual, conviene referirse al primero como *deber*, en cambio, a la segunda como una *obligación*. Al respecto Hart señala que las obligaciones se caracterizan porque pueden ser voluntariamente creadas, por tenerse respecto a un sujeto en particular y no surgir en razón del carácter del comportamiento al que obligan sino en razón de la relación entre las partes (Hart 1955 175).

La obligación principal que nace de un contrato consiste en cumplir lo convenido, de modo que la obligación indemnizatoria surge solo una vez que el deudor ha incumplido esa obligación contractual (de primer grado). La responsabilidad contractual es un remedio que el derecho confiere al acreedor para hacer frente al incumplimiento de lo pactado. Así se explica que en materia contractual la acción de responsabilidad complemente o sustituya a la acción que tiene por objeto el cumplimiento en naturaleza de la obligación principal. La obligación indemnizatoria (obligación de segundo grado) tiene precisamente por fundamento y medida el incumplimiento de la obligación principal (o de primer grado).[14]

Esta diferencia no es puramente teórica. En materia contractual lo determinante es el acuerdo de las partes, al que la ley atribuye efecto obligatorio (artículo 1545). Ese acuerdo contractual determina el alcance de las obligaciones y, subsecuentemente, la responsabilidad que se sigue del incumplimiento. Por el contrario, la responsabilidad extracontractual tiene por antecedente los deberes generales de cuidado que nos debemos recíprocamente en nuestra actividad susceptible de dañar a terceros. Por eso, la fuente de la responsabilidad contractual es la *convención* que opera como un mecanismo de autovinculación, mientras que en sede extracontractual lo determinante es el *derecho*, que heterónomamente pone límites y establece consecuencias patrimoniales al ejercicio de nuestra libertad cuando este resulta en un daño a un tercero.[15]

d) La más fuerte *crítica a la distinción entre el contrato y el ilícito extracontractual* ataca el corazón de la doctrina del contrato como acuerdo de voluntades. Se asume que en el tráfico contractual contemporáneo es usual que los acuerdos solo residan en los aspectos esenciales del negocio, de modo que sus efectos están en gran medida determinados por la ley y por los deberes que impone la buena fe. Es el caso, por ejemplo, de los contratos que se convienen mediante un mero comportamiento social típico, como subir a un microbús o comprar en un supermercado; o que están sujetos a condiciones generales de contratación, propuestas por la parte que hace una oferta contractual general y estandarizada. A ello se agregó cíclicamente durante el siglo pasado una tendencia a la regulación administrativa del contrato.

El acento en estos aspectos no negociados del contrato llevó a una parte de la doctrina, especialmente en la década de 1970, a proponer la incorporación de la categoría del contrato bajo el estatuto (supuestamente más general) de la responsabilidad por daños. El argumento principal ha sido que el elemento convencional del contrato tiende a desaparecer; sea de hecho, a consecuencia de las prácticas contractuales (como ocurre en los contratos masivos sujetos a condiciones generales de contratación), sea en razón de regulaciones legales o administrativas que limitan la facultad negociadora de las partes (como ocurre con el contrato dirigido).[16]

[14] Barros 2007 721. Sobre la diferente estructura de estas relaciones obligatorias, *infra* N° 787.

[15] Mill *On Liberty* Capítulo III.

[16] Véanse, especialmente, Atiyah 12979 y Gilmore 1974 *passim*. En Chile, se ha fallado que "la línea divisoria entre los deberes de cuidado emanados del contrato y aquellos que

La experiencia, sin embargo, ha mostrado la conveniencia de mantener separadas ambas fuentes de obligaciones. Por elemental que pueda ser el consentimiento en algunas formas contractuales, el contrato cumple una función y responde a una lógica interna diferente a la de la responsabilidad extracontractual,[17] de modo que, especialmente al momento de determinar las condiciones de la responsabilidad, es relevante si se trata del incumplimiento de un deber contractual o si se trata de la inobservancia de un deber general de cuidado.[18]

e) Por medio de un contrato se pueden regular riesgos que de lo contrario quedarían sujetos a un estatuto de responsabilidad extracontractual. En tal sentido, existe una cierta *prioridad relativa del contrato* respecto de la responsabilidad extracontractual. Sería el caso de un industrial que produce ruidos molestos que celebra contratos con todos sus vecinos para que acepten las turbaciones durante ciertos períodos de tiempo a cambio de una retribución convenida; en ese caso, el contrato regiría materias que de no haber mediado acuerdo serían tratadas según las reglas de la responsabilidad extracontractual (*infra* N° 843).

De hecho, desde un punto de vista analítico se puede asumir que las reglas de responsabilidad extracontractual podrían ser radicalmente sustituidas por contratos entre los agentes de riesgo y las potenciales víctimas.[19] El único límite está dado por las buenas costumbres y el orden público; así serían ilícitos en razón de su objeto, por ejemplo, los pactos que importen la condonación anticipada del dolo o la disposición de derechos irrenunciables, como la vida o la salud (*infra* N° 81 y § 70).

Más allá del importante aporte analítico que significa mirar las reglas de responsabilidad desde la perspectiva teórica de un mercado en que se transen todos los intereses, la regulación convencional de los riesgos generales de accidentes es por completo excepcional. Los riesgos a los que diariamente nos vemos enfrentados son tan difusos, que la negociación de contratos entre los

emanan del deber general de no causar culpablemente daños a terceros, es muy borrosa en ciertos ámbitos del quehacer humano" (Corte de Concepción, 10.8.2000, confirmado por la CS [cas. forma y fondo], 24.1.2002, GJ 259, 38).

[17] Una función distintiva del derecho de contratos es que, a diferencia de la responsabilidad extracontractual, está dirigido a defender la práctica social de las promesas. Un argumento de por qué las promesas brindan una razón positiva para afirmar la obligatoriedad de los contratos en Fried 2015 y Raz 1981 916.

[18] En verdad, el mayor efecto que ha tenido el movimiento crítico ha sido remecer algunos supuestos radicalmente voluntaristas sobre los cuales está construida la doctrina tradicional del contrato, haciéndose cargo de los tipos contractuales que se alejan del modelo clásico del contrato negociado; la doctrina del contrato ha devenido en menos ingenua respecto de sus supuestos y se ha mostrado suficientemente flexible para abrir paso al discernimiento de las diversas realidades contractuales; al respecto es admirable la temprana lucidez de Raiser 1958 y Raiser 1960. Un análisis del principio del consentimiento como constitutivo de la obligación también en las formas contractuales contemporáneas puede consultarse en Smith 2004 323 y Barros 2018 109.

[19] Sobre la lógica económica de tales acuerdos, Coase 1960 83, Calabresi 1970 145.

potenciales causantes de daños y sus víctimas resulta inviable por los costos de obtener la información relevante y por los demás costos de transacción para llegar a acuerdos individuales con innumerables personas. Así, por ejemplo, las líneas aéreas están impedidas de negociar contratos con todos aquellos que podrían verse afectados en tierra por un eventual accidente, y lo mismo ocurre con los fabricantes de bebidas gaseosas o de medicamentos con los consumidores finales. De este modo, la atribución de riesgos por medio de contratos solo es posible en aquellos casos excepcionales en que el riesgo y las potenciales víctimas son perfectamente identificables *a priori* y, además, se justifica el costo de negociar los acuerdos (*infra* N° 872).[20]

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

4. Responsabilidad extracontractual, obligaciones restitutorias y otras obligaciones cuasicontractuales. a) La categoría de las *obligaciones cuasicontractuales* tiene poco interés, porque carece de un sustento normativo común. Su carácter es puramente residual. El concepto ya había sido empleado en el derecho romano tardío, pero no como una fuente autónoma de obligaciones, sino con referencia a relaciones que producen efectos análogos al contrato.[21] Bajo ese concepto quedan comprendidas obligaciones de diversas fuentes, que solo tienen en común no provenir ni de delito ni de contrato.

Algunos cuasicontratos provenientes del derecho romano presentan alguna analogía contractual (la agencia de negocios con el mandato; la comunidad con la sociedad; el pago de lo no debido con el mutuo), pero no es el caso de las obligaciones que nacen de la tutela, del legado modal y, muy especialmente, de los diversos tipos de *condictio*, que anteceden al instituto moderno del enriquecimiento sin causa.[22] Con razón, en el derecho moderno se evita usar la categoría del cuasicontrato, pues no hay reglas comunes que se apliquen a todos los supuestos que comprende de manera residual.[23]

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

[21] Las Inst. Just. 3.37 hablan de los cuasicontratos como "obligaciones que no nacen, propiamente hablando, de un contrato, pero que, sin nacer tampoco de un delito, parece que nacen *como* de un contrato". Sobre este aspecto modal y no sustantivo del concepto de cuasicontrato en el derecho romano, Guzmán 1996 I 707.

[22] Kaser 1971 I 592 y II 421, Zimmermann 1990 838.

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

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

El enriquecimiento sin causa ha llegado a ser una fuente general del derecho de obligaciones.[24] Su lógica interna responde a un fundamento de justicia restitutoria y no de justicia reparatoria, porque lo comúnmente determinante del enriquecimiento es la restitución de un beneficio que alguien haya obtenido sin justificación, sea por prestación que el otro le ha hecho; sea porque el beneficio vino del uso de la propiedad de otro.[25] Desde el punto de vista de la naturaleza de la pretensión, el enriquecimiento sin causa da lugar a *obligaciones restitutorias,* porque su objeto es recuperar aquello que el demandado injustamente ha recibido.[26]

Una mirada comparada evidencia la dificultad de subsumir en una sola categoría las diversas hipótesis de enriquecimiento injusto.[27] La formulación de un principio abstracto no es suficiente.[28] Por eso, la doctrina más fina se ha construido sobre la base del análisis analógico de los distintos supuestos de obligaciones restitutorias, como es la antigua *condictio* romana.[29] De esta manera, bajo una clasificación simplificada, las acciones de restitución pueden tener su origen tanto en una prestación de tercero, como en relaciones de

[24] Peñailillo 1996 *passim.* En verdad, en el derecho de obligaciones contemporáneo se tiende a distinguir tres fuentes principales (contrato, ilícito y enriquecimiento sin causa), a lo cual se agregan otras obligaciones de fuentes diversas, incluidas las propiamente legales (Birks en Birks 1997 19). El instituto del enriquecimiento sin causa aparece formulado con bastante generalidad ya por Pomponio (Digesto 50.17.206), pero su establecimiento como criterio general de clasificación de obligaciones parece provenir de Grocio (Zimmermann 1990 885).

[25] Coleman 1992 371.

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

[27] Barros en Barros/García *et al.* 2009 11.

[28] De manera infructuosa, la doctrina francesa ha intentado establecer ciertos requisitos generales de procedencia de las acciones de restitución, que suelen ser demasiado restrictivos, como ocurre con la exigencia de que exista un desplazamiento patrimonial desde el acreedor al deudor de la acción de restitución, y, en otros casos, demasiado general para distinguir las *razones* para acceder a la restitución en cada caso. La generalidad con que esa doctrina ha tratado el enriquecimiento injustificado obedece, en parte, a que fue construida bajo temprana influencia de la doctrina alemana cuando aún se perseguía construir una teoría unitaria en la materia (Basozabal 1998 22, 35).

[29] Este ha sido el caso de la doctrina alemana (Krebs 2006 379).

propiedad o de derechos de la personalidad (i.e., nombre, imagen). Entre las primeras, por ejemplo, figuran las restituciones de lo prestado en razón de un contrato nulo, o en prestaciones que erróneamente tienen por fundamento obligaciones inexistentes, como en el pago de lo no debido. En las segundas, típicamente la restitución se sigue de la intromisión en derechos ajenos de exclusividad sobre una cosa o sobre los bienes de la personalidad.

c) El hecho que da lugar a responsabilidad también puede dar lugar a obligaciones restitutorias, en la medida que satisfaga los supuestos de ambas acciones. Sin embargo, el objeto de estos dos tipos de reglas es distinto: mientras la acción de responsabilidad se dirige a la reparación del daño sufrido por la víctima, la acción de restitución se dirige a los beneficios obtenidos por la otra parte, con prescindencia de la ilicitud del hecho.

Una pregunta relevante es cómo se resuelve el concurso de acciones de restitución e indemnizatorias. La víctima de un daño puede tener más interés en obtener restitución de lo que otro haya obtenido sin justificación que en la reparación de perjuicios. En casos de enriquecimiento por intromisión en un derecho ajeno (en la propiedad o en derechos de la personalidad, por ejemplo), el daño patrimonial causado puede ser menor que los beneficios injustamente obtenidos. En principio, el concurso de acciones patrimoniales es *alternativo,* esto es, se puede ejercer una u otra acción, pero no pueden ser acumuladas. No hay razón para inferir que una acción debe preferir a la otra. Por eso, si concurren los supuesto de restitución e indemnización el titular de esas pretensiones puede optar por una u otra (*infra* § 61).[30]

§ 2. Modelos de atribución de riesgos: Una mirada desde el punto de vista de la víctima

5. La responsabilidad civil es un estatuto que cubre riesgos bajo ciertas especiales circunstancias. a) Como se ha visto, el derecho de la responsabilidad civil establece los requisitos para que el daño sufrido por una persona dé lugar a una acción reparatoria. Planteada en términos kantianos, la responsabilidad civil es expresiva de un orden de delimitación de esferas de libertad.[31]

b) A menos que se cumplan los requisitos de la responsabilidad, "el principio general es que la pérdida de un accidente debe quedar donde caiga".[32] Ese principio tiene su fundamento moral en el orden de libertades que nos posibilita desarrollar nuestros planes de vida, porque de la misma

[30] Barros en Barros/García *et al.* 2009 66.

[31] Un planteamiento no instrumentalista de las preguntas de la responsabilidad civil en Weinrib 2012 y en Ripstein 2007.

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

manera como nos beneficiamos de la convivencia, recíprocamente debemos soportar los riesgos que surgen de esas relaciones. Por eso, el derecho privado asume que cada cual soporta las vicisitudes de su propia vida, salvo que haya una razón para atribuir responsabilidad a un tercero. Lo mismo también vale desde un punto de vista pragmático, porque se desincentivaría la espontaneidad de la vida en común si tuviéramos que asumir cualesquiera consecuencias imprevisibles e incontrolables que se derivan para terceros de nuestros actos. Una sociedad regida por un principio extenso de responsabilidad estricta sería asfixiante, porque cada daño daría lugar a la búsqueda de un responsable, en la medida que casi siempre hay algún tercero cuya acción u omisión pudo evitar el perjuicio.[33]

c) En todos los sistemas jurídicos han coexistido estatutos de *responsabilidad por culpa o negligencia,* que hace responsable al tercero que causa el daño a condición de que haya actuado con culpa o dolo, y el de *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.

5 bis. La responsabilidad civil no es un ordenamiento que tenga por fin enfrentar cualesquiera riesgos de daño. a) Solo una parte menor de los daños corporales, morales o patrimoniales a que estamos expuestos pueden ser cubiertos por las reglas de la responsabilidad patrimonial. Por eso, parece preferible referirse a este ordenamiento como un derecho de responsabilidad por daños, y no como un 'derecho de daños'; este es un concepto mucho más amplio, que comprende otros regímenes legales de cobertura de riesgos, como son la seguridad social y los seguros privados voluntarios u obligatorios.[34]

En verdad, los sistemas de cobertura de riesgos de daños son mucho más amplios y eficientes que la responsabilidad civil y responden a principios diferentes a los de esta última. Una crítica muy fuerte, subyacente a este libro, se dirige contra la incorporación de los fines de distribución del costo de accidentes en la construcción de la responsabilidad civil. La sociedad moderna ha creado instrumentos muy variados de coberturas de riesgos que tienen un efecto distributivo de los costos de accidentes. Por ejemplo, un sistema solidario de cobertura de riesgos es más amplio que la responsabilidad civil, pero no responde a los mismos principios. Finalmente, los seguros privados o sociales cubren riesgos generales de la vida, como son la salud o la vejez, que nada tienen en común con la responsabilidad. Esta última tiene por efecto que el daño deba ser reparado, pero ahí cesan las analogías con los muy diversos tipos de seguros, privados o públicos.

b) El *seguro privado obligatorio* por daños a terceros procura la reparación de la víctima mediante un deber legal de asegurar los riesgos asociados a una

[33] Barros 2008 b 309.

[34] Por cierto que es legítimo tratar sistemáticamente los instrumentos legales de compensación de daños, pero ello supone asumir una perspectiva más general que la de la mera responsabilidad civil (ejemplar en este sentido, Cane/Atiyah 1999 4 y *passim*).

actividad. Como condición para realizarla, la ley impone el deber de contratar un seguro que cubra los riesgos de accidentes conexos a su desarrollo (el empleador respecto de los trabajadores, el propietario de un vehículo motorizado respecto de las víctimas de accidentes del tránsito).

El seguro puede tener alternativamente por objeto cubrir el riesgo que genera la actividad, con independencia de las reglas de responsabilidad civil, en cuyo caso es técnicamente un *seguro de daños* a favor de un tercero; o bien, garantizar la responsabilidad de quien desempeña la respectiva actividad, caso en el cual es propiamente un *seguro de responsabilidad civil.*[35]

En un sistema de seguros obligatorios, la reparación se rige por las normas de los contratos, pues la obligación de la compañía de seguros de indemnizar a la víctima del accidente emana del contrato de seguro. Sin embargo, funcionalmente el seguro forzoso es una especie de garantía impuesta por la ley en favor de las víctimas potenciales (*infra* N° 861 b). El sistema de seguro de daños obligatorio permite que el costo de los accidentes sea finalmente distribuido entre todos los candidatos a víctima, mediante un aumento del costo del bien o servicio en la proporción necesaria para cubrir el precio o prima del seguro.

En definitiva, el seguro obligatorio es resultado de una política pública de justicia distributiva o de solidaridad para con las víctimas de accidentes, que garantiza la reparación de los daños provenientes de cierta actividad. Desde el punto de vista económico, permite una dispersión del costo de los accidentes, en tanto evita que solo la víctima sufra aleatoriamente el costo, en la medida que todos pagamos proporcionalmente el precio del seguro.

Sin embargo, usualmente el seguro de daños no cubre todos los perjuicios que resultan indemnizables bajo el estatuto de la responsabilidad civil, y en tal caso no precluye la acción indemnizatoria por el hecho de reclamar el seguro.

c) Funcionalmente análogos a los seguros privados obligatorios de daños son los *regímenes de seguridad social* (tengan la forma de seguros públicos o privados) y los *seguros voluntarios que cubren los daños del propio asegurado.* El primero es un sistema colectivo de cobertura de riesgos; el segundo es personal y tiene como antecedente un contrato. En ambos casos, sin embargo, el objeto de la cobertura es el daño sufrido por la víctima, de modo que es irrelevante que el daño haya sido causado casual o negligentemente por un tercero, como ocurre con los seguros de daños a terceros y de responsabilidad civil. El beneficiario es directamente la víctima del daño, a diferencia de los seguros que cubren los riesgos de cierta actividad, donde quien toma el seguro es quien la desarrolla (como ocurre con el empresario respecto de sus trabajadores o con el propietario del vehículo motorizado respecto de las víctimas de accidentes del tránsito). En este caso, el seguro protege a

[35] Las áreas más importantes de seguro obligatorio en el derecho nacional son el seguro de daños personales causados por vehículos motorizados, establecido por la Ley N° 18.490 (*infra* N° 543) y el seguro de accidentes del trabajo, establecido por la Ley de accidentes del trabajo (*infra* N° 496); en general, sobre los seguros obligatorios, *infra* N° 871.

la persona respecto de sus propios daños (por eso en la práctica de seguros anglosajona es llamado *first party insurance*).[36]

Los seguros voluntarios o forzosos contra los riesgos generales de sufrir daños son crecientemente considerados como los más eficientes instrumentos de protección frente a los riesgos de accidentes y enfermedades (*infra* N° 859).[37]

d) Uno de los mayores problemas que enfrenta el derecho de la responsabilidad civil es la oscuridad acerca de sus fronteras con los sistemas de seguro y de seguridad social (*infra* N° 21).[38] La respuesta acá asumida es que la responsabilidad civil obedece a fines distintos de la distribución de costos y de compensación a la víctima (*infra* N^os^ 12 y 13).

Por razones que son explicables a la luz de los principios del propio derecho privado, se asume en este libro una posición más bien expansiva respecto de las condiciones de la responsabilidad civil (como se muestra en el énfasis en la objetividad de la culpa y en las presunciones de culpabilidad). Sin embargo, también se propugna conservar la dimensión de derecho privado de la relación obligatoria, que atiende a la relación entre la víctima y el autor del daño. Así, se asume que el supuesto común de todo estatuto de responsabilidad civil es *corregir el daño que una parte provoca a la otra.*[39] En el fondo, una confusión acrítica de las áreas del derecho privado y del derecho social arriesga conflictos de valoraciones innecesariamente entrecruzadas, con el efecto de que se pierde el correcto discernimiento de las diversas tareas que cumple cada ordenamiento y se debiliten las funciones estructurales del derecho privado.[40]

[36] Problemas de concurrencia de indemnizaciones se suelen presentar cuando los seguros concurren con acciones de responsabilidad civil (*infra* § 59 g).

[37] Chabas 1993 88, Atiyah 1997 192.

[38] En Nueva Zelanda, por ejemplo, una parte importante del derecho de *torts* en materia de daños corporales ha sido abolida y reemplazada por un sistema de seguridad social; una explicación crítica de cómo opera y ha evolucionado este sistema en Schuck 2008 187.

[39] En general, la jurisprudencia parece compartir esta idea. Así, se ha fallado que "la reparación del daño es el principal efecto que nuestro legislador asigna a la responsabilidad delictual o cuasidelictual civil" (Corte de Santiago, 10.7.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2ª, 83); y que "del conjunto de preceptos que rigen las indemnizaciones provenientes del daño, se desprende que su procedencia, si bien lo presupone para quien lo experimente o sufre, respecto de la obligación de indemnizarlo para el que lo produce, cabe solo como consecuencia de un delito o cuasidelito" (Corte de Santiago, 14.10.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2ª, 132); en igual sentido, Corte de Santiago, 31.12.2002, GJ 274, 212.

[40] Bydlinski 2004 348. Así, en Francia se ha llegado a decir (erradamente en mi opinión) "que la responsabilidad civil ha dejado de ser entendida como una limitación a la libertad de acción, porque ha pasado de un fundamento de justicia correctiva hacia uno de justicia distributiva: el autodenominado país de los derechos del hombre al país de los derechos adquiridos" (Moréteau en Koziol 2014 5). Un ejemplo de esa transformación sería el fondo solidario de accidentes del tránsito, en cuya virtud el accidente producido por un conductor no asegurado es reparado con recurso a un fondo de solidaridad que se financia con las primas pagadas por quienes están asegurados (ídem). Lo interesante de este sistema es que la protección de las víctimas de accidentes del tránsito está asegurada a cualquier evento: sea por el seguro personal de quien participó en el accidente (que será la regla general en razón de la obligatoriedad del seguro); sea con recurso a un fondo de protección respecto

e) Los regímenes de seguridad social y de seguros obligatorios cumplen la finalidad pública de proteger a las víctimas de accidentes. Los requisitos de procedencia varían, según se trate de un seguro de daños a terceros, de un seguro de responsabilidad civil o de un seguro de daños propios. Los principios normativos que operan en estos sistemas generales de protección frente a accidentes son los del contrato de seguro (de la manera como lo defina la ley que lo hace obligatorio) o del derecho social. Así, aunque sus objetivos reparativos parcialmente coinciden, tienen fundamentos diferentes a los de la responsabilidad civil. Una de las tareas de la doctrina jurídica es precisamente definir las líneas divisorias entre estos ordenamientos, evitando que se confundan.

Dependiendo de la extensión que tengan los regímenes de seguridad social y los seguros obligatorios, el sistema de responsabilidad civil puede tener un rol más bien residual o complementario, como ocurre en la práctica con la responsabilidad por accidentes del trabajo (*infra* § 51 c); o económicamente puede ser un mecanismo de atribución de costos entre compañías de seguros. Aun así, es conveniente que mantenga su especificidad como orden que atiende a la relación de derecho privado entre el autor del daño y la víctima (*infra* N° 861).

§ 2 BIS. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL: RELACIÓN DE DERECHO PRIVADO ENTRE EL AUTOR Y LA VÍCTIMA

6. Responsabilidad por culpa. a) La responsabilidad por culpa o negligencia es el más general de los criterios de atribución de responsabilidad. En el derecho chileno, como en todos los sistemas jurídicos modernos, la responsabilidad por culpa constituye el *estatuto general y supletorio de responsabilidad,* de modo que resulta aplicable a todos los casos que no están regidos por una regla especial diversa.

A la responsabilidad por culpa o negligencia se refieren los artículos 2284, 2314 y 2329 del Código Civil, y constituye el estatuto general y supletorio. El análisis de este modelo de atribución de responsabilidad también permitirá comprender el régimen de responsabilidad estricta u objetiva, porque si bien prescinde del requisito de la culpa, está sujeto a los demás requisitos del estatuto de responsabilidad por culpa.

b) Bajo un régimen de responsabilidad por culpa, la atribución de responsabilidad se *funda* en que el daño ha sido causado por un hecho negligente, esto es, realizado con infracción a un deber de cuidado. En este régimen de responsabilidad, la culpa no solo sirve de fundamento, sino también de *límite* de la responsabilidad, porque la obligación reparatoria solo nace a condición de que se haya incurrido en infracción a un deber de cuidado.

de accidentes provocados por polizones. De este modo, la relación entre la víctima y el autor del daño queda completamente mediatizada por el seguro, aun con independencia de que el responsable esté asegurado. La relación entre este último y las compañías aseguradoras o entre compañías aseguradoras pasa a ser determinante.

Así, la culpa o negligencia es antecedente de dos principios que definen negativa y positivamente el ámbito de la responsabilidad civil: primero, que a falta de una razón para atribuir responsabilidad, el daño causado por un hecho cualquiera es soportado por quien lo padece (*casum sentit dominus*); segundo, la culpa es razón suficiente para hacer responsable a quien ha intervenido causalmente con su hecho en la producción de un daño.

c) Los *deberes de cuidado* que definen la actuación culpable pueden ser establecidos por el legislador mediante la dictación de reglas de conducta orientadas a evitar accidentes (como típicamente ocurre en la Ley del tránsito); o bien, pueden ser el resultado de una regla no legislada, que debe ser definida por los jueces, recurriendo a la costumbre o a criterios prudenciales de diligencia y de cuidado (*infra* § 10 d 2 y 3).

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

d) La responsabilidad por culpa supone una valoración de la conducta del demandado, porque la obligación de reparar el daño causado solo nace si aquel no ha observado un estándar de conducta debida. Lo relevante para la determinación judicial de este estándar es un modelo socialmente típico de persona cuidadosa (la persona razonable, equivalente contemporáneo del buen padre de familia romano).

La exigencia de culpa suele llevar a error acerca de la naturaleza de la responsabilidad. Se acostumbra decir que la responsabilidad por culpa es *subjetiva*, en oposición a la responsabilidad estricta u objetiva. Lo cierto, sin embargo, es que desde el derecho romano *el juicio acerca de la culpa civil es objetivo*, en el sentido de que no atiende a las peculiares circunstancias personales del autor del daño, sino a la conducta que de este *debía* esperarse según las circunstancias en que se encontraba.

e) La calificación de la conducta como negligente no constituye un juicio de reproche moral a la persona del demandado. La responsabilidad por culpa, como también la estricta, exige que el hecho sea imputable subjetivamente como *su* hecho al demandado; por eso, es condición de la responsabilidad civil que el demandado sea capaz y que la acción pueda ser calificada de libre, en el sentido más elemental de que esté bajo su control (*infra* §§ 7 y 8). Pero allí se agota el aspecto subjetivo de la responsabilidad, porque el juicio jurídico de culpabilidad atiende a la conducta externa, que es valorada según un patrón objetivo de conducta debida (*infra* N^{os} 42 y siguientes).

f) Los requisitos concurrentes de imputabilidad subjetiva de la acción y de infracción a un deber de cuidado como condiciones de la responsabilidad ponen la idea de *agencia humana* en el centro de la responsabilidad por culpa. Esa síntesis virtuosa de la acción humana y deberes objetivos de

cuidado constituye el trasfondo moral y pragmático del estatuto general de responsabilidad civil.

Desde el punto de vista *moral*, la responsabilidad queda limitada a las conductas que infringen los deberes de cuidado que nos debemos recíprocamente en ejercicio de nuestra libertad de acción. Así, establece un marco razonable al incesante esfuerzo por lograr nuestros propósitos en un mundo necesariamente imperfecto, de conocimientos y destrezas limitadas.

g) La culpa proporciona un criterio para juzgar la relación entre el autor del daño y la víctima en la dimensión de la justicia correctiva. Aunque desde el punto de vista de la justicia correctiva haya casos en que se justifique establecer estatutos de responsabilidad estricta (*infra* N° 308), la ventaja de la culpa reside en la generalidad con que puede ser invocada como criterio justo para resolver el conflicto: cada vez que el daño se deba a dolo o negligencia hay una razón suficiente para atribuir responsabilidad civil.

Desde un punto de vista *pragmático*, la negligencia se ha mostrado como un criterio eficiente de atribución de responsabilidad. La responsabilidad por culpa asume como patrón la conducta de una persona prudente y diligente, que pondera los riesgos de su acción, empleando el cuidado que las circunstancias exigen. Este modelo asume que hay un punto de equilibrio eficiente entre el cuidado excesivo y el descuido, de modo que naturalmente tiende a coincidir la diligencia debida con la conducta socialmente más eficiente (*infra* N° 66).

7. Responsabilidad estricta u objetiva. a) La responsabilidad estricta se diferencia técnicamente de la responsabilidad por culpa en que no exige negligencia del autor del daño. En su versión más pura, la responsabilidad estricta queda configurada por la *mera relación causal* entre el hecho del demandado y el daño sufrido por el demandante. Desde el punto de vista funcional, tiene como fundamento el riesgo creado por quien desarrolla la actividad respectiva y no la omisión de deberes de cuidado, de modo que es innecesario un juicio de valor respecto de la conducta del demandado. Basta que el daño se produzca a consecuencia de una actividad cuyo riesgo la ley ha sometido a un estatuto de responsabilidad sin negligencia.

En este sentido, la responsabilidad estricta presenta cierta analogía con las denominadas *obligaciones de garantía* del derecho contractual, pues se asegura a las potenciales víctimas que algunos daños ocasionados dentro de un ámbito de riesgo deberán ser reparados por quien los crea (*infra* N° 791 b, donde se desarrollan las razones que impiden extremar la analogía).

b) En el derecho contemporáneo también se han desarrollado modelos de *responsabilidad estricta calificada* por el resultado, que presentan analogía con la responsabilidad por culpa. Este tipo de responsabilidad se ha expandido en el derecho comparado respecto de los productos defectuosos. Bajo un estatuto de responsabilidad por culpa se requiere que el daño producido por un producto se deba a un proceso de fabricación que no ha observado los estándares de debido cuidado; bajo uno de responsabilidad estricta pura, bastaría que el daño sea consecuencia del uso o consumo del producto; bajo el estatuto de productos defectuosos no se atiende a defectos en el proceso

de fabricación, sino al resultado objetivamente defectuoso del producto. Se distingue de la responsabilidad propiamente estricta, en que no basta la causalidad para dar por establecida la responsabilidad, sino que es necesario un juicio de disvalor respecto del producto que ha intervenido causalmente en el daño (*infra* N° 302).

c) Como se anticipó, la responsabilidad estricta u objetiva es un régimen especial de derecho estricto, que rige ciertos ámbitos de conducta o tipos de riesgos definidos por el legislador. En consecuencia, *su fuente es la disposición expresa de la ley.*

En general, los regímenes de responsabilidad estricta están enfocados en el derecho comparado a ciertos riesgos típicos: accidentes del trabajo, productos defectuosos, algunos daños ambientales, energía nuclear, aviación comercial (*infra* N° 308).[41] No existe, sin embargo, uniformidad. Así se muestra, por ejemplo, en una materia tan importante como los accidentes del tránsito, pues mientras en el derecho europeo rigen generalmente estatutos especiales de responsabilidad estricta, en el derecho americano se suele seguir el estatuto general de responsabilidad por culpa; el derecho chileno adopta un camino intermedio, asumiendo en la materia un régimen de responsabilidad por culpa del conductor, con una obligación de garantía del propietario del vehículo por actuación negligente del conductor (*infra* § 52).

A las normas establecidas por estatutos legales especiales se agregan dos reglas de responsabilidad sin culpa del propio Código Civil, provenientes del derecho romano, referidas a animales fieros (artículo 2327) y a la caída de objetos de la parte superior de los edificios (artículo 2328 I).

d) La mayor o menor extensión que se otorgue a la responsabilidad estricta dentro del ordenamiento de la responsabilidad civil depende de decisiones del legislador. Como se señaló, la responsabilidad civil supone enfrentar la pregunta acerca de cuáles daños estamos dispuestos a tolerar como costo de la vida en sociedad y cuáles tenemos derecho a que nos sean indemnizados. En otros términos, la atribución de responsabilidad civil supone una calificación previa del riesgo a la luz de los fines de la responsabilidad civil.

El establecimiento de estatutos de responsabilidad estricta ha sido justificado por razones de justicia correctiva (especialmente desde una perspectiva radicalmente individualista, que atiende a la lesión de un derecho como razón suficiente para imponer responsabilidad),[42] de justicia distributiva (en la medida que toda víctima queda indemnizada con independencia

[41] Un caso excepcional de responsabilidad estricta establecida bajo un supuesto de aplicación bastante general surgió de una interpretación que la Corte de Casación hizo del antiguo artículo 1384 del Código francés (artículo 1242 de la versión vigente a partir del 1 de octubre de 2016), que establece una regla de responsabilidad por el hecho de las cosas y personas que están bajo el cuidado (*garde)* de un tercero, en cuya virtud se da lugar a una responsabilidad de ese tipo cada vez que en el accidente intervenga causalmente una cosa detentada por ese tercero (Mazeaud/Chabas 1998 559). Es probable que esta interpretación *de lege ferenda* de esa norma haya determinado la enorme expansión de la responsabilidad en el derecho francés, mayor que en cualquier otro sistema jurídico.

[42] La más brillante exposición de esta doctrina en Epstein 1973 151.

de la conducta del responsable),[43] de eficacia preventiva (en la medida que atribuye la responsabilidad a quien tiene el control del riesgo)[44] y de disminución de los costos administrativos del sistema de responsabilidad (porque evita juicios y, cuando se producen, reduce la prueba al daño y la causalidad).[45]

e) Bajo un principio libertario, se ha defendido la superioridad moral y legal del estatuto de responsabilidad estricta por sobre la responsabilidad por culpa. Esa superioridad estaría dada porque la responsabilidad estricta significa asumir todas las consecuencias de nuestras acciones. Este deber se fundaría, a su vez, en el valor de nuestra agencia como individuos porque el único modo de reconocer nuestra individualidad sería asumir todos los costos y beneficios de nuestras acciones.[46] Sobre la base de estos argumentos, se ha concluido que es errada la tesis asumida en este libro, que estima a la responsabilidad por culpa como el estatuto general y supletorio.

Por el contrario, se afirma que la responsabilidad estricta debiese aceptarse como un principio general y supletorio. Reforzarían esta conclusión consideraciones de justicia distributiva, el creciente establecimiento de regímenes de responsabilidad estricta en distintos ordenamientos jurídicos y la observación de que en la responsabilidad extracontractual el monto de la indemnización está dado por la medida del daño y no por la intensidad de la culpa. Por cierto, resulta plausible aceptar la relevancia moral de las consecuencias de nuestras acciones. Como ya he señalado, tanto la responsabilidad estricta como la responsabilidad por culpa reconocen importancia a los resultados de nuestras acciones, pues su sustrato común es que son estatutos de responsabilidad por daños.

Sin embargo, de la significancia moral de las consecuencias de nuestras acciones no se sigue la necesidad de reconocer como estándar legal general y supletorio a la responsabilidad estricta. Esta conclusión parece muy apresurada. Así, podemos incluso remordernos de cierta acción sin que esta dé lugar a nuestra responsabilidad (por ejemplo, si ponemos término sin delicadeza a una relación). No vivimos en una sociedad en que se tenga por exigible que reparemos todos los perjuicios que nuestra conducta puede provocar en otra persona. Si uno concursa por un cierto cargo o cupo universitario, podemos sentir pena porque otro no lo obtiene, pero ese daño no es objeto de responsabilidad.

Asimismo, la satisfacción que sentimos por los efectos beneficiosos que pueden resultar de nuestro comportamiento tampoco nos da un derecho a ser restituidos cada vez que esos beneficios sirven a terceros.

[43] Honoré en Owen 1995 83.

[44] Calabresi 1970 145.

[45] Ídem 45 y 288.

[46] En este sentido se ha sostenido que "el valor de nuestra agencia, y el hecho de que ser sensible a lo que hacemos es la única manera de honrarla, exige que suscribamos como sistema de responsabilidad civil a la responsabilidad estricta pues solo este sistema de la responsabilidad civil, en tanto nos obliga a hacernos responsables de las consecuencias de nuestras acciones, independientemente de que ellas hubieran sido o no reprochables, nos trata como agentes individuales" (Rosenkrantz 2008 300).

La pregunta central de la responsabilidad civil es normativa: cuál es el régimen de responsabilidad que debe entenderse general y supletorio. Un hipotético estatuto generalizado de responsabilidad estricta, que establece el deber de compensar todos los daños que causamos, conduce lógicamente a un deber genérico de no dañar.[47] Tal regla no es compatible con una idea de responsabilidad que no solo atienda a la producción de un resultado (esto es, a la víctima) sino también sea reflejo del valor de nuestras elecciones como agentes racionales (esto es, también mira al autor del daño). El sinsentido de una responsabilidad que se extienda a penas de amor (¿y por qué no a la envidia?) hace imposible que la responsabilidad estricta sea la regla de defecto. Por eso, pueden establecerse por el legislador diversos tipos de responsabilidad estricta, pero no puede ser el estatuto general y supletorio.

Desde una perspectiva pragmática, la imposición de un deber general y supletorio de incorporar todos los costos que se siguen para terceros de nuestro comportamiento sería asfixiante. La vida en sociedad conoce múltiples acciones que causan perjuicios, y que, sin embargo, estamos dispuestos razonablemente a soportar como cargas de la convivencia o, incluso, como condiciones justas y eficientes para el progreso (como ocurre con los daños puramente económicos que ocasiona la competencia en los mercados), aunque ello signifique que tengamos que asumir turbaciones o fracasos. Un ordenamiento que adopte la responsabilidad estricta como regla general transformaría por completo la forma como nos relacionamos en sociedad, porque son pocos los daños que no pueden ser atribuidos a alguna acción u omisión de otros (¿es responsable el ciego del accidente sufrido por quien lo ayuda a atravesar la calle?).

Por eso, aunque los sistemas jurídicos difieren acerca de la extensión de los riesgos sujetos a estatutos de responsabilidad estricta, en todos se preserva la responsabilidad por culpa como régimen general y supletorio, en cuanto permite contar con un criterio básico para atribuir responsabilidad, que satisface, a la vez, exigencias de justicia correctiva y de adecuada prevención.

8. Fronteras entre la responsabilidad estricta y la responsabilidad por culpa. a) Las formas puras de responsabilidad estricta y por culpa son claramente distinguibles: mientras esta última se construye en torno al hecho voluntario

[47] Si reparamos todos los daños que causamos es porque suponemos que existe una razón para que esos daños no se produzcan. De hecho, al repararlos reconocemos que esa razón subsiste incluso una vez producido el daño. De ahí que nos vemos compelidos a tomar un curso de acción que, del mejor modo posible, remedie el daño causado. Esta implicancia, en todo caso, no es bidireccional. Es decir, aunque el deber de compensar todos los daños que causamos supone un modo secundario de cumplir con un deber anterior de no causar daños, no necesariamente la infracción a este último deber se traduce en un deber secundario de compensar. La consecuencia aparejada a la producción de un daño podría ser un deber de disculparse, o, incluso, podría no existir consecuencia jurídica alguna en consideración a otras razones que prevalecen por sobre las razones que tenemos para imponer un deber de compensar (por ejemplo, porque este deber resulta muy oneroso para el ejercicio de nuestra libertad). Véase Gardner 2001 *passim*.

ilícito (culpable en sentido civil), en la responsabilidad estricta basta la causalidad material entre la acción y el daño. En el estado actual de desarrollo del derecho de la responsabilidad civil, este esquema mantiene su validez como representativo de los dos grandes modelos de responsabilidad. En la práctica, sin embargo, muchos caminos los acercan.

b) Se ha visto que la *objetividad de la culpa* tiende a desplazar el juicio de reproche desde la persona del demandado hacia la valoración de la acción realizada. De este modo, como en el caso de la responsabilidad estricta, el juicio civil de culpabilidad es jurídico y no moral (*infra* N° 42).

A su vez, es usual que la responsabilidad estricta u objetiva tenga la forma de una responsabilidad estricta *calificada*, que exige algo más que la mera causalidad entre la acción de un agente y el daño. En este caso, la diferencia con la responsabilidad por culpa reside en dónde se pone la atención; en la culpa lo determinante es la conducta del demandado, mientras que en la responsabilidad estricta calificada lo es la calidad de un producto o de un servicio. La diferencia conceptual es sutil, pues en un caso se atiende a la acción y en el otro al resultado, pero en una y otra situación la responsabilidad supone un juicio objetivo de reproche.

c) Una de las mayores dificultades de la responsabilidad por culpa reside en las exigencias de *prueba*. Ellas suelen ser abordables con cierta facilidad cuando se trata de accidentes sencillos, donde el deber de cuidado infringido está a la vista. Por el contrario, hay ocasiones en que la prueba plantea un desafío mayor, a veces inabordable, para el demandante; o puede ocurrir que las circunstancias del accidente hablen por sí mismas, en orden a que *prima facie* el daño deba ser atribuible a culpa del demandado. Estas reglas invierten los riesgos probatorios por razones que pueden ser calificadas de sustantivas. Son sustantivas, porque por razones de justicia o evidencia *prima facie* se invierte el peso de la prueba desde el demandante, que usualmente debe probar la culpa, hacia el demandado, quien soporta el riesgo de poder probar que el accidente se produjo a pesar de su diligencia bajo circunstancias dadas por la naturaleza de la actividad o la evidencia circunstancial. Se trata de reglas que atienden a relación entre las partes: hay casos en que no se puede atribuir a la víctima la carga de probar la negligencia. Así, es frecuente que el derecho civil altere el *onus probandi*. Las presunciones de culpa por el hecho propio (artículo 2329, *infra* § 14) y por el hecho ajeno (artículos 2320 y 2322, *infra* §§ 17 y 18) son un importante correctivo a la desventaja estratégica en que puede encontrarse la víctima, pues coloca al demandado en la situación de descargarse probando la diligencia. La diferencia con la responsabilidad estricta reside en estos casos precisamente en que la prueba de diligencia resulta admisible.

d) En definitiva, el derecho de la responsabilidad patrimonial ha adquirido una complejidad que le permite adaptarse a circunstancias muy diversas. Y ocurre que esa complejidad no queda suficientemente explicada con la distinción entre las categorías de la responsabilidad por negligencia y estricta, porque una y otra presentan calificaciones que a menudo las alejan de los modelos puros.

§ 3. FINES Y VALORES EN LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL[48]

9. El sentido de la pregunta por los fines y valores. a) La pregunta por los fines y valores de la responsabilidad civil tiene dos caras, que suelen confundirse. Ante todo, puede referirse a un método para *comprender* la lógica interna del régimen de responsabilidad civil; pero también suele ser planteada normativamente para *proponer* los fines que el ordenamiento debiere perseguir. El discernimiento de los fines supone razones, que pueden divergir, para preferir algún modelo de atribución de responsabilidad civil. Desde el primer punto de vista, los fines ayudan a la tarea hermenéutica de discernimiento práctico del derecho, y se orientan a su aplicación; desde el segundo, contribuyen al análisis de políticas públicas en materia de responsabilidad (sea que su ejecución se atribuya al legislador o a los propios jueces).[49]

Tratándose de un ordenamiento complejo, que dispone de una base normativa compuesta por unas pocas reglas generales en el Código Civil, es inevitable que la pregunta por los principios y valores que subyacen tras el sistema de responsabilidad tenga un significado práctico determinante en el desarrollo *interno* de esta área del derecho de obligaciones. Los fines y valores son el elemento dinámico del sistema de responsabilidad, pues permiten discernir la regla correcta en el contexto institucional de una práctica doctrinaria y judicial. Por eso, en razón de esta lógica interna, no es un despropósito afirmar que una decisión es conforme a derecho, aunque el caso no pueda subsumirse en una regla ya formulada.[50] De modo consistente con esta premisa, las instituciones judiciales están diseñadas para maximizar la posibilidad de que todo elemento relevante del caso judicial pueda ser objeto de un análisis que atienda a todas sus circunstancias.[51]

En contraste, la responsabilidad civil también puede analizarse desde una perspectiva *externa*, que atiende al estatuto socialmente más eficaz. La pregunta por la eficacia de las reglas sobre atribución de daños permite desarrollos analíticos muy sutiles a la luz del método económico. El derecho de la responsabilidad civil cumple una función preventiva, que se basa en una lógica de mercado, al establecer costos (que se expresan en el deber de indemnizar) a quienes desarrollan actividades que generen riesgos o incurran en culpa. Desde esta perspectiva, la pregunta relevante se refiere al sistema de responsabilidad más eficiente para lograr una adecuada ecuación entre los costos de prevención para evitar los accidentes y los daños que se evitan a consecuencia de estas precauciones.

b) En estas dos perspectivas analíticas se muestra el principal contraste de la filosofía moderna, entre la moral de lo *correcto*, que atiende a lo que se *debe* hacer en consideración a exigencias de justicia, y la moral *pragmática*,

[48] Parte esencial de esta sección fue expuesta en Barros en Varas/Turner 2005.

[49] Sobre esta distinción, que resulta decisiva para discernir las principales doctrinas acerca de los fines del derecho de la responsabilidad patrimonial, Coleman en Postema 2001 183.

[50] Wittgenstein *Investigaciones filosóficas* 199; respecto de esta forma de descubrir en el derecho privado una regla no positivada de antemano, Barros 1984 78.

[51] Atria 2005 132.

que atiende a los resultados de la acción para discernir lo que es más conveniente en el balance de costos y beneficios. Si se revisa la extensa literatura contemporánea acerca de los fines de la responsabilidad civil, se comprueban nítidamente estas dos líneas de argumentación.[52]

c) Aunque se adopte una perspectiva de derecho privado, que tiende a concebirlo como un ordenamiento que posee una lógica interna, cuestión bien explicada por la idea de justicia correctiva, es un error práctico y conceptual asumir que el conjunto de fines y valores que orientan una institución compleja conforma necesariamente un sistema coherente y cerrado.[53] Los fines y principios son directivas que permiten sopesar las diversas normas que pueden ser planteadas para resolver un conflicto y son criterios para el desarrollo jurisprudencial del derecho que suelen operar argumentativamente en diversas direcciones (como se muestra, por lo demás, en la naturaleza dialéctica de la argumentación procesal).

El ordenamiento de la responsabilidad civil se sostiene en normas legales de gran generalidad (artículos 2284, 2314, 2320 y 2329), que dejan entregado su desarrollo subsecuente a la jurisprudencia y a la doctrina. Se trata de reglas que solo pueden operar mediante una paulatina concreción por la jurisprudencia. El derecho de la responsabilidad civil ha crecido en innumerables institutos más concretos, que se muestran en una práctica judicial y dogmática que ha devenido progresivamente más compleja (como se intenta mostrar en este libro). Un supuesto de racionalidad exige que esa práctica sea suficientemente autorreflexiva y abierta a las directivas prácticas y valorativas que la orientan. Solo así puede llegar a ser inteligible y mínimamente coherente, aun estando conscientes de que siempre se trata de un estado de cosas provisorio y revisable.

d) En las secciones siguientes se intentará ordenar los fines de la responsabilidad civil a partir de dos ideas reguladoras. La primera persigue comprenderla como una práctica de adjudicación inteligible a la luz de la antigua categoría aristotélica de la justicia correctiva, en tanto atiende a la

[52] La discusión se ha desarrollado preferentemente en el medio jurídico de habla inglesa, aunque tiene sus raíces en las doctrinas de Aristóteles y de la escolástica sobre la justicia, en el personalismo ético de Kant y en el empirismo pragmático anglosajón (D. Hume, J. Bentham). En circunstancias que este no es un libro de filosofía del derecho, no pretendo aventurarme con originalidad en estos terrenos, de modo que me limito a hacer algunas referencias bibliográficas que me han resultado particularmente importantes. Entre ellas, me parecen relevantes en la afirmación del derecho privado como un orden fundado en la idea de justicia correctiva, Coleman 1992, Fletcher 1972, Gordley en Owen 1995 y Weinrib 2012; en el análisis instrumental (económico) de la responsabilidad, Holmes 1923, Calabresi 1970, Epstein 1999 (con la ventaja de ser un libro que desarrolla una exposición completa sobre el derecho de *torts*), Posner 1992 y Shavell 1987; las mejores exposiciones generales del derecho de la responsabilidad desde una perspectiva funcional me parecen Fleming 1985 y Kötz/Wagner 2006 (en este libro se sigue especialmente la edición anterior, Kötz 1991); para un enfoque pluralista, que asume que el estatuto de la responsabilidad cumple diversos fines (aunque críticos de algunas premisas ingenuas del enfoque económico), Cane 1996, Honoré en Owen 1995 y Honoré 1999. Véanse también las notas siguientes.

[53] Un análisis de los fines encontrados de la responsabilidad civil en Deutsch 2002 b; en general, acerca de la pluralidad de principios en el derecho civil, Esser 1956 113.

relación entre personas que son tenidas por igualmente dignas y responsables. La segunda asume una perspectiva instrumental y pragmática, típica de las políticas públicas, que entiende las reglas de responsabilidad como instrumentos de dirección de la conducta a efectos de obtener consecuencias deseables (en especial, la prevención de los accidentes en un grado socialmente óptimo).

El camino más tentador es asumir que ambas dimensiones son relevantes para la comprensión y desarrollo del derecho de la responsabilidad. Esa actitud suele ser ingenua, porque se trata de una discusión filosófica que durante siglos ha mostrado no tener puntos de compromiso.[54] Y aun aceptando que los hubiese, es difícil discernir cuáles preguntas deben ser respondidas privilegiando un criterio de justicia y cuáles pragmáticamente. La experiencia muestra, sin embargo, que la radicalidad de la disputa *filosófica* acerca de la naturaleza del deber de indemnizar no se transmite a la *práctica jurídica.*

Parece preferible una actitud más diferenciada, porque si bien la estructura básica de la responsabilidad puede ser comprendida a la luz de la idea de justicia correctiva, en su desarrollo más detallado en materias críticas (como son la determinación del cuidado debido, de los daños por los cuales se responde, de la cercanía que debe haber entre el hecho del demandado y daño), se aceptan con naturalidad argumentos que atienden a las consecuencias que supone adoptar una u otra decisión.

En definitiva, todo indica que la *justicia correctiva establece una condición que debe satisfacer toda decisión en materia de responsabilidad,* porque no es posible atribuir responsabilidad a quien no tiene relación causal con el daño. Sin embargo, con frecuencia decisiones alternativas son compatibles con criterios de justicia, lo que justifica un análisis pragmático, que atiende a las consecuencias.[55]

[54] Ejemplar en este sentido, la crítica deontológica de Coleman 2003 a los supuestos normativos del análisis económico de Kaplow/Shavell 2002.

[55] En la práctica del derecho se suele asumir que es posible efectuar un sopesamiento de bienes y usualmente se comete el error de pensar que ello no plantea problemas lógicos significativos. Las dificultades de una elección en que participan preferencias concurrentes de distintas personas fueron esencialmente mostradas en Arrow 1963; dificultades análogas pueden plantearse cuando se trata de conceptos valorativos concurrentes para comprender una institución jurídica. Por eso, parece correcta la percepción de Weinrib 2012 *passim,* en orden a que la argumentación debe adoptar una estructura unitaria, que él entiende que solo puede provenir de la idea de justicia correctiva. En conciencia de estas dificultades, en este libro se asume que el derecho de la responsabilidad patrimonial *debe* ser coherente con postulados de justicia correctiva (porque, de lo contrario, abandona su pretensión justificatoria más elemental), sin perjuicio de que preguntas abiertas (que suelen ser muchas) requieran un análisis consecuencialista (como ocurre, por ejemplo, con la determinación en concreto de los deberes de cuidado). Sobre las dificultades de un pluralismo metódico en el derecho de la responsabilidad, incluyendo proposiciones para manejarlas, Chapman en Postema 2001 280. El enfoque aquí adoptado supone que algunos principios operan como condiciones para atribuir responsabilidad (justicia correctiva) y otros como fines (disminuir las conductas indeseables); un desarrollo lúcido de esta idea en Honoré en Owen 1995 90.

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 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.[56] 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 alternativamente 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 perspectivas suelen aparecer en el análisis de la responsabilidad patrimonial, presentan la dificultad de atender unilateralmente a la posición de una de las partes

[56] 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 las hipótesis de un contrato acerca de 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. Sobre el *tercero imaginario* en la construcción de un modelo de persona en el derecho civil, Barnert 2008 7 y siguientes.

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 normas más antiguas que se conocen 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 (*infra* §§ 7 y 8). 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 víctima debe quedar indemne de todo daño, con independencia de la gravedad del ilícito (*infra* N^{os} 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 este 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.[57]

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 solo 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.[58]

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).

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.[59] En verdad, la *doctrina de la anulación* no atiende

[57] 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).

[58] Kötz/Wagner 2006 25.

[59] 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).

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 solo 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.[60]

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.[61]

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.[62] Entre los muchos riesgos que nos afectan (salud, empleo, propiedad), solo 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

[60] 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.

[61] Viney 1997 335.

[62] 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.

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.[63] 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.[64] 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 solo 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.[65] 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.

b) La doctrina de la responsabilidad civil, caracterizada en las últimas décadas por un grado extremo de reflexividad, ha redescubierto en Aristó-

[63] 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).

[64] Aristóteles *Ética Nicomaquea* 5.4, 1132 a.

[65] Desde otra perspectiva, aun en los casos en que el autor del daño no se ha hecho materialmente más rico, una concepción normativa de las pérdidas y beneficios permite reconocer que, desde el momento en que el daño ha sido injustamente causado, existe un deber de reparar el daño que vincula al autor con la víctima, y que no ha sido cumplido. En otras palabras, que el autor se encuentra en una posición normativamente mejor a la que le corresponde (Weinrib 2012 115).

teles 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.[66]

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.[67] En la situación típica, hay lugar a una relación obligatoria entre el responsable y la víctima; precisamente porque aquel 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.[68]

c) Un supuesto filosófico de igualdad formal acentúa la naturaleza privada de la responsabilidad civil: en una relación privada cada cual tiene el deber de considerar al otro en sus actuaciones. En su sentido más privado, la responsabilidad civil nos considera personas en relación recíproca, cuyo deber más elemental de vida en común es no causarnos daño recíprocamente. No nos mira como sujetos de la organización política, sino de interacciones libres que dan lugar a deberes para con los demás. Esta es la perspectiva kantiana de calificar la responsabilidad civil.[69]

[66] 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 2012; 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).

[67] Weinrib 2012 63, Coleman en Postema 2001 184.

[68] Weinrib 2012 63; 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.

[69] Weinrib 2012 84, Cane 2014 149.

Pero una mirada razonada de la justicia de nuestras relaciones espontáneas está implícita en la manera como miramos la realidad. No recurrimos al Código para saber lo que es correcto. Está latente en nuestras formas de vida interpersonal. En otras palabras, la idea de responsabilidad por los daños que causamos a otros está impresa en máximas comunes, que en gran medida son formalizadas o completadas por el derecho civil.[70]

Del mismo modo como en el derecho de contratos se ha tomado conciencia de formas solapadas del abuso que afectan el consentimiento del inexperto, también la responsabilidad por daños es sensible a nuestras diferencias. No es lo mismo el médico principiante que no tiene con quien consultar en un lugar lejano, que el especialista que trabaja con equipo de última generación y con auxiliares especializados.

La idea aristotélica de justicia correctiva atiende a la virtud más elemental que rige nuestras relaciones humanas. La responsabilidad civil, por su parte, atiende al sentido más elemental en nuestras relaciones privadas: si alguien causa un daño a otro, altera la situación en que ambos se encontraban con anterioridad. Aquí se muestra el sentido de igualdad. El juicio de valor que supone la culpa no es ciego a las circunstancias típicas en que convivimos. Por eso, las reglas de responsabilidad que en Roma se desarrollaron a partir de dos normas de la *lex Aquilia* se fueron diferenciando y ocuparon al final del largo desarrollo un extenso título del Digesto (*infra* N° 23). Nada muy distinto ocurre con el puñado de normas del Código Civil.

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. Este sostenía que la justicia correctiva era una noción tautológica, que no 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.[71] 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,

[70] En nuestras relaciones sociales se muestran reglas implícitas, que no necesitan justificación. Por qué no se debe golpear a la madre no es cuestión que requiera deliberación. Esa es una doctrina que puede ser escéptica de la racionalización de esas prácticas (Wittgenstein). Pero ahí radica un problema de las doctrinas analíticas: al intentar depurar el concepto de derecho llevan a inmunizarlo de nuestras percepciones cotidianas de roles y deberes conexos (Barros 1984 50). Lo inverso es más realista: nuestras formas de vida, incluido nuestro sentido de lo que es debido, conviven con las formas jurídicas del derecho privado (Gardner 2018 *passim* [en específico 46]).

[71] Kelsen 1957 132.

para lo cual argumentan con toda naturalidad en torno a la relación interna entre el ilícito y el daño como fundamento de la responsabilidad.[72]

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 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.[73] 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,[74] sino una responsabilidad estricta por el hecho de las cosas).

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 haber infringido 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. También puede ayudar a discernir en qué situaciones la responsabilidad estricta es

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

[73] Coleman en Postema 2001 184.

[74] La regla acá referida corresponde al artículo 1242 de la versión del Código francés vigente a partir del 1 de octubre de 2016.

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).

b. *Concepto instrumental de la responsabilidad patrimonial*

16. La responsabilidad como instrumento de dirección del comportamiento. a) La concepción del *derecho privado como instrumento para la consecución de fines* ha penetrado la conciencia jurídica, alterando los caminos tradicionales de la dogmática. En el último tiempo, las intuiciones originarias del utilitarismo y de un pragmatismo básico (Bentham, Von Jhering, Holmes) han sido refinadas y los fines han devenido en más precisos, gracias a los aportes del análisis económico del derecho, que concibe las instituciones jurídicas a la luz de los supuestos prácticos de la economía del bienestar.

Desde un punto de vista instrumental, el derecho de la responsabilidad civil puede ser visto como un conjunto de incentivos (y desincentivos) que permiten orientar el comportamiento hacia fines socialmente deseables por medio de la amenaza de sanciones coactivas. Esta dimensión es consistente con los postulados más fuertes del positivismo jurídico, especialmente de Kelsen, para quien "considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada".[75]

Mientras para el positivismo jurídico la naturaleza técnica del derecho está abierta a la consecución de cualesquiera fines, las doctrinas instrumentales que se sustentan en la economía de bienestar dan contenido a esos fines y construyen una propuesta normativa (Kelsen diría 'política') para orientar su desarrollo.[76]

b) El análisis instrumental del derecho tiene una tradición que se vincula a la filosofía utilitarista (especialmente a partir de Bentham); pero atendido el desarrollo analítico que ha alcanzado la economía, hoy está ampliamente dominado por el *análisis económico del derecho*, que postula que el derecho privado debe ser considerado como una variable de la función general de

[75] Kelsen 1934 72.

[76] No es extraño el tardío descubrimiento que partidarios del análisis económico han hecho de Kelsen (Posner 1995 250), porque la doctrina jurídica positivista concibe al derecho de una manera radicalmente instrumental, pero, a la vez, vacía de contenido. De este modo, se abre el espacio para redefinir la orientación política del derecho, de la mano de la única doctrina instrumental que tiene relevancia práctica en este tiempo (el análisis económico basado en la economía de bienestar). El positivismo jurídico aparece, por un lado, como antídoto contra la tradición que hace inteligible el derecho privado a la luz de la doctrina no instrumental de la justicia correctiva, y, por otro, como una teoría instrumental pero vacía respecto del derecho, que deja espacio para el proyecto político del movimiento de *Law & Economics*. Sobre esta sorpresiva (pero explicable) simbiosis entre el análisis económico del derecho y el positivismo jurídico de Kelsen, *infra* N° 20 b.

maximización de la riqueza, que, a su vez, resulta ser la medida del bienestar social.

En un análisis de este tipo, el *concepto de riqueza* que debe ser maximizado se extiende a todos los bienes patrimoniales y no patrimoniales, esto es, tengan o no valor económico. El instrumento para obtener este fin de maximización es el conjunto de reglas coactivas que crean los incentivos para que las personas, en la prosecución coordinada de sus propios intereses provoquen efectos positivos para el bienestar general.[77]

c) El enfoque económico del derecho tiene un aspecto *positivo* (teórico o descriptivo) y uno *normativo* (que propone cómo debe ser el sistema de responsabilidad civil).

La teoría económica pretende ser, ante todo, una disciplina *positiva.*[78] Algunos de los más significativos especialistas en la disciplina del análisis económico del derecho sostienen que el derecho privado ha desarrollado reglas eficientes, que se pueden explicar genealógicamente a la luz de la racionalidad económica. En el fondo, intentan explicar el desarrollo jurisprudencial del derecho (al menos en el *common law*) a la luz de la economía, bajo el supuesto explícito de que los jueces usarían intuitivamente conceptos económicos desde mucho antes de que se formulara una doctrina sistemática en la materia.[79] En este libro se mostrará que esta hipótesis parece correcta en algunos institutos claves de la responsabilidad civil (por ejemplo, en la construcción judicial del modelo de diligencia y en la presunción de culpa en la responsabilidad por el hecho propio).[80]

Pero el enfoque económico ha llegado a ser conocido especialmente como una doctrina *normativa* en un sentido fuerte acerca del derecho privado. El propósito principal de la disciplina sobre el análisis económico del derecho no ha sido explicar o comprender el derecho vigente, sino establecer criterios para cambiarlo. Mientras la dimensión jurídica tradicional del derecho ha sido mirar hacia atrás, hacia la regla que dirigía la conducta del demandado cuando realizó el hecho, el enfoque económico mira hacia adelante, hacia los incentivos que el derecho debe imponer, en la forma

[77] Particularmente lúcido es el desarrollo de estos conceptos en Posner 1990, capítulos 12 y 13.

[78] La teoría económica persigue ser una ciencia positiva del comportamiento en la medida que pretende una explicación de la conducta de las personas sobre la base de un modelo básico de decisión racional. El trasfondo de la capacidad predictiva de la teoría está dado por el modelo del sujeto racional, que persigue satisfacer sus intereses en el mayor grado y al menor costo posibles. Pero no es este el sentido en que aquí resulta relevante la pretensión positiva de la teoría económica; se trata de explicar el derecho privado vigente a la luz de directivas que responden a una racionalidad económica.

[79] Esta teoría es desarrollada particularmente en Landes/Posner 1987. A la hipótesis subyace la idea de que seguimos ciertas prácticas que son valiosas (porque aumentan el bienestar), aunque usualmente por malas razones (porque las tenemos por conformes con algún ideal de justicia); particularmente ácido en criticar este trasfondo teórico, Coleman en Postema 2001 189 y, muy especialmente, Coleman 2003 37.

[80] La hipótesis parece también verificarse en la norma del artículo 2327 del Código Civil, sobre responsabilidad por el hecho de animales fieros, proveniente del derecho romano.

de reglas de responsabilidad, para lograr como efecto un comportamiento socialmente óptimo.

d) La diferencia del enfoque económico con el de la justicia se muestra en la manera como se mira la relación entre el autor del daño y la víctima. Para el análisis económico, lo ya ocurrido representa económicamente 'costos hundidos', que no son socialmente recuperables; por lo demás, la indemnización de perjuicios es una mera transferencia de riqueza.[81] Su atención esencial está puesta hacia adelante, porque el propósito es influir en que la regla que se formule a nivel legislativo o judicial establezca los incentivos correctos de conducta. En esencia, lo determinante del instrumento (técnico) del derecho radica en la eficacia de la sanción indemnizatoria para la orientación futura del comportamiento, porque impone un costo implícito a todos quienes desarrollen una actividad, lo que influirá en la manera como las personas decidirán en adelante sus cursos de acción.

17. Nivel óptimo de prevención de daños. El fin más inmediato del derecho de la responsabilidad civil es la *óptima prevención de accidentes.* La complejidad de la definición de este óptimo de prevención deriva de que la vida humana tiene fines múltiples, ninguno de los cuales puede ser considerado sin relación con los demás. Por eso, desde un punto de vista instrumental, la finalidad de las reglas de la responsabilidad civil no es evitar a toda costa que se produzcan accidentes, sino impedirlos en la medida que los costos que producen esos accidentes excedan los costos asociados a su prevención.[82] Por eso, no tiene sentido en nuestra sociedad establecer una regla de prevención de accidentes que excluya la posibilidad de que estos lleguen a ocurrir; ello sería a costa de privaciones de beneficios de la vida cotidiana que no estamos dispuestos a asumir.

En la medida que la interrogante no es por la prevención a secas, sino por el *óptimo de prevención,* se plantea la pregunta por los niveles de riesgo que estamos dispuestos a tolerar, y por las herramientas legales de prevención general y especial más eficientes para alcanzar dichos niveles. Así, si en materia de tránsito el número de accidentes que estamos dispuestos a soportar fuera cercano a cero, entonces el óptimo de prevención exigiría prohibir el uso de los automóviles o restringir la velocidad máxima permi-

[81] En ello radica una diferencia esencial con el enfoque de la justicia correctiva (Coleman en Postema 2001 186).

[82] Calabresi 1970 35. Calabresi distingue tres grupos de costos de los accidentes: el más esencial es el *costo primario,* representado por los daños que sufren las víctimas (daños corporales del herido en un choque, incendio de una plantación por las chispas que saltan de una máquina de ferrocarril); si se ha fracasado en prevenir el costo primario, el fin prevalente de la responsabilidad civil será reducir el *costo secundario,* cual es proveer a la compensación de las víctimas (sobre la compensación como fin de la responsabilidad a la luz de la justicia correctiva, *supra* N° 12); finalmente, un sistema racional de responsabilidad civil debe hacerse cargo de la tarea de disminuir los *costos terciarios,* consistentes en los costos administrativos asociados al sistema de responsabilidad (costos de información, profesionales, de transacción para llegar a acuerdos contractuales y otros semejantes). Los costos de prevención son esencialmente los dirigidos a evitar los costos primarios.

tida a 20 km/hora, por ejemplo. Todo indica, sin embargo, que ese nivel de prevención resultaría intolerable para la sociedad actual.[83]

En consecuencia, la tarea preventiva del derecho no es eliminar en absoluto los accidentes, sino obtener un grado razonable de prevención, que atienda no solo a los costos de los daños que supone una actividad, sino también a los beneficios sociales que a ella se asocian. Las reglas de responsabilidad establecen incentivos de mercado (asociados a sanciones) y de ese modo pueden lograrse niveles tolerables respecto de todos los costos relevantes; en definitiva, las normas de responsabilidad son vistas, desde el punto de vista económico, como regulaciones que deben ser juzgadas por su eficiencia en un balance final de bienestar.

18. Prevención general y especial de los accidentes. a) El derecho dispone de dos técnicas diferentes de prevención, que son conocidas como prevención especial y prevención general. La primera pertenece típicamente al derecho administrativo, mientras que respecto de la segunda cumple una función relevante el régimen de responsabilidad civil.[84]

b) Lo característico de la *prevención especial* es que el legislador o la administración actúan mediante la regulación de actividades riesgosas. Estas regulaciones pueden adoptar formas muy diversas: autorizaciones previas para el ejercicio de la actividad en cuestión (como ocurre, por ejemplo, con los proyectos industriales que tienen potenciales efectos adversos en el medio ambiente); revisiones administrativas o por expertos de los estándares de calidad de bienes riesgosos (como ocurre con las revisiones técnicas de los automóviles y con el control de productos farmacéuticos); fijación de reglas de funcionamiento de la actividad (como ocurre con la velocidad máxima de circulación en calles y caminos o con las reglas sobre ruidos molestos). En el extremo, la prevención especial se logra prohibiendo el ejercicio de una cierta actividad; es lo que racionalmente debiera ocurrir, por ejemplo, respecto de actividades cuyos daños asociados exceden en cualquier hipótesis los beneficios correlativos (como ocurre con el uso de sustancias altamente tóxicas sustituibles por otras más inocuas).

c) Desde un punto vista económico, la responsabilidad civil es entendida como una *técnica de prevención general*, en la medida que sus reglas dan señales de cuidado preventivo que constituyen un mercado autorregulado de incentivos. Bajo el modelo de racionalidad económica que maximiza su utilidad, la responsabilidad civil establece costos asociados al desarrollo de una actividad. En efecto, quien desarrolla una actividad generadora de

[83] Siguiendo esta línea argumental, la Corte Suprema ha considerado que "la conducción de cualquier vehículo motorizado crea un riesgo, el cual, sin embargo, el ordenamiento jurídico permite, en atención a los beneficios sociales que implica el empleo de esos medios de transporte. Tal autorización, sin embargo, reconoce límites impuestos por el cuidado debido e implica la observancia de una serie de regulaciones tendientes a evitar que se excedan dichos márgenes de tolerancia. Cuando esto último ocurre, el hecho ha de considerarse socialmente intolerable" (CS, 12.11.2003, GJ 281, 155, también publicada en F. del M. 516, 3253).

[84] El desarrollo más influyente de los conceptos de prevención y de sus respectivos instrumentos, en Calabresi 1970, capítulos 5 y 6.

riesgos conoce las condiciones que determinan su deber de indemnizar a las víctimas de los daños que provoque. De esta manera, se establece implícitamente un desincentivo al descuido (porque se debe asumir el costo de los daños subsecuentes) y un incentivo a los gastos en prevención.

De acuerdo con el supuesto de la racionalidad económica, este incentivo a los gastos en prevención tiene dos variables esenciales. Ante todo, es proporcional al riesgo de pagar indemnizaciones a consecuencia del ejercicio de la respectiva actividad (que, a su vez, es función de la intensidad y probabilidad de que ocurra el daño); por otro lado, depende de los costos en que se debe incurrir para prevenir esos accidentes. Idealmente, el modelo enseña que el gasto en prevención será incrementado hasta el punto en que el costo de una unidad marginal de cuidado iguale el ahorro marginal en indemnizaciones por accidentes (*infra* N° 309, cuadro N° 1).

Bajo estos supuestos, las reglas de responsabilidad civil actúan como directivas de prevención general, pues están dirigidas a todos los creadores de riesgo, estableciendo una regla de atribución de costos de los accidentes asociados a sus actividades. El estatuto de responsabilidad civil no da órdenes, como las regulaciones administrativas, sino que se limita a establecer las reglas del juego, que sirven de trasfondo a las decisiones de innumerables actores. A su vez, el ordenamiento civil actúa como un mecanismo descentralizado de control, porque es la propia víctima quien debe velar por su derecho a ser indemnizada.[85] Así, la tarea del Estado se limita a establecer las reglas de responsabilidad y a proporcionar los medios procesales necesarios para hacerlas valer, creándose, de este modo, un régimen descentralizado de incentivos que propende a un óptimo de bienestar.

d) El sistema de prevención general está con frecuencia en interacción con las normas legales o administrativas de prevención especial. En materia de medio ambiente, por ejemplo, la prevención especial de accidentes está a menudo asociada a la exigencia de que se elabore y apruebe un estudio de impacto ambiental y a que se obtengan autorizaciones administrativas, que la ley establece como condición previa para desarrollar ciertas actividades industriales riesgosas y, una vez que el proyecto está funcionando, quede sujeto a las regulaciones pertinentes. Si de la infracción a estas regulaciones se sigue daño, la responsabilidad civil actúa como mecanismo de prevención general al imponer un costo indemnizatorio o de restitución del medio ambiente dañado (*infra* § 55 d 2).

19. La responsabilidad estricta y por negligencia desde una perspectiva instrumental. Referencia. a) A pesar de que el enfoque normativo es común a todas las corrientes del análisis económico del derecho, hay diferencias en la manera como es valorada la responsabilidad por negligencia.

Algunos estiman que es más eficiente un sistema de responsabilidad por culpa.[86] Destacan que la negligencia supone la inobservancia del cuidado debido, esto es, aquel cuidado que podemos exigir de quien desarrolla una

[85] Prosser/Keeton *et al.* 1984 7.

[86] Posner 1992 156.

actividad; a su vez, ese debido cuidado no puede ser concebido sino en función del nivel óptimo de prevención. Por eso, una regla que atribuye la responsabilidad por hechos culposos sería, por definición, la regla más eficiente socialmente, porque la noción de culpa reconduce al nivel óptimo de cuidado. La culpa, bajo este enfoque, es la variable decisiva para definir precisamente el grado de prevención socialmente deseable. De ello se sigue que la actuación diligente, en observancia del cuidado debido, cumpliría por definición con el nivel de prevención que conduce a un equilibrio óptimo entre el costo de evitar los accidentes (medidas de prevención o costos precautorios) y los riesgos que la actividad supone (costos del daño accidental provocados por la respectiva actividad).

Según otra corriente, que parece dominante, las razones económicas hablan por el establecimiento de estatutos de responsabilidad estricta en áreas más bien amplias de la actividad humana, porque radica la responsabilidad en quien está en mejores condiciones de evitar los daños.[87]

En definitiva, el problema práctico que subyace tras el análisis económico es que más allá de su significativo valor analítico para discernir las reglas óptimas de conducta en función de su utilidad (eficiencia), rara vez se sostiene en evidencia empírica. Así, la discusión continúa aún en un terreno más bien especulativo tiempo después de ser planteada vigorosamente en la década de 1960.

b) Como se ha adelantado, no es este el lugar para la exposición de los argumentos que se suelen dar en favor de la responsabilidad estricta, porque suponen un contrapunto entre esta y la responsabilidad por culpa. Por eso, la discusión acerca de los méritos relativos de los regímenes de responsabilidad será postergada para el momento en que pueda ser desarrollada sobre una base más informada (*infra* § 36).

20. Excurso: Funcionalidad económica de un concepto no instrumental del derecho privado. a) El análisis económico del derecho es generalmente asociado al concepto pragmático e instrumental del derecho, que se ha reseñado esquemáticamente en los párrafos anteriores. La fuente del análisis económico ha sido la teoría del bienestar, que juzga todas las decisiones públicas desde el punto de vista de las consecuencias que de ellas se siguen para la maximización de la riqueza, entendida como la suma del valor de los bienes económicos y no económicos afectados por la decisión.[88] Y el modelo de comportamiento implícito que subyace al sistema de estímulos jurídicos es el *homo oeconomicus*, que se expresa en el individuo racional y maximizador de su propio bienestar.[89]

[87] El texto más característico y la justificación más comprensiva de esta posición es Calabresi 1970; el análisis más simple en Shavell 2004 179, 184.

[88] Sobre esta idea de maximización de la riqueza, Posner 1990, capítulos 12 y 13; una breve reseña en Posner en Owen 1995 99; una reseña de las dificultades que plantea el supuesto asumido por el enfoque económico de que el bienestar es un bien analíticamente simple en Coleman 2003 20.

[89] No es el lugar para discutir la crítica que la ciencia empírica del comportamiento económico formula al modelo de racionalidad del *homo oeconomicus* y de su importancia en el derecho privado; al respecto, una referencia más precisa en *infra* N° 67.

Hay, sin embargo, también una dimensión más amplia para juzgar las relaciones entre la economía y el derecho privado. En oposición a la doctrina instrumental, podría hablarse de una doctrina social que concibe al *derecho como la estructura básica que da forma al orden espontáneo del mercado.*[90] Según Hayek, para que el derecho cumpla su función esencial en el desarrollo progresivo de la economía, debe ser concebido como un orden normativo que no persigue fines externos a la relación de derecho privado entre las partes. La idea de justicia correctiva aparece en una nueva dimensión: no solo es un criterio de justificación interna de la decisión judicial, sino es el criterio funcional que permite al derecho cumplir su tarea de dar un marco normativo a las interacciones al interior de la sociedad civil. Solo de ese modo el derecho puede cumplir la función insustituible de hacer posible el desarrollo espontáneo de un orden social que aprovecha al máximo las capacidades y el conocimiento dispersos en la sociedad.[91]

La interacción fluida entre el derecho y la 'gran sociedad' civil no es compatible con normas que dirijan la conducta, lo que plantea la prioridad funcional de las reglas que se limitan a establecer lo que una persona debe hacer cuando su conducta puede dañar a otros. Son reglas de justicia que no necesariamente han sido formuladas, pero que son discernibles en el contexto de una relación interpersonal[92] y que permiten determinar los límites de lo lícito y definir las consecuencias que se siguen de su infracción. En definitiva, un discernimiento de la lógica del desarrollo espontáneo de la sociedad civil supone evitar un concepto puramente instrumental del derecho, y atender, por el contrario, a criterios de justicia, entendidos como predicados de las acciones humanas y no del orden social en su conjunto.[93]

b) La mejor manera de ilustrar la radical diferencia de enfoques entre la doctrina instrumentalista sobre derecho y economía y la teoría del derecho como estructura básica de los órdenes espontáneos se muestra en la manera como Posner y Hayek, respectivamente, se enfrentan con la teoría del derecho de Kelsen.

[90] El origen de esta doctrina se encuentra en la fructífera interacción de economistas y juristas (especialmente Ludwig von Mises y Franz Böhm) en la llamada escuela austriaca u ordoliberal. Son pensadores europeos que vivieron el desafío de los totalitarismos y desconfían del Estado como agente instrumental de dirección social. Rechazando el utilitarismo, que sirve de antecedente a la moderna economía de bienestar de conducción estatal, estos autores invocan la tradición de Adam Smith, que enseñaba derecho y economía, y cuyo mayor aporte ven precisamente en haber descubierto la interacción entre el oculto desenvolvimiento de las interacciones espontáneas y la muy visible mano ordenadora del derecho (Mestmäcker 1986 59).

[91] Un apasionado desarrollo de estas ideas en Hayek 1973/79 I 1.

[92] Hayek 1973/79 II 33.

[93] En uno de sus textos más penetrantes, Hayek sostiene que el test propio del derecho (privado) es el de la *injusticia*, porque aunque carecemos de criterios positivos para valorar lo justo, sí los tenemos para juzgar lo injusto. La idea de injusticia permite, en su opinión, el desarrollo progresivo del derecho sobre la base de correcciones al derecho hasta ahora vigente, desarrollándose, de este modo, un cuerpo de reglas progresivamente más complejo, que está sujeto a un proceso continuo de revisión crítica. Hayek vincula esta idea a la doctrina kantiana (donde se acepta el test de injusticia como complemento del principio formal del imperativo categórico) y al principio de 'falibilidad' de K. Popper (Hayek 1973/79 II 42).

Para Hayek, el positivismo jurídico es el camino a la perdición de la tradición del derecho civil, porque lo transforma en un instrumento de políticas públicas impuestas por actos de decisión (*taxis);* se trata de un concepto de derecho que inevitablemente afecta el funcionamiento fluido del orden espontáneo, porque lo interfiere mediante decisiones oportunistas. Las normas que resultan de estas intervenciones son adoptadas en un marco de información necesariamente imperfecto, con el resultado de que no se pueden prever sus efectos indeseables (externalidades negativas). Pero, más allá de esta cuestión epistemológica (referida a los límites del conocimiento), el concepto instrumental de la norma jurídica subvierte el principio jurídico de la libertad, que tradicionalmente ha caracterizado al derecho privado y le permite desarrollar la función ordenadora, pero no impositiva (*nomos*), a que se ha hecho referencia.[94]

En contraste, Posner ha descubierto en Kelsen la teoría del derecho que mejor se aviene al radical instrumentalismo de la escuela de *law and economics*.[95] En la medida que el concepto positivista de derecho es libre de todo contenido y carece de vinculación con una idea de valor, deja abierto el camino para una adjudicación judicial pragmática. De ese modo, se abre espacio para una forma de pensar instrumentalista en el ámbito judicial (que es la preocupación práctica esencial de Posner). El complemento natural de la racionalidad económica en el derecho es una teoría del derecho que abandone toda pretensión de que exista una forma propiamente 'jurídica' de pensar. Así, queda entregada al juez la responsabilidad de decidir sobre los problemas legales sin referencia a misteriosas formas de razonamiento legal.[96] Al asumir que esta racionalidad debiera ser instrumental, Posner termina calificando a Kelsen como un 'positivista pragmático', cuyo mayor infortunio habría sido vivir antes que el movimiento de *law and economics* descubriera el camino, que entonces permanecía cerrado, para completar el vacío que dejaba una teoría pura de lo jurídico.[97]

c) Todo indica que el derecho privado tiene una forma de pensar articulada, que se resiste a ser radicalmente instrumentalizada. Por otro lado, sin embargo, las intervenciones legislativas en áreas específicas de responsabilidad (accidentes del tráfico, medio ambiente, accidentes del trabajo) muestran que el derecho contemporáneo presenta una complejidad mayor que la deseada por el radicalismo filosófico de Hayek.

En la práctica, la actividad jurisdiccional es mediadora entre la universalidad de la ley y el caso particular al cual esa ley deba ser aplicada.[98] Por eso, la disputa de paradigmas que ha sido referida en este párrafo es en la práctica menos dramática. El derecho privado es un orden de convivencia cuya estructura básica tiene ya más de dos mil años y, como plantea Hayek,

[94] Hayek 1973/79 II 48.

[95] Posner 1995 250.

[96] Kelsen 1934 171.

[97] Posner 1995 265, 270.

[98] Atria 2005 141, asumiendo que "esa idea contiene la promesa más admirable del derecho: que podemos gobernarnos a nosotros mismos *en la medida que el legislador deriva su potestad de los ciudadanos* y al mismo tiempo tratarnos como fines, no como medios".

ha cumplido su función de ser el sustento de una sociedad que se funda en el respeto recíproco y en la libertad. En gran medida, la función social del derecho privado es la parte sumergida del iceberg, que hace posible el florecimiento superficial de la sociedad civil. Por eso, la pretensión de la escuela de *law and economics* de refundar radicalmente los supuestos del derecho privado, a partir de una racionalidad instrumental, que ignora conscientemente el deber judicial de observancia de la ley y la forma histórica de *pensar* el derecho, tiene mucho de ingenuidad y pesadilla.

Sin embargo, este escepticismo respecto de lo que hace algunos años Tullock llamó el 'imperialismo económico',[99] no impide mirar el derecho privado como un orden abierto, sujeto a la prueba de la razón (incluso instrumental, como típicamente se muestra en la legislación). El resultado no será tan puro como quisiera el formalismo, que entiende al derecho privado como un ordenamiento autorreferente, construido solo a partir de la idea de justicia correctiva; pero se hará cargo de que la conformación del orden más básico de la sociedad (como el que cotidianamente rige las relaciones entre las personas) sea una empresa en la que intervengan consideraciones de diferente naturaleza.[100]

c. *Fines distributivos de la responsabilidad patrimonial*

21. Instrumentos distributivos del riesgo de daño. a) El concepto de justicia distributiva tiene su origen también en Aristóteles, en uno de los pasajes más oscuros de su *Ética a Nicómaco*.[101] Según Aristóteles, la justicia distributiva se relaciona con la proporción que existe entre el todo y cada una de sus partes. Su perspectiva, por consiguiente, es diferente que la de la justicia correctiva, pues mientras esta atiende a la relación entre la víctima y autor del daño, la justicia distributiva atiende a la desproporción entre la víctima afectada por el accidente y quienes están en una situación análoga de riesgo y no soportan daño alguno. Esta diferente estructura muestra de qué manera la justicia distributiva es esencialmente un problema de derecho público.[102]

A la luz de la justicia distributiva, reglas de responsabilidad civil deben corregir la aleatoriedad con que se distribuye la carga de ser víctima de un accidente, poniendo el acento en la forma más equitativa de hacer dicha distribución entre todos los candidatos a sufrir el daño. Invoca la solidaridad entre las víctimas de accidentes, corrigiendo la suerte con que se distribuyen los daños. Su fundamento, por consiguiente, es el mérito: bajo considera-

[99] Tullock 1980.

[100] Particularmente interesantes, y prometedoras de desarrollos posteriores, me parecen a este respecto las observaciones de Deakin en Birks 1997 294.

[101] Aristóteles *Ética Nicomaquea* 5.3,1131 b.

[102] El derecho público dispone de medios (subsidios, expropiaciones) para que las políticas distributivas o de interés general soporten los estándares constitucionales de la proporcionalidad y de la exigibilidad; aunque el derecho privado cumple una función distributiva muy básica, sus instrumentos para la consecución de intereses generales son limitados (Leuschner 2005 245).

ciones de justicia distributiva se atiende a la relación de la víctima con un conjunto de personas que no resultan afectadas por daño alguno, a pesar de tener el mismo mérito de quienes sufrieron el accidente.

La responsabilidad estricta por productos defectuosos, por ejemplo, puede ser entendida desde la perspectiva de la justicia distributiva, como una forma de evitar la desproporción entre los daños sufridos 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).

b) Desde un punto de vista económico, un régimen de responsabilidad estricta puede cumplir instrumentalmente efectos distributivos. Aunque también concurren razones de justicia correctiva, tiene una función distributiva, por ejemplo, la responsabilidad estricta establecida en la mayoría de los ordenamientos (pero no en Chile) para los daños causados por productos defectuosos, en cuya virtud basta que el daño provenga de un vicio del producto, para que el fabricante resulte responsable. El fabricante debe asumir el costo de los eventuales accidentes que genere su actividad, y al traspasar ese costo al precio de los productos, todos los consumidores (esto es, las potenciales víctimas) pagan por la cobertura del riesgo que amenaza a todos ellos por igual, pero que se materializa aleatoriamente sobre unos pocos. Resulta evidente el efecto distributivo de una regla de responsabilidad estricta (y, en un sentido más débil, de las presunciones de culpa).

c) Los modelos más directamente dirigidos a la distribución del costo implícito de ciertas actividades, son el seguro social y el seguro privado obligatorio. Estos conducen derechamente a la *socialización del riesgo*, 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 de daños a terceros 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 ocurrió en Nueva Zelanda, donde en 1975 se instauró un sistema estatal de seguros para los accidentes de tránsito, que se hace cargo de los daños con absoluta prescindencia de la idea de responsabilidad.[103] Pero un sistema tan extenso de seguridad tiene costos sociales. Se debilita el sentido de que cada cual debe prevenir los propios riesgos. Es la suave domesticación paternalista que desplaza a la responsabilidad personal, referida por antropólogos,[104] cuyo efecto es la funcionalización del riesgo que aleja del discernimiento de lo correcto y puede producir efectos preventivos adversos.[105]

[103] Kötz 1991 71; para un análisis crítico, desde el punto de vista de la prevención óptima, del seguro de daños independiente de la culpa en el derecho neozelandés, J. David Cummins, Richard D. Phillips y Mary A. Weiss, "The Incentive Effects of No-Fault Automobile Insurance", en *Journal of Law and Economics* 2001 427.

[104] Gehlen 1973 76.

[105] Honoré en Owen 1995 93.

En contraste, sin embargo, la racionalidad práctica nos indica que el legislador actuaría con ceguera si no establece correctivos de justicia distributiva donde no se puede dejar a la víctima entregada a su suerte.[106] Ahí está el origen de la práctica universal de establecer sistemas de seguros obligatorios por accidentes del trabajo y de vehículos motorizados (así como para establecer sistemas generales de seguridad social). Por cierto, los sistemas de responsabilidad civil estricta también satisfacen esta finalidad distributiva. Pero existiendo el camino de los seguros, lo correcto es que la responsabilidad estricta solo sea introducida cuando *también* se justifica por razones de justicia correctiva (*infra* N^{os} 307 y siguientes), reservando el seguro social o el privado obligatorio para los demás casos.

d. *Consideraciones de justicia correctiva y pragmáticas en el derecho de la responsabilidad civil*

21 bis. Libertad, justicia y pragmatismo en el derecho de la responsabilidad civil. a) Se ha criticado que este libro asuma una relación débil entre libertad y responsabilidad. Se afirma que un orden de libertades no es primariamente pragmático, como aquí se presentaría, porque la responsabilidad sería *constitutiva* de una práctica de libertad.[107] El comentario permite precisar algunas ideas.

La posición que aquí se sostiene no es filosóficamente utilitarista, porque fundamenta la responsabilidad civil en consideraciones deónticas y de justicia correctiva. Satisfechas estas condiciones, que rara vez son positivamente conclusivas, el derecho civil también considera las razones pragmáticas concurrentes. Por ejemplo, al apreciar el estándar de cuidado a efectos de establecer si alguien ha actuado con culpa, la regla que construye el juez no es ciega a apreciaciones consecuenciales, como la intensidad del riesgo que envolvía la acción o la peligrosidad en cuanto a la magnitud del daño. En otras palabras, para determinar el estándar del ciudadano razonable entran en juego razones pragmáticas, que típicamente determinan la prudencia (*infra* N^{os} 58 y siguientes). Pero los supuestos generales de libertad en la acción y de justicia correctiva que atiende a la relación entre el autor y la víctima supeditan de manera más general la atribución de responsabilidad.

b) La libertad exigida para la atribución civil de responsabilidad tiene supuestos más básicos que los necesarios para la imputación moral de una acción a su autor. La atribución civil del hecho a su autor solo requiere que pueda ser tenido por su acto libre (*infra* N° 35). La diversidad de hechos y situaciones que dan lugar a responsabilidad y los modos de construirla impide adoptar un concepto más fuerte de acción libre, como es el entendimiento de la responsabilidad como *constitutiva* de la libertad. Por eso, todo indica

[106] Honoré 1999 93.

[107] Wilenmann en Schopf/Marín 2017 263

que es una tarea inconducente pretender la unificación del concepto de acción libre en el derecho civil y penal.[108]

c) Es inevitable la impureza de la justificación de la responsabilidad civil. De ahí que la posición general de este libro sea *comprender* el derecho de la responsabilidad a la luz de sus antiguos fundamentos en la justicia correctiva, mostrando también como la construcción y adjudicación en concreto de las reglas considera su rol de eficacia preventiva.[109]

Sin embargo, estimo que el instrumentalismo tiene dos límites. Primero, que la acción pueda ser atribuida al demandado como *su* acción (en el sentido más elemental de libertad en sentido positivo) y, segundo, que haya al menos alguna relación causal entre el hecho del demandado y el daño sufrido por la víctima, porque solo entonces la acción es relevante desde la perspectiva de la justicia correctiva.

§ 4. Evolución histórica de la responsabilidad por daños

22. Desde la venganza privada hacia mecanismos institucionales de sanción y compensación. a) El régimen dominante de responsabilidad en las primeras culturas parece haber sido la responsabilidad estricta, determinada por el solo resultado dañoso. Sin embargo, ello no se debía a un particular concepto moral o jurídico de responsabilidad, sino a que la mayoría de los daños eran efectivamente atribuibles a la voluntad de dañar. Puede asumirse entonces que el fundamento implícito de la responsabilidad era el ilícito voluntario que producía daño (hurto, lesiones, homicidio).[110] Sin embargo, "en una época en que la vida era notoriamente brutal y corta, la sola idea de un daño no intencional parece un poco extravagante".[111]

b) A falta de instituciones políticas y judiciales, la retribución era tarea (y deber) del clan al que pertenecía la víctima. Los primeros atisbos de derecho, aun antes de que existiera propiamente un órgano jurisdiccional establecido, consisten en procedimientos para neutralizar la venganza privada (instancias de apaciguamiento). Así, Evans-Pritchard, en su detallada investigación de las costumbres del pueblo Nuer, mostró que a la siga de un delito, la labor de mediación era asumida por el 'jefe de la piel de leopardo', quien carecía de imperio para obligar a la familia de la víctima a renunciar a la violencia, pero que gracias a la autoridad que le era reconocida espontáneamente prestaba amparo al autor del daño, a la espera de que el tiempo calmara las pasiones y que la violencia pudiese ser sustituida por una reparación económica.[112]

[108] Sobre el concepto civil de acción voluntaria, Barros 2018 § 5.

[109] Acerca de lo ineludible que es la evaluación de la responsabilidad civil a la luz de consideraciones instrumentales, Gardner 2010 21. Véase, por ejemplo, *infra* N^{os} 304 y siguientes, respecto de las razones para establecer responsabilidad estricta. Un análisis crítico de Coleman con conclusiones análogas a las señaladas en Keren-Paz 2013 132.

[110] Kaser 1971 I 135 y 503.

[111] Fleming 1985 2.

[112] Evans-Pritchard 1940 162.

Una práctica semejante refiere detalladamente Isak Dinesen en sus *Memorias de África*. Relata el caso de un niño que mató accidentalmente a otro al manipular un arma de fuego, provocando una tensión entre los clanes tribales, que es atemperada en un largo proceso de negociación, con intervención de autoridades informales, que también culmina con una reparación en cabezas de ganado.[113]

c) El principio retributivo es seguido por los primeros códigos conocidos de la antigüedad. El Código de Hammurabi (siglo XVII a.C.) establece nítidamente la ley del talión,[114] sin perjuicio de contemplar también la compensación en dinero por daños no personales.[115] La Ley de las XII Tablas (siglo V a.C.), primera formulación escrita del derecho romano, también establecía la ley del talión,[116] pero dejaba abierta la puerta para que privadamente se pactara una compensación.[117]

d) La evolución del derecho romano de la responsabilidad civil muestra que sus orígenes punitivos marcaron su evolución posterior. Los romanos distinguieron delitos públicos y privados. Los primeros interesaban a la ciudad (sacrilegio, traición) y eran castigados con sanciones propiamente penales. Los segundos estaban entregados a formas institucionalizadas tendientes a transformar sus efectos corporales en patrimoniales. Por eso, la obligación en dinero que surgía de los delitos no era una reparación, sino una multa penal. Ante todo, era frecuente que los delitos típicos (*furtum, damnum iniuria datum*) dieran lugar a penas pecuniarias en beneficio de la víctima, que eran por el duplo o el cuádruplo del daño efectivo.[118] Por otro lado, la obligación que surgía del ilícito se extinguía por la muerte del causante del daño (la sanción penal era intransmisible); y no tenía una función compensatoria, porque se permitía, en caso de concurrencia de responsables, la acumulación de los créditos en contra de cada uno de ellos.[119]

Esta naturaleza penal de la indemnización subsistió incluso hasta el derecho romano tardío. Posteriormente, con la excepción del derecho francés, fue tomada por el derecho europeo de la alta edad media, porque el juez estaba facultado para fijar la indemnización en relación con la gravedad de la acción, con la consecuencia de que podía traducirse en una ganancia patrimonial para la víctima.[120]

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

[113] Dinesen 1937, capítulo 2.

[114] Por ejemplo, §§ 195-197, 229, 230.

[115] Por ejemplo, §§ 198, 199, 231, 232.

[116] XII Tablas 8.2-6.

[117] XII Tablas 8.2.

[118] Kaser 1971 I 498.

[119] Ídem 612.

[120] Coing 1985 I 504.

lizó en las doctrinas modernas del derecho natural y fue recogido por las codificaciones.[121] Con todo, la idea de pena civil sigue latente en el derecho contemporáneo, como se verá al tratar del daño (*infra* N° 198).

23. Desde el casuismo hacia los principios generales. a) El derecho romano de la responsabilidad civil introdujo la distinción entre los ilícitos dolosos y los culposos, llegando a constituir la negligencia una categoría autónoma respecto de los ilícitos voluntarios.[122] Sin embargo, la culpa estuvo siempre asociada a *tipos de ilícitos*, que la doctrina fue distinguiendo, especialmente a partir de las hipótesis básicas de la *lex Aquilia*. Esta tipificación estuvo acompañada del desarrollo de un concepto objetivo de culpa (*infra* N° 42),[123] pero la evolución no llevó en el derecho romano clásico a que se formulara un principio abstracto de responsabilidad por negligencia.[124]

b) La evolución hacia una fórmula general de responsabilidad por negligencia estuvo marcada por la inclinación del pensamiento moderno hacia la abstracción y la generalidad. Este camino ya había sido avanzado por los juristas del derecho común, que habían aplicado la *lex Aquilia* romana a todas las hipótesis de daños a las cosas y la *actio iniurarum* a cualesquiera daños corporales.[125]

El paso definitivo es dado por la escuela racionalista del derecho natural, que introduce a partir de Grocio una cláusula general de responsabilidad por culpa.[126] Sin embargo, la forma que luego adquiriría la codificación francesa estuvo determinada principalmente por el espíritu universal de Pothier, quien asume el esfuerzo de dar forma racional a la tradición romana, iusnaturalista y a las antiguas costumbres de ancestros germánicos.[127]

[121] Ídem 506.

[122] Inst. Gayo 3.211.

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

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

[125] Coing 1985 I 506.

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

[127] Pothier 1761 N° 116. Sobre las influencias romanas y germánicas en Pothier, Stein 1996 158.

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

Andrés Bello señala como fuente del artículo 2314 del Código Civil la ley 6, título XV, Partida VII de las Siete Partidas (siglo XIII), un texto romano-canónico representativo del espíritu romanista de la tardía Edad Media.[128] El carácter casuista de este texto, sin embargo, es incompatible con la idea de establecer un principio general. La regla general del artículo 2314 sigue más bien la tradición jurídica moderna, especialmente del Código Civil francés, como ocurre generalmente en materia de obligaciones.

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

Hasta hoy subsiste la discusión acerca de los efectos que tuvo en el sistema de responsabilidad civil la consolidación, en el siglo XIX, de la negligencia como criterio de responsabilidad.[129] Según una opinión dominante, la introducción de esta regla general produjo un efecto expansivo, porque si bien con anterioridad la responsabilidad era generalmente estricta, de acuerdo con los antiguos *torts* específicos, la idea de negligencia cubrió genéricamente todas las posibles hipótesis de daños, rompiendo el esquema casuístico del antiguo derecho.[130] Así, por un camino jurisprudencial, aunque probablemente bajo influencia de la tradición del derecho civil, en el *common law* también se ha llegado a un ordenamiento de la responsabilidad que reposa sustancialmente en la idea genérica de negligencia, sin perjuicio de los estatutos especiales de responsabilidad estricta tradicionales o introducidos por la legislación.

24. Tendencias de la responsabilidad en el derecho contemporáneo. Los principios generales de la responsabilidad por culpa, establecidos a partir del *usus modernus* y de la escuela del derecho natural se mantienen hasta nuestros días como criterios básicos para atribuir responsabilidad.[131] Con todo, la extrema generalidad del principio de responsabilidad por culpa, que fue el resultado de un proceso de concentración conceptual desde los

[128] Proyecto de 1853, artículo 2478.

[129] Fleming 1985 19.

[130] Rabin en Rabin 1983 44, Epstein 1982 280.

[131] Zweigert/Kötz 1996 598.

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 general y adaptable de atribución de responsabilidad, la evolución del sistema 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 las preferencias entre distintos bienes (especialmente a la creciente expectativa de seguridad que se asocia al aumento del bienestar), a la evolución incremental 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 (*supra* N° 5 bis).

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* § 59 g). En principio, ello no debiera plantear dificultades, porque se trata de distintas causas de pedir; sin embargo, ha sido frecuente que se desarrollen presiones 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 bis y especialmente *infra* N° 861).

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 incluso 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 sustantivas 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 (*infra* §§ 14, 17 y 18).

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 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 hace referencia a ellos es para negarles efectos indemnizatorios (artículo 2331). Uno de los desarrollos jurisprudenciales más impresionantes 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 acción de terceros y las graves dificultades de avaluación 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 necesidad, que progresivamente ha sido reconocida por la jurisprudencia, de establecer criterios de mérito y de valoración (*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* § 24).

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

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

25. Principio de responsabilidad por el propio injusto como régimen general y supletorio. a) El derecho de la responsabilidad civil debe resolver en concreto el punto en que el ejercicio de la libertad de unos entra en colisión con los intereses de otros, en términos que nace para estos el derecho a ser reparados en los daños que han soportado. De acuerdo con el principio de que cada cual soporta sus daños, a menos que haya una razón para atribuir a un tercero la obligación de repararlos (*casum sentit dominum),* la pregunta esencial se refiere a las razones que justifican darla por establecida. En otras palabras, solo habrá responsabilidad en la medida que se cumplan los requisitos que el propio derecho establece. Esta es una pregunta común a todos los sistemas de responsabilidad civil, en la medida que no resulta imaginable un ordenamiento que imponga responsabilidad por todos y cada uno de los daños que nos ocasionamos recíprocamente con ocasión del tráfico espontáneo en que participamos (*supra* N° 7).

b) La razón más general para la atribución de responsabilidad en nuestro sistema jurídico es que el daño se deba a la *culpa o negligencia* del demandado (o de una persona por quien este responda). La idea de culpa aparece en todas las normas que definen el sistema general de responsabilidad en el derecho chileno (artículos 1437, 2284, 2314 y 2329). El principio de la responsabilidad por culpa es fundamento y límite de la responsabilidad: por regla general, el dolo y la negligencia dan lugar a responsabilidad civil y, en contraste, solo se responde si se ha incurrido en dolo o negligencia.[132]

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

[132] Larenz/Canaris 1994 352.

26. Elementos del juicio de responsabilidad por culpa o negligencia. a) Los requisitos de la responsabilidad civil por culpa o negligencia pueden ser ordenados en cuatro grupos: *i)* una acción libre de un sujeto capaz, *ii)* realizada con dolo o negligencia, *iii)* que el demandante haya sufrido un daño y *iv)* que entre la acción culpable y el daño exista una relación causal suficiente para que este pueda ser objetivamente atribuido al hecho culpable del demandado. La doctrina y la jurisprudencia nacionales comparten esta enumeración de requisitos.[133]

b) A pesar de que la culpa civil no implica un juicio subjetivo de reproche al autor del daño, el derecho exige que la acción por la cual el sujeto responde le sea atribuible como su *acción libre.* Este requisito elemental de atribución del hecho a su autor se descompone en los requisitos de *capacidad* y *voluntariedad* de la acción. Ambos aspectos del concepto civil de acción serán analizados en el *Capítulo II.*

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

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

e) La responsabilidad civil supone que el daño sufrido por el demandante sea objetivamente atribuible al hecho del demandado. Este requisito se expresa en la idea de *causalidad,* pero comprende, en verdad, dos elementos diferentes: por un lado, el hecho del demandado debe ser *condición necesaria* de la ocurrencia del daño, pues a falta de esta conexión no es posible atribución alguna de responsabilidad; por otro lado, entre el hecho del

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

demandado y el daño debe existir una relación de suficiente proximidad, que en nuestra tradición civil se expresa en el requisito de que el daño debe ser *directo*. Ambos aspectos de la atribución objetiva del daño al hecho del demandado serán tratados en el *Capítulo V*, sobre causalidad.

CAPÍTULO II
HECHO IMPUTABLE

§ 6. HECHO SUBJETIVAMENTE IMPUTABLE

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

Este principio es asumido por nuestro derecho, que establece como condición de la responsabilidad un hecho voluntario de quien resulta obligado (artículos 1437, 2284, 2314 y 2329). La ley civil acoge en esta disposición una cierta filosofía de la voluntad, en cuya virtud la responsabilidad tiene siempre por antecedente un acto libre del demandado.[1]

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

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

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

[1] Carbonnier 2000 405.

HERNÁN CORRAL TALCIANI
Profesor Titular de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes

LECCIONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

SEGUNDA EDICIÓN ACTUALIZADA

UNIVERSIDAD ADOLFO IBAÑEZ

LEGALPUBLISHING

THOMSON REUTERS

LECCIONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL
© Hernán Corral Talciani
2013 LegalPublishing Chile • Miraflores 383, piso 10, Santiago, Chile • Teléfono: 25105000 • www.legalpublishing.cl
Registro de Propiedad Intelectual N° 232.998 • I.S.B.N. 978 - 956 - 346 - 407 - 8
2ª edición octubre 2013 LegalPublishing Chile
Tiraje: 500 ejemplares
Impresores: CyC Impresores - San Francisco 1434, Santiago
IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor. El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento, de la presente publicación, queda expresamente prohibido. Usos infractores pueden constituir delito.

Abreviaturas utilizadas

Por regla general, y salvo que del contexto se deduzca inequívocamente lo contrario, los artículos que se citan en el texto sin indicación de su fuente son del Código Civil, sin perjuicio que en ciertos casos se utilizará la abreviatura señalada más abajo, para efectos de orden. En los demás la fuente es indicada mediante abreviaturas.

Cuando se hace referencia a incisos o números de algún artículo, se les indica detrás del número del artículo y separado por punto seguido (así, art. 10.1, significa inciso primero del artículo 10; y art. 10.1° significa número primero del artículo 10).

Las abreviaturas más utilizadas son las siguientes:

Const.	Constitución Política de la República
CC	Código Civil
CCom	Código de Comercio
COT	Código Orgánico de Tribunales
CP	Código Penal
CPC	Código de Procedimiento Civil
ACPP	Antiguo Código de Procedimiento Penal
CPP	Código Procesal Penal
CT	Código del Trabajo
D.O.	Diario Oficial
RDJ	Revista de Derecho y Jurisprudencia
Rev. Ch. Der.	Revista Chilena de Derecho (P. U. Católica de Chile)

G.J.	Gaceta Jurídica
G.	Gaceta de los Tribunales
F. del M.	Fallos del Mes
LP	Base de datos de jurisprudencia de LegalPublishing Chile
MJ	Base de datos de jurisprudencia de Microjuris Chile

Índice

Página

Presentación de la segunda edición 1

Presentación de la primera edición 5

Lección primera
Concepto, delimitación y funciones

I. De la responsabilidad en general a la responsabilidad civil 7

1. Concepto general de responsabilidad 7

2. Diferentes tipos de responsabilidad 9

a) La responsabilidad moral o ética 9

b) La responsabilidad política 10

c) La responsabilidad jurídica 11

c.1) Relaciones entre responsabilidad moral y jurídica 11

c.2) Relaciones entre responsabilidad política y jurídica 12

3. La responsabilidad jurídica: clasificación 12

a) La responsabilidad disciplinaria 13

b) La responsabilidad sancionatoria 14

b.1) Responsabilidad penal 15

b.2) Responsabilidad infraccional o contravencional 15

Página

c) La responsabilidad civil o reparadora 16
4. RESPONSABILIDAD CIVIL Y OTROS TIPOS DE RESPONSABILIDAD 17
a) Concurrencia con responsabilidad moral o política 17
b) Concurrencia con responsabilidad disciplinaria 17
c) Concurrencia con responsabilidad penal 18
d) Concurrencia con responsabilidad infraccional 18
5. CLASIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL O REPARADORA 18
6. ¿RESPONSABILIDAD CIVIL O DERECHO DE DAÑOS? LA CUESTIÓN DE LA DENOMINACIÓN 19
II. DELIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL 20
1. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL 20
a) Discusión acerca de la dualidad o unidad de regímenes 20
b) La distinción en el Código Civil chileno 22
c) Principales diferencias entre responsabilidad contractual y extracontractual 23
d) Interconexiones entre responsabilidad contractual y extracontractual 29
d.1) Cúmulo o concurso de responsabilidades 29
d.2) Ejercicio conjunto de acciones de responsabilidad contractual y extracontractual 35
d.3) Derecho común en materia de responsabilidad 35
d.4) Responsabilidad precontractual 37
d.5) La responsabilidad del que causa la nulidad de un contrato 41
d.6) Responsabilidad poscontractual 42
2. RESPONSABILIDAD CIVIL Y RESPONSABILIDAD PENAL 43
a) Diferencias entre ambas responsabilidades 43
b) Régimen independiente de las acciones 45
c) La responsabilidad civil derivada de ilícito penal. Interconexiones 46
d) Jurisprudencia reciente sobre responsabilidad civil y penal 50

Página

e) La responsabilidad civil derivada del ilícito infraccional 54
3. RESPONSABILIDAD CIVIL E INDEMNIZACIONES ASISTENCIALES O PREVISIONALES 56
4. RESPONSABILIDAD CIVIL Y FIGURAS CIVILES SEMEJANTES 57
a) Restituciones mutuas 57
b) Enriquecimiento sin causa 57
c) Indemnizaciones por afectación lícita de derechos 58
5. RESPONSABILIDAD CIVIL DE DERECHO INTERNACIONAL 59
III. FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL 60
1. Finalidad primordial y funciones concurrentes 60
2. La función de garantía de la libertad de actuar 60
3. La función preventiva 61
4. La función punitiva 62
5. La función institucional 65
IV. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL 65
1. RESPONSABILIDAD Y JUSTICIA 65
2. EL SISTEMA DE REPARACIÓN DE DAÑOS ANTE LA CONSTITUCIÓN 69
3. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA 70
4. PROBLEMAS CONSTITUCIONALES DE LA LIMITACIÓN Y TASACIÓN LEGAL DE LOS DAÑOS 72

LECCIÓN SEGUNDA
EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y ACTUALES TENDENCIAS

I. EL DERECHO ROMANO 75
II. EL DERECHO MEDIEVAL 77
III. ELABORACIÓN DEL RÉGIMEN CLÁSICO DE RESPONSABILIDAD 78
IV. LA CODIFICACIÓN. CONSAGRACIÓN DEL SISTEMA CLÁSICO 80

Página

V. LA EXPANSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. CRÍTICAS AL PRINCIPIO DE LA CULPA 82
VI. LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA O POR RIESGO 84
VII. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL *COMMON LAW* 87
VIII. SISTEMAS CONTEMPORÁNEOS DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL 88
IX. LA VISIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DESDE EL *ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO* 90
X. ACTUALES TENDENCIAS 93

LECCIÓN TERCERA
LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

I. FORMAS DE SISTEMATIZACIÓN 99
II. PRESUPUESTO COMÚN: LA CAPACIDAD DELICTUAL 100
1. REGLA GENERAL 100
2. INCAPACIDADES 100
a) Incapacidad por discapacidad mental. Los dementes 101
a.1) Concepto 101
a.2) Requisitos 101
a.3) La ebriedad como caso especial 102
b) Incapacidad por menor edad. Infantes y menores 103
3. RESPONSABILIDAD DEL GUARDIÁN DEL INCAPAZ 104
4. DERECHO EXTRANJERO 104
III. EL ACTO HUMANO 105
1. LA VOLUNTAD: ACCIÓN U OMISIÓN 105
2. CASOS DE EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD POR FALTA DE VOLUNTAD 106
3. EL CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR 107
4. EL PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS 109
5. LA VOLUNTAD EN LOS ACTOS COLECTIVOS 110

Página

IV. ANTIJURIDICIDAD 111
1. MANIFESTACIÓN LEGAL Y AUTONOMÍA 111
2. ANTIJURIDICIDAD Y TIPICIDAD. EL ILÍCITO CIVIL TÍPICO 112
3. LA RESPONSABILIDAD POR HECHO LÍCITO 117
4. EL PROBLEMA DEL ABUSO DEL DERECHO 118
5. CIRCUNSTANCIAS QUE EXCLUYEN LA ILICITUD 121
a) Legítima defensa 122
b) Estado de necesidad 122
c) Otros supuestos 124
d) El incumplimiento de la promesa matrimonial 125
6. LA ASUNCIÓN VOLUNTARIA DE LA POSIBILIDAD DEL DAÑO 127
a) Los pactos de irresponsabilidad 127
b) Aceptación de los riesgos 127
c) El caso del cigarrillo: La experiencia norteamericana 128
7. ANTIJURIDICIDAD Y ACTIVIDAD PROBATORIA 131
V. LA NOCIVIDAD. EL DAÑO 132
1. NOCIÓN DE DAÑO 132
2. ¿CUÁL ES EL DAÑO RESARCIBLE? 133
3. REQUISITOS DE LA RESARCIBILIDAD DEL DAÑO. CÚMULO DE INDEMNIZACIONES 135
a) Certeza del daño. La *"perte d'une chance"* 136
b) Relación directa con el hecho ilícito 136
c) Previsibilidad 136
d) Subsistencia. Compensación de lucros y daños y cúmulo de indemnizaciones 138
e) Magnitud suficiente. El principio de tolerancia del daño ínfimo 140
4. PRUEBA DEL DAÑO 141
5. CLASES DE DAÑO 142
a) Daño patrimonial y no patrimonial 142
b) Resarcibilidad del daño moral 144
c) El daño moral de las personas jurídicas 147

Página

6. EXTENSIÓN DEL DAÑO MORAL. SUS POSIBLES CATEGORÍAS 149
a) El daño emocional: *"pretium doloris"* 149
b) La lesión de derechos de la personalidad 150
c) El daño corporal o fisiológico 150
d) El daño estético 152
e) La pérdida de los placeres de la vida: *"préjudice d'agrément"* 152
f) ¿Daño a la esfera existencial? 153
g) *"Wrongful birth"* y *"wrongful life"*: ¿la vida como daño? 154
7. ¿ES NECESARIO PROBAR EL DAÑO MORAL? 157
8. LA AVALUACIÓN DEL DAÑO MORAL. TENDENCIAS HACIA LA TARIFICACIÓN 161
9. JURISPRUDENCIA SOBRE DAÑO MORAL 163
a) Sobre la indemnizabilidad del daño moral 163
b) Sobre el concepto de daño moral 164
c) Algunos casos considerados como daño moral 165
d) Sobre la necesidad de incluir en la demanda la reclamación por el daño moral y su monto 166
e) Daño moral por vínculo afectivo o familiar 166
f) Criterios de avaluación 168
g) Titularidad para reclamar el daño moral 171
h) Daño moral y persona jurídica 172
i) Transmisibilidad del daño moral 174

VI. LA IMPUTACIÓN CAUSAL 175
1. LA EXIGENCIA DEL NEXO CAUSAL 175
2. EL ANÁLISIS DE LA CAUSALIDAD. CAUSAS Y CONDICIONES 176
3. LOS CASOS PROBLEMÁTICOS 177
4. TEORÍAS PARA RESOLVER EL PROBLEMA DE LA CAUSALIDAD 178
a) Teorías empiristas 179
1°) La causalidad como equivalencia 179
2°) La causalidad como adecuación 181
3°) La causalidad como prioridad 182
b) Teorías normativas 183

Página

1°) La causalidad como relevancia jurídica 183
2°) La causalidad como imputación 183
5. NUESTRA POSICIÓN 185
6. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA 189
7. LA MULTIPLICIDAD DE CAUSAS 193
a) Caso fortuito y culpa 193
b) Pluralidad de agentes 193
c) Concurrencia de culpa de la víctima 195
8. PRUEBA DE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD 201

VII. LA REPROCHABILIDAD O CULPABILIDAD 202
1. EXIGENCIA DE CULPABILIDAD 202
2. DISTINCIÓN ENTRE DELITO Y CUASIDELITO 203
3. EL DOLO EXTRACONTRACTUAL 204
4. LA CULPA 205
a) Concepto 205
b) Determinación de la culpa: ¿en abstracto o en concreto? 208
c) Graduación de la culpa 209
d) Culpa y previsibilidad 210
e) Culpa e infracción legal: la llamada "culpa contra la legalidad" 211
f) Culpa, negligencia e imprudencia 212
5. PRUEBA DE LA CULPABILIDAD 213

VIII. LA RESPONSABILIDAD SIN CULPA. RESPONSABILIDAD OBJETIVA 214
1. LOS FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD SIN CULPA 214
a) La teoría del riesgo-beneficio 214
b) La teoría del riesgo creado o agravado 215
c) Las teorías mixtas 216
2. LA SECTORIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SIN CULPA Y SU ACOTAMIENTO LEGAL 217
3. LA RECEPCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SIN CULPA EN EL SISTEMA CHILENO 217
4. LOS REGÍMENES LEGALES DE LA RESPONSABILIDAD SIN CULPA 218

Página

LECCIÓN CUARTA
LA RESPONSABILIDAD REFLEJA. LAS LLAMADAS "PRESUNCIONES DE CULPA"

I. FUNDAMENTOS Y CLASIFICACIÓN 223
II. PRESUNCIONES DE RESPONSABILIDAD POR HECHOS PERSONALES 224
1. LA LLAMADA "PRESUNCIÓN GENERAL DE RESPONSABILIDAD POR EL HECHO PROPIO" 224
2. DISPOSICIONES PARTICULARES 226
III. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DE TERCEROS DEPENDIENTES 227
1. NOCIONES GENERALES 227
2. REQUISITOS 230
3. ENUMERACIÓN PARTICULAR DE LOS TERCEROS CIVILMENTE RESPONSABLES 236
4. EXONERACIÓN DEL TERCERO RESPONSABLE 237
5. ACCIÓN DE REGRESO CONTRA EL SUBORDINADO 238
6. OBJETIVACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EMPRESARIO 239
IV. RESPONSABILIDAD POR LA PROPIEDAD O TENENCIA DE COSAS DAÑINAS 245
1. AUSENCIA DE REGLA GENERAL 245
2. DAÑOS CAUSADOS POR UN ANIMAL 245
3. DAÑOS CAUSADOS POR LA RUINA DE UN EDIFICIO 246
a) Responsabilidad del o los propietarios 246
b) Responsabilidad de los profesionales de la construcción 248
4. DAÑOS CAUSADOS POR UNA COSA QUE CAE O SE ARROJA 248

LECCIÓN QUINTA
SISTEMAS SECTORIALES DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

I. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS A LOS TRABAJADORES CON OCASIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL 249

Página

1. LA RESPONSABILIDAD POR ACCIDENTES DEL TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES 249
2. LA RESPONSABILIDAD DEL DUEÑO DE LA OBRA, EMPRESA O FAENA 253
3. RESPONSABILIDAD CIVIL POR LESIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES 255
4. RESPONSABILIDAD CIVIL POR DESPIDO INJUSTIFICADO 256
II. RESPONSABILIDAD POR EL USO DE COSAS PELIGROSAS 259
1. DAÑOS CAUSADOS POR ANIMALES FIEROS 259
2. DAÑOS CAUSADOS POR VEHÍCULOS MOTORIZADOS 259
3. DAÑOS CAUSADOS POR AERONAVES 264
III. RESPONSABILIDAD POR DAÑO AL MEDIO AMBIENTE 265
1. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LA LEY DE BASES DEL MEDIO AMBIENTE 265
2. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS NUCLEARES 269
3. DAÑOS POR DERRAME AL MAR DE HIDROCARBUROS U OTRAS SUSTANCIAS CONTAMINANTES 270
IV. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS AL CONSUMIDOR Y POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS 270
1. DAÑOS AL CONSUMIDOR 270
2. RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS POR INSEGURIDAD 274
V. RESPONSABILIDAD POR ACTIVIDADES DE LA CONSTRUCCIÓN 275
VI. RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS DE LA ACTIVIDAD PERIODÍSTICA 279
VII. RESPONSABILIDAD POR TRATAMIENTO INDEBIDO DE DATOS PERSONALES 281
1. LA RESPONSABILIDAD EN LA LEY Nº 19.628 281
2. FACTOR DE IMPUTACIÓN: ¿CULPA O RESPONSABILIDAD OBJETIVA? 282
3. PERJUICIOS INDEMNIZABLES 282
4. EJERCICIO DE LA ACCIÓN CIVIL 283

Página

VIII. RESPONSABILIDAD MÉDICA Y PROFESIONAL 283
1. LA RESPONSABILIDAD POR EL EJERCICIO DE PROFESIONES LIBERALES. PERFIL DEL PROFESIONAL LIBERAL 283
2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL PROFESIONAL LIBERAL 284
3. ESTATUTOS ESPECIALES DE CIERTAS PROFESIONES 286
4. LA RESPONSABILIDAD DEL EQUIPO O EMPRESA DE PROFESIONALES 286
5. LA RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO 287
a) La judicialización del "daño médico" y sus consecuencias 287
b) Naturaleza de la responsabilidad del médico 288
c) El equipo médico 291
6. LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS Y SERVICIOS PÚBLICOS MÉDICOS 292
7. LA MEDIACIÓN COMO GESTIÓN PREVIA A LOS JUICIOS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA 296
IX. LA RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES Y GERENTES DE SOCIEDADES ANÓNIMAS 297
1. LA REGULACIÓN NORMATIVA 297
2. BLOQUES NORMATIVOS ESPECIALES 298
a) Responsabilidad general por culpa o dolo 298
b) Responsabilidad por supuestos particulares de culpa presunta u objetivada 300
c) Responsabilidad por infracción normativa o estatutaria 303
d) Superposición de bloques normativos 304
3. LA LLAMADA ACCIÓN SOCIAL 305
a) Titulares 305
b) Régimen jurídico aplicable 307
4. LA LLAMADA ACCIÓN INDIVIDUAL 309
a) Titulares 309
b) Régimen jurídico aplicable 309
X. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO 309
1. FACETAS DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL 309

Página

2. RESPONSABILIDAD POR LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA 311
3. RESPONSABILIDAD POR LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL 311
4. RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN. ESTATUTOS ESPECÍFICOS 313
a) Responsabilidad por mal estado de vías públicas o mala señalización 313
b) Responsabilidad por falta de servicio 314
5. RESPONSABILIDAD GENERAL DEL ESTADO 317
a) Planteamiento del problema 317
b) La tesis de la "responsabilidad de derecho público". Fundamentos y críticas 318
c) Régimen legal de la responsabilidad del Estado 320
d) La responsabilidad del Estado en la jurisprudencia 323
6. UNA FACETA NUEVA DE RESPONSABILIDAD ESTATAL: RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS 327
XI. OTROS REGÍMENES SECTORIALES 329
1. RESPONSABILIDAD POR ILÍCITOS CONTRA LA COMPETENCIA 329
a) Ilícitos contra la libre competencia 329
b) Competencia desleal 331
2. RESPONSABILIDAD POR ATENTADOS A LA PROPIEDAD INTELECTUAL O INDUSTRIAL 333
a) Consideraciones generales 333
b) Ilícitos contra la propiedad intelectual 334
c) Ilícitos contra la propiedad industrial 337
3. RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS CONCESIONARIAS DE OBRAS PÚBLICAS 338
4. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS EN LA FAMILIA 342
a) ¿Se aplican las reglas de la responsabilidad civil a las relaciones de familia? 342
b) Responsabilidad civil por violencia intrafamiliar 345
c) Responsabilidad civil por incumplimiento de deberes conyugales o por separación y divorcio 346

Página

d) Responsabilidad civil por incumplimiento de deberes parentales 348

LECCIÓN SEXTA
LA ACCIÓN Y JUICIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

I. SUJETOS DE LA ACCIÓN. LEGITIMACIÓN ACTIVA 351
1. TITULARES POR DERECHO PROPIO 352
a) Lesionados directos 352
b) Lesionados indirectos o víctimas por repercusión 353
2. TITULARES POR DERECHO DERIVADO 356
a) Sucesores *mortis causa* 356
b) Cesionarios 359
3. LAS PERSONAS JURÍDICAS COMO TITULARES DE LA ACCIÓN 360
4. LA POSIBLE TITULARIDAD DE LAS "CLASES DE PERJUDICADOS" 361
II. LA LEGITIMACIÓN PASIVA. EL DEMANDADO 362
1. LEGITIMADO POR PARTICIPACIÓN EN EL HECHO ILÍCITO 362
2. LOS SUCESORES *MORTIS CAUSA* 365
3. EL TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE POR EL HECHO AJENO 366
4. LA PERSONA QUE RECIBE PROVECHO DEL DOLO AJENO 366
5. LA LEGITIMACIÓN PASIVA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS 368
6. LOS "GRUPOS" NO PERSONIFICADOS. LA RESPONSABILIDAD COLECTIVA 369
7. LA DEUDA DE RESPONSABILIDAD EN EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL 370
III. TRIBUNAL COMPETENTE Y PROCEDIMIENTO 371
IV. LA DEMANDA DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL 374
V. EL OBJETO DEL PROCESO. LA REPARACIÓN 376
1. FORMAS DE REPARACIÓN 376

Página

2. EXTENSIÓN DE LA REPARACIÓN 377
a) Principio general: la "reparación integral" 377
b) Reducción de la indemnización 380
1°) Por disposición legal especial 380
2°) Por concurrencia de culpa de la víctima 382
3°) Por falta de la víctima del deber de mitigar los daños 383
4°) Por compensación del lucro obtenido por la víctima 383
c) La determinación del resarcimiento del daño moral 383
d) La reajustabilidad de la indemnización 385
e) Procedencia del pago de intereses 386
f) Diversidad de criterios sobre el cómputo de reajustes e intereses 387
1°) Desde la comisión del delito o cuasidelito 387
2°) Desde la presentación o notificación de la demanda 387
3°) Desde la sentencia definitiva ejecutoriada 388
4°) Desde la sentencia de primera instancia 389
5°) Criterio mixto: según la naturaleza del daño indemnizable 389
VI. ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD EN JUICIO COLECTIVO 391
1. RESPONSABILIDADES A LAS QUE SE APLICA EL JUICIO COLECTIVO 391
2. LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PROCEDIMIENTO 392
3. EFECTOS DE LA SENTENCIA Y DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS 393
4. CONCURRENCIA Y PRUEBA DE LOS REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD 394
5. EN ESPECIAL SOBRE EL DAÑO Y SU PRUEBA 395
6. REGLAS ESPECIALES SOBRE PRESCRIPCIÓN 397
VI. EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD 398
1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA EXTINCIÓN 398
2. RENUNCIA 398

Página

3. TRANSACCIÓN 399
4. PRESCRIPCIÓN 399
a) Prescriptibilidad de la acción 399
b) Cómputo del plazo 400
c) Suspensión de la prescripción 402
d) Interrupción. Normas especiales para el proceso penal 403
e) Prescripción de la acción contra el que recibe provecho del dolo ajeno y de la de reembolso del tercero civilmente responsable 404

LECCIÓN SÉPTIMA
LA RESPONSABILIDAD PREVENTIVA

I. CARACTERIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PREVENTIVA 407
II. EL DAÑO CONTINGENTE COMO FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD PREVENTIVA 409
1. AMENAZA Y CONTINGENCIA DEL DAÑO 409
2. RELACIÓN DE CAUSALIDAD 410
3. CULPABILIDAD 410
4. LEGITIMACIÓN PASIVA 411
5. LEGITIMACIÓN ACTIVA 411
a) Acción individual 411
b) Acción popular 411
III. PROCEDIMIENTOS Y MEDIDAS DE PREVENCIÓN 412
1. JUICIO ORDINARIO 412
2. JUICIO ESPECIAL POSESORIO 412
3. LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN 413
4. LAS MEDIDAS DE PREVENCIÓN 413
IV. PRESCRIPCIÓN 414
V. LA RESPONSABILIDAD PREVENTIVA EN LOS DAÑOS MEDIOAMBIENTALES 414

Página

LECCIÓN OCTAVA
RESPONSABILIDAD CIVIL Y CONTRATO DE SEGURO

I. LA RELACIÓN ENTRE CONTRATO DE SEGURO Y RESPONSABILIDAD CIVIL 417
II. LA RECEPCIÓN DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN CHILE 419
III. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL 423
1. CONCEPTO 423
2. CARACTERES FUNDAMENTALES 425
3. EL INTERÉS ASEGURADO 426
4. EL RIESGO 427
5. EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA CLASIFICACIÓN DE LOS SEGUROS 431
6. CLASES DE SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL 431
7. TIPOLOGÍA DE LOS SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL 432
8. REGULACIÓN DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL 434
IV. DERECHOS, OBLIGACIONES Y CARGAS 434
1. DEL ASEGURADO 434
2. DEL ASEGURADOR 436
V. LOS TERCEROS BENEFICIADOS 439
1. DETERMINACIÓN DE LOS TERCEROS 439
2. LOS DERECHOS DE LOS TERCEROS BENEFICIADOS. LA ACCIÓN DIRECTA 440
VI. EL SEGURO OBLIGATORIO POR DAÑOS EN ACCIDENTES DE VEHÍCULOS MOTORIZADOS 442
a) La Ley N° 18.490 y sus dos seguros originales 442
b) El nonato seguro de daños por accidentes de vehículos 444
c) El seguro de daños personales 446
VII. EL SEGURO MEDIOAMBIENTAL 447

Página

VIII. INFLUENCIA DEL SEGURO EN EL DESARROLLO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL 448
BIBLIOGRAFÍA 451

PRESENTACIÓN DE LA SEGUNDA EDICIÓN

La primera edición de estas *Lecciones,* aparecida el año 2003, tuvo una muy generosa acogida no sólo entre estudiantes, para los cuales había sido principalmente elaborada, sino entre abogados, jueces y profesionales jurídicos en general. Esa favorable recepción obligó a efectuar una reimpresión del mismo texto el 2004. No obstante, hace ya varios años que el libro se encuentra agotado y no se le encuentra, según se nos ha informado, ni siquiera en las librerías dedicadas a la venta de obras usadas.

Ante los requerimientos para imprimir una nueva edición, nos resistimos en un primer momento pensando que ya existía bastante literatura jurídica sobre la materia, impresión que se incrementó al salir a la luz el *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* del profesor Enrique Barros Bourie, que es una obra mucho más completa y reflexiva sobre la materia.

Reconocemos que la inhibición también tenía sus motivos en que presentíamos que la tarea de actualizar el libro no sería sencilla, atendido que en las tres fuentes de desarrollo de la materia: la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, la producción de nuevos antecedentes y materiales era más que profusa.

Finalmente, animados por las reiteradas peticiones de abogados y alumnos de distintas universidades, que llegaban a nosotros por distintas vías, incluidas las redes sociales como twitter y facebook, emprendimos la tarea de poner al día, de la mejor manera posible, estas Lecciones sobre Responsabilidad Civil Extracontractual.

La labor de actualización nos han obligado a incrementar las menciones de sentencias y de textos doctrinales, pero hemos tratado de proceder con mesura para no desvirtuar la naturaleza panorámica y sintética de la obra original, y que es la que ha permitido que sea útil para estudiantes y para abogados que necesitan un libro de consulta rápida y eficiente. De allí que muchas veces nos limitemos a mencionar la nueva bibliografía sin desarrollar sus contenidos. Con la mención permitimos al lector que lo desee, profundizar en ese punto específico recurriendo a los textos citados. La nueva jurisprudencia que hemos incorporado está, en general, extraída de las bases de datos informáticas existentes en Chile: LegalPublishing y Microjuris Chile. Las sentencias se indican con la fecha, el número de rol y la clave que dichas bases indican para la identificación del documento en ellas. Debido al cambio de forma de cita que experimentó la base LegalPublishing durante los trabajos de actualización de este libro, algunas sentencias aparecen citadas con el número identificador antiguo y otras con la nueva sigla que se acuñó para esta función. No hemos cambiado los números de cita antiguos, puesto que ellos siguen teniendo esa función en la nueva base. El lector debe colocar ese número en el campo de cita y el sistema le llevará a la sentencia que se ha querido identificar. Cuando no se han encontrado en bases de datos, las sentencias se citan con fecha y número de rol, y el lector interesado podrá ubicarlas a través del sitio web del poder judicial.

Hemos de señalar también que hemos procedido a actualizar la cita con las reimpresiones que afortunadamente se han hecho de las obras clásicas en la disciplina como son los libros de Arturo Alessandri y Orlando Tapia. Nos ha parecido que esto servirá para los alumnos o profesionales que no tengan acceso a las ediciones originales.

En cuanto al estilo, hemos mantenido la diferencia de tamaño de letra para facilitar a los lectores, sobre todo a los estudiantes, distinguir entre los contenidos fundamentales de la materia y aquellos que tienen un carácter más secundario o incidental. Reiteramos lo que decíamos en la presentación a la primera edición, en cuanto a que los textos con letra de menor tamaño son también útiles para obtener una comprensión más completa y cabal de lo que se expone.

Debemos dejar constancia de nuestra gratitud a varios colegas profesores a quienes hemos consultado algunos puntos en los que la responsabilidad civil incursiona en otras áreas del Derecho diversas del Derecho Civil. De manera especial, agradecemos la colaboración y apoyo que tuvimos de parte del egresado de Derecho, Ignacio Araya, sobre todo en la labor de pesquisa y sistematización del material jurisprudencial.

No podemos olvidarnos tampoco de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes y sus autoridades, que han permitido que pudiéramos dedicar el tiempo necesario para realizar la labor de actualización.

Asimismo, expresamos nuestro reconocimiento a la Editorial AbeledoPerrot/Thomson Reuters que ha querido acoger la segunda edición de este libro que fuera publicado originalmente por la Editorial Jurídica de Chile.

No nos queda más que esperar que esta nueva edición sea tan bien acogida como la primera, y preste un servicio provechoso a quienes deseen estudiar o conocer de manera global y resumida una disciplina jurídica que, sin duda, destaca por su importancia en la teoría, y más aún en la práctica judicial.

HERNÁN CORRAL TALCIANI

En Santiago, a 2 de septiembre de 2013

Presentación de la primera edición

Se ofrece al público en general y, en especial, a los estudiantes este texto sobre el sistema chileno de responsabilidad civil extracontractual, con dos objetivos fundamentales: 1) permitirles contar con un instrumento idóneo para complementar las lecciones orales en esta importantísima parte del Derecho de Obligaciones, y 2) hacerles accesible una exposición panorámica y, a la vez, actualizada del régimen de la responsabilidad civil por hechos ilícitos, en el ordenamiento jurídico chileno, con especial atención a sus aplicaciones jurisprudenciales.

La materia es desarrollada tomando en cuenta las ya clásicas directrices de las obras de Arturo Alessandri Rodríguez, Orlando Tapia y Carlos Ducci, que proporcionan lo que podríamos llamar el "núcleo duro" de la enseñanza tradicional del Título XXXV del Libro IV del Código Civil.

Pero sobre ese núcleo hemos querido esbozar los principales lineamientos de los tratamientos más modernos de la responsabilidad civil, que es uno de los campos jurídicos que más cambios ha experimentado en el desarrollo del derecho privado en la segunda mitad del siglo XX. Se ha querido agregar así todo un capítulo para describir los sectores en los que el sistema clásico de responsabilidad por culpa parece estar siendo desplazado o complementado por una estructura de la responsabilidad fundamentada en criterios de imputación distintos del comportamiento doloso o culposo. Se comentan en su momento, además, las contribuciones más recientes de la doctrina nacional, y en parte de la extranjera.

Se ha considerado también una muestra bastante exhaustiva de la jurisprudencia de las últimas décadas, como modo de presentar la forma en

que las normas de responsabilidad están siendo efectivamente aplicadas en la realidad actual.

Como las líneas que siguen intentan servir fundamentalmente a los estudiantes de la carrera de Derecho, hemos seguido la técnica de distinguir con tamaños de letras diferentes lo que, a juicio del autor, constituye las ideas medulares de la explicación, y lo que, sin dejar de ser importante y útil, es complementario o secundario en relación con aquéllas. No se pretende –como se comprenderá– que pueda prescindirse sin más de lo que va tratado en letra menor, sino que el estudiante a la hora de decidir aquello que debe retener y comprender con toda precisión pueda reconocerlo sin mayores dificultades y distinguirlo de lo menos fundamental.

Tenemos una deuda de gratitud especialmente con el profesor Alejandro Romero Seguel, quien a lo largo de años nos animó a entregar a la publicación lo que, en su intención original, no eran más que unos apuntes de clase. Ha tenido también la generosidad de leer el borrador final y hacernos provechosas aportaciones e importantes correcciones (y no sólo de forma). Agradecemos también la revisión del texto que hiciera el abogado Cristián Bustos Maldonado, que nos ayudó a perfeccionar el estilo y a depurar erratas.

Esperamos que estas páginas puedan efectivamente ser un buen complemento de las lecciones de clase, y contribuyan a renovar y profundizar el tratamiento docente de esta parte del Derecho Civil, que con frecuencia –por la premura del tiempo y la abundancia de los contenidos– se ve injustamente disminuida.

Si ayudan a los estudiantes a entender mejor el sistema civil de reparación de daños, y aportan algunos nuevos elementos para perfeccionar su enseñanza, nos sentiremos satisfechos.

EL AUTOR

En Santiago, a 28 de noviembre de 2002

LECCIÓN PRIMERA
CONCEPTO, DELIMITACIÓN Y FUNCIONES

I. DE LA RESPONSABILIDAD EN GENERAL A LA RESPONSABILIDAD CIVIL

1. CONCEPTO GENERAL DE RESPONSABILIDAD

El vocablo responsabilidad parece ser de aparición más bien reciente. Etimológicamente viene del latín *spondere,* que significa prometer. Al añadirse el prefijo "re" (*re-spondere*) la palabra adquiere el significado de repetición o de reciprocidad, y significaría entonces prometer a alguien que espera una respuesta.[1]

> El uso jurídico de la palabra proviene al parecer de finales del siglo XVIII, poco antes de la revolución francesa, por influencia del inglés. El término habría aparecido en el Derecho constitucional inglés.[2]

La palabra responsabilidad plantea una polisemia en el sentido vulgar, y también en el especializado. Se emplea el término en muy diferentes acepciones, desde la obligación de reparar los daños producidos por ciertas personas o cosas a la necesidad de afrontar las consecuencias de los actos propios.

En su vertiente más profunda, la responsabilidad aparece vinculada necesariamente con la libertad y con la naturaleza corpóreo-espiritual del

[1] D'ORS, Álvaro, *Nueva introducción al estudio del derecho*, Civitas, Madrid, 1999, p. 36.

[2] THIBIERGIE, Catherine, *"Libres propos sur l'evolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile?)"*, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1999 (3), p. 573.

ser humano. Sólo puede concebirse la responsabilidad cuando existe una voluntad humana libre, es decir, capaz de determinar sus propios comportamientos en relación a una finalidad. Por eso, un animal, una máquina, un robot, no pueden ser considerados responsables. En cambio, el ser libre ejerce una cierta titularidad sobre los actos a través de los cuales ejercita su libre arbitrio: le son predicables, son "suyos", no sólo en la forma en que han sido queridos, sino en toda su significación y en todas las consecuencias que le son inherentes. Esta relación entre el acto propio y sus efectos y el sujeto humano que lo realiza libremente es lo que queremos significar, a rasgos muy genéricos, con el término responsabilidad. En este sentido, libertad y responsabilidad son dos manifestaciones de la dignidad del ser humano.[3] Aunque normalmente se explica, como hacemos aquí, la responsabilidad como efecto de la libertad, lo cierto es que ambas realidades son autoimplicativas, hasta el punto que ha podido decirse que el hombre es libre porque es responsable y no viceversa.[4] Aunque las consecuencias de los actos libres pueden ser positivas o negativas, usamos el término responsabilidad para vincular al sujeto con las consecuencias gravosas o negativas del acto.[5]

Podemos señalar entonces que, en una primera aproximación, puede definirse la responsabilidad como la necesidad efectiva, o eventual, en que

[3] Ha destacado HERVADA, Javier, *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, Eunsa, 3ª edición, Pamplona, 2000, p. 299, que la responsabilidad "descansa, en su radicalidad, en una dimensión inherente a la persona: la libertad. Por ser libre, los actos de la persona son originales suyos –no dados o puestos por fuerzas o instintos– y en consecuencia ella es la causa original de sus actos. Por ello, los efectos de sus actos le son atribuidos en cuanto queridos y realizados conscientemente, pues el origen y raíz de tales efectos está en la persona. Como origen y causa original del daño, la persona está obligada a reparar, en virtud de su obligación o deber de satisfacer y cumplir el derecho".

[4] D'ORS, Álvaro, *Derecho y sentido común*, Civitas, Madrid, 1999, p. 36, para quien la libertad es el presupuesto subjetivo de la responsabilidad. En este sentido, puede citarse también a LE TORNEAU, Philippe, *La responsabilidad civil*, trad. Javier Tamayo, Legis, 2004, pp. 28-29, para quien "Cada uno entiende actuar libremente, pero acepta responder por las consecuencias de sus actos. Libertad, conciencia y responsabilidad con conceptos complementarios e indisociables: La responsabilidad supone conciencia y libertad; ahora solo se concibe al hombre consciente y libre en la medida en que sea responsable".

[5] Y en este sentido la responsabilidad es una limitación de la misma libertad. Así lo explica D'ORS, A., *Derecho y sentido común*..., cit., p. 35: la libertad esencial del hombre "es el presupuesto racional de su responsabilidad, es decir, la necesidad de aceptar los efectos de las propias opciones. En este sentido, la responsabilidad lleva al hombre a perder parte de su libertad, pues al optar por una determinada conducta queda moralmente vinculado a sufrir los efectos de la conducta optada".

se encuentra una persona de hacerse cargo de las consecuencias gravosas de un acto que se le atribuye como propio. La necesidad puede ser efectiva, si la responsabilidad ya ha surgido por la realización del hecho, o eventual si el acto no se ha realizado aún, pero de realizarse el sujeto debería responder (por eso decimos que una persona es responsable por los daños de sus dependientes, por ejemplo).

2. DIFERENTES TIPOS DE RESPONSABILIDAD

La responsabilidad, dependiendo del sujeto responsable, de la actividad que se le imputa y de las consecuencias gravosas que sufre puede ser moral, política y jurídica.

a) La responsabilidad moral o ética

La responsabilidad humana más profunda es la responsabilidad moral o ética, por la cual una persona debe afrontar las consecuencias negativas que sus actos libres producen, sea para sí mismo o para los demás. Esta responsabilidad requiere la existencia de una valoración prescriptiva previa que permita discernir qué actos son compatibles con el bien propio, ajeno y social, y qué acciones, en cambio, son destructivas de esos valores; criterios valorativos que tienen su fuente en la observación racional de la naturaleza humana y su aspiración de plenitud e integridad perfectiva. Por eso se habla, aunque no en sentido técnico positivo, de "ley moral" o "ley natural". La ley moral es susceptible, aunque no sin dificultades, de conocimiento mediante el uso de la razón, aunque la revelación judeo-cristiana (el Decálogo y el Sermón de la Montaña) sean un elemento iluminador incluso para los que se declaran no creyentes. Sin embargo, la existencia de una moral universal y aplicable a todos los seres humanos por el hecho de ser tales presupone la idea de un Ser trascendente (Dios), que, al crear la naturaleza humana, ha incluido en ella misma las reglas y principios que permiten un buen uso de la libertad, es decir, aquel que propende a la mayor plenitud de las personas, en un estado que, por colmar todas las ansias del corazón humano, llamamos felicidad.

> Para la fe católica, Dios ha venido en auxilio de la razón y ha querido ayudarle mediante la revelación de ciertos principios morales imprescindibles, que se compendian y sistematizan en el Decálogo: así surgen las normas más comunes y compartidas

de la civilización occidental, como adorar a un Dios único, honrar a los padres, no matar, no adulterar, no consentir inmoralidades o perversiones sexuales, no mentir, no robar. Con la revelación evangélica esos preceptos son enriquecidos con el deber de la caridad y la igual dignidad de todos los seres humanos como criaturas a las que Dios quiere con afecto paterno.

La responsabilidad moral surge, así, de la violación consciente o culposamente ignorada de las exigencias que la ley moral establece para un buen ejercicio de la libertad en una situación concreta. Puede incurrirse en responsabilidad moral tanto por acción como por omisión. Así si profiero públicamente insultos e imputaciones ofensivas en contra de una persona, incurro en responsabilidad moral por acción; pero si me limito a guardar silencio cuando se le imputa algo de lo que yo sé es inocente, me haré responsable moralmente por omisión.

b) La responsabilidad política

La responsabilidad política proviene del régimen de gobierno representativo o democrático. En la monarquía absoluta, las autoridades responden ante el rey, y éste sólo ante Dios. En cambio, en el régimen republicano las autoridades públicas que ejercen el poder deben "responder" ante los gobernados por el mal uso de las atribuciones que se les han encomendado. Se puede decir de este modo que la responsabilidad política "comprenderá el conjunto de consecuencias que trascienden a las tareas de conducción del interés general en relación a los titulares de los órganos del poder público".[6]

La responsabilidad política puede entrañar responsabilidad moral o ética, si concurre con la infracción de un deber moral, pero en ocasiones será sólo la consecuencia de estar al mando de una determinada repartición pública que no ha cumplido los objetivos programados o que ha presentado irregularidades. El superior, aun no teniendo una culpa personal en los hechos, puede sufrir las consecuencias de la responsabilidad política, que se traducirán en el alejamiento del cargo que desempeñaba.

[6] SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, Santiago, 1997, t. IV, p. 165.

c) La responsabilidad jurídica

Llamamos responsabilidad jurídica a aquella que surge de la violación de deberes jurídicos y que produce consecuencias jurídicas.

Por cierto, una conducta humana puede ser objeto de responsabilidad moral y jurídica a la vez, o política y jurídica. Incluso más, y no será infrecuente, un comportamiento puede ser constitutivo de reproche moral, político y jurídico. Así, por ejemplo, si un Ministro de Estado, en el ejercicio de su cargo, se hace culpable de malversación de caudales públicos: habrá responsabilidad moral (culpa personal), política (desviación de poder) y jurídica (sanciones penales y civiles por el delito).

c.1) Relaciones entre responsabilidad moral y jurídica

Las relaciones entre responsabilidad moral y responsabilidad jurídica reproducen la cuestión de las relaciones entre Moral y Derecho. Si se adopta una visión positivista que desconoce las relaciones entre ambas realidades, lo mismo se afirmará respecto de responsabilidad moral y responsabilidad jurídica. Por el contrario, si se descubre la enorme raigambre ética de todo ordenamiento jurídico, será necesario también reconocer las necesarias conexiones e incluso identificaciones que se producen entre responsabilidad moral y responsabilidad jurídica.

Compartimos esta última visión de lo jurídico. Pensamos que el mundo del Derecho, aunque no se identifica con la moral, tiene su fuente y su fundamento en ella. Para seguir a los clásicos, habrá que decir que lo jurídico nace como una determinación y desarrollo de una parte de la moral: la relacionada con las exigencias de la virtud de la justicia que hacen posible la vida en comunidad.

La responsabilidad jurídica debe basarse en la moral, pero no puede abarcarla totalmente. El objetivo del Derecho es más reducido: no pretende el cumplimiento de todos los deberes morales y el ejercicio de todas las virtudes humanas, sino sólo lograr el imperio de la justicia en las relaciones sociales. De esta manera, no siempre que hay responsabilidad moral hay por el mismo hecho responsabilidad jurídica.

A la inversa, normalmente la responsabilidad jurídica se da simultáneamente con la responsabilidad moral, pero ello no siempre ocurre así (por ejemplo, en los casos de las llamadas obligaciones meramente penales, que no obligan en conciencia, o en los supuestos de la moderna responsabilidad objetiva o sin culpa).

c.2) Relaciones entre responsabilidad política y jurídica

Hay también una estrecha relación entre responsabilidad política y jurídica, ya que en casos graves la responsabilidad política podrá hacerse efectiva mediante mecanismos jurídicos que permitirán la privación de las funciones públicas del sujeto políticamente responsable.

La responsabilidad política en nuestro ordenamiento jurídico aparece recogida en términos generales en los incisos finales de los artículos 6° y 7° de la Constitución Política y en la reglamentación de la llamada acusación constitucional y juicio político (arts. 52.2° y 53.3° Const.). La misma Constitución se encarga, sin embargo, de señalar que los acuerdos, observaciones o solicitudes de antecedentes que la Cámara de Diputados realice en ejercicio de su facultad de fiscalizar los actos del Gobierno *"en ningún caso... afectarán la responsabilidad política de los Ministros"* (art. 52.1° letra a Const.). Los Ministros de Estado, aparte de la acusación constitucional, responden ante el Presidente de la República en cuanto éste tiene la atribución de nombrarlos y removerlos *"a su voluntad"* (art. 32.7° Const.).

Además, puede darse un cúmulo de responsabilidad política y jurídica (civil o penal). Por eso, la Constitución señala que el funcionario que ha sido objeto de un juicio político y ha sido declarado culpable, *"será juzgado de acuerdo a las leyes por el tribunal competente, tanto para la aplicación de la pena señalada al delito, si lo hubiere, cuanto para hacer efectiva la responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados al Estado o a particulares"* (art. 53.1° Const.).

3. La responsabilidad jurídica: clasificación

La responsabilidad que denominamos jurídica puede presentarse en al menos cuatro modalidades. Puede tratarse de una responsabilidad disciplinaria (la que, a su vez, puede ser funcionaria o estatutaria), una responsabilidad sancionatoria (que puede ser de carácter penal o administrativa o infraccional) y una responsabilidad civil (que podrá ser contractual o extracontractual).

a) La responsabilidad disciplinaria

La responsabilidad disciplinaria se origina en el cumplimiento de deberes específicos de ciertas personas en su calidad de funcionarios o integrantes, sea de instituciones de la Administración del Estado (en sentido amplio) o de corporaciones o fundaciones de derecho privado. Tales deberes dicen relación con el buen funcionamiento de dichas instituciones.

La responsabilidad disciplinaria es administrativa o funcionaria cuando se refiere a la Administración del Estado. La mayor parte de este tipo de responsabilidad se rige por la Ley N° 18.575, Ley Orgánica de Bases Generales de la Administración del Estado, y por el Estatuto Administrativo, y puede ser establecida a través de una investigación sumaria o un sumario administrativo instruido por autoridades de la misma Administración del Estado. Las sanciones pueden consistir en censuras, multa y destitución. No obstante, respecto de servicios públicos especiales pueden existir estatutos particulares. Es lo que ocurre, por ejemplo, con las Fuerzas Armadas y Carabineros o con el Poder Judicial. Respecto de este último, la Constitución le otorga a la Corte Suprema la superintendencia correccional de todos los tribunales de la nación (art. 82 Const.). El ejercicio de las facultades disciplinarias que se otorga a los jueces y magistrados judiciales se encuentra regulado en los arts. 530 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales.

Las facultades disciplinarias para imponer este tipo de sanciones no sólo corresponden a los órganos del Estado, sino también a instituciones de Derecho Privado que, de alguna manera, cumplen una función de bien público. Así, el art. 553 señala que los estatutos de una corporación obligan a los miembros a obedecer las sanciones que ellos impongan y que toda corporación o asociación tiene sobre sus asociados una "potestad disciplinaria" que ejercerá a través de una comisión de ética, tribunal de honor u otro organismo de similar naturaleza. Esto se aplica también a las fundaciones (art. 563).

b) La responsabilidad sancionatoria

La responsabilidad sancionatoria es aquella en que se incurre por la violación de deberes no meramente funcionarios, sino que dicen relación con valores y bienes jurídicos que a la sociedad le interesa resguardar en interés del bien público general. Aunque puede tener semejanzas con la responsabilidad disciplinaria, se diferencia de aquélla en la naturaleza del deber infringido, en la autoridad llamada a imponer la sanción y, finalmente, en la forma de sanción que impone. Así, por ejemplo, un empleado público puede incurrir en responsabilidad disciplinaria si llega tarde a su trabajo o incumple alguna otra regla de buen servicio, pero incurre en responsabilidad sancionatoria (penal) si se hace reo de malversación de caudales públicos o de exacciones ilegales.

El Código Penal declara expresamente que *"no se reputan penas... la separación de los empleos públicos acordada por las autoridades en uso de sus atribuciones o por el tribunal durante el proceso o para instruirlo, ni las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas"* (art. 20 CP).

Se discute si la diferencia entre sanciones penales y administrativas (disciplinarias o infraccionales) es de carácter cualitativo (las sanciones administrativas no son penas) o de carácter cuantitativo (las sanciones administrativas son penas aunque de menor entidad y aplicables por órganos de la Administración). La doctrina nacional, invocando el art. 20 CP, se decanta por la primera teoría. No obstante, hay argumentos fuertes para acoger la segunda posición, en atención a que el antes citado art. 20 no dispone que no sean penas, sino que no se reputan tales para los efectos de su normativa. La aplicación a la responsabilidad administrativa sancionatoria de garantías como la necesidad de culpabilidad (dolo o culpa), la prohibición del *non bis in idem*, la presunción de inocencia, la exigencia de alguna forma de tipificación del ilícito, entre otras, apoyan la idea de la igual naturaleza de las sanciones administrativas y las sanciones penales.[7]

[7] En este sentido, CURY, Enrique, *Derecho Penal. Parte general*, Ediciones UC, 7ª edición, Santiago, 2005, pp. 104-113. Un intento de superación de la disyuntiva entre diferencias cualitativas o meramente cuantitativas, desde la perspectiva del Funcionalismo propone PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Derecho Penal. Fundamentos de la Responsabilidad*, Abeledo Perrot, Santiago, 2010, pp. 117-132.

b.1) Responsabilidad penal

El prototipo de la responsabilidad sancionatoria es la responsabilidad penal. Se incurre en responsabilidad penal cuando el comportamiento ilícito, por afectar gravemente el orden social, está expresamente sancionado (tipificado) por una ley anterior a su perpetración, su conocimiento es exclusivo de un tribunal constituido previamente, y da lugar a las sanciones más severas, pudiendo incluso afectar la libertad del culpable.

El objetivo primordial de la responsabilidad penal es reprimir o sancionar hechos que constituyen atentados graves contra la moralidad pública o el orden social. Aparte del posible ofendido que puede existir, la víctima en la responsabilidad penal es toda la sociedad. No es menester acreditar daño de una persona determinada para que surja esta responsabilidad. Así, por ejemplo, en los llamados delitos de peligro (conducción en estado de ebriedad) o en los delitos tentados o frustrados se incurre en responsabilidad penal, aun cuando no haya existido ningún daño a determinada persona. En el sistema chileno, la responsabilidad penal se genera a consecuencia de la perpetración de un delito o cuasidelito penal, esto es, de una acción u omisión voluntaria (dolosa o culposa) penada por la ley (arts. 1° y 2° CP).

b.2) Responsabilidad infraccional o contravencional

Junto a la responsabilidad penal, debe colocarse otro tipo de responsabilidad jurídica de naturaleza sancionatoria: se trata de la responsabilidad por la infracción de normas administrativas o contravencionales, que las leyes suelen sancionar con medidas especiales como clausura del establecimiento o penas pecuniarias (multas), y cuyo conocimiento puede encargarse indistintamente a autoridades administrativas, a jueces de policía o a jueces letrados.

Este tipo de responsabilidad se ha incrementado ostensiblemente en el Derecho contemporáneo, ya que, en general, constituye un sustituto para encausar actividades particulares sin recurrir a la herramienta fuerte que es la ley penal. Legislaciones especiales como las de carácter económico, previsional, sanitario, las que regulan el tránsito vehicular, etc., son pródigas en sanciones contravencionales.

c) La responsabilidad civil o reparadora

La responsabilidad civil aparece vinculada esencialmente al daño que sufre una o más personas individualizables, y al deber que tiene alguien de repararlo o compensarlo con medios equivalentes. Para conceptualizar esta responsabilidad se ha señalado que ella es "la necesidad en que un individuo se coloca, de satisfacer toda violación dañosa a la conducta que debe observar en su vida en sociedad, sea que ella se encuentre regida por normas jurídicas, morales o religiosas".[8] Más sucintamente, se puede decir que "una persona es responsable siempre que debe reparar un daño... el responsable es el que responde".[9]

La imputación a una persona de la obligación de reparar un perjuicio es lo que constituye el contenido esencial del concepto de responsabilidad civil.

La Corte Suprema ha dicho en este sentido que "Por responsabilidad debe entenderse, en general, la obligación en que se coloca una persona para reparar adecuadamente todo daño o perjuicio causado; la que resulta ser civil si se origina en la transgresión de una norma jurídica que afecte el interés de una determinada persona, o penal si es el resultado de un hecho ofensivo que tiene señalada una sanción punitiva por el perjuicio que agravia al afectado y a la sociedad en que actúa" (C. Sup., 6 de noviembre de 1972, *RDJ*, t. LXIX, sec. 4ª, p. 181).

"La sanción jurídica de la conducta lesiva –escribe el tratadista español Ricardo de Ángel– responde a una elemental exigencia ética y constituye una verdadera constante histórica: el autor del daño responde de él, esto es, se halla sujeto a responsabilidad. Y, en principio, la responsabilidad se traduce en la obligación de indemnizar o reparar los perjuicios causados a la víctima".[10] Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón sostienen, por su parte, que "la responsabilidad significa la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de resarcir el daño producido".[11] El Código Civil de Portugal contiene una definición legal de responsabilidad civil: "La responsabilidad civil consiste en la obligación para el autor del hecho o de la omisión, de reponer a la persona lesionada en la situación de que gozaba antes de la lesión, y de indemnizarla de todo el daño que ella ha sufrido" (art. 2364).

[8] TAPIA SUÁREZ, Orlando, *De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes*, LexisNexis, 2ª edición, Santiago, 2006, p. 4.

[9] MAZEAUD, H., MAZEAUD, L., y TUNC, A., *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, trad. de la 5ª edición francesa por L. Alcalá-Zamora, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961, t. I., v. I, N° 3, p. 2.

[10] DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Civitas, 3ª edición, Madrid, 1993, p. 13.

4. RESPONSABILIDAD CIVIL y otros TIPOS DE RESPONSABILIDAD

a) Concurrencia con responsabilidad moral o política

Ya hemos visto que si el hecho que es reprochable a título moral o político causa además un daño concreto a una persona determinada, se producirá una confluencia entre responsabilidad moral y civil o entre responsabilidad política y civil. Así, respecto de esta última, se prevé la posibilidad de instruir un juicio para hacer valer la responsabilidad por los daños y perjuicios causados por quien ha sido acusado constitucionalmente (art. 53.1° Const.), y se contempla la necesidad de una autorización especial por parte del Senado para poder ejercer acciones de responsabilidad civil en contra de los Ministros de Estado por actos realizados en el desempeño de sus cargos (art. 53.2° Const.). Los Ministros responden solidariamente por los actos que suscribieren o acordaren con otros Ministros (art. 36 Const.; cfr. art. 32.20° Const.).

b) Concurrencia con responsabilidad disciplinaria

Del mismo modo, la responsabilidad funcionaria puede concurrir con responsabilidad civil. Es lo que ocurre si un funcionario por su mal desempeño causa injustamente un daño a la misma Administración o a un administrado. El art. 120 del Estatuto Administrativo, Ley N° 18.834 (texto refundido D.F.L. N° 29, de 2004), establece que la responsabilidad administrativa es independiente de la responsabilidad civil o penal que pudiere afectar al funcionario público. Así lo ha entendido la Contraloría General de la República (Dictamen N° 26.179, de 1983).

[11] DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, 4ª edición, Madrid, 1983, v. II, p. 612.

c) Concurrencia con responsabilidad penal

Un mismo hecho puede generar ambas responsabilidades: civil y penal, por causar daño a una persona determinada y estar expresamente sancionado por la ley penal con penas adicionales.

Es decir, tanto para la responsabilidad penal como para la contravencional, rige la regla del art. 2314, norma pórtico de la regulación del Código Civil sobre la responsabilidad civil extracontractual: *"El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito"* (cfr. art. 24 CP).

Un caso de aplicación especial a este principio lo contienen los arts. 325 y 326 COT, que disponen que "Todo juez delincuente será, además, civilmente responsable de los daños estimables en dinero que con su delito hubiere irrogado a cualesquiera personas o corporaciones" y que "la misma responsabilidad afectará al juez si el daño fuere producido por un cuasidelito".

d) Concurrencia con responsabilidad infraccional

Aunque es discutido cuál es la naturaleza propia de estas sanciones, si son penales o administrativas, lo cierto es que para efectos de su concurrencia con la responsabilidad civil funcionan del mismo modo que las transgresiones penales. Es decir, un hecho que es sancionable administrativamente (con multa, por ejemplo) si produce daño a otro (y el daño es consecuencia directa de la conducta sancionada), da lugar a ambas responsabilidades: contravencional (para los efectos de cumplir la sanción legal impuesta) y civil (para reparar el daño producido).

Si bien emanadas del mismo hecho, la responsabilidad reparatoria (civil) y la sancionatoria (penal o contravencional) se rigen por normas y principios diferentes. Por razones de economía procesal, se suele admitir que un mismo proceso judicial sirva para dilucidar la existencia de ambos tipos de responsabilidad.

5. CLASIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL O REPARADORA

La responsabilidad civil puede dividirse en responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual.

La contractual es aquella que nace a consecuencias de la violación de un vínculo obligatorio generado por un contrato existente entre las partes. Es el deber de reparar que se produce como consecuencia de haberse incumplido un contrato.

La responsabilidad extracontractual es aquella que proviene de un hecho ilícito perpetrado por una persona en perjuicio de otra, que no constituye la violación de un deber contractual. El deber de reparar surge de la trasgresión, no de una obligación propiamente tal, sino de un deber genérico de no dañar a otro (*alterum non laedere*), que es un principio general de todo ordenamiento jurídico.

6. ¿RESPONSABILIDAD CIVIL O DERECHO DE DAÑOS? LA CUESTIÓN DE LA DENOMINACIÓN

Como acabamos de ver, cuando el deber de reparar el daño surge sencillamente de la realización de un hecho ilícito que no consiste en una violación de un contrato, la responsabilidad recibe el nombre de responsabilidad civil extracontractual o más sintéticamente responsabilidad extracontractual. La denominación no está exenta de críticas, sobre todo por su falta de especificidad, ya que define su objeto por oposición a lo que no es. Por tradición histórica se suele hablar también de responsabilidad aquiliana, por ser la *lex aquilia* la primera fuente romana en la que se observa un germen de un régimen jurídico de reparación de daños no convencionales. En Francia, es frecuente la utilización de la expresión responsabilidad delictual, ya que los ilícitos que dan lugar a ella son calificados, al igual que entre nosotros, como delitos o cuasidelitos civiles (por oposición a penales). En Italia, por obra del Código Civil, se intentó acuñar la expresión responsabilidad por hecho ilícito, pero los autores suelen preferir la de responsabilidad civil (que en principio designa sólo la extracontractual).

Por influencia del *common law* (*torts law*) y también por la necesidad de propiciar una nueva inteligencia de las normas para centrar la mirada no tanto en el responsable (autor del daño) sino en la víctima o perjudicado, se ha extendido en el último tiempo la expresión "derecho de daños". Con ella se quiere también destacar la progresiva consolidación de una disciplina autónoma con sus propias reglas, principios y criterios. No es inusual que quienes prefieran esta expresión aboguen por un tratamiento conjunto de

la responsabilidad contractual y extracontractual, en cuanto ambas serían igualmente fuente de daños.

No obstante, advertimos que la doctrina en general continúa resistiéndose a abandonar la expresión tradicional de responsabilidad civil o responsabilidad extracontractual, sin perjuicio de utilizar esporádicamente la denominación de derecho de daños. Aparte del conservadurismo tan característico de los juristas, la perseverancia en estas expresiones quizás tenga que ver con que ellas son más neutras y carecen de la carga ideológica que puede tener la de derecho de daños.

En esta obra ya desde su título preferimos la expresión tradicional en toda nuestra doctrina, de responsabilidad civil extracontractual o simplemente responsabilidad extracontractual, sin perjuicio de recurrir a las otras denominaciones cuando parezca oportuno.

II. Delimitación de la responsabilidad extracontractual

1. Responsabilidad contractual y extracontractual

a) Discusión acerca de la dualidad o unidad de regímenes

La tesis clásica es la que opta por la dualidad: se sostiene que en la responsabilidad contractual existe un vínculo obligatorio preexistente, de cuya violación resulta el deber de indemnizar; mientras que en la responsabilidad extracontractual no hay obligación previa entre las partes, sino que es justamente el hecho ilícito el que genera la obligación de resarcir. En Chile, esta constituye la opinión predominante: los autores entienden que la responsabilidad contractual supone una obligación anterior y se genera entre personas ligadas por un vínculo jurídico preexistente, a cuya violación sirve de sanción; en cambio, la responsabilidad delictual o cuasidelictual supone la ausencia de obligación previa, se produce entre personas hasta entonces jurídicamente extrañas (por lo menos en cuanto al hecho de que deriva), y es ella la que crea la obligación de reparar el daño (Alessandri[12] y Meza Barros[13]).

[12] Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, N° 25, p. 35.

[13] Meza Barros, Ramón, *Manual de Derecho Civil. De las fuentes de las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, 10ª edición actualizada por Pedro Pablo Vergara, Santiago, 2006, t. II, N° 381, pp. 250-251.

Pero en el extranjero un fuerte sector doctrinal ha impugnado la teoría clásica y ha propiciado la unificación de ambas responsabilidades. En Francia, Planiol sostendrá que la diferencia no se justifica, y que ambas responsabilidades se identifican, básicamente por dos razones: 1°) porque no es efectivo que no exista en la responsabilidad extracontractual una obligación anterior; ésta existe y consiste en el deber de no lesionar o perjudicar ilícitamente a otro, y 2°) porque en la responsabilidad contractual también se crea una nueva obligación, que sustituye a la anterior de cumplir el contrato.[14] Se opone Josserand afirmando que es falso que el contrato sea realmente una ley y que la ley sea un contrato de gran envergadura.[15]

Otros autores han intentado dar vida a teorías eclécticas: se sostiene que en ambas responsabilidades se observa que nace una obligación y esa obligación produce efectos. No existen diferencias de naturaleza, pero sí de carácter práctico y de regímenes normativos (Mazeaud;[16] y en Chile, Tapia[17] y Abeliuk[18]).

Este planteamiento moderado es el que parece predominar en la doctrina comparada.

> Según el Sistema de Díez-Picazo y Gullón, se encuentran superadas las teorías sobre la distinción de la naturaleza del deber transgredido y se reconoce que no hay más que diferencias de régimen entre ambas responsabilidades, pero el asiento en que

[14] Planiol, Marcel, *Traité Elémentaire de Droit Civil*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 7ª edición, París, 1917, t. II, N° 876, p. 284: "la diferencia que se pretende establecer entre las dos especies de culpa carece enteramente de base; no es más que una suerte de ilusión resultante de un examen superficial: una y otra culpa crean igualmente una obligación, la de reparar mediante una indemnización el daño causado; una y otra suponen igualmente la existencia de una obligación anterior; una y otra consisten igualmente en un hecho que es una violación de esa obligación".

[15] Josserand, Louis, *Derecho Civil*, trad. Santiago Cunchillos y Manterola, Bosch, B. Aires, 1950, t. II, vol. I, N° 484, p. 364.

[16] Mazeaud, Henri, "Responsabilidad delictual y responsabilidad contractual", en *RDJ*, t. XXVII, Derecho, pp. 6-7. El artículo es traducción de Gonzalo Barriga Errázuriz, del original aparecido en la *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1929, pp. 551 y ss.

[17] Tapia, O., ob. cit., p. 357.

[18] Abeliuk Manasevich, René, *Las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, 5ª edición, Santiago, 2008, t. II, N° 939, pp. 937-939, aunque propicia una regulación común, al modo del Código Civil alemán.

metido las violaciones denunciadas y para ordenar reparaciones civiles. Esta modalidad de responsabilidad internacional, en la medida en que el Estado ha recepcionado los instrumentos internacionales que la establecen, pasa a permear el derecho interno y se transforma en una nueva forma de responsabilidad del Estado por el hecho de sus agentes u órganos. Es lo que sucede en Chile con la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisdicción que se reconoce a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Volveremos sobre este tema cuando nos refiramos a la responsabilidad civil del Estado.

III. Funciones de la responsabilidad extracontractual

1. Finalidad primordial y funciones concurrentes

La responsabilidad civil extracontractual apunta ciertamente a un gran y fundamental fin: reparar el daño causado, dejar a la víctima indemne. Es claro que no se pretende que el daño como tal desaparezca, puesto que éste ya se ha producido y la reparación que se obtenga mediante el ejercicio de la correspondiente acción de responsabilidad sólo conseguirá que otra persona asuma el costo que significa compensar, hasta donde sea posible, la pérdida sufrida por el perjudicado.

Aunque esta noción de la responsabilidad centrada en la idea de reparación del daño causado a la víctima ha venido a ser un punto casi no debatido en la actualidad, no puede desconocerse que el régimen de responsabilidad, al mismo tiempo y de manera casi inevitable y complementaria, desempeña otras funciones que deben serle reconocidas. Estas funciones concurrentes o complementarias son las de delimitación de la libertad de los privados, la prevención de futuros hechos dañosos por el autor u otros que se encuentren en su misma posición, y –aunque controversial– la función punitiva o sancionatoria.

2. La función de garantía de la libertad de actuar

Es conocido el aforismo que reza que en derecho privado, a diferencia de lo que ocurre en el campo del derecho público, las personas pueden hacer todo aquello que no esté expresamente prohibido. La regla general es la libertad de acción; la excepción es la limitación o prohibición de conductas

privadas, que como tal excepción debiera fundarse en una norma explícita y categórica.

La verdad es que este aforismo, tal como se lo formula, es poco exacto. Primero, porque no es infrecuente que en las leyes civiles se veden conductas mediante la utilización de estándares normativos abiertos: como son las buenas costumbres, la moral, el orden público, la buena fe, etc. Y, segundo, porque la libertad de los privados no sólo debe detenerse frente a una prohibición directa o indirecta del ordenamiento jurídico, sino cuando causa un daño a otro, que no encuentra justificación en el mismo ordenamiento. Nadie tiene derecho a actuar si con ello perjudica a alguien que no debe soportar ese daño. Los romanos acuñaron como principio inmanente de la justicia, la regla de oro en esta materia: *alterum non laedere* (nadie debe dañar a otro injustamente).

Por eso, el sistema de responsabilidad civil extracontractual, en la medida en que se explicita y se concreta mediante criterios legales y jurisprudenciales, sirve a los particulares para conocer la esfera de libertad que el ordenamiento les reconoce. En este sentido puede decirse que la responsabilidad, fundada en la culpa, es un "elemento de garantía de la persona" que "permite saber *a priori* cuáles eventos pueden serle imputados a quien actúa y consiente a la persona una libre elección de sus propios comportamientos".[94]

Nos parece que esto es aplicable incluso a la responsabilidad sin culpa, delimitada por otros factores de atribución reconocibles, y particularmente al ámbito empresarial, donde las empresas deberán evaluar las formas de responsabilidad que se les atribuyen para determinar las limitaciones de su accionar o, a veces incluso, la necesidad de abandonar faenas productivas cuyo lucro no alcance a cubrir los costos de los siniestros a ellas vinculados.[95]

3. La función preventiva

El derecho de daños cumple también una función disuasiva, tanto en el sentido particular del que ya ha sufrido la condena civil por un actuar injusto,

[94] PERLINGIERI, Pietro, *Manuale di Diritto Civile*, Edizione Scientifiche Italiane, 3ª edición, Napoli, 2002, p. 627.

[95] DÍEZ-PICAZO, L., ob. cit., p. 23.

como del resto de los integrantes de la sociedad. Parece lógico que, desde el punto de vista psicológico, la persona que ha obrado dañinamente y en virtud de esta acción se ve conminada a soportar en su patrimonio el costo del daño causado, tratará de evitar en el futuro la conducta descuidada o dolosa que le produjo tal pérdida.

Lo mismo puede decirse de los demás miembros de la sociedad que son advertidos de no producir ciertos daños o de ser más cuidadosos para evitar incurrir en los desembolsos de aquellos que han sido condenados por algún hecho culposo o doloso.

Esta función preventiva tiende a difuminarse, o al menos a cambiar su estructura tradicional, en los regímenes de responsabilidad objetiva o sin culpa.[96]

4. La función punitiva

Suele decirse que los regímenes de responsabilidad civil actuales más que centrarse en la culpa del autor y en su castigo, se asientan en la consideración de la víctima y en la reparación del daño. Se considera que la función represiva de la responsabilidad es una incoherencia que sólo puede estimarse un resabio de épocas superadas, cuando no se hacía la distinción entre sanción penal y sanción civil, y la indemnización cumplía el rol de reparación y también de pena privada.

Esta idea es correcta en sus términos generales. Pero necesita alguna precisión. Primero se debe constatar que existen sistemas de derecho de daños que cumplen también una función punitiva en forma explícita y declarada. Es el caso del régimen de responsabilidad que existe en el sistema jurídico angloamericano (*tort law*). En este esquema se reconoce que el derecho de *torts* cumple tres funciones: *compensation* (reparación), *deterrence* (disuasión) y *punishment* (sanción). La aplicación de los llamados *punitive damages* frente a ilícitos civiles (*torts*) es la forma de cumplir esta función punitiva.

> Los daños punitivos son una suma de dinero que el juez puede ordenar pagar a la víctima más allá de la indemnización reparatoria. Aunque la imposición de estos daños se deja a la discreción del juez, la práctica ha establecido que sólo son procedentes en casos de ilícitos de especial malignidad o gravedad. No es necesario que el culpable haya obrado con dolo, y pueden concederse incluso en caso de culpa grave. En el derecho inglés, los daños punitivos también se aceptan, pero su procedencia sufrió una fuerte limitación en 1964 a través de una sentencia de la House of Lords (Rookes v. Barnard). Se permite su imposición sólo en tres supuestos: 1) en caso de acción represiva, arbitraria e inconstitucional de los funcionarios del gobierno; 2) en caso de que el demandado haya calculado su conducta dañina de manera de sacar un provecho superior a la indemnización meramente reparatoria que correspondería al demandante, y 3) cuando tales daños son expresamente autorizados por algunos *statute*, por ejemplo, el *Copyright, Designs and Patent Act*, de 1988.[97] La figura de los daños punitivos tiende a ser considerada excepcional y mirada con recelo por los autores en atención a que el proceso civil no concede al demandado todas las garantías que se le aseguran en el proceso criminal.[98]

En los sistemas de derecho civil continental, la figura de los daños punitivos es resistida. Se estima que acordar al demandante una cantidad de dinero, no como reparación, sino como pena privada, atentaría contra los principios constitucionales que reglan el debido proceso y la aplicación de penas.[99]

No obstante, debe señalarse que incluso en nuestro sistema la finalidad sancionatoria no está del todo excluida, sino que concurre con la reparatoria.

[96] ALPA, Guido, y BESSONE, Mario, *La responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 23.

[97] MARKESINIS, B. S. y DEAKIN, S. F., *Tort Law*, Claredon Press, Oxford, 4ª edición, 1999, pp. 726-730.

[98] MARKESINIS, B. S. y DEAKIN, S. F., ob. cit., p. 37.

[99] En este sentido, DÍEZ-PICAZO, L., ob. cit., p. 25. También DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, "Algunas consideraciones en torno a la función de la responsabilidad civil en Chile", en H. CORRAL y otros (coords.), *Estudios de Derecho Civil IV: Responsabilidad extracontractual*, Abeledo Perrot, Santiago, 2011, pp. 64-66. No obstante, ante la evidencia de que la finalidad punitiva se contempla en las condenas por daño moral, algunos piensan que podrían tipificarse ciertos casos de daños punitivos en el sistema chileno: así, SEGURA RIVEIRO, Francisco, "Algunas consideraciones sobre la pena privada y los daños punitivos en el Derecho Civil chileno", en H. CORRAL y otros (coords.), *Estudios de Derecho Civil IV: Responsabilidad extracontractual*, Abeledo Perrot, Santiago, 2011, pp. 89-103; LARRAÍN PÁEZ, Cristián, "Aproximación a los *Punitive Damages*", en H. CORRAL y otros (coords.), *Estudios de Derecho Civil IV: Responsabilidad extracontractual*, Abeledo Perrot, Santiago, 2011, pp. 461-473. En Argentina, por reforma de 2008, se agregó a la Ley del Consumidor Nº 24.240, una norma que faculta al juez para imponer una "multa civil" en beneficio del consumidor perjudicado (art. 52 bis). Sobre esta última norma y los problemas de recepción de este tipo de daños, véase LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Los daños punitivos*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, *passim*.

En efecto, la indemnización, aunque regulada en términos del daño causado es también comprendida psicológicamente tanto por la víctima como por el ofensor como una sanción al actuar imprudente o doloso de éste. Así también lo entienden los tribunales, siendo inevitable una apreciación de la gravedad de la culpa cuando se regulan los daños extrapatrimoniales, en los que la discreción judicial es amplísima. En tal evento, factores como la gravedad o ligereza de la culpa del victimario, el cálculo de utilidades que haya podido hacer, su situación económica, son elementos que sirven, explícita o implícitamente, al juzgador para arribar a la cuantía de la indemnización.

En ocasiones, la misma ley civil mezcla la finalidad reparatoria con la sancionatoria. Es lo que sucede, por ejemplo, con el art. 1768, que dispone que aquel de los cónyuges que dolosamente hubiere ocultado o distraído alguna cosa de la sociedad perderá su porción en la misma cosa y se verá obligado a restituirla doblada. Algo similar ocurre con la privación de la acción de nulidad de un contrato al que lo celebró sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba (art. 1683) y al incapaz que actúa con dolo para inducir a contratar con él (art. 1685).

Por otro lado, el hecho de que la ley contemple que la culpa de la víctima determine una reducción de la indemnización del demandado puede ser visto en términos sancionatorios (pérdida del derecho a la indemnización que se regula sobre la base de la gravedad de la culpa).

En definitiva, pensamos que la figura de los daños punitivos no debe ser importada a un sistema como el nuestro, en el que se diferencia la responsabilidad civil y la responsabilidad penal. Es indudable que la finalidad primordial y esencial del derecho de daños es la reparación. Pero ello no quiere decir que junto con esa finalidad no coexista también, en cierto grado y muchas veces encubierta, la función punitiva.

Reconocer lo anterior no debiera ser demasiado extraño. La responsabilidad civil contractual contiene supuestos claros de extensión de la reparación y del monto de los perjuicios indemnizables según la gravedad de la culpabilidad del agente, como sucede con los daños imprevistos de los que debe responder sólo el que actúa dolosamente (art. 1558) y como ocurre en toda cláusula penal, en la que se mezcla la finalidad reparatoria con la finalidad sancionatoria.

5. La función institucional

La llamada escuela del Análisis Económico del Derecho (*Law and Economics*) aplicada en los Estados Unidos al sistema de *torts*, posee el mérito de haber destacado la función económica de los sistemas de responsabilidad, como instituciones de distribución eficiente de los costos de los accidentes y eventos dañosos suscitados en la vida social. La responsabilidad, por medio de normas y estructuras funcionarias, indica quién debe soportar, en definitiva, los costos de las pérdidas que produce la vida en sociedad; si la víctima, si el autor del daño, si los consumidores a través de internalización en los costos de producción de los gastos de provisiones o seguros de responsabilidad de las empresas llamadas a responder objetivamente. De esta manera, se puede decir que una función de las reglas de responsabilidad civil es la de organizar las confluencias de actividades de los privados; y con ello tienden a distribuir entre varios sujetos los costos de su actividad y, en este sentido, "regulan, o mejor inducen, una regulación espontánea".[100]

Por cierto, un sistema de responsabilidad eficiente, desde el punto de vista económico, será el que pueda asignar los costos de los accidentes de modo que esa distribución contribuya a un mayor bienestar general de la población y reduzca la ocurrencia de los accidentes. Puede decirse que un sistema razonable de asignación de recursos y costos debería tender a robustecer la función preventiva del derecho de daños, ahora en la perspectiva de la racionalidad de la actividad del *homo economicus* en que se basan estos análisis.[101]

IV. Fundamentos constitucionales de la responsabilidad extracontractual

1. Responsabilidad y justicia

El cambio de comprensión que ha tenido la ley constitucional en las últimas décadas en cuanto a dejar su papel de mero distribuidor de cuotas de poder en la organización del Estado y pasar a ser norma garantizadora

[100] MONATERI, Pier Giusseppe, *La responsabilità civile (Trattato di Diritto Civile dir. Rodolfo Sacco)*, Utet, Torino, 1998, p. 22.

[101] DÍEZ-PICAZO, L., ob. cit., p. 27.

de las libertades y derechos de las personas y, por tanto, con vocación para no sólo delimitar los ámbitos de competencia del legislador, sino para controlar su labor y para influir en la interpretación y aplicación de todo el ordenamiento jurídico, no ha dejado de repercutir en el derecho privado. De allí que la mayor parte de las instituciones tradicionales del derecho civil: persona, patrimonio, propiedad, contrato, responsabilidad, no puedan hoy ser correctamente apreciadas ni aplicadas en el contexto del orden jurídico con prescindencia de las normas y principios consagrados por la Constitución.

Surge, entonces, la pregunta de si la reparación de los daños sufridos en la convivencia social es una exigencia de tipo constitucional o no. La pregunta puede especificarse más si nos interrogamos sobre si los daños deben ser reparados mediante mecanismos de orden civil que imponen la reparación al que ha actuado culpablemente en la producción del daño.

Antes de analizar el texto constitucional conviene precisar si estas preguntas pueden ser contestadas en el plano del derecho natural o, más bien, de la justicia, ya que hemos de entender que toda norma positiva, y quizás con mayor razón la norma fundamental, encuentra su justificación en ser instrumentos para construir un orden social que sea lo más justo posible.

No parece haber muchas dudas en afirmar que los daños sufridos por las personas por causas ajenas a ellas mismas deben ser reparados o compensados en la medida de lo posible. Ya los romanos afirmaron que el *alterum non laedere* (no dañar a otro) es uno de los tres grandes principios del derecho (Ulpiano, D. 1.2.10.1). Por ello se sostiene que "se trata de un principio de tal rango jurídico que puede llegar a trascender el propio texto constitucional, en el sentido de no ser necesaria su mención expresa para que haya que entenderlo incluido en él".[102]

Pero la exigencia de obtener reparación de los daños puede cumplirse a través de mecanismos diferentes. Es posible que la necesidad de ayudar al que sufre el daño sea considerada una obligación para todo el cuerpo social, de manera que serán todos los ciudadanos los que soporten el pago

[102] REGLERO CAMPOS, L. Fernando, "Conceptos generales y delimitación", en REGLERO, L. Fernando (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, Aranzadi, Navarra, 2002, p. 75.

de las indemnizaciones que reparen los daños de las víctimas. Este es el mecanismo de los seguros obligatorios y más directamente de la seguridad social. En este caso, la reparación de los daños es enfrentada con mecanismos propios de la justicia distributiva, y por tanto, del derecho público. Nuestra Constitución contempla esta forma de reparación de los daños al establecer *"el derecho a la seguridad social"* (art. 19.18°).

Pero el sistema de seguridad social nunca podrá llegar a cubrir todos los daños; necesariamente estará limitado a aquellos que se estimen más esenciales; la Constitución aclara que la acción del Estado en esta materia estará dirigida a garantizar "prestaciones básicas" (art. 19.18°). Queda, entonces, la necesidad de verificar si la reparación del daño sufrido por la víctima puede ser impuesta, no ya a toda la sociedad, si no a una persona individual. La justificación de la transferencia del daño del patrimonio de la víctima al patrimonio del "responsable" es ahora propia de la justicia conmutativa o correctiva: se trata de obtener una restauración de la desigualdad que se ha producido por la acción del que causa un daño.[103] La razón que hace que la desigualdad sea injusta es, en general, el comportamiento insolidario del autor del daño (dolo o culpa). No obstante, también los sistemas de responsabilidad objetiva pueden fundarse en la justicia correctiva en la medida que en todos ellos se propende a una transferencia del costo del daño entre particulares y en que admiten como excusa que el daño no es antijurídico.

Algunos han sostenido que la mejor expresión de la justicia conmutativa en materia de responsabilidad la constituyen los modelos de responsabilidad estricta (objetiva) o de culpa presumida. Por nuestra parte, pensamos que la imputación subjetiva al autor del daño añade una razón más poderosa para

[103] Así aparece ya en ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, 1132b. Sostiene el Estagirita que en esta justicia, "la ley sólo mira a la naturaleza del daño y trata ambas partes como iguales, al que comete la injusticia y al que la sufre, al que perjudica y al perjudicado. De suerte que el juez intenta igualar esta clase de injusticia, que es una desigualdad; así, cuando uno recibe y el otro da un golpe, o uno mata y otro muere, el sufrimiento y la acción se reparten desigualmente, pero el juez procura igualarlos con el castigo quitando de la ganancia" (trad. Julio Paellí Bonet, Gredos, Madrid, reimp. 1988, p. 246). Tomás de Aquino aborda explícitamente si la restitución (concepto en el que comprende la indemnización de los daños causados injustamente) es un acto de justicia conmutativa, y la resuelve afirmativamente: "está el hecho de que la restitución se opone a la sustracción. Pero sustraer una cosa ajena es un acto de injusticia cometido en los cambios. Luego la restitución es un acto de justicia que dirige las conmutaciones" (*Summa Teologica* II-II, q. 62, a. 1, B.A.C., Madrid, 1990, t. III, p. 516).

provocar la transferencia del costo del daño y para calificar de inadmisible la desigualdad que se desea restaurar.[104]

Concluyendo, nos parece que por razones tanto de justicia distributiva como conmutativa es un principio inmanente a nuestro derecho el deber de reparar los daños sufridos por las víctimas por causas ajenas a ellas. La justicia distributiva exige que, al menos en lo referido a ciertas prestaciones básicas (vinculadas a la vida y salud de las personas), los daños deben ser reparados con cargo a toda la sociedad, mediante sistemas regidos por los criterios del derecho público (Seguridad Social). La justicia conmutativa exigirá en cambio que exista una tutela civil que provea un medio para que la víctima obtenga la reparación de los daños mediante la transferencia de su costo a otro particular al cual el daño le es imputable.[105] Los sistemas de responsabilidad civil extracontractual son así, en sus grandes rasgos, necesarios por razones de justicia, de manera que una ley que negara toda reparación de la víctima con cargo del causante del daño merecería la tacha de injusta, y por ello no compatible con los valores y principios de la Constitución.[106]

> El fundamento constitucional del principio de responsabilidad ha sido reconocido expresamente por el Tribunal Constitucional, para quien éste "no queda restringido al ámbito puramente legal, pues está incorporado al ordenamiento constitucional que no sólo otorga rango constitucional a la responsabilidad civil y penal, al remitirse a ellas la Carta Suprema en numerosos casos en que las alude directamente, o lo hace respecto de ciertos delitos o de los daños y perjuicios que causan determinadas autoridades o ciertas circunstancias, sino que, además, consagra estatutos de responsabilidad constitucional concretos, o encomienda expresamente al legislador hacerlo" (Trib. Const., 10 de junio de 2008, Rol N° 943-2007).

[104] BARROS, E., *Tratado*..., cit., p. 43, sostiene que la justicia correctiva puede ayudar a discernir en qué situaciones la responsabilidad estricta puede ser preferible a la responsabilidad por culpa.

[105] Sostiene HERVADA, J., ob. cit., p. 295, que "lo injusto conmutativo se caracteriza por el daño al bien ajeno y por el enriquecimiento desproporcionado a costa de otro. En este caso el deber de reparación se satisface con la *restitución* o, si ésta no es posible, con la *compensación*".

[106] En este sentido, REGLERO, L., "Conceptos...", cit., p. 75. También haciendo ver cómo el principio *alterum non laedere* ha asumido jerarquía constitucional, lo que implica una nueva forma de interpretación de las reglas legales sobre responsabilidad, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Los dilemas de la responsabilidad civil", en *Rev. Ch. Der.* vol. 28, N° 4, 2001, pp. 672-673.

2. EL SISTEMA DE REPARACIÓN DE DAÑOS ANTE LA CONSTITUCIÓN

Por lo anterior, puede sostenerse que el sistema de reparación de daños está implícitamente asumido por la Constitución, al menos en su pretensión de que el Estado esté al servicio de la persona humana y promueva el bien común (art. 1° Const.).

Pero la Constitución chilena menciona expresamente la responsabilidad civil como medio de reparación de daños en varios preceptos. Así, por ejemplo, con ciertos supuestos en los que se alude a la responsabilidad de autoridades o funcionarios públicos: como en los arts. 36, 38.2 y 53.1°. Son también relevantes algunos casos en los que se regula un ilícito constitucional típico que da lugar a indemnización de daños y perjuicios, como el caso del error judicial (art. 19.7°, letra i).

Sin embargo, nos parece que la norma constitucional clave en materia de responsabilidad en la Constitución es la del art. 6°, que después de señalar que los preceptos constitucionales no obligan sólo a los órganos del Estado, sino "a toda persona", dispone que "La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley".

Se observa que se distingue lo que son sanciones (derecho sancionatorio penal o administrativo) de las responsabilidades, que no podrán ser, si se trata de un particular, más que responsabilidades civiles.

La transgresión de derechos constitucionales que causa daño debe ser materia de responsabilidad civil. La regulación de estos sistemas de tutela civil de los derechos constitucionales debe hacerse por ley y no por normas de inferior jerarquía.

Es manifiesto que algunos derechos constitucionales son los que más importancia tienen en cuanto a un sistema de reparación de daños: los derechos a la vida y a la integridad física y psíquica (art. 19.1°), a la libertad (art. 19.7°), a la protección de la salud (art. 19.9), a la honra y a la vida privada (arts. 19.4° y 19.5°), a la propiedad (arts. 19.23°, 19.24° y 19.25°). Si bien los sistemas de responsabilidad por daños no pretenden la protección directa de estos derechos, en cuanto cumplen una función preventiva

es innegable que contribuyen a su tutela, si bien indirectamente.[107] Como la lesión de algunos de estos derechos produce daños no patrimoniales, puede decirse que su consagración constitucional apoya la tesis de la indemnizabilidad del daño moral[108] y que ésta sería imperativa no sólo para el juez, sino también para el legislador.[109] Normas como la del art. 2331 del Código Civil, que niegan la posibilidad de obtener reparación de daños no patrimoniales por imputaciones injuriosas (violación del derecho a la honra), podrían ser correctamente impugnadas por inconstitucionales.

A este respecto, el Tribunal Constitucional en diversos fallos recientes ha declarado la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 2331, pues dicha norma priva "a los atentados contra el derecho a la honra que no constituyan delitos específicos, de la protección de la ley, pues, mientras las lesiones a otros derechos igualmente no constitutivas de delitos dan lugar a indemnización por todos los daños patrimoniales y morales causados, de acuerdo a la regla general del artículo 2329 del Código Civil, las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho a la indemnización del daño moral, que es naturalmente el producido por esta clase de atentados y, ordinariamente, el único" (Trib. Const. 10 de junio de 2008, Rol N° 943-2007. En el mismo sentido: 16 de abril de 2009, Rol N° 1185-2008; 9 de marzo de 2010, Rol N° 1569-2009; 23 de septiembre de 2010, Rol N° 1463-2009; 9 de noviembre de 2010, Rol N° 1419-2009; 15 de marzo de 2011, Rol N° 1679-2010; 15 de marzo de 2011, Rol N° 1741-2010; 29 de marzo de 2011, Rol N° 1798-2010). Sin embargo, en el proceso para declarar la inconstitucionalidad general total o parcialmente de la norma y su consiguiente derogación, el tribunal no alcanzó el quórum requerido por el art. 93 N° 7 de la Constitución (Acuerdo de 24 de mayo 2011, Rol N° 1723-2010).

3. La constitucionalidad de la responsabilidad objetiva

Puede cuestionarse si los regímenes de responsabilidad sin culpa u objetiva cumplen con las exigencias constitucionales, y más aún si sería admisible,

[107] REGLERO, L., "Conceptos...", cit., p. 76.

[108] DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, "Aspectos de la constitucionalización del derecho civil chileno", en *RDJ*, t. XCIII, Derecho, pp. 132-133, sostiene que la reparación del daño moral, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual, "tiene asidero constitucional" en los derechos de los N°s. 1, 4 y 9 del art. 19 de la Constitución. Lo seguimos en "Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del Derecho Privado", en *Derecho Mayor* N° 3, octubre, 2004, pp. 47-63.

[109] AEDO BARRERA, Cristián, *El daño moral en la responsabilidad contractual y extracontractual*, Libromar, Valparaíso, 2001, p. 233.

en el plano constitucional, la sustitución completa del sistema subjetivo por el de responsabilidad estricta.

Esta última posibilidad debe descartarse, en cuanto que prohibir a la víctima recabar indemnización del que causó culpablemente un daño injusto sería contrario a la justicia conmutativa y, por tanto, inconstitucional. La responsabilidad civil por culpa tiene un respaldo constitucional fuerte.

Por el otro lado, no puede decirse que el hecho de que un régimen de responsabilidad no se funde en la culpa del autor del daño lo transforme inmediatamente en injustificado e inconstitucional. Evidentemente un sistema de responsabilidad objetiva en el que se imponga el deber de reparar en forma absolutamente aleatoria y arbitraria sería contrario a la Constitución. Algún nexo de imputación diverso de la culpa es necesario que exista para que sea explicable el deber de reparar en una determinada persona. Por de pronto, se hace necesario un vínculo causal entre el actuar del que ocasiona el daño y el daño producido, y además una razón que opere como justificante de que el que causa el daño debe soportarlo, en definitiva, aunque no haya obrado por culpa. En seguida, parece que es necesario efectuar un juicio prudencial sobre la conveniencia social de que en una determinada materia o sector de actividades sea regida por un modelo de responsabilidad objetiva, ya que el modelo de la culpa se hace inadecuado e ineficiente. Este juicio de conveniencia debe ser reservado al legislador, sin que sea aceptable que se impongan regímenes de responsabilidad objetiva por decisión judicial.

Los sistemas objetivos así como los de culpa presunta no violan el principio constitucional de inocencia, en la medida en que no se trata de instrumentos sancionatorios.[110] Nuestra Constitución señala explícitamente que "la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal" (art. 19.3°.6), de lo que cabe deducir que esa presunción de derecho sí es admisible tratándose de responsabilidad civil. Tendrá que cumplir empero algunas exigencias mínimas, como las que hemos referido en el párrafo anterior.

De acuerdo a lo resuelto por nuestro Tribunal Constitucional, el establecimiento de un régimen de responsabilidad objetiva o estricta en nuestro ordenamiento jurídico

[110] REGLERO, L., "Conceptos...", cit., pp. 101-104.

no es contrario a la Constitución, pues ella "no prejuzga acerca de cuál debe ser el fundamento de la obligación de reparar un daño sufrido por una persona. En nuestro derecho la obligación de reparar un daño no es siempre atribuible al dolo o culpa del responsable del mismo, sino que muchas veces tiene su fundamento en hipótesis de responsabilidad estricta u objetiva... En cualquier caso, para que proceda la responsabilidad civil estricta es necesario que la ley lo disponga expresamente, pues es un caso excepcional" (Trib. Const., 23 de septiembre de 2010, Rol Nº 1463-2009).

4. PROBLEMAS CONSTITUCIONALES DE LA LIMITACIÓN Y TASACIÓN LEGAL DE LOS DAÑOS

Los aspectos de la responsabilidad civil que han sido discutidos en sede constitucional son los que conciernen a la posibilidad de que por ley se avalúen ciertos daños (por ejemplo, corporales) o que se limite la indemnización a daños de una determinada naturaleza, excluyendo los de otra.

Esta última cuestión fue presentada a la justicia constitucional italiana, mediante un recurso que tachaba de inconstitucional el art. 2059 del Código Civil, que sólo admite la indemnización del daño no patrimonial en los casos de ilícito sancionado penalmente (por remisión al art. 185 del Código Penal). El Tribunal Constitucional italiano por sentencia Nº 184, de 30 de junio de 1986, respaldó la norma civil y sostuvo que, dado que la responsabilidad civil cumple no sólo funciones reparatorias, sino también preventivas y sancionatorias, el legislador está autorizado constitucionalmente para limitar la procedencia de la reparación del daño moral y reservarla para aquellos actos del autor del daño que sean particularmente calificados, como los ilícitos penales.

En el sistema chileno, si bien no existe esta limitación general, la encontramos prevista para el caso de imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona. El art. 2331 del Código Civil dispone, *a contrario sensu*, que la víctima no puede demandar una indemnización pecuniaria por el daño no patrimonial que hubiere sufrido.

A nuestro juicio, si existe culpa o dolo en el autor del daño, no parece justificable, desde un punto de vista constitucional, que el legislador excluya la posibilidad de que la víctima obtenga una reparación cumplida de todos los daños jurídicamente significativos, sin que pueda discriminarse según la naturaleza del daño. La razón aducida por el Tribunal Constitucional italiano no tiene en cuenta que, si bien la responsabilidad puede cumplir otras funciones, no puede renunciar a su cometido más propio, que es el de reparar o compensar los daños.

La cuestión de si ciertos daños pueden ser tasados previamente dice relación con los sistemas objetivos. Los regímenes objetivos necesitan para su funcionamiento que los que tienen el riesgo de ser responsables de daños puedan contratar seguros que les permitan funcionar en la actividad riesgosa de que se trate. Ahora bien, los seguros necesitan, para calcular las primas, tener una cierta seguridad del monto de las indemnizaciones a las que puede verse obligado a pagar un asegurado. De allí que en ocasiones la ley se allane a limitar el máximo de indemnizaciones reclamables a través de esta vía, aunque sin vedar la posibilidad de demandar más probando la culpa. ¿Es constitucional esta decisión legislativa?

El tema ha sido muy discutido en España con ocasión de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, que estableció un sistema de indemnización tarifada por los daños corporales sufridos por las víctimas. El Tribunal Constitucional español, por sentencia 181 del 2000, ha justificado las pautas legales en la medida en que establezcan una indemnización suficiente en el sentido de ser respetuosa con la dignidad inherente al ser humano. Ha declarado, sin embargo, que es inconstitucional excluir que la víctima pueda obtener una indemnización superior a la tasada por incapacidad temporal cuando esta tiene por causa exclusiva la "culpa relevante" del agente causante del hecho lesivo.

En realidad, no parece haber dudas en que en los sistemas de responsabilidad objetiva, al no estar exigidos por la Constitución –aunque tampoco prohibidos–, pueden quedar sujetos a la discreción del legislador en cuanto a los daños indemnizables y a sus cuantías. Se hace ver que "se considera que a cambio del plus de protección de que disfruta la víctima (imputación objetiva, garantías en la percepción de la indemnización mediante el sistema de aseguramiento obligatorio-fondos de garantía), ésta haya de soportar en ciertos casos una parte del daño cuando no sea imputable culpablemente al agente".[111]

[111] REGLERO, L., "Conceptos...", cit., p. 99.

Lección segunda
Evolución histórica y actuales tendencias

I. El derecho Romano

Es en el derecho romano donde surgen las primeras reglas de reparación civil de los daños causados a otros. En un primer momento, no hay una clara distinción entre responsabilidad penal y responsabilidad civil. El ilícito que causa daño es motivo de imposición de una pena. El derecho romano distinguió dos suertes de atentados ilícitos: los *crimina* eran atentados contra el Estado, que se reprimían por la autoridad pública con penas corporales y multas en favor del erario; en cambio, los *delicta* eran juzgados sólo a instancia de la parte ofendida. Entre los *delicta* estaban el hurto, las lesiones personales y el daño en las cosas.

La base sobre la cual los juristas romanos fueron autorizando la indemnización por daños patrimoniales (en cosas ajenas) fue la llamada *lex aquilia* (plebiscito probablemente del año 286 a. C., propuesto por el Tribuno Aquillius) (cfr. D. 9.2; C. 3.35), por la cual los daños a cosas ajenas (incluidos ganados y esclavos) se sancionaban, pero con la obligación de pagar una cantidad de dinero en favor del perjudicado. La denominación, aún en uso, de "responsabilidad aquiliana" para hacer referencia a la responsabilidad extracontractual constituye un recuerdo de esta importantísima ley.

La *lex aquilia* tipifica tres grupos de delitos de daño:

1° La muerte de un esclavo o ganado grande ajenos, con pena que se fija en el valor máximo de lo dañado durante el último año.

2° Todo daño causado a otro por lesión o destrucción de alguno de sus bienes. En este caso la pena a aplicar corresponde al valor máximo de la cosa dañada durante los treinta días anteriores (*proximi*).

3° Daño que causa a un acreedor el acreedor adjunto (*adstipulator*) que se queda con el crédito una vez percibido. En esta parte la ley cayó pronto en desuso, porque se otorgó al perjudicado en este caso la *actio mandati* en vez de la *actio legis aquiliae.*[112]

Según algunos, la ley aquilia sólo suponía el *damnum iniuria datum* y funcionaba a la manera de lo que hoy conocemos como responsabilidad objetiva, y habrían sido los maestros de la escuela oriental, inspirados en la obra de Ulpiano, los que introdujeron la idea de "culpa", extendiendo el texto de la ley aquilia.[113] No obstante, voces autorizadas, como D'Ors y, entre nosotros, Guzmán Brito, sostienen que fue la jurisprudencia clásica la que interpretó la palabra *iniuria* en el sentido de que se debía responder por actos de negligencia que causaban daño y para ello se acudió al término de culpa, resultando que el *damnum iniuria datum* es el prototipo de delito culposo (por oposición al doloso).[114] Según Schipani, la jurisprudencia romana con la ayuda del pretor fue interpretando el vocablo *iniuria* primeramente como ausencia de una causal de justificación y luego como exigencia de culpa. De allí surgiría la regla general de que toda culpa que causa un daño es punible, regla que cumplía la función de integrar el sistema cuando ocurrían hechos dañosos que no estaban especialmente tipificados. Pero junto con la culpa existían ilícitos típicos que generan el deber de reparar que no se fundaban en la culpa, como, por ejemplo, la responsabilidad del propietario de la casa por daños causados por vertidos o cosas que caen de ella a la calle (D. 9.3).[115]

[112] Cfr. D'ORS, Álvaro, *Derecho privado romano*, Eunsa, Pamplona, 7ª edición, 1989, § 373, pp. 426-427.

[113] MAZEAUD, H., MAZEAUD, L., y TUNC, A., ob. cit., t. I, v. I, pp. 42-43.

[114] D'ORS, A., *Derecho*..., cit., § 374, p. 427; GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho privado romano*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, t. II, p. 258, aunque, según Guzmán, el concepto de culpa comprende también la creación sin cautelas de una situación de peligro para personas o cosas.

[115] SCHIPANI, Sandro, "El sistema romano de la responsabilidad extracontractual: el principio de la culpa y el método de la tipicidad", en Atilio ALTERINI y Roberto LÓPEZ CABANA (dir.), *La responsabilidad. Homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg*, Abeledo Perrot, B. Aires, 1995, pp. 21 y ss., especialmente pp. 33-35. Sobre las discusiones acerca del carácter originariamente penal de la ley, véase a AEDO BARRENA, Cristián, "La *actio legis Aquiliae*: concepto, características, y desarrollo decretal posterior. Lecturas desde el capítulo tercero", en *Revista de Derecho* (U. Católica del Norte), vol. 16, N° 1, 2009, pp. 23-57. Sobre la interpretación extensiva del texto de la ley, ver también del mismo autor, "La interpretación jurisprudencial extensiva a los verbos rectores de la Ley Aquilia de Damno", en *Ius et Praxis,* vol. 17, N° 1, 2011, pp. 3-20.

II. EL DERECHO MEDIEVAL

Con la influencia del cristianismo, en la Europa Medieval comienza a esbozarse una concepción más moralista de la responsabilidad que se modela sobre la idea de la atribución por culpa personal. Se separa así el objeto de la reparación de la pena correctiva (o penal), la responsabilidad deja de ser colectiva (por comunidades, ciudades o familiar), y la justificación de la obligación de reparar viene a fundarse en un actuar reprochable del actor.

Se ha estudiado que en Francia el principio del sistema de responsabilidad, que pasaría luego al art. 1382 del Código Civil de 1804, encuentra su punto de partida en el derecho medieval, y en una progresiva evolución jurisprudencial entre los siglos XII y XIV, luego sistematizada doctrinalmente en los siglos XV y XVI. La evolución creadora del sistema clásico de responsabilidad comienza a fines del siglo XII y se consolida en el siglo XVI.

Pueden encontrarse en la obra magna de Tomás de Aquino, la *Summa Teologica*, ya formulados varios lineamientos del sistema moderno de la responsabilidad. En primer lugar, el principio de que debe repararse todo daño injustamente causado: "El que infiere daño a alguien está obligado a repararlo ... El hombre está obligado a la restitución de aquello en que perjudicó a otro".[116] Se aprecia ya una distinción entre la responsabilidad civil y el castigo penal: la obligación de restitución se limita a lo injustamente quitado y si el juez impone más de ello, lo hace a título de multa, la que se debe sólo desde la condena.[117] Se permite la reparación por equivalente en caso de daño corporal o lesión del honor.[118]

La jurisprudencia del Parlamento de París indica que la responsabilidad civil ya aparece como un mecanismo independiente tanto de la composición voluntaria (la

[116] AQUINO, T., *Summa Teologica* II-II, q. 62, a. 4, ob. cit., t. III, p. 519.

[117] AQUINO, T., *Summa Teologica* II-II, q. 62, a. 4, ob. cit., t. III, pp. 518-519. Distingue Santo Tomás entre la desigualdad objetiva que causa el hecho ilícito y "la culpa de injusticia" que constituye el delito; la primera se remedia mediante la restitución, para lo cual es suficiente que se restituya tanto cuanto se tuvo del otro, "pero en lo concerniente a la culpa se aplica el remedio por la pena, cuya imposición pertenece al juez. Por consiguiente, antes de que el reo sea condenado por un juez, no está obligado a restituir más de lo que tomó; pero después de condenado está obligado a pagar el castigo".

[118] AQUINO, T., *Summa Teologica* II-II, q. 62, a. 2, ad. 1, ob. cit., t. III, p. 517: "cuando lo que se ha quitado no es posible restituirlo por algo igual, debe hacerse la compensación del modo que sea posible; por ejemplo, cuando uno le ha quitado a otro un miembro, debe recompensarle en dinero o en algún honor, considerada la condición de ambos, según el juicio de un hombre prudente".

transacción que tiende a reparar el daño, pero también a componer la paz familiar) como de los daños producidos por el incumplimiento contractual.[119] Se produce también una ampliación de los daños reparables: la acción fundada en la *lex aquilia* se dirigía a la reparación de daños materiales. Sin embargo, ya los glosadores dan una acción útil en caso de lesión corporal sufrida por un hombre libre y también en caso de homicidio por el perjuicio pecuniario causado a los familiares de la víctima. Solamente resulta excluido el daño puramente moral. La jurisprudencia del Parlamento de París, sin embargo, parece ir distinguiendo entre "restituir lo dañado" y "enmendar la injuria". La víctima puede invocar *pro injuria sua* una multa (*amende*) que tiende a reparar un perjuicio moral, al menos en los casos de actuación dolosa o intencional.[120] Finalmente, por influencia de los canonistas la obligación de indemnizar el daño se hace transmisible tanto activa como pasivamente, lo que no era aceptado sino excepcionalmente por el derecho romano y por la Escuela de los Glosadores.[121]

En España, el cambio se observa ya en el Código de Alfonso el Sabio, Las Siete Partidas, en el cual, aunque se conserva la tipificación característica del derecho romano, se advierte ya un giro hacia la generalización de la responsabilidad individual por culpa. La ley VI del Título XV de la Séptima Partida se intitula de un modo amplio "Cómo aquel que ficiere daño a otro por su culpa, es tenudo de facer enmienda dél".

El abandono del sistema romano parece consumado al final del siglo XIV, y los elementos emergentes de un nuevo principio rector de la responsabilidad podían ser objeto de una exposición teórica. Esta labor se atribuye fundamentalmente a los juristas franceses Domat y Pothier, que trabajarán sobre el derecho romano y los principios proclamados por el Derecho Natural Racionalista (partiendo de Hugo Grocio).

III. ELABORACIÓN DEL RÉGIMEN CLÁSICO DE RESPONSABILIDAD

El principio sobre el que se erigirá el sistema clásico de responsabilidad elaborado doctrinalmente es expresado por primera vez por el fundador

[119] Cfr. AUZARY-SCHMALTZ, Bernadette, *"La responsabilité délictuelle dans l'ancien droit français. Les origines des articles 1382 et suivants du Code Civil"*, en *Revue Historique de Droit Français et Etranger*, 77,2, 1999, pp. 163 y ss.

[120] AUZARY-SCHMALTZ, B., ob. cit., pp. 173-174.

[121] AUZARY-SCHMALTZ, B., ob. cit., p. 178.

de la Escuela Racionalista del Derecho Natural, el holandés Hugo Grocio. En su obra más clásica, *Del Derecho de la guerra y de la paz*, se observa ya en forma rotunda la afirmación de que cuando se ha causado daño por culpa se está obligado "naturalmente" a repararlo.[122]

Pero quien ha producido la doctrina de la responsabilidad civil que luego predominaría en la tradición occidental ha sido el jurista francés Jean Domat, en cuya obra aparece por primera vez en forma sistemática la distinción entre incumplimiento contractual, delito penal y hecho ilícito que obliga al resarcimiento si fue realizado con dolo o negligencia. En su teoría aparecen los elementos romanos fraguados con la doctrina canónica del deber moral y el principio de libertad individual de la Escuela Iusnaturalracionalista.

> Dice Domat: "Débense distinguir aquí tres clases de hechos, los cuales pueden ser causa de ciertos daños que acontezcan: unos que constituyen un verdadero crimen o delito; otros que son obra de las personas que faltan al cumplimiento de sus obligaciones en los contratos... y otros que no tienen relación con las convenciones, pero que tampoco pasan a ser un crimen o delito, como si por una imprudencia se arroja por la ventana una cosa con la que se manche un vestido de una persona que esté debajo; si unos animales mal guardados causan algún daño; si se ocasiona un incendio por efecto de poca precaución; si un edificio que amenaza ruina por no haberse reparado oportunamente se desploma sobre otro y causa en él algún daño. De estas tres clases de hechos sólo los últimos son objeto del presente título, pues los crímenes y delitos no deben mezclarse con las materias civiles, y todo cuanto atañe a las convenciones se ha explicado ya en el libro primero".[123]

Aparece también en la obra de Domat el principio general de que todo daño debe ser reparado si se debe a culpa: "Todas las pérdidas y todos los daños que pueden sobrevenir por obra de alguna persona, sea por imprudencia, ligereza o ignorancia de lo que debe saber, o por otras faltas semejantes, por más leves que sean, deben ser

[122] Cfr. GROTIUS, Hugo, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. P. Pradier-Fodéré, Presses Universitaires de France, París, 1999, Libro II, cap. XVII, § 1, pp. 414-415: "Nosotros llamamos aquí delito toda culpa, sea en la acción, sea en la inacción, en oposición a lo que los hombres deben hacer o comúnmente, o en razón de una cualidad determinada. De tal culpa, si ha habido un daño causado, nace naturalmente una obligación, que tiene por objeto repararlo". Algunos estudios han demostrado que Grocio, a su vez, recibió en esta materia la influencia de la Escuela Española de Derecho Natural, conocida como Escuela de Salamanca. Cfr. AUZARY-SCHMALTZ, B., ob. cit., p. 182.

[123] DOMAT, Jean, *Las leyes civiles en su orden natural*, trad. Felio Vilarrubias y José Sarda, Imprenta de José Taulo, 2ª edición, Barcelona, 1844, lib. II, tít. VIII, intr., t. II, p. 65.

indemnizados por aquel cuya imprudencia o falta haya dado lugar a ellos; pues son un mal que ha hecho aun cuando no tuviese intención de dañar".[124]

Un siglo más tarde, Robert Joseph Pothier, el jurista que servirá de puente entre el derecho antiguo francés y el *Code Civil* de Napoleón (*Code Napoleón*), reproducirá y perfeccionará el régimen diseñado por Domat. Recogiendo la clasificación de las fuentes de las obligaciones de Gayo, precisará que los hechos de los que pueden derivar responsabilidad son los delitos (cometidos intencionalmente) y los cuasidelitos (cometidos por mera negligencia).

"Se llama delito –dirá Pothier– al hecho por el cual una persona, por dolo o malignidad, causa perjuicio o daño a otra. El cuasidelito es el hecho por el cual una persona, sin malignidad, sino por una imprudencia que no es excusable, causa algún daño a otro".[125]

En conclusión, podemos concordar en que Domat y Pothier han forjado la teoría clásica de la responsabilidad con los elementos iniciales compuestos por el derecho romano, reformulados por la interpretación de los glosadores, canonistas, teólogos y jurisprudencia francesa medieval, y cristalizados por las doctrinas del derecho natural racionalista.[126]

IV. La codificación. Consagración del sistema clásico

De Domat, pasando por Pothier, el principio de la responsabilidad por culpa pasó a los arts. 1382 y 1383 del *Code Napoleón* (1804), que establecen como regla general que todo daño inferido a otro debe ser reparado si se debe al "hecho o culpa" del autor.

[124] Domat, Jean, ob. cit., lib. II, tít. VIII, sec. 4, § 1, t. II, p. 76. Se ha escrito, sin embargo, que no ignora Domat algunos casos de responsabilidad sin culpa, como, por ejemplo, la responsabilidad del dueño de la casa por los daños causados por las cosas caídas o desprendidas de ella, en lo que sigue al derecho romano, pero en su exposición aparecen como "culpas que no constituyen delito". Cfr. Tale, Camilo, "La extensión del resarcimiento y otras cuestiones actuales de responsabilidad civil en la obra de Domat (Homenaje a su memoria y reflexiones para nuestro tiempo)", en *El Derecho*, N° 9.300, 1997, pp. 1 y ss.

[125] Pothier, Robert J., *Tratado de las obligaciones*, Bibliográfica Omeba, B. Aires, 1961, N° 116, p. 72.

[126] Cfr. Mazeaud, H., Mazeaud, L., y Tunc, A., ob. cit., t. I, v. I, N° 36, pp. 51 y ss.

Dispone el art. 1382 que "Todo hecho del hombre que causa daño a otro, obliga a aquel por cuya culpa se ha producido, a repararlo". Y agrega el art. 1383: "Cada uno es responsable de los daños causados no solamente por su hecho, sino incluso por su negligencia o por su imprudencia".

No obstante, la exigencia de dolo o culpa es relativizada por la responsabilidad indirecta o vicaria, que se reconoce respecto del hecho de terceros y de cosas que se encuentran al cuidado del responsable. El art. 1384 contiene el principio en términos generales: "Se responde no solamente del daño que se causa por el hecho propio, sino también por el causado por el hecho de las personas por las cuales se debe responder o de las cosas que están bajo su cuidado". Además, se ha destacado que, acogiendo los planteamientos de Pothier[127], el Código es más riguroso con los empresarios o amos impidiéndoles alegar que no pudieron evitar el hecho lesivo del dependiente.[128]

Pero en la concepción que prevalece en la doctrina que comenta exegéticamente el Código Civil se insiste en la conexión de esta responsabilidad por el hecho ajeno o por tenencia de las cosas con la culpa: culpa por no haber sabido educar a los hijos o vigilar a los dependientes o por no haber cuidado las cosas para que no causaran daño. Además, los autores tienden a restringir la aplicación de estas normas, considerándolas excepcionales y, por lo tanto, de "relieve bastante marginal".[129]

La construcción del sistema de responsabilidad sobre el principio de la culpa es común a todo el derecho occidental. Aparece, por cierto, en todas las legislaciones derivadas del Código Civil francés, entre ellas la nuestra, pero también en aquellas experiencias que le son más lejanas. Así, en el sistema germano, el Código Civil prusiano de 1794 presentará la culpa como el presupuesto del hecho ilícito generador de la obligación de reparar. El Código Civil alemán de 1900 mantendrá el principio en el § 823, según el cual "El que, intencionalmente o por culpa, lesione injustamente la vida,

[127] Pothier, R., ob. cit., N° 121, p. 74.

[128] Cfr. Zelaya Etchegaray, Pedro, "La responsabilidad civil del empresario por el hecho del dependiente en el Código Civil francés", en AA.VV., *Instituciones Modernas de Derecho Civil. Homenaje al profesor Fernando Fueyo Laneri*, ConoSur, Santiago, 1996, pp. 463 y ss.

[129] Alpa, G., y Bessone, M., ob. cit., pp. 30-31.

la persona, la salud, la propiedad o cualquier derecho de otro, es obligado a resarcir los daños que se deriven". También se configura, en la misma época, una visión semejante en el derecho anglosajón, el *common law*, el que, por medio de precedentes jurisprudenciales, forjará el principio de "*no liability without fault*".

La coincidencia es explicada como una posible encarnación en el plano jurídico de los principios de la economía liberal del *laissez faire*, como una traducción del principio más general de que el que actúa lo hace a su propio riesgo, al modo de "quien actúa a su propio riesgo es libre de actuar (pero debe soportar las consecuencias de sus acciones, si ellas provocan daños a terceros culpablemente)".[130] Pero pareciera que no puede sencillamente afirmarse que la estructura económica ha sido la que determinó un modelo jurídico, siendo más plausible que se trate de procesos culturales de influencia y potenciamiento recíprocos. El sistema de responsabilidad por culpa ha sido interpretado conforme a las percepciones de la época, pero no se agota en la mera traducción en ropajes jurídicos de una necesidad derivada de un determinado modelo económico, como lo prueba su increíble resistencia a las críticas devenidas durante los procesos económicos de socialización de la propiedad y de dirigismo estatal.

V. La expansión de la responsabilidad civil. Críticas al principio de la culpa

Las transformaciones, a la vez económicas, sociales, políticas y culturales, que se generan a partir de la segunda mitad del siglo XIX y primeras décadas del XX, comienzan a poner en cuestión el principio de que sólo se responde por culpa personal apreciada en concreto. Por una parte, existe una mayor tendencia a enfatizar los deberes de solidaridad social por sobre la exaltación individualista de la libertad propia de los siglos anteriores. Por otro lado, una economía eminentemente agropecuaria ha dejado paso a otra industrializada y altamente tecnificada, que convoca a una masa de operarios y una ingente cantidad de recursos pecuniarios. Además, los avances científicos y técnicos junto con favorecer el bienestar se convierten en nuevas fuentes de daño (ferrocarriles, automóviles, vacunas, productos farmacéuticos). Finalmente, una valoración más integral de la persona produce la

[130] ALPA, G., y BESSONE, M., ob. cit., p. 101. Según estos autores, las tres instituciones: propiedad, contrato y responsabilidad son entendidas en la época en clave individualista, funcional a las directivas de la política económica del *laissez faire*.

aspiración a que la reparación no se detenga en los rubros económicos del daño, sino que incursione en aspectos espirituales, estéticos, psicológicos. La preocupación por la víctima del hecho dañoso pasa a tener tanta o más relevancia que la indagación de si hay culpa en el autor del daño.

La doctrina y la jurisprudencia de los distintos países comienza, entonces, sin renunciar al principio general de la culpa, a establecer paliativos o morigeraciones que permitan, ante este nuevo panorama, conceder la indemnización, aunque no se logre acreditar culpa en un individuo determinado.

Los principales paliativos de la teoría subjetiva son:

1°) Una revalorización de los supuestos de responsabilidad del hecho ajeno: aunque presentes ya en los Códigos Civiles, se comienza a ver en estas "presunciones de culpa" no un criterio excepcional o residual, sino uno casi paralelo en importancia al criterio clásico. La interpretación que se hará de estas presunciones llevará a ampliar el concepto de "empresario" para incluir a las grandes sociedades comerciales o personas jurídicas, a aligerar la prueba del vínculo de la dependencia y a dificultar la exoneración del tercero responsable.

2°) Extensión del concepto de culpa: la jurisprudencia opera una suerte de ampliación del concepto de negligencia, de manera que comportamientos que podrían considerarse de "cuidado ordinario o normal" son considerados "descuidados" y originadores de responsabilidad.

3°) Objetivación de la culpa: se comienza a considerar que para estimar la existencia de culpa no es necesario escudriñar en la conciencia psicológica del agente, sino que basta comparar su comportamiento con un estándar objetivo: el hombre medio razonable.

4°) Ampliación del ámbito de la responsabilidad contractual: frente a situaciones producidas a raíz de un contrato, pero que no son estrictamente incumplimientos contractuales (por ejemplo, accidentes de personas producidos con ocasión de un contrato de hospedaje, transporte, o en ferias de diversiones), se comienza a extender la cobertura del contrato para hacer caer dentro de su ámbito los hechos dañosos. Se sostiene que existe

una obligación de seguridad (que se contiene tácitamente en el contrato), la que, al ser incumplida, permite considerar incluido el hecho dentro del régimen de la responsabilidad contractual. Este se considera más favorable a las víctimas, básicamente por eximirlas de la carga de probar la culpa o negligencia del contratante incumplidor.[131]

VI. LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA O POR RIESGO

Los correctivos anteriores son, sin embargo, estimados insuficientes para dar solución a todos los casos planteados por la sociedad industrializada.

Surge, así, la teoría de la responsabilidad objetiva, según la cual la obligación de reparar debe ser configurada al margen de consideraciones culpabilísticas; de allí la calificación de "objetiva", que se contrapone a la de "subjetiva", supuestamente centrada en la conciencia del sujeto. La teoría fue formulada en Alemania por Mataja (1888), en Italia por Orlando (1894) y en Francia por Saleilles y Josserand (1897).[132] Según esta teoría, quien crea un riesgo debe sufrir las consecuencias si el riesgo llega a producir un daño; quien con su actividad irroga un daño, debe repararlo, haya o no dolo o culpa de su parte.

Esta teoría ha sido muy recurrida frente a los daños producidos por organizaciones en las que es muy complejo individualizar al culpable, o en que no existe propiamente culpa en estricto rigor, ya que el daño es estadísticamente necesario a una determinada actividad productiva.

Un primer campo de objetivación de la responsabilidad fue el de los accidentes del trabajo, pero aquí rápidamente el sistema evolucionó hacia un modelo de seguro obligatorio y, por tanto, de seguridad social, escapándose así de los márgenes del derecho privado.

[131] Cfr. MAZEAUD, H., ob. cit., pp. 40 y ss., donde se discute la obligación de seguridad en contratos como el de transporte, de trabajo, de enseñanza, de juegos al aire libre, de hospedaje e incluso de venta.

[132] SALEILLES publicó en 1897 "*Les accidents du travail et la responsabilité civile*"; JOSSERAND, el mismo año, publicó "*De la responsabilité du fait des choses inanimées*", proponiendo la nueva teoría que se basaba en el adagio *ubi emolumentum, ibi onus,* según el cual el que saca provecho del riesgo debe soportar sus cargas.

Un segundo campo en el que comienza a defenderse la aplicación de la responsabilidad sin culpa es el de las actividades o cosas peligrosas. En Francia, la jurisprudencia utilizó el art. 1384 del Código Civil (responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas) para cubrir supuestos de daños producidos por tranvías y ferrocarriles. En otros países, como Italia o España, la aceptación de la doctrina de la responsabilidad objetiva fue acogida por razones de equidad por la jurisprudencia.

En el plano dogmático, se comenzó a contraponer una responsabilidad objetiva indiscriminada (llamada también, por influencia anglosajona, responsabilidad "estricta") que se fundaba sólo en la causalidad material entre el obrar del agente y el daño, con diferentes tipos de responsabilidad sin culpa pero atribuibles a otros factores de imputación diversos del mero nexo causal. El más recurrido de todos ellos fue el concepto de riesgo, en sus dos versiones: "riesgo provecho" (el que realiza una actividad riesgosa de la cual obtiene beneficios económicos debe responder por los perjuicios que se causen en ella) y "riesgo creado" (el que dirige una actividad que crea riesgos en su propio interés, sea o no pecuniario, debe responder de los daños causados). De allí que muchas veces se usa como sinónimo el concepto de responsabilidad objetiva y el concepto de responsabilidad por riesgo.[133]

Si bien muchos autores se entusiasmaron con el proceso objetivador y comenzaron a hablar de "la socialización del riesgo", otros, en la década de los sesenta, comenzaron más bien a tratar de delimitar qué riesgos podían justificar la atribución de responsabilidad sin culpa. De lo contrario, se aducía, nadie podía quedar libre de ser responsable, ya que la creación de un cierto nivel de riesgo es inseparable de toda actividad humana. Las posiciones "objetivadoras" encontraron en la empresa el centro focalizador del riesgo. El riesgo que sirve de fundamento a la responsabilidad es el riesgo de empresa. Es lo que propone el italiano Pietro Trimarchi en el año 1961, y que será posteriormente recibido hasta hoy en innumerables trabajos doctrinarios.

[133] Una revisión de las distintas teorías objetivadoras de la responsabilidad puede verse en YUSEFF QUIROS, Gonzalo, *Fundamentos de la responsabilidad civil y la responsabilidad objetiva*, La Ley, Santiago, 2000, pp. 155 y ss.

Muchos autores sostienen que el sistema de la responsabilidad va hacia una nueva superación de las doctrinas tradicionales, por medio de "la difusión social del daño" y su imputación a aquellos agentes que están en mejores condiciones de efectuar una distribución del costo de los accidentes.

De este modo, la atención que el sistema tradicional ha puesto en el autor del daño, comienza a trasladarse hacia el perjudicado, lo que motiva incluso una denominación diferente de la materia, que soslaye el problema de la sanción y se radique en el de la reparación.[134] Se propone sustituir la denominación de "responsabilidad civil" por la más comprensiva de "derecho de daños", siguiéndose así los derroteros del sistema del *common law*.[135] De alguna manera, parece querer retornarse al sistema romanista, más preocupado de distribuir cargas y costos, que de indagar en la conciencia psicológica de las partes involucradas.[136]

Sin embargo, la doctrina de la responsabilidad objetiva o sin culpa ha tenido también grandes impugnadores. En Francia, por ejemplo, Marcel Planiol la criticó rotundamente. La estima poco adecuada por varias razones: 1°) Porque suprime el elemento moral, que es esencial en toda responsabilidad; 2°) Porque paraliza la iniciativa privada e inhibe la actuación particular, y 3°) Porque tiende a convertirse en una responsabilidad por seguro, lo que trae mayor descuido y mayores accidentes.[137]

[134] Cfr. MESSINA DE ESTRELLA, Graciela, *La responsabilidad civil en la era tecnológica. Tendencias y prospectiva*, Abeledo Perrot, B. Aires, 1997, pp. 21 y ss.

[135] Cfr. ACOSTA RAMÍREZ, Vicente, *La responsabilidad objetiva*, Cuadernos Jurídicos U. Adolfo Ibáñez, N° 6, Viña del Mar, 1996, p. 31; AEDO, C., *El daño moral*... cit., p. 93.

[136] SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*, Abeledo Perrot, 3ª edición, Santiago, 2012, pp. 803 y ss., lo sostiene al menos para el ámbito de la responsabilidad del Estado. En su concepto, "La visión propiamente jurídica... es la concebida por los romanos, quienes, al considerar el Derecho como lo justo (ius), lo que ajusta, se iguala, advierten que lo que no se aviene con ello –según medidas o parámetros de igualdad en el intercambio o distribución de bienes o servicios– es injusto/iniuria, contra Derecho, produce un 'desequilibrio' que debe rectificarse, que debe restituirse, a la víctima del daño, enteramente independiente de si hubo intención, malicia, descuido o negligencia en el autor del daño" (p. 807).

[137] Cfr. PLANIOL, Marcel, y RIPERT, George, *Traité pratique de Droit Civil Français*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1930, t. VI, N° 480, pp. 664 y ss. PLANIOL, M., *Traité*..., cit., t. II, N° 863, p. 274, llega a decir que "esta nueva doctrina, lejos de ser un progreso, constituye un retroceso, que nos retorna a los tiempos bárbaros, anteriores a la ley aquilia, donde se atendía a la materialidad de los hechos".

Autores inspirados en la doctrina marxista vieron también en esta "responsabilidad por riesgo" una herramienta eficaz del capitalismo para beneficiar a los grandes empresarios (que pueden internalizar en los costos de producción los gastos de seguros), en perjuicio de los artesanos y pequeños empresarios (que desaparecerían del mercado al no poder sostener los costos de la reparación de todos los daños causados por su actividad).[138]

Por otra parte, se ha advertido que ciertas actividades empresariales que, en sus primeras etapas, son muy riesgosas, difícilmente podrían haberse desarrollado y consolidado de aplicarse el modelo de la responsabilidad por riesgo. Piénsese, por ejemplo, en el transporte aéreo en la primera mitad del siglo XX. La aplicación de la responsabilidad objetiva habría conducido a la quiebra a cualquier empresa que en esos momentos, por el progreso alcanzado, operaba con niveles muy altos de riesgo.

VII. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL *COMMON LAW*

En el sistema inglés del *common law* la obligación de reparar y el deber de soportar una sanción se mantienen unidos en directa semejanza con el derecho romano. La disciplina anglosajona de los *torts*, sólo parcialmente coincide con el sistema latino de responsabilidad. Las dos fundamentales diferencias se refieren a la tipicidad de los ilícitos y a la función sancionatoria que se atribuye a ellos.

Como en el sistema romano, el derecho de *torts* se ha desarrollado sobre la base de ilícitos típicos que son configurados jurisprudencialmente. El tipo inicial fue el de *trespass* aplicable en principio a la propiedad inmueble. Al aplicar la teoría del *trespass* al ámbito personal surgen nuevas figuras de *torts*, como *battery* (aplicación de fuerza física a otra persona), *assault* (intención o amenaza de fuerza física no consumada) y el *false imprisonment* (privación ilegal de libertad de otro). Más adelante, aparece la figura del *tort* de *nuisance*, que más o menos equivale a los daños causados entre propiedades vecinas. Son también creaciones recientes otros *torts*, como *deceit*, *defamation* y *privacy*. La *negligence* es entendida como una noción

[138] Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 116-117.

general que se inserta en todos los *torts*, pero a falta de un *tort* específico puede darse responsabilidad sobre un *tort* autónomo de negligencia, que supone la existencia de un específico deber de cuidado (*duty of care*), la previsibilidad del resultado lesivo, el descuido del agente y el nexo causal entre la actuación y el daño.

Esta fragmentariedad produce dificultades a los autores para convenir una noción unitaria de *tort*. Muy ampliamente se sostiene que el *tort* es un "ilícito civil, distinto del incumplimiento contractual, por el cual los tribunales proveerán una solución en la forma de una acción por daños".[139]

Otra característica disímil con el sistema latino continental es la existencia de *torts* que producen la obligación, no sólo de reparar el daño causado, sino de sufrir la condena a pagar una cantidad adicional como pena civil por la transgresión culpable. Es la institución de los *punitive* o *exemplar damages*.

La responsabilidad objetiva o por riesgo también ha penetrado en diversos sectores del derecho de *torts*, dando vida a la llamada *Strict Liability*. Esta forma de responsabilidad tiene su precedente en el caso inglés fallado en 1865, Rylands v. Fletcher, por el cual se juzgó que si un propietario hace un uso no natural de un inmueble acumulando alguna sustancia que pudiera escapar y penetrar en otra propiedad y, por ello, causa daño a una propiedad vecina, es responsable de los perjuicios directamente causados. De aquí se desarrolla toda una forma de responsabilidad objetiva, hasta llegar a la responsabilidad por daños producidos por productos con defectos de fabricación: la *product liability*.[140]

VIII. SISTEMAS CONTEMPORÁNEOS DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

Pensamos que, en muy grandes rasgos, los modelos normativos de reparación de los daños causados por comportamientos indebidos no contractuales son básicamente dos: aquellos que utilizan la técnica de disponer una regla

[139] PROSSER, William, KEETON W. Page, y otros, *Prosser and Keeton on The Law of Torts*, West Publishing Co., St. Paul, 1984, p. 2.

[140] MARKESINIS, B. S. y DEAKIN, S. F., ob. cit., pp. 492 y ss. y 558 y ss. En este libro se mencionan además como "*Stricter Forms of Liability*", la *Liability of Animals*, la *Employer's Liability*, y la *Vicarious Liability*.

general y abstracta prohibiendo inferir daño a otro y reservando a la labor judicial el precisar en concreto qué hechos pueden tener cabida dentro de ese principio general; y aquellos que prefieren tipificar ya a nivel normativo o legal, con mayor o menor amplitud, los comportamientos precisos que generarán el deber de responder.[141]

Una gran parte de los ordenamientos jurídicos actuales siguen el modelo adoptado por el Código Civil francés, que enuncia como marco general de toda la regulación de la responsabilidad civil una norma que actúa como cláusula general, a la que deberán reconducirse los supuestos específicos: todo hecho del hombre que haya causado daño a otro obliga al culpable a repararlo (art. 1382). Nada se dice sobre qué daño y cómo debe ser causado para que imponga responsabilidad. Se trata sólo de la recepción legal del principio general de que nadie debe causar un daño a otro: *alterum non laedere*.

> El modelo no pretende que todo daño sea indemnizable, ya que ello significaría violar la libertad para realizar actividades que se saben dañosas, pero que no pueden ser prohibidas: por ejemplo, abrir un nuevo negocio que dañará a los que ya existían sin esa nueva competencia. La regla presupone una cierta valoración de la injusticia del daño y de los intereses de las partes en conflicto. Pero esta valoración se reserva a la prudencia de los jueces, que decidirán en cada caso concreto si el hecho genera o no responsabilidad.

Una técnica diversa es la utilizada por el *common law*, el que, siguiendo más fielmente los precedentes romanos, no llega nunca a enunciar una regla general de que todo daño injusto debe ser indemnizado, sino que procede a través de la previa caracterización de ciertos comportamientos dañosos que merecen ser considerados para imponer la responsabilidad. En Estados Unidos o Inglaterra, una Corte tratará siempre de encuadrar el caso dentro de un "*tort*" tipificado previamente para afirmar el deber de indemnizar.

Pero el sistema de tipificación casuista de los ilícitos civiles no es del todo ajeno a los derechos de tradición continental. El Código Civil alemán (*B.G.B.*) desconoce también la enunciación de una cláusula general similar a la existente en el Código francés y, por el contrario, vincula la responsabilidad a la lesión de ciertos valores enumerados taxativamente

[141] Seguimos en este apartado las reflexiones de DI MAJO, Adolfo, *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, 2ª edición, Milano, 1993, pp. 164 y ss.

en el § 823: vida, cuerpo, salud, libertad, propiedad y otros derechos del sujeto perjudicado.

> El jurista italiano Di Majo pone de relieve cómo estos dos sistemas, si bien muy diferentes en el plano teórico, se aproximan bastante cuando se trata de su funcionamiento y desarrollo en la práctica. Así, por ejemplo, la aparición en el *common law* del *tort* de *negligence*, para cobijar una serie de hechos dañosos que no eran incluibles en los *torts* tradicionales, asemeja el modelo al que opera con ilícitos no típicos. En el sistema del *B.G.B.* alemán, jurisprudencia y doctrina han expandido los casos atribuibles a los valores tipificados y han hecho uso de la mención genérica de "otros derechos" para abrir la tipificación a supuestos no expresamente contemplados. Por su parte, se constata que también en los sistemas de cláusula general, la jurisprudencia termina por elaborar una suerte de catálogo de conductas que no respetan los deberes de cuidado exigibles. En todo caso, lo que es un punto común a ambos sistemas es que ninguno de ellos conoce una regla general y absoluta de que cualquier daño debe ser reparado, por lo que siempre se exige una mediación valorativa del evento dañoso, sea a través de una opción normativa predispuesta, sea a través de la exigencia de antijuridicidad o el balance de los intereses involucrados.[142]

No hay duda que el régimen chileno se alinea junto con el francés en los que utilizan una cláusula general: nuestros arts. 2314 y 2329 del Código Civil recogen el principio general del *neminem laedere*. Ello no quita, sin embargo, como veremos, que el legislador de vez en cuando proceda a describir anticipadamente conductas que deben ser consideradas ilícitas y generadoras de responsabilidad, vinculando así el poder de apreciación del juez.

IX. La visión de la responsabilidad desde el *análisis económico del Derecho*

Las corrientes objetivadoras han recibido el respaldo de los estudios realizados en el ámbito del movimiento nacido en los Estados Unidos, que busca explorar la función del derecho como un elemento que incide en el funcionamiento de un sistema económico liberal, que ve en el mercado y en una libre elección de los consumidores la mejor herramienta para la asignación de los recursos. La Escuela de *Law and Economics* (surgida en la Universidad de Chicago) ha tenido como uno de sus principales tópicos el análisis económico del derecho de *torts*.

[142] Di Majo, A., ob. cit., pp. 167-169.

Sobre la base del famoso teorema de Coase,[143] estudios como los de Calabresi[144] consideran que un sistema de responsabilidad civil no es más ni menos que un conjunto de reglas que establecen criterios de distribución de los costos de los accidentes; por lo que la función principal de la responsabilidad civil sería reducir el costo de los accidentes y el costo de evitarlos. El sistema que con mayor eficiencia logre esta distribución será el más adecuado. De aquí se seguiría que el sistema tradicional de responsabilidad por culpa, que intenta reducir los accidentes mediante el encarecimiento de su valor respecto de aquel que los ocasiona culpablemente, no cumpliría esas funciones de un modo eficiente, sobre todo en cuanto el sujeto responsable puede prescindir de las conductas preventivas y trasladar los costos de transacción (negociación y litigación) mediante el contrato de seguro, cada día más frecuente.[145] En cambio, el derecho podría lograr una mejor asignación de los recursos si identifica a aquel que con menor costo puede evitar el accidente (*"least cost avoider"*) para atribuirle a él la responsabilidad. Esta parte normalmente será la que tiene mayores recursos económicos, ya que en este caso podrá negociar con más eficiencia al margen de lo que definan los tribunales. Así, por ejemplo, señala Calabresi que si una empresa contamina en perjuicio de los residentes de un barrio, resulta más factible ver a la empresa pagando a los residentes por el daño más que a los residentes comprando la empresa. Si se asigna a los residentes el derecho a controlar la contaminación, la empresa les comprará a ellos si el valor del derecho a contaminar le resulta más alto que el costo de la compra. En cambio, si se asigna a la empresa el derecho de contaminar, es muy improbable que los residentes, atendida su escasez de recursos y de asesoramiento técnico, puedan negociar para comprar a la empresa el derecho de contaminar incluso si ellos lo valoran más altamente.[146]

[143] El trabajo de Coase está basado justamente en la responsabilidad civil de las empresas por las actividades que causan perjuicio. Según él, el problema a resolver no es cómo evitar que A cause daño a B, sino si debe permitirse que A dañe a B, o que B dañe a A, o sea, se trata de saber cuál es el daño mayor que debiera ser evitado. El teorema postula que mientras menores sean los costos de transacción (litigación), los derechos de las partes serán reasignados, con independencia de los fallos judiciales, en favor de aquellos que más los valoren. Cfr. Coase, Ronald, "El problema del costo social", en *Estudios Públicos* N° 45, 1992, pp. 81 y ss. (el original "The Problem of Social Cost", 1960, 3 J. Law & Econ. 1).

[144] Calabresi, G., *El costo de los accidentes (análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil)*, trad. J. Bisbal, Ariel, Barcelona, 1984. La edición original: *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, es de 1970.

[145] Cfr. Schafer, H., y Ott, C., *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil*, trad. M. Von Carstenn-Lichterfelde, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 98 y ss.; Peña González, Carlos, "Sobre el análisis económico de la responsabilidad civil", en AA.VV., *Instituciones Modernas de Derecho Civil. Homenaje al profesor Fernando Fueyo Laneri*, ConoSur, Santiago, 1996, pp. 516 y ss.

[146] Cfr. Markesinis, B. S., y Deakin, S. F., ob. cit., p. 29.

Las tesis del Análisis Económico del Derecho, cristalizadas en los años setenta en el seno de profesores de *common law*, en un principio parecieron favorecer la responsabilidad sin culpa, sobre todo en el ámbito de las actividades productivas. Según Calabresi, el sistema basado en la culpa resulta defectuoso tanto en su función de buen distribuidor de las pérdidas como de control primario de los costos.[147]

Luego, por contraste, se haría ver que en muchos sectores la responsabilidad por culpa era aún más eficiente que la responsabilidad objetiva, la que, aplicada indiscriminadamente, termina por imponer costos excesivos al desarrollo de ciertas actividades y desnaturalizar el funcionamiento del seguro, por desaparición de los incentivos por reducción de siniestros culposos. Es lo que parece estar sucediendo en el campo de la responsabilidad por productos defectuosos en los Estados Unidos, que fue uno de los primeros en proclamar la responsabilidad objetiva.

El movimiento ha sido fuertemente criticado por diversos autores en el mismo ámbito anglosajón, y se mantiene todavía ajeno al razonamiento general de los tribunales. Resulta difícil asumir la cientificidad con la que se proponen las tesis de esta escuela, si no se está dispuesto a aceptar el presupuesto ideológico que les sirve de base, a saber, la mensurabilidad del bienestar humano en términos de dinero, o lo que se ha llamado "el mito del bienestar como fin último y del eficientismo como medio para el fin".[148]

[147] Las tesis de Calabresi aparecen ampliamente expuestas, comentadas y criticadas en ALPA, G., y BESSONE, M., ob. cit., pp. 560-578.

[148] GORASSINI, Atilio, *"Analisi economica del Diritto: chiose sul ruolo attuale di un metodo nella responsabilità civile"*, en *Europe e America. Rivista di Diritto dell'Integrazione e Unificazione del Diritto en Europe e in America Latina* N° 11, 2001, p. 187: "Si puede aceptarse que una libre actividad que produzca bienestar aunque a un solo individuo sin empeorar el bienestar de los otros, sea una realidad deseable –incluso como expresión de libertad– no aparece igualmente descontado que el mismo juicio pueda hacerse si para realizar el bienestar de la libre actividad de un sujeto sea necesario un comportamiento de mayor cuidado por parte de todos los otros sujetos, como comportamiento de prevención jurídicamente debido. En este caso parece, en efecto, que la elección de un modelo de vida adoptado por algunos deberá ser necesariamente soportado por los otros y esto choca con el *Grundwert* del hombre valor-en sí y no aparece ya gestionable con un presunto sistema de análisis jurídico científico neutral. Es solo una opción política que se intenta imponer con un método fraudulento en cuanto no abiertamente declarado... En realidad, la sensación del jurista continental es que, al menos relativamente al instituto de la responsabilidad civil, el análisis económico del derecho no es más que el resultado de la conseguida experiencia histórica de un grupo de juristas de *common law* que tenían una exigencia práctica que realizar y que han conseguido su objeto" (pp. 187-189).

Aun así, es posible admitir que estas teorías son un aporte para la comprensión de las funciones y efectos económicos de las decisiones legales o judiciales en un sistema de responsabilidad, sin que ellas puedan ser miradas como determinantes o excluyentes de otras perspectivas igualmente necesarias.[149]

X. ACTUALES TENDENCIAS

En los inicios del siglo XXI, la discusión y la reflexión sobre la mejor reparación de los daños a las personas en la sociedad, desde un sistema de derecho privado justo y eficiente no ha cesado. Pareciera, no obstante, que después de un largo período, en el que se propiciaba toda innovación de atribución de responsabilidad fundada en la causalidad o el riesgo y se pretendía la desaparición del concepto de culpa como noción eje del sistema de responsabilidad civil, se está girando hacia un redescubrimiento de los elementos normativos de la culpabilidad como factores necesarios de conexión entre el autor y la víctima y hacia un esfuerzo por delimitar mejor el riesgo como factor de atribución de responsabilidad, asignándole una función más bien complementaria y no sustitutiva de la culpa.

La explosión de nuevos daños, innovadoras orientaciones sobre el nexo de causalidad, formas de atribución de riesgos diversos de la culpa, se propiciaron en los años sesenta de un modo bastante inorgánico y sin referentes dogmáticos y sistémicos que otorgaran coherencia a los cambios propiciados. En la actualidad, aunque con diversos matices, se propone un reencauzamiento de la responsabilidad civil que aparece desperdigada y fraccionada en normas y criterios disímiles. Ha hecho fama la llamada "paradoja de la responsabilidad civil" formulada por Busnelli, según la cual se asemeja la responsabilidad a un curso de agua que, teniendo una sola fuente, recorre y riega una sola explotación de naturaleza agraria. Al pasar de la economía agraria a la sociedad industrial, el curso de agua se hace insuficiente y los expertos hacen todo tipo de obras de ingeniería para permitir que se utilice de la mejor forma el agua disponible. Pero entonces el antiguo curso

[149] Una buena síntesis de los planteamientos y la evolución del Análisis económico de los problemas jurídicos de la responsabilidad civil y del seguro, puede verse en ACCIARRI, Hugo, "El análisis económico del Derecho de Daños", en Robert COOTER y Hugo ACCIARRI (dir.), *Introducción al Análisis Económico del Derecho*, Civitas/Thomson Reuters, Santiago, 2012, pp. 121-184.

de agua se incrementa notablemente con la afluencia de diversos arroyos, y las aguas desbordan las obras previstas. Hay que volver a llamar a los ingenieros expertos, pero ahora no para hacer obras de aprovechamiento del agua, sino de contención o reencauzamiento, pues el peligro radica en que el exceso de agua termine inundando la explotación.[150]

Este proceso de "reencauzamiento" de la responsabilidad civil está aún en ciernes, ya que en muchos ámbitos se mantienen los ecos de la "explosión" de la responsabilidad de los años sesenta.

Como hitos de este proceso, aun no del todo delineado, pueden mencionarse los siguientes:

1°) El redescubrimiento de la función limitada del régimen de responsabilidad civil

La visión de que todo daño debe ser evitado y reparado y que esto le corresponde a un subsistema del derecho privado como el de responsabilidad es claramente utópica. Parece necesario recordar que, en la sociedad humana, los daños no pueden ser evitados, y muchos de ellos no son reparados. Por otra parte, no todo daño puede ser indemnizado a través del modelo de responsabilidad, que busca esencialmente traspasar costos de accidentes entre particulares, y de acuerdo a mecanismos propios del derecho privado. La llamada "socialización del riesgo" ha demostrado su insuficiencia como sistema de responsabilidad. Es necesario distinguir claramente un sistema de responsabilidad de otros mecanismos distributivos de compensación del costo de accidentes que operan desde la óptica del derecho público: es lo que sucede con los seguros sociales, fondos de indemnización para grupos de víctimas, leyes especiales de reparación de ciertos daños típicos, etc.

2°) La delimitación de los ámbitos de responsabilidad objetiva o por riesgo

La doctrina se esfuerza hoy en día por justificar en qué casos es plausible la imposición de la responsabilidad objetiva o por riesgo. Los seguidores

[150] Citado por DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho*... cit., p. 242.

del Análisis Económico del Derecho proporcionan elementos útiles en esta identificación. Pero se observa que, en los sistemas latino-continentales, no parece aceptable que cambios de la atribución de responsabilidad sean realizados de modo intuitivo por una creación pretoriana de los tribunales. Hoy parece más razonable que los supuestos de responsabilidad objetiva sean definidos y regulados por la ley, lo que supone una previa discusión política con suficiente posibilidad de participación ciudadana.[151]

La responsabilidad objetiva o por riesgo parece razonable sólo en ciertos sectores de la legislación en que los daños resultan difícilmente reparables si se exige demostrar la culpa de algún individuo. Sin embargo, en todo caso, esta responsabilidad aparece vinculada a ciertos presupuestos que la hacen viable: 1° que el agente responsable sea fácilmente identificable; 2° que se exija a todos los posibles responsables un seguro obligatorio; 3° que las indemnizaciones tengan máximos fijados legalmente (tarificación de las indemnizaciones); 4° que el daño se produzca en un círculo de actividad determinada, y 5° que se establezcan causales objetivas de exoneración, como el caso fortuito, la culpa exclusiva de la víctima, y otras.[152]

3°) La sectorización o "descodificación" de la responsabilidad

Los sistemas de responsabilidad civil de los ordenamientos latino-continentales no sucumbieron a las tendencias objetivadoras de los años sesenta, sino que optaron por una fórmula intermedia. Mantuvieron las normas clásicas de los Códigos Civiles que se fundan en el principio de "no hay responsabilidad sin culpa", pero al mismo tiempo fueron creando microsistemas normativos de responsabilidad para sectores especiales donde se ha estimado que convenía la adopción de otros criterios que fa-

[151] Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos*... cit., p. 131.

[152] Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos*... cit., p. 131. GORASSINI, A., ob. cit., p. 184, señala que de acuerdo con las conclusiones más recientes de la Escuela del Análisis Económico del Derecho, un modelo de responsabilidad civil objetiva mantiene un nivel de eficiencia sólo si se da en presencia de ciertas condiciones: a) en las situaciones de posible previsión unilateral del daño (sólo el autor del daño puede reducir su entidad y frecuencia); b) cuando es posible un resarcimiento perfecto (esto es, resulte indiferente para la víctima la ocurrencia de un accidente); c) si autor del daño y perjudicado son identificables *ex ante;* d) si existen costos de transacción elevados o dificultades de prueba para acreditar la responsabilidad en las situaciones de prevención bilateral de los daños.

vorecieran a la víctima sin afectar en demasía el costo de las actividades productivas. Así, se puede hablar de una sectorización del derecho de daños, si se observan los regímenes normativos especiales que regulan la responsabilidad por el uso de vehículos motorizados, por el uso de la energía nuclear, por la navegación aérea, por los daños al medio ambiente, por la fabricación defectuosa de productos manufacturados, por los daños causados por obras de construcción, por la actuación ilegítima de los agentes del Estado, etc.

4°) La conservación de la "culpa" como factor común y general de atribución de la responsabilidad

Existe ya un cierto consenso en que las pretensiones de extinguir la responsabilidad fundada en la culpa han fracasado, y que el factor subjetivo continúa siendo el eje principal del sistema de responsabilidad civil. De hecho, los regímenes sectoriales de responsabilidad no abrogan el régimen común de los Códigos, sino que establecen normas especiales que suponen la conservación del rol supletorio y complementario de éste. Se estima, así, que el régimen de la responsabilidad por culpa continúa teniendo vigencia, incluso en estos sectores, como sistema subsidiario para cuando no pueda operar el de la responsabilidad objetiva (por ejemplo, para demandar indemnizaciones mayores a la cuantía máxima legalmente determinada).[153]

Se hace ver además que el principio de responsabilidad por culpa es el más idóneo para armonizar la libertad y el respeto de los demás.[154]

Hay que concordar en que estamos en presencia de un sistema plural de responsabilidad, donde coexisten diversos modelos de responsabilidad por riesgo delimitado, de presunciones de culpa, de atenuaciones del nexo causal, pero en el que la responsabilidad subjetiva (fundada en la culpa)

[153] Cfr. CAVANILLAS MUGICA, Santiago, "Tendencias en materia de responsabilidad civil", en MCKAY, Federico (edit.), *Responsabilidad civil del empresario*, Universidad de los Andes, Santiago, 1996, pp. 9 y ss.

[154] BIANCA, Cesare Massimo, "Supervivencia de la teoría de la culpa", en Alberto BUERES y Aída KEMELMAJER (dir.), *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini*, Abeledo Perrot, Santiago, 1997, pp. 137-151.

sigue siendo el centro y la base.[155] Por otro lado, los mismos supuestos de responsabilidad objetiva están lejos de prescindir por completo de formas de imputación que los acercan a la negligencia: riesgo creado, riesgo provecho, control de actividades o cosas peligrosas. Además, la exigencia de que también en la responsabilidad objetiva se acredite un vínculo de causalidad entre el hecho y el daño, y su valoración normativa, hacen que se sostenga que "gran parte del territorio de la responsabilidad objetiva pertenece a la negligencia".[156]

De que el sistema de la responsabilidad extracontractual por culpa no puede considerarse caducado, es prueba el Código de Derecho Canónico (1983), que consagra un canon a la materia para recoger solemnemente el viejo principio: "todo aquel que causa a otro un daño ilegítimamente por un acto jurídico o por otro acto realizado con dolo o culpa, está obligado a reparar el daño causado" (c. 128). El Código Civil de Quebec de 1994, señala que quien falta al deber de las reglas de conducta es responsable del perjuicio que se causa por "esta culpa" a otro (art. 1457). En el Proyecto de Código Civil argentino de 1998 se dispone que, a falta de disposición legal o estipulación de las partes, el factor de atribución de la responsabilidad es la culpa (art. 1602). En Francia, el principio de que toda culpa que genera un daño obliga a la reparación es entendido como un valor de carácter constitucional.[157]

Este "redescubrimiento" del rol de la culpa ha sido incluso asumido por los partidarios del Análisis Económico del Derecho: "después de la explosión de una asumida

[155] PONZANELLI, Giulio, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Il Mulino, Bologna, 1992, habla de tres modelos sucesivos: el de función sancionatoria fundada en la culpa; el del crecimiento de reparación de daños por la aparición del estado de bienestar (vigente hasta la década de los setenta) y el tercer modelo, que estaría en plena configuración y caracterizado por la búsqueda de nuevos equilibrios. Frente a quienes proclaman la muerte del sistema de responsabilidad por nuevos mecanismos de reparación de daños, advierte que "la responsabilidad civil comprende un conjunto tan profunda y estructuralmente heterogéneo de intereses y de libertades, que es casi imposible pensar en la eliminación automática y completa de las reglas del sector, en función de esquemas alternativos de solución de conflictos" (p. 181).

[156] SALVADOR CODERCH, Pablo, "Causalidad e imputación", en *Europa e Diritto Privato*, 2001 (3), p. 573.

[157] Así lo juzgó el Consejo Constitucional por sentencia de 22 de octubre de 1982, por la cual declaró la inconstitucionalidad de un precepto legal que establecía la inadmisibilidad de la acción intentada contra los trabajadores asalariados, representantes del personal u organizaciones sindicales para la reparación de los daños causados por un conflicto colectivo de trabajo o con ocasión de éste. Cfr. WEILL, Alex, y TERRE, François, *Droit Civil. Les obligations*, Dalloz, 4ª edición, París, 1986, pp. 609 y ss.

superioridad de los sistemas con modelos de responsabilidad objetiva –señala un autor–, se ha pasado a considerar los modelos mixtos como más eficientes, con una continua recuperación en el tiempo de espacios siempre mayores a la responsabilidad culposa, redescubierta siempre como más eficiente".[158]

[158] GORASSINI, A., ob. cit., p. 182.

LECCIÓN TERCERA
LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

I. FORMAS DE SISTEMATIZACIÓN

Con frecuencia se sostiene que los elementos necesarios para que exista responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno son: 1° Capacidad, 2° Dolo y culpa, 3° Daño y 4° Relación de causalidad.[159] Consideramos que esta clasificación no es del todo apropiada, porque tiene poco en cuenta la estructura del hecho dañoso. Por nuestra parte, preferimos distinguir entre la capacidad como presupuesto general de la responsabilidad civil y los requisitos o elementos del hecho particular que causa esa responsabilidad.

Los elementos del hecho generador de responsabilidad pueden analizarse del siguiente modo: en primer lugar, se necesita que el hecho o acto sea originado en la voluntad del ser humano. Sólo las personas, y actuando como tales, con su inteligencia y voluntad, pueden incurrir en responsabilidad. A continuación, debe exigirse que ese hecho voluntario contraste con el derecho, es decir, sea injusto o ilícito desde un punto de vista objetivo (contraste entre la conducta y las normas y principios del ordenamiento). Al hecho voluntario antijurídico debe añadirse el que haya efectivamente causado daño (nocividad), requisito que se desdobla en dos: el daño propiamente tal y el vínculo causal entre el hecho ilícito y el perjuicio (causalidad). Pero esto no basta, es necesario que el hecho sea subjetivamente antijurídico, es decir, que sea reprochable o imputable a una persona. Las formas de imputación ordinaria son el dolo y la culpa. Formas de imputa-

[159] Así, ALESSANDRI, A., ob. cit., N° 80, p. 95.

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

© ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ

© EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE
Carmen 8, 4° piso, Santiago

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción N° 149.645, año 2005
Santiago - Chile

Se terminó de reimprimir esta primera edición
de 600 ejemplares en el mes de septiembre de 2005

IMPRESORES: Imprenta Salesianos S. A.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 956-10-1644-3

(43210)

346.03
A371d
SAN

ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ

Profesor Extraordinario de Derecho Civil de la Universidad de Chile y Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la misma Universidad

DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL EN EL DERECHO CIVIL CHILENO

(Título 35 del Libro IV del Código Civil)

UNIVERSIDAD ADOLFO IBAÑEZ
BIBLIOTECA

EDITORIAL
JURIDICA
DE CHILE

R2951

sobre ellos que sobre el calumniador o sobre quien comete un cuasidelito de homicidio o de lesiones. ¡Basta recordar que nuestros tribunales avalúan la vida humana en cincuenta, ochenta o cien mil pesos!

Convendría, por esto, consignar en nuestro Código un principio general de responsabilidad por el hecho de las cosas, análogo al del inciso 1° del art. 1384 del Código francés, pero fundado en el riesgo, y a fin de inducir a la víctima a ser prudente, se la obligaría a soportar una parte del daño; admitir la responsabilidad de las personas privadas de discernimiento en relación con sus recursos pecuniarios y los de la víctima, cuando ésta no haya podido obtener reparación de la persona a cuyo cuidado se hallen aquéllas; disponer que si hubiere dudas acerca de la causa del daño proveniente del hecho personal, éste se repartirá por mitades entre su autor y la víctima; establecer que el ejercicio abusivo de un derecho constituye un hecho ilícito; negar a los empresarios y patrones la prueba de su diligencia o cuidado por el hecho de sus dependientes y sirvientes, mientras están bajo su cuidado, y no admitirles otras causales de exoneración de responsabilidad que la fuerza mayor o la culpa de la víctima o de un tercero. Todas estas medidas tenderían a hacer más efectiva la responsabilidad y a formar la conciencia de que la persona, la honra y los bienes del prójimo deben ser respetados y que no es lícito lesionarlos injustamente.

79. Misión de los tribunales en esta materia. Entre tanto, los tribunales, a quienes incumbe adaptar la ley a las necesidades del momento, podrían hacer mucho en este sentido, sea siendo poco exigentes en la apreciación de la prueba de la culpa o del dolo del autor del daño; apreciando, en cambio, con mayor rigor la prueba de la diligencia o cuidado invocada por la persona responsable del hecho ajeno o por el propietario o guardián de un animal; obligando a reparar el daño causado, cualquiera que sea la gravedad de la culpa cometida y aunque sea ínfima o de poca monta, especialmente si su autor es una persona que, por su educación, cultura y situación social o económica, está más obligada a obrar con prudencia y cuidado, elevando el monto de las reparaciones por lesiones corporales o pérdidas de vida; sancionando sin contemplaciones a los que injurien, difamen o calumnien a otro y, por último, dando al art. 2329 su verdadero alcance, o sea, el de una presunción de culpa cuando el hecho es de aquellos que, por su naturaleza, por las circunstancias en que se produce, supone necesariamente el dolo o la culpa de su autor, como un choque de trenes (N^{os} 195, 196 y 198).

CAPÍTULO III

ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DELICTUAL Y CUASIDELICTUAL CIVIL

80. Enumeración. De los arts. 2284, 2314 y 2319 se desprende que, para que un hecho o una omisión engendre responsabilidad delictual o cuasidelictual civil, es menester:

1°. Que su autor sea *capaz* de delito o cuasidelito;

2°. Que ese hecho u omisión provenga de *dolo o culpa;*

3°. Que cause un *daño,* y

4°. Que entre el hecho o la omisión dolosa o culpable y el daño exista una *relación de causalidad.*

1°. CAPACIDAD DELICTUAL Y CUASIDELICTUAL

81. Principio. Por regla general, toda persona natural o jurídica es capaz de delito o cuasidelito civil. Sólo son incapaces los que carecen del discernimiento necesario para darse cuenta del acto que ejecutan. Es la consecuencia lógica del sistema adoptado por nuestro Código, según el cual la responsabilidad delictual o cuasidelictual no existe sino a condición de que el hecho u omisión perjudicial provenga de culpa o dolo de su autor, y una y otro suponen voluntad.[1]

82. Diferencias con la capacidad contractual. La capacidad delictual y cuasidelictual es, por tanto, más amplia que la contractual: hay personas incapaces de contratar que pueden, sin embargo, obligarse por su delito o cuasidelito si tienen suficiente discernimiento, tales como la mujer casada,

[1] JOSSERAND, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 458, pág. 245; SAVATIER, obra citada, tomo I, N° 201, pág. 250; PLANIOL Y RIPERT, obra citada, tomo VI, N° 496, pág. 688; DEMOGUE, obra citada, tomo III, N° 302, pág. 500; COLIN Y CAPITANT, obra citada, tomo II, 6ª edición, pág. 374; DE PAGE, obra citada, tomo II, N° 914, pág. 764; BAUDRY-LACANTINERIE Y BARDE, obra citada, tomo IV, 3ª edición, N° 2856, pág. 544; BAUDRY-LACANTINERIE, obra citada, tomo II, 13ª edición, N° 704, pág. 317; LALOU, obra citada, N° 394, pág. 204; PLANIOL, obra citada, tomo II, 10ª edición, N° 878, pág. 305; GARDENAT Y SALMON-RICCI, obra citada, N° 52, pág. 20; DE RUGGIERO, obra citada, tomo II, versión española, pág. 650. En contra: MAZEAUD, obra citada, tomo I, 2ª edición, N^{os} 455 a 467, págs. 443 a 453.

el pródigo, el menor mayor de siete años (N° 26-1°). Ello 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. Un niño de doce años será incapaz de convenir un contrato de sociedad o de arrendamiento; pero sabe muy bien que no puede apropiarse de lo ajeno o romper los vidrios del vecino.[1]

La distinción entre absoluta y relativamente incapaces que hace el art. 1447 es, pues, inaplicable a los delitos y cuasidelitos.[2] La capacidad delictual y cuasidelictual se rige por reglas propias (art. 2319) y que, por ser especiales, prevalecen sobre las de aquel precepto.

83. Diferencias con la capacidad penal. La capacidad delictual y cuasidelictual civil es también más amplia que la penal. Aunque ambas tienen de común el que carecen de ellas las personas privadas de discernimiento y que el demente, por lo mismo, carece de una y otra (arts. 2319 C. C. y 10, N° 1°, C. P.), no ocurre lo mismo con el menor.

La plena capacidad penal comienza a los veinte años: el menor de esta edad no puede ser condenado por delito o cuasidelito, a menos que, siendo mayor de dieciséis años, el tribunal de menores respectivo declare que obró con discernimiento (art. 10, N^{os} 2° y 3°, C. P.); pero, en tal caso, el ser menor de veinte años constituye una circunstancia atenuante (art. 11, N° 2°, C. P.). El menor de dieciséis años está exento de responsabilidad penal en todo caso (art. 10, N° 2°, C. P.).

En materia civil, en cambio, la plena capacidad delictual y cuasidelictual se adquiere a los dieciséis años; pero se puede ser responsable de un delito o cuasidelito civil desde los siete años, si el juez estima que el menor obró con discernimiento (art. 2319) (N° 19-1°). Sólo los menores de siete años están exentos de responsabilidad delictual o cuasidelictual civil en todo caso.

84. Independencia de las capacidades contractual, delictual o cuasidelictual civil y penal. La capacidad delictual o cuasidelictual civil es enteramente independiente de la contractual y de la penal: se puede ser, a la vez, capaz de delito o cuasidelito civil e incapaz de contratar o de cometer un delito o cuasidelito penal. Tal sería el caso de un menor de quince años que hubiera cometido un cuasidelito con discernimiento: es incapaz de contratar y está exento de responsabilidad penal, pero su cuasidelito lo obliga civilmente.[3]

De ahí que el mayor de siete años y menor de dieciséis y el mayor de esta edad, pero menor de veinte, que obró sin discernimiento, aunque

[1] JOSSERAND, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 455, pág. 243; PLANIOL, obra citada, tomo II, 10ª edición, N° 879, pág. 307; PIRSON Y DE VILLÉ, obra citada, tomo I, N° 68, pág, 163.

[2] MAZEAUD, obra citada, tomo I, 2ª edición, N° 450, pág. 441.

[3] DE PAGE, obra citada, tomo II, N° 913 *in fine,* pág. 764; GARDENAT Y SALMON-RICCI, obra citada, N° 52, pág. 20.

están exentos de responsabilidad criminal por su delito o cuasidelito, pueden ser condenados en el juicio en que se persiga su responsabilidad civil.[1] La sentencia absolutoria o de sobreseimiento definitivo que se dicte en el proceso criminal, no produce cosa juzgada en el juicio civil. El N° 1° del art. 202 C. P. C. exceptúa expresamente el caso en que la absolución o el sobreseimiento provenga de la existencia de circunstancias que eximan de responsabilidad criminal. El ser menor de dieciséis años o el haber obrado sin discernimiento siendo mayor de esa edad y menor de veinte, tienen este carácter (art. 10, N^{os} 2° y 3°, C. P.).

85. Enumeración. No son capaces de delito o cuasidelito civil: 1° los *dementes;* 2° los *menores de siete años,* y 3° los *mayores de esta edad y menores de dieciséis años que han obrado sin discernimiento* (art. 2319).

Todas las demás personas son capaces de delito o cuasidelito civil aunque sean absoluta o relativamente incapaces según el art. 1447 o carezcan de capacidad penal: la mujer casada cuyos bienes administra el marido,[2] el menor, aunque sea impúber o esté bajo patria potestad o guarda, siempre que no se encuentre en alguno de los dos casos ya señalados,[3] el pródigo, hállese o no en interdicción,[4] el sordomudo que no puede darse a entender por escrito,[5] los religiosos, los indígenas. El fallido y el que ha hecho cesión de bienes también se obligan por su delito o cuasidelito; pero la víctima sólo puede perseguir su responsabilidad sobre los bienes futuros, no podría hacerlo sobre los que fueron objeto de la quiebra o cesión (art. 63 de la ley de quiebras).[6]

[1] MAZEAUD, obra citada, tomo I, 2ª edición, N° 453, nota 2, pág. 442; LALOU, obra citada, N° 395, pág. 205; PLANIOL Y RIPERT, obra citada, tomo VI, N° 497, pág. 691; BAUDRY-LACANTINERIE Y BARDE, obra citada, tomo IV, 3ª edición, N° 2864, pág. 551; DEMOGUE, obra citada, tomo III, N° 303, pág. 502 *in fine;* SAVATIER, obra citada, tomo I, N° 263, pág. 341.

[2] GARDENAT Y SALMON-RICCI, obra citada, N° 54, pág. 21; MAZEAUD, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 1935, pág. 737; DE PAGE, obra citada, tomo II, N° 914, pág. 764; DEMOGUE, obra citada, tomo III, N° 315, pág. 513; JOSSERAND, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 456, pág. 244; DUCCI CLARO, CARLOS, obra citada, N° 69, pág. 53; SAVATIER, obra citada, tomo I, N° 198, pág. 248.

[3] GARDENAT Y SALMON-RICCI, obra citada, N° 56, pág. 21; DE PAGE, obra citada, tomo II, N° 914, pág. 764; DEMOGUE, obra citada, tomo III, N° 303, pág. 501; JOSSERAND, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 456, pág. 244; MAZEAUD, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 1935, pág. 737.

[4] BAUDRY-LACANTINERIE Y BARDE, obra citada, tomo IV, 3ª edición, N° 2863, pág. 550; DE PAGE, obra citada, tomo II, N° 913, pág. 764; DEMOGUE, obra citada, tomo III, N° 315, pág. 513; JOSSERAND, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 456, pág. 244; MAZEAUD, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 1935, pág. 737; SAVATIER, obra citada, tomo I, N° 198, pág. 248.

[5] DUCCI CLARO, CARLOS, obra citada, N° 66, pág. 52.

[6] DEMOGUE, obra citada, tomo III, N° 316, pág. 514; MAZEAUD, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 1935, pág. 738.

86. 1°. Dementes.[1] No son capaces de delito o cuasidelito los *dementes* (art. 2319), entendiéndose por tales los que, al tiempo de ejecutar el hecho, están privados de la razón por causas patológicas.[2]

Es indiferente la denominación, naturaleza u origen de la enfermedad mental de que padece el autor del hecho, *y aunque provenga de causas que le sean imputables,* como exceso de bebidas alcohólicas, abuso de estupefacientes, vida licenciosa.[3] La ley no distingue: basta que esté demente, cualquiera que haya sido la causa de la demencia, para que sea irresponsable.

Es indiferente asimismo que el demente esté o no en interdicción o recluido en un manicomio o casa de salud o que la demencia sea permanente o transitoria: unos y otros son irresponsables si al tiempo de ejecutar el hecho estaban privados de razón.[4] El art. 2319 no hace distinciones, habla de dementes.

87. Requisitos para la incapacidad del demente. Para que el demente sea incapaz de delito o cuasidelito civil, es menester que se halle privado

[1] Sobre todo lo concerniente a la incapacidad extracontractual del demente, puede consultarse la interesante monografía de ALEXANDRE D. NÉAGU intitulada *Contribution à l'étude de la faute subjective dans la responsabilité civile.*

[2] COLIN Y CAPITANT, obra citada, tomo II, 6ª edición, pág. 374; SAVATIER, tomo I, N° 201, pág. 250; GAUDEMET, obra citada, pág. 307; BAUDRY-LACANTINERIE Y BARDE, obra citada, tomo IV, 13ª edición, N° 2857, pág. 545; BAUDRY-LACANTINERIE, obra citada, tomo III, 13ª edición, N° 704, pág. 318; DE PAGE, obra citada, tomo II, N° 914, pág. 764; DEMOGUE, obra citada, tomo III, N° 304, pág. 503; JOSSERAND, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 457, pág. 244; PLANIOL, obra citada, tomo II, 10ª edición, N° 878, pág. 306; LALOU, obra citada, N° 394, pág. 203; PLANIOL Y RIPERT, obra citada, tomo VI, N° 498, pág. 692; PIRSON Y DE VILLÉ, obra citada, tomo I, N° 68, pág. 163 y N° 70, pág. 167; GARDENAT Y SALMON-RICCI, obra citada, N° 52, pág. 20 y N° 61, pág. 22; DE RUGGIERO, obra citada, tomo II, versión española, pág. 651. En contra MAZEAUD, obra citada, tomo I, 2ª edición, N°s 455 a 467, págs. 443 a 453.

[3] La opinión contraria sustentada por la jurisprudencia y los autores franceses y consagrada por algunos Códigos extranjeros [Código Civil alemán (art. 827), Código suizo de las obligaciones (art. 54), Código turco de las obligaciones (art. 54), Código Civil italiano de 1942 (art. 2046), Código japonés (art. 713), Código de las obligaciones de la República de Polonia (art. 138)] es inaplicable entre nosotros: el Código francés no contiene un artículo, como el 2319 del nuestro, que declara incapaces de delito y cuasidelito a los dementes sin distinguir acerca de la causa de la demencia. Véanse: BAUDRY-LACANTINERIE Y BARDE, obra citada, tomo IV, 3ª edición, N° 2858, pág. 546; DEMOGUE, obra citada, tomo III, N° 306, pág. 506; COLIN Y CAPITANT, obra citada, tomo II, 6ª edición, pág. 375; JOSSERAND, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 457, pág. 245; LALOU, obra citada, N° 394, pág. 204; PLANIOL Y RIPERT, obra citada, tomo VI, N° 498, pág. 693; GARDENAT Y SALMON-RICCI, obra citada, N° 60, pág. 22; DE PAGE, obra citada, tomo II, N° 914, pág. 765; MAZEAUD, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 91, pág. 94; N° 471, pág. 454 y N° 473, pág. 456; PLANIOL, obra citada, tomo II, 10ª edición, pág. 306, nota 1; NÉAGU, obra citada, págs. 113 a 129; SAVATIER, obra citada, tomo I, N° 29, pág. 40 y N° 203, pág. 254.

[4] MAZEAUD, obra citada, tomo I, 2ª edición, N° 452, pág. 442; JOSSERAND, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 456, pág. 244.

de razón *en el momento mismo de ejecutar el hecho*[1] y que *esta privación de razón sea total.*[2]

La demencia sobreviniente a la comisión del delito o cuasidelito no lo exonera de responsabilidad.[3] Si el demente ha cometido el delito o cuasidelito en un *intervalo lúcido,* admitiendo que tales intervalos sean posibles, también es responsable, aunque la demencia sea habitual o esté bajo interdicción. El art. 465 no rige en este caso: regla la capacidad contractual del demente, se refiere a sus *actos* y *contratos* y a la *nulidad* y *validez* de los mismos, expresiones que no comprenden al delito y cuasidelito, que son hechos ilícitos y a los cuales no pueden, por tanto, aplicárseles. La doctrina es uniforme.[4] La solución contraria conduciría al absurdo de que el loco o demente que obra en un intervalo lúcido, no obstante ser criminalmente responsable de su delito o cuasidelito (art. 10, N° 1°, C. P.), estaría exento de responsabilidad civil. Tal solución es inadmisible si se considera que esta última responsabilidad, por la naturaleza meramente pecuniaria de los efectos que comporta, es más amplia que la penal.

La privación de la razón debe ser *total:* el demente debe estar absolutamente impedido de darse cuenta del acto que ejecuta y de sus consecuencias, en otros términos, carecer por completo de discernimiento.[5] El fundamento de la irresponsabilidad es su carencia de voluntad. Si ésta existe, aunque sea en parte, no hay razón para declararlo irresponsable. Por eso, los semi-irresponsables, los monomaníacos, a menos que hayan obrado a impulsos de su monomanía, las personas extravagantes o raras, llamadas vulgarmente originales, los retardados mentales, siempre que su estado no constituya una especie de enfermedad mental, los débiles de espíritu, los que padezcan de senilidad, los analfabetos, etc., son capaces de delito y cuasidelito civil.[6]

[1] LALOU, obra citada, N° 394, pág. 204; JOSSERAND, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 457, pág. 244; BAUDRY-LACANTINERIE Y BARDE, obra citada, tomo IV, 3ª edición, N° 2860, pág. 548; DEMOGUE, obra citada, tomo III, N° 304, pág. 504; GARDENAT Y SALMON-RICCI, obra citada, N° 61, pág. 22; MAZEAUD, obra citada, tomo I, 2ª edición, N° 454, pág. 443 y N° 470, pág. 454.

[2] DE PAGE, obra citada, tomo II, N° 914, pág. 764 *in fine;* DEMOGUE, obra citada, tomo III, N° 305, pág. 505; GARDENAT Y SALMON-RICCI, obra citada, N° 62, pág. 22; MAZEAUD, obra citada, tomo I, 2ª edición, N° 454, pág. 443 y N° 470, pág. 454; NÉAGU, obra citada, págs. 108 a 111; SAVATIER, obra citada, tomo I, N° 202, pág. 253.

[3] JOSSERAND, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 457, pág. 244; PLANIOL Y RIPERT, obra citada, tomo VI, N° 498, pág. 692.

[4] JOSSERAND, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 456, pág. 244; SAVATIER, obra citada, tomo I, N° 202, pág. 252; PLANIOL Y RIPERT, obra citada, tomo VI, N° 498, pág. 692; DE PAGE, obra citada, tomo II, N° 361, pág. 316; N° 913, pág. 764 y N° 914 *in fine,* pág. 765; BAUDRY-LACANTINERIE Y BARDE, obra citada, tomo IV, 3ª edición, N° 2860, pág. 548; DEMOGUE, obra citada, tomo III, N° 304, pág. 504; GARDENAT Y SALMON-RICCI, obra citada, N° 58, pág. 21 y N° 59, pág. 22; MAZEAUD, obra citada, tomo I, 2ª edición, N° 452, pág. 442 y N° 470 *in fine,* pág. 454; NÉAGU, obra citada, págs. 129 a 132.

[5] Véanse los autores citados en la nota 2 de esta página.

[6] DEMOGUE, obra citada, tomo III, N° 305, pág. 505; MAZEAUD, obra citada, tomo I, 2ª edición, N°s 476 a 487, págs. 458 a 463; SAVATIER, obra citada, tomo I, N° 202, pág. 253.

Pero no es necesario que la demencia sea permanente; la ley no lo exige. Una demencia, aunque transitoria o pasajera, basta para producir la incapacidad delictual y cuasidelictual,[1] a condición, naturalmente, de que exista en el momento de cometerse el delito o cuasidelito.

88. Hipnotizado. El hipnotizado, el que causa un daño durante la influencia hipnótica, está exento de responsabilidad –es cierto que no puede considerársele demente, pero no cabe desconocer que cuando obró estaba privado de razón–, a menos que se haya dejado hipnotizar *voluntariamente;* habría entonces culpa de su parte.[2]

De los actos dañosos que cometa el hipnotizado responderá en todo caso el hipnotizador, háyaselos ordenado o no. Hay imprudencia en hipnotizar a otro, pues si bien con ello se priva al hipnotizado de su voluntad, se le deja sin embargo la facultad de obrar maquinalmente.[3]

89. Sonámbulo. Lo mismo cabe decir del sonámbulo: éste, durante el sonambulismo, carece de voluntad. Pero si el sonambulismo hubiera sido provocado con la anuencia del sonámbulo, éste sería responsable; hubo culpa inicial de su parte al permitir que se le pusiera en ese estado.[4]

90. Otros casos de privación de razón. En general, cabe decir lo mismo de todo aquel que al tiempo de ejecutar el hecho está totalmente privado de razón por *cualquiera causa independiente de su voluntad,* aunque sea momentáneamente,[5] como el enfermo que obra durante el delirio provocado por la fiebre[6] o el epiléptico que causa un daño durante el ataque de epilepsia.[7]

91. Facultades de los jueces del fondo y de la Corte de Casación. Los jueces del fondo establecen privativamente si el autor del acto estaba o no demente o privado de razón al tiempo de ejecutarlo, si esta privación era o no total, si obró o no durante un intervalo lúcido. La conclusión a que lleguen sobre estos particulares escapa a la revisión del tribunal de casación, a menos que hayan violado las leyes reguladoras de la prueba; son cuestiones de hecho.[1]

[1] DE RUGGIERO, obra citada, tomo II, versión española, pág. 651.

[2] DEMOGUE, obra citada, tomo III, N° 309, pág. 508; MAZEAUD, obra citada, tomo I, 2ª edición, N° 473 *in fine,* pág. 456; NÉAGU, obra citada, págs. 205 a 209; SAVATIER, obra citada, tomo I, N° 203, pág. 254.

[3] NÉAGU, obra citada, pág. 206.

[4] DEMOGUE, obra citada, tomo III, N° 309, pág. 508; NÉAGU, obra citada, pág. 209.

[5] DEMOGUE, obra citada, tomo III, N° 310, pág. 508; NÉAGU, obra citada, págs. 217 y 218; DE RUGGIERO, obra citada, tomo II, versión española pág. 651.

[6] DEMOGUE, obra citada, tomo III, N° 309, pág. 508; SAVATIER, obra citada, tomo I, N° 202, pág. 253.

[7] En contra NÉAGU, obra citada, págs. 214 a 217, que estima que hay culpa de parte del epiléptico en no tomar las precauciones necesarias para evitar que el ataque le sobrevenga en condiciones de poder dañar a terceros.

92. Responsabilidad del ebrio. El ebrio es responsable del daño causado por su delito o cuasidelito, sea la ebriedad voluntaria o involuntaria, es decir, provocada por él mismo[2] o por un tercero; el art. 2318 no distingue. La ley estima que hay culpa en embriagarse o dejarse embriagar.[3]

Cabría exceptuar, sin embargo, a la persona a quien otro ha embriagado contra su voluntad –por fuerza, por engaño–, siempre, naturalmente, que la embriaguez la privare totalmente de razón; no habría entonces culpa de su parte.[4] En tal caso, la responsabilidad recaería íntegramente sobre el autor de la embriaguez.

93. Cocainómano, morfinómano, etc. Lo que se dice del ebrio es igualmente aplicable al cocainómano, morfinómano y, en general, a todo el que comete un delito o cuasidelito durante una intoxicación producida por un estupefaciente; hay culpa de su parte en hallarse en ese estado.[5]

Dichas personas estarían exentas de responsabilidad si se les hubiera hecho ingerir el estupefaciente contra su voluntad, por fuerza, por enga-

[1] DE PAGE, obra citada, tomo II, N° 914, pág. 765; DEMOGUE, obra citada, tomo III, N° 311 *in fine,* pág. 509; MAZEAUD, obra citada, tomo I, 2ª edición, N° 450, pág. 441; GARDENAT Y SALMON-RICCI, obra citada, N° 127, pág. 246.

[2] A menos que la embriaguez sea el resultado de una perturbación mental, en cuyo caso podría estimársele irresponsable con arreglo al art. 2319: se trataría del acto de un demente, tomando esta palabra en el sentido amplio que le dimos en el N° 86.

[3] La misma solución parece desprenderse del art. 2046 del reciente C. C. italiano, pues, según él, no responde de las consecuencias de un hecho ilícito quien carecía de la capacidad de entender o de querer en el momento de ejecutar el hecho, a menos que la incapacidad derive de su culpa.

[4] Los arts. 827 del Código Civil alemán, 54 del Código suizo de las obligaciones, 54 del Código turco de las obligaciones, 807 del Código Civil serbio, 138 del Código de las obligaciones de la República de Polonia y 1070 del Código Civil argentino establecen también la responsabilidad del ebrio, a menos que se pruebe que la embriaguez no se debió a culpa suya.

Idéntica solución adoptan la jurisprudencia y los autores franceses: JOSSERAND, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 457, pág. 245; PLANIOL, obra citada, tomo II, 10ª edición, pág. 306, nota 1; COLIN Y CAPITANT, obra citada, tomo II, 6ª edición, pág. 375; DE PAGE, obra citada, tomo II, N° 914, pág. 765; BAUDRY-LACANTINERIE Y BARDE, obra citada, tomo IV, 3ª edición, N° 2861, pág. 548; DEMOGUE, obra citada, tomo III, N° 307, pág. 507; GARDENAT Y SALMON-RICCI, obra citada, N° 64, pág. 22; PLANIOL Y RIPERT, obra citada, tomo VI, N° 498, pág. 693; MAZEAUD, obra citada, tomo I, 2ª edición, N° 471, pág. 454 y N° 472, pág. 455; SAVATIER, obra citada, tomo I, N° 203, pág. 254.

[5] DE PAGE, obra citada, tomo II, N° 914, pág. 765; BAUDRY-LACANTINERIE Y BARDE, obra citada, tomo IV, 3ª edición, N° 2862, pág. 549; SAVATIER, obra citada, tomo I, N° 29, pág. 40 y N° 203, pág. 254; DEMOGUE, obra citada, tomo III, N° 308, pág. 507; GARDENAT Y SALMON-RICCI, obra citada, N° 65, pág. 22; PLANIOL Y RIPERT, obra citada, tomo VI, N° 498, pág. 693; MAZEAUD, obra citada, tomo I, 2ª edición, N° 473, pág. 456; DUCCI CLARO, CARLOS, obra citada, Nª 89, pág. 63; NÉAGU, obra citada, pág. 128.

ño, y a consecuencia de ello quedaren privadas totalmente de razón; no habría entonces culpa de su parte. En tal caso, la responsabilidad recaería sobre quien las determinó u obligó a ingerir el estupefaciente.

94. 2°. Menores de siete años. Tampoco son capaces de delito o cuasidelito los hombres o mujeres *menores de siete años* (art. 2319), esto es, los *niños o infantes* (art. 26). La ley estima que carecen en absoluto de discernimiento; por eso los declara incapaces de adquirir por su voluntad aun la posesión de cosas muebles, sea para sí mismos o para otros (art. 723). Establecido que el autor del hecho es menor de siete años, su irresponsabilidad es absoluta sin necesidad de averiguar si obró o no con discernimiento; hay una presunción de derecho al respecto.

95. Derecho comparado. No sucede lo mismo en derecho francés. Como el Código Napoleón nada dice sobre el particular, la jurisprudencia y la doctrina estiman exento de responsabilidad al menor de cualquiera edad sólo en caso de comprobarse que al ejecutar el hecho obró sin discernimiento. De lo contrario, es responsable, aunque sea menor de siete años.[1] Idéntica solución adoptan el derecho inglés[2] y los Códigos peruano (art. 1139), portugués (art. 2379), italiano (art. 2046), venezolano (art. 1186) y chino (art. 187), el Código de las obligaciones y contratos de la República Libanesa (art. 122), el Código de las obligaciones de la República de Polonia (art. 138) y el proyecto franco-italiano de Código de las obligaciones y contratos (art. 75).

El Código Civil alemán (art. 828) y el ecuatoriano (art. 2301), como el nuestro, declaran incapaz de delito y cuasidelito al menor de siete años; los Códigos argentino (art. 1076), uruguayo (art. 1320) y colombiano (art. 2346), al menor de diez años, y el Código soviético, al menor de catorce (arts. 9 y 405).

96. 3°. Mayores de siete años y menores de dieciséis. El *mayor de siete años y menor de dieciséis* es también incapaz de delito o cuasidelito *si obró sin discernimiento* (art. 2319, inciso 2°), porque entonces se seguirá la regla del inciso 1° del art. 2319, según la cual son incapaces de delito o cuasidelito las personas privadas de discernimiento. Si el mayor de siete años y menor

[1] MAZEAUD, obra citada, tomo I, 2ª edición, N° 451, pág. 442; COLIN Y CAPITANT, obra citada, tomo II, 6ª edición, pág. 374; DE PAGE, obra citada, tomo II, N° 914, pág. 765; BAUDRY-LACANTINERIE Y BARDE, obra citada, tomo IV, 3ª edición, N° 2864, pág. 550; DEMOGUE, obra citada, tomo III, N° 303, pág. 501; LALOU, obra citada, N° 395, pág. 204; JOSSERAND, obra citada, tomo II, 2ª edición, N°s 456 y 457, pág. 244; PLANIOL, obra citada, tomo II, 10ª edición, N° 879, pág. 306; PLANIOL Y RIPERT, obra citada, tomo VI, N° 497, pág. 690; GARDENAT Y SALMON-RICCI, obra citada, N°s 55 a 57, pág. 21; SAVATIER, obra citada, tomo I, N° 199, pág. 248.

[2] JENKS, *Digeste de Droit Civil Anglais*, tomo I, 2ª edición, traducción francesa de Baumann y Goulé, art. 760, pág. 237; DEMOGUE, obra citada, tomo III, N° 322 bis, pág. 521; GAUDEMET, obra citada, págs. 307 y 308.

de dieciséis obró con discernimiento, es responsable, al igual que el mayor de dieciséis años.[1] Queda a la prudencia del juez determinar si el menor obró o no con discernimiento, esto es, dándose o no cuenta del acto ejecutado y de sus consecuencias materiales.[2]

Para este efecto, tomará en cuenta las condiciones personales del menor, como su grado de educación, su desarrollo físico e intelectual, las actividades a que se dedica, el medio en que ha vivido, etc., la naturaleza del acto ejecutado y las circunstancias en que se realizó.[3] Se ha fallado que el menor de doce años que ha recibido una educación correcta y procede como un niño normal, está en situación de discernir, atendidas su edad y carencia de aptitudes, que es una imprudencia de su parte tomar la dirección del automóvil de su padre para conducirlo por las calles de la ciudad y hacerlo virar en una esquina en que existe una dificultad particular,[4] y que hay culpa de parte de un menor de doce años que, utilizando un arma de fuego cargada, no evita la dirección del arma hacia el occiso en el momento en que éste pasaba por su frente, fijándole, por el contrario, los puntos.[5]

En la duda, el juez deberá declarar la responsabilidad del menor, como quiera que sólo es irresponsable si estima que obró sin discernimiento. La ley considera que el mayor de siete años es capaz de delito o cuasidelito por regla general, puesto que declara incapaz al menor de esa edad únicamente. Al mayor de siete años y menor de dieciséis lo declara incapaz sólo en caso de que el juez decida que obró sin discernimiento.

La decisión de los jueces del fondo acerca de si el menor de dieciséis años obró con o sin discernimiento es un hecho del pleito, que escapa a la censura del tribunal de casación, a menos que aquéllos hayan violado las leyes reguladoras de la prueba.[6]

97. Juez competente para determinar acerca del discernimiento del menor. La determinación de si el menor obró con o sin discernimiento incumbe al juez que conozca del proceso en que se persiga la responsabilidad civil de aquél o de la persona que deba responder de los actos del menor con arreglo al art. 2320,[7] y no al tribunal de menores, como ocurre

[1] El art. 828 del Código Civil alemán adopta el mismo criterio que el nuestro, pero en vez de dieciséis años fija dieciocho.

[2] DEMOGUE, obra citada, tomo III, N° 303, pág. 502 y N° 312, pág. 509; BAUDRY-LACANTINERIE Y BARDE, obra citada, tomo IV, 3ª edición, N° 2864, pág. 550,

[3] DE PAGE, obra citada, tomo II, N° 914, pág. 765; DEMOGUE, obra citada, tomo III, N° 303, pág. 501; MAZEAUD, obra citada, tomo I, 2ª edición, N° 451, pág. 442 y N°s 482 a 487, págs. 460 a 463; DUCCI CLARO, CARLOS, obra citada, N° 65 *in fine*, pág. 52.

[4] Gaceta, año 1939, tomo II, sent. 161, pág. 672 (consid. 23).

[5] Gaceta, año 1861, sent. 1056, pág. 666.

[6] DE PAGE, obra citada, tomo II, N° 914, pág. 765; PLANIOL Y RIPERT, obra citada, tomo VI, N° 497, pág. 691; DEMOGUE, obra citada, tomo III, N° 303, pág. 501; MAZEAUD, obra citada, tomo I, 2ª edición, N° 450, pág. 441; GARDENAT Y SALMON-RICCI, obra citada, N° 127, pág. 246.

[7] Así se hizo en la sentencia publicada en la Gaceta, año 1939, tomo II, sent. 161, pág. 672 (consids. 22 y 23).

en materia penal (art. 10, N° 3°, C. P.). Tanto los arts. 19 y 38 de la Ley N° 4.447, de 18 de octubre de 1928, sobre protección de menores, como el art. 33 del reglamento dictado para su aplicación, entregan esta determinación al juez de menores cuando el menor aparezca comprometido en un proceso criminal como autor, cómplice o encubridor de un crimen, simple delito o falta; pero ni esa ley (arts. 21, 22 y 23), ni ese reglamento (art. 32) señalan, entre las atribuciones del juez de menores en materia civil, la de decidir si el menor obró o no con discernimiento cuando sólo se trata de hacer efectiva su responsabilidad civil. No podían señalarla, porque el juez de menores es competente para hacer esa determinación respecto de los menores mayores de dieciséis años y menores de veinte únicamente, pues los menores de dieciséis años están exentos de responsabilidad penal en todo caso, o sea, tratándose de un caso en que ya no es procedente hacer tal determinación en materia civil por referirse a personas, como los mayores de dieciséis años, que son plenamente capaces de delitos y cuasidelitos.

Para que el tribunal haga esta determinación, no es indispensable que en la demanda se pida en forma expresa la declaración de que el menor obró con discernimiento, porque, al perseguirse la responsabilidad civil de éste o la de la persona a cuyo cuidado está el menor precisamente por el cuasidelito que se imputa a este último, el tribunal de la causa queda obligado a estudiar la cuestión bajo este aspecto, máxime si la demanda se funda, entre otros preceptos, en el art. 2319, si fuere procedente. Así se ha fallado.[1]

98. Influencia de lo criminal en lo civil. Por consiguiente, aun cuando el menor de veinte años y mayor de dieciséis haya sido absuelto o sobreseído en el proceso criminal por haber decidido el tribunal de menores respectivo que obró sin discernimiento, siempre podrá perseguirse ante la justicia civil la responsabilidad derivada de su delito o cuasidelito. Esta decisión no liga al juez civil: las sentencias absolutorias o de sobreseimiento definitivo no producen cosa juzgada en materia civil cuando la absolución o el sobreseimiento provenga de la existencia de circunstancias que eximan de responsabilidad criminal. El haber obrado sin discernimiento siendo menor de veinte años y mayor de dieciséis, tiene este carácter (arts. 202, N° 1°, C. P. C. y 10, N° 3°, C. P.) (N° 84).[2]

En cambio, la sentencia condenatoria que se dicte en materia penal por haber decidido el tribunal de menores respectivo que el menor de veinte años y mayor de dieciséis obró con discernimiento, produce cosa juzgada en materia civil (arts. 201 C. P. C. y 33 C. P. P.).

99. Prueba de la incapacidad. A quien alega la incapacidad del autor del hecho incumbe probar, según el caso, la demencia o privación de razón de éste en el momento mismo de ejecutarlo, que ha obrado bajo la influencia hipnótica, en estado de sonambulismo o durante el delirio provocado por la fiebre, que es menor de siete años o que, siendo mayor de esta edad, pero menor de dieciséis, obró sin discernimiento. La capacidad es la regla y la incapacidad, la excepción.[1]

[1] Gaceta, año 1939, tomo II, sent. 161, pág. 672 (consid. 22).

[2] Véanse, los autores citados en la nota 1 de la pág. 97.

Será así aunque el autor del daño esté en interdicción o internado en un asilo o manicomio al tiempo de ejecutar el hecho dañoso; la presunción de nulidad que establece el art. 465 respecto de los actos y contratos del demente posteriores al decreto de interdicción no rige en materia delictual y cuasidelictual. Es una regla destinada a proteger los intereses del propio demente, en tanto que aquí se trata de reparar el daño que éste ha causado en la persona o en el patrimonio ajeno.[2] Naturalmente que la circunstancia de hallarse el autor del daño en interdicción o internado en un asilo o manicomio constituirá una prueba de gran valor en pro de su incapacidad.

La prueba de que el menor de dieciséis años y mayor de siete obró con discernimiento, de que el autor del hecho se dejó hipnotizar o ponerse en estado de sonambulismo voluntariamente, o que el delito o cuasidelito se cometió en un intervalo lúcido, incumbe al que reclama la indemnización; será éste quien alegue esas circunstancias.[3]

100. Responsabilidad del guardián del incapaz. De los daños causados por los dementes y demás personas privadas de razón, cuando estén exentos de responsabilidad según las reglas expresadas en los N^{os} 86 a 93, 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.[4] 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.

Como el art. 2319 no distingue acerca de la calidad, parentesco o título en virtud del cual el guardián tiene el cuidado del incapaz, pues habla únicamente de las *personas a cuyo cuidado esté,* y es además especial, por

[1] DEMOGUE, obra citada, tomo III, N° 311, pág. 508; DE PAGE, obra citada, tomo II, N° 917, pág. 766; PIRSON Y DE VILLÉ, obra citada, tomo I, N° 68, pág. 162 y N° 73, pág. 176; NÉAGU, obra citada, págs. 219 y 220; SAVATIER, obra citada, tomo I, N° 199, pág. 249 y N° 202, pág. 252.

[2] DEMOGUE, obra citada, tomo III, N° 311, pág. 508; PLANIOL Y RIPERT, obra citada, tomo VI, N° 498, pág. 692; NÉAGU, obra citada, págs. 224 a 227; SAVATIER, obra citada, tomo I, N° 202, pág. 252.

[3] NÉAGU, obra citada, págs. 220 y 221.

[4] Los Códigos alemán (art. 832), chino (art. 187) y de las obligaciones de la República de Polonia (art. 142) establecen una presunción de responsabilidad en contra del guardián legal o contractual del incapaz, a menos que dicho guardián pruebe que cumplió su obligación de vigilancia en forma debida o que el daño se habría causado aunque la vigilancia se hubiera ejercido diligentemente.

El C. C. italiano de 1942 (art. 2047) consagra idéntica presunción; pero, para exonerar de responsabilidad al guardián, se contenta con que éste pruebe que no pudo impedir el hecho.

cuyo motivo prevalece sobre los arts. 2320 a 2322, se aplica a todo guardián, sea o no éste alguna de las personas enumeradas en ellos.

Por consiguiente, sea el guardián el padre, la madre, el marido o el tutor o curador del incapaz, el jefe del colegio o escuela en que se educa, el amo, artesano o empresario a cuyas órdenes trabaja o simplemente un cuidador benévolo o remunerado o el jefe del asilo, manicomio o establecimiento en donde se halla recluido, la víctima no podrá exigir que el guardián le repare el daño causado por el incapaz sino a condición de probar la *culpa personal* de dicho guardián (N° 218). En defecto de esta prueba, nada podrá demandarle, aunque el guardián sea alguna de las personas mencionadas en los citados arts. 2320 a 2322.[1]

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 art. 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 art. 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.

101. Irresponsabilidad de los incapaces en los casos de responsabilidad compleja. Los dementes, los infantes, los menores de dieciséis años que carecen de discernimiento y, en general, los que se hallan privados de razón de acuerdo con lo expresado en los N^{os} 86 a 96, son incapaces de delito y cuasidelito, sea que éste provenga de su hecho personal, del hecho ajeno o del hecho de una cosa o de un animal que les pertenece o está a su servicio. En otros términos, tales personas no pueden incurrir en la responsabilidad presunta que establecen los arts. 2320 a 2323 y 2326 a 2329. El art. 2319 las declara incapaces de delito y cuasidelito sin hacer distinciones, y la responsabilidad que esos artículos establecen se funda en una presunción de culpa; de ésta sólo puede ser autor quien tenga voluntad. Sería absurdo presumir culpable a quien no ha podido incurrir en culpa (N° 218).[1-2]

Es así aunque la presunción sea de derecho, como en el caso de los arts. 2321 y 2327; ambas suponen la culpa de los padres o del dueño del animal (N° 77).[3]

Si un daño se produce por el hecho de una persona que está al servicio o a las órdenes del incapaz, por la ruina de un edificio de su propiedad o por un animal de que es dueño, poseedor o tenedor, la responsabilidad será del guardián del incapaz, que le permitió tener a esa persona a su servicio o bajo sus órdenes, que no hizo en el edificio las debidas reparaciones, máxime si su capacidad de representante legal (padre, madre, marido o guardador) lo obligaba a ello, que no vigiló al animal o que le permitió adquirir, poseer o detentar un animal fiero e innecesario. Pero la responsabilidad del guardián sólo existirá a *condición de probarse su dolo o culpa.* Los arts. 2320 a 2323, 2326 y 2327 presumen la culpa de aquél a cuyo cuidado o servicio esté la persona que causa el daño, del dueño del edificio y del dueño, poseedor o tenedor del animal; estas calidades las tiene, en este caso, el incapaz y no el guardián.

Habría lugar a la responsabilidad presunta del guardián, de acuerdo con los arts. 2320 y 2322, si la persona que está a las órdenes o al servicio del incapaz fuere un dependiente del guardián, que será lo que ordinariamente ocurra: el empleado, criado o dependiente al servicio de un niño o demente lo es en realidad de sus padres, de su guardador o de la persona a cuyo cuidado está el incapaz.

102. Tendencia legislativa contemporánea; derecho comparado. La irresponsabilidad delictual y cuasidelictual de los dementes, infantes y demás personas privadas de discernimiento, puede conducir a resultados injustos especialmente cuando el autor del hecho tiene medios de fortuna y la víctima carece de ellos, como si un niño o un loco millonario mata a un obrero, que sólo vive de su trabajo. La irresponsabilidad de aquél significa dejar en la miseria a la familia del obrero.[4]

[1] Los autores franceses, en vista de que el guardián del incapaz no figura en la enumeración, a su juicio taxativa, del art. 1384 del C. C. francés, que corresponde a nuestro art. 2320, sostienen que el guardián es responsable del daño causado por el incapaz, en los casos en que éste está exento de responsabilidad, a condición de probársele culpa o negligencia en la vigilancia o cuidado del incapaz, a menos que el guardián y el incapaz sean algunas de las personas mencionadas en el citado art. 1384, pues entonces la culpa del guardián se presumiría: PLANIOL Y RIPERT, obra citada, tomo VI, N° 499, pág. 693 y N° 626, pág. 854; DEMOGUE, obra citada, tomo III, N° 313, pág. 510; MAZEAUD, obra citada, tomo I, 2ª edición, N° 469, pág. 453; N° 716, pág. 653 y N° 719, pág. 654; DE PAGE, obra citada, tomo II, N° 914 *in fine,* pág. 765; N° 918, pág. 766 y N° 971, pág. 824; COLIN Y CAPITANT, obra citada, tomo II, 6ª edición, pág. 388 *in fine;* PLANIOL, obra citada, tomo II, 10ª edición, pág. 318, nota 2.

Tal opinión es inadmisible entre nosotros por las razones expresadas en el texto y principalmente porque el art. 2319 de nuestro Código, que no tiene equivalente en el Código francés, sólo admite la responsabilidad del guardián, cualquiera que éste sea, a condición de probarse su negligencia.

[1] PLANIOL Y RIPERT, obra citada, tomo VI, N° 500, pág. 694; PIRSON Y DE VILLÉ, obra citada, tomo I, N° 85, pág. 196; DE PAGE, obra citada, tomo II, N° 918, pág. 767; DEMOGUE, obra citada, tomo V, N° 820 *in fine,* pág. 8. En contra: GARDENAT Y SALMON-RICCI, obra citada, N° 5, pág. 428 y N° 18, pág. 430; NÉAGU, obra citada, págs. 237, 238, 252 y 253.

[2] De ahí que si la responsabilidad es simplemente legal, como en los casos señalados en el N° 56, los dementes, los infantes y las demás personas incapaces de delito o cuasidelito incurren en ella. Su fundamento no es la culpa o dolo del agente y, por lo mismo, la capacidad o incapacidad de éste no tiene ninguna influencia al respecto: SAVATIER, obra citada, tomo I, N° 205, pág. 257.

[3] PIRSON Y DE VILLÉ, obra citada, tomo I, N° 127, pág. 279. En contra: MAZEAUD, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 1136, pág. 92; DE PAGE, obra citada, tomo II, N° 918, pág. 767; DEMOGUE, obra citada, tomo V, N° 1020, pág. 238.

[4] BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de Droit Civil,* tomo II, 13ª edición, N° 704, pág. 318; BAUDRY-LACANTINERIE Y BARDE, obra citada, tomo IV, 3ª edición, N° 2859, pág. 546; LALOU, obra citada, N° 394, pág. 203; COLIN Y CAPITANT, obra citada, tomo II, 6ª edición, pág. 374.

Estos inconvenientes, unidos a la influencia ejercida por la teoría de la responsabilidad objetiva, que sólo atiende al daño causado sin considerar la culpabilidad de su autor, han producido un cambio de criterio en esta materia, del cual se muestran partidarios aun los autores que, como Planiol,[1] no admiten esa teoría, y que ha encontrado amplia acogida en legislación.

El Código alemán (art. 829), el Código portugués (arts. 2377 y 2378), el Código austríaco (art. 1308), el Código de las obligaciones de la República de Polonia (art. 143), el Código de las obligaciones y contratos de la República Libanesa (art. 122), el Código chino (art. 187), el Código peruano (art. 1140) y recientemente los Códigos italiano (art. 2047) y venezolano (art. 1187), establecen que si la víctima del delito o cuasidelito de un incapaz no puede obtener reparación de su guardián, el juez podrá condenar al incapaz a indemnizar el daño en consideración a las circunstancias y a los medios de fortuna de ambas partes.[2] Los Códigos alemán y portugués agregan que, al fijar esa indemnización, se procurará que el incapaz no quede privado de lo necesario para su subsistencia según su situación.

El Código soviético (art. 406) y el Código belga (art. 1386 bis), a virtud de la reforma introducida por la ley de 16 de abril de 1935,[3] consagran el mismo principio; pero no exigen como condición previa, para que la víctima pueda reclamar indemnización del incapaz, que no haya podido obtenerla del guardián. El art. 54 del Código suizo de las obligaciones y el art. 54 del Código de las obligaciones de Turquía se limitan a decir que si la equidad lo exige, el juez puede condenar al incapaz a la reparación total o parcial del daño que ha causado.

El Código Civil mexicano es el único que establece la responsabilidad del incapaz sin restricción alguna, salvo que aquélla recaiga en las personas encargadas de él (art. 1911).

103. Responsabilidad civil de las personas jurídicas.[4] Las *personas jurídicas de derecho privado,* aunque incapaces de delito o cuasidelito penal,[5] son, sin

[1] Obra citada, tomo II, 10ª edición, N° 878, pág. 306.

[2] La misma disposición consulta el art. 76 del Proyecto franco-italiano de Código de las obligaciones y contratos.

El derecho inglés consagra, en principio, la responsabilidad delictual y cuasidelictual de los menores y dementes: JENKS, *Digeste de Droit Civil Anglais,* traducción francesa, tomo I, 2ª edición, N° 760, pág. 236.

[3] PIRSON Y DE VILLÉ, obra citada, tomo I, Apéndice, págs. 567 y siguientes.

[4] En este número y en los que siguen nos referimos exclusivamente a la responsabilidad civil de las personas jurídicas de derecho privado. La responsabilidad civil de las personas jurídicas de derecho público se rige por el Derecho Administrativo.

[5] CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado,* tomo V, N° 2838, pág. 549; DEMOGUE, obra citada, tomo III, N° 342, pág. 543; DE PAGE, obra citada, tomo II, N° 919, pág. 767; MAZEAUD, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 1981, pág. 786; LALOU, obra citada, N° 398, pág. 206; PLANIOL Y RIPERT, obra citada, tomo VI, N° 501, pág. 694; MICHOUD, *La théorie de la personnalité morale,* tomo II, 2ª edición, Nos 279 a 282, págs. 246 a 253; VALEUR, *La responsabilité pénale des personnes morales dans les droits Français et anglo-américains,* 1931, N° 15, pág. 7 y N° 16, pág. 8; LYON-CAEN Y RENAULT, *Traité de Droit Commercial,* tomo II, 1ª parte, 5ª edición,

embargo, capaces de delito o cuasidelito civil: están obligadas a indemnizar los daños que causen con dolo o culpa las personas naturales que obren en su nombre o representación o que estén a su cuidado o servicio.[1] El art. 59 C. P. P. es bien explícito.

N° 122 ter, pág. 143; Gaceta, año 1918, tomo II, sent. 624, pág. 1950 (Corte Suprema).

Se ha fallado, por eso, que es improcedente la querella criminal intentada contra una persona jurídica (Gaceta, año 1910, tomo II, sent. 731, pág. 129 y año 1911, tomo I, sent. 624, pág. 1051) y toda medida precautoria solicitada en ella (Gaceta, año 1910, tomo II, sent. 731, pág. 129).

Se admite, sin embargo, que las personas jurídicas pueden ser condenadas a ciertas penas, como el comiso, las multas que establecen las leyes tributarias, de procedimiento y otras, la clausura del establecimiento por infracción a las leyes de impuestos, de sanidad u otras, etc. Respecto de las multas, este criterio se justifica diciendo que tienen más bien el carácter de reparaciones civiles que el de penas: MICHOUD, obra citada, tomo II, 2ª edición, Nos 282 a 286, págs. 251 a 258; MAZEAUD, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 1981, pág. 786; VALEUR, obra citada, Nos 41 a 52, págs. 24 a 32; LYON-CAEN Y RENAULT, obra citada, tomo II, 1ª parte, 5ª edición, N° 122 ter, págs. 143 y 144.

Entre nosotros se ha fallado que una persona jurídica que contraviene a las disposiciones de la Ley N° 5.107, de 19 de abril de 1932, sobre operaciones de cambios internacionales, puede ser condenada a las multas que esa ley establece: sentencia de 11 de diciembre de 1935, dictada por el Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, don Carlos A. Campos, en el juicio seguido por el Fisco contra la Cía. Chilena de Electricidad Ltda. por infracciones a la citada ley, considerandos 14 a 18 y 55 (véase esta sentencia en la Memoria del Consejo de Defensa Fiscal, correspondiente al año 1935, págs. 89 y siguientes).

[1] Gaceta, año 1910, tomo II, sent. 1178, pág. 924 (consid. 2°) y año 1914, sent. 323, pág. 907; CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado,* tomo V, N° 2839, pág. 553; DUCCI CLARO, CARLOS, obra citada, N° 71, pág. 54 y N° 72, pág. 55.

La jurisprudencia y los autores franceses se pronuncian en el mismo sentido no obstante que en Francia no existe un texto legal que establezca la responsabilidad civil de las personas jurídicas: COLIN Y CAPITANT, obra citada, tomo II, 2ª edición, pág. 375; JOSSERAND, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 461, pág. 246; BAUDRY-LACANTINERIE, obra citada, tomo II, 13ª edición, N° 704, pág. 318; GAUDEMET, obra citada, pág. 308; PLANIOL, obra citada, tomo II, 10ª edición, N° 881, pág. 307; LALOU, obra citada, Nos 400 y 401, pág. 208; PLANIOL Y RIPERT, obra citada, tomo VI, N° 501, pág. 694; DE PAGE, obra citada, tomo II, N° 919, pág. 767; DEMOGUE, obra citada, tomo III, N° 344, pág. 544 y N° 346, pág. 550; MAZEAUD, obra citada, tomo II, 2ª edición, Nos 1982 a 1987, págs. 787 a 791 y N° 1993, pág. 795; MICHOUD, *La théorie de la personnalité morale,* tomo II, 2ª edición, N° 274, pág. 232 y N° 275, pág. 234; PIRSON Y DE VILLÉ, obra citada, tomo I, N° 66, pág. 160 y N° 111 bis, pág. 243; SAVATIER, obra citada, tomo I, N° 206, pág. 258 y N° 207, pág. 259.

Sobre la responsabilidad delictual y cuasidelictual civil de las personas jurídicas en derecho argentino, véase la obra del profesor ARTURO BARCIA LÓPEZ, *Las personas jurídicas y su responsabilidad civil por actos ilícitos,* 2ª edición, Valerio Abeledo, editor, Buenos Aires, 1922.

Sobre la responsabilidad delictual y cuasidelictual civil de las sociedades anónimas por los actos de sus administradores y gerentes, véase la memoria de prueba de don OSVALDO F. DE CASTRO LARRAÍN, *La responsabilidad civil de los directores y del gerente de la sociedad anónima,* Imprenta El Imparcial, Santiago de Chile, 1942, Nos 116 a 122, págs. 88 a 90; N° 132, pág. 98; N° 153, pág. 113; Nos 167 a 169, págs. 121 a 124.

Si las personas jurídicas son capaces de obligarse por sus actos y contratos, no se ve por qué no han de poder serlo por los delitos y cuasidelitos de sus órganos y dependientes, cuanto más que el art. 545 C. C. las declara capaces de ejercer derechos y de contraer *obligaciones civiles,* sin distinguir acerca de su fuente.

Admitir la irresponsabilidad de las personas jurídicas por los delitos y cuasidelitos cometidos por las personas naturales que obran en su nombre, habría sido injusto e inconveniente. Aparte de que en muchos casos la responsabilidad de sus órganos y dependientes habría sido ilusoria o imposible de perseguir por su número o insolvencia, se les habría autorizado para que, escudados en la irresponsabilidad de la persona jurídica en cuyo nombre actúan, irrogaren por cuenta de ésta toda clase de daños que habrían quedado sin la debida reparación.

La responsabilidad civil de las personas jurídicas se justifica, pues, por razones de equidad y de conveniencia general. Esto explica que haya sido consagrada expresamente por numerosos Códigos modernos.[1]

No obstante que la capacidad delictual y cuasidelictual civil de las personas jurídicas es algo que no puede discutirse entre nosotros, dado lo dispuesto en el art. 59 C. P. P., no han faltado fallos que erróneamente la hayan desconocido. La Corte de Apelaciones de Santiago ha dicho que las personas jurídicas son incapaces de cometer por sí mismas delitos o cuasidelitos y que, en caso de ser cometidos por sus representantes legales, serían éstos los personalmente responsables de los perjuicios que con ellos causaren, *salvo que una ley expresa establezca la responsabilidad de la persona jurídica de quien sean representantes.*[2] La Corte olvidó que esa ley expresa existe: es el art. 59, del C. P. P. La Corte Suprema advirtió el error de esta afirmación, pero no pudo enmendarlo, porque no influía en lo dispositivo del fallo (considerando 10).

Sin embargo, la misma Corte Suprema, años más tarde, dijo que la Empresa de los Ferrocarriles del Estado, por ser persona jurídica y, por lo mismo, ficticia, *era incapaz de cometer delitos o cuasidelitos,* cualquiera que sea su naturaleza.[3]

Tal vez lo que la Corte quiso decir fue que las personas jurídicas no pueden cometer por sí mismas el hecho material constitutivo del delito o

[1] Códigos Civil alemán (art. 31), suizo (art. 55), brasilero (arts. 1522 y 1523), mexicano (art. 1918), turco (art. 48), soviético (arts. 404 y 407), chino (art. 28) y Código de las obligaciones y contratos de la República Libanesa (art. 127).

El derecho inglés y el norteamericano también admiten la responsabilidad civil de las personas jurídicas: CLARO SOLAR, obra citada, tomo V, N° 2843, pág. 555; DEMOGUE, obra citada, tomo III, N° 360 bis, pág. 565.

[2] Rev., tomo 12, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 410. Esta Corte ha declarado asimismo que es improcedente la acción de perjuicios dirigida contra una persona jurídica por las intrigas y difamaciones que se le atribuyen, porque las personas jurídicas no pueden ser autores de tales intrigas y difamaciones, actos éstos cuya responsabilidad debe perseguirse en las personas naturales que los ejecutaron: Rev., tomo 35, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 400.

[3] Rev., tomo 22, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 681 y tomo 28, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 164.

cuasidelito, lo que es exacto. Tal parece haber sido su intención si se considera que ese concepto lo expresó en apoyo de la afirmación, que acababa de hacer de que el daño cuya indemnización se perseguía debió ser ejecutado por una persona natural dependiente de la empresa demandada, que en el considerando siguiente reconoció en forma explícita que las personas jurídicas son civilmente responsables de los delitos o cuasidelitos cometidos por sus empleados y que desechó el recurso de casación en el fondo deducido contra la sentencia que condenaba a la empresa a indemnizar el daño causado por sus dependientes. Pero aunque así sea, hay que reconocer que la Corte no fue feliz al expresarse como lo hizo. La frase *cualquiera que sea su naturaleza* es de tal amplitud que comprende los delitos y cuasidelitos penales y civiles, y si es cierto que una persona jurídica es incapaz de cometer aquéllos, es inexacto y, aún más, violatorio del art. 59 C. P. P. decir que sea incapaz de delito o cuasidelito civil.

104. Necesidad de que la persona jurídica exista legalmente. Para que una persona jurídica sea capaz de delito o cuasidelito civil, es menester que *exista legalmente,* es decir, que se halle constituida con arreglo a la ley y en las condiciones que ésta exige para que goce de personalidad:[1] si consiste en una corporación o fundación de beneficencia pública, en una sociedad anónima, en una asociación de canalistas, en un sindicato o en una sociedad cooperativa, que haya sido autorizada y sus estatutos aprobados por el Presidente de la República (arts. 546 C. C., 427 C. de C., 20 de la Ley N° 2.139, de 20 de noviembre de 1908, sobre asociaciones de canalistas, 379 C. del T., 5° del Decreto N° 596, de 14 de noviembre de 1932, que fijó el texto de los decretos leyes sobre sociedades cooperativas, y 3° de la Ley N° 4.531, de 15 de enero de 1929, sobre cooperativas agrícolas). Sólo así es capaz de ejercer derechos y de contraer obligaciones civiles.

De ahí que los gremios, cofradías, establecimientos, asociaciones o agrupaciones de individuos que no sean personas jurídicas no son responsables de los delitos y cuasidelitos que cometan sus miembros, individual o colectivamente. De ellos responderán el miembro o los miembros autores del delito o cuasidelito, a condición de probárseles culpa o dolo, y si éstos son varios, su responsabilidad será solidaria (art. 2317).[2] Esta solución no admite dudas en presencia de lo que dispone el inc. final del art. 549 del C. C.

Lo mismo cabe decir de los delitos o cuasidelitos cometidos por los miembros o personeros de una corporación, fundación, sindicato o sociedad con posterioridad a la fecha en que fue privada de personalidad jurídica por la autoridad que legitimó su existencia; que no gozó de ella por adolecer de un vicio de nulidad,[3] a menos que se trate de una sociedad

[1] MAZEAUD, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 1979, pág. 786.

[2] MAZEAUD, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 1978, pág. 785; PIRSON Y DE VILLÉ, obra citada, tomo I, N° 111 bis, pág. 246. En contra: PLANIOL Y RIPERT, obra citada, tomo VI, N° 502, pág. 698 *in fine;* DEMOGUE, obra citada, tomo III, N° 359, pág. 564.

[3] MAZEAUD, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 1978 *in fine,* pág. 785.

comercial: ésta, aunque nula, es civilmente responsable de los delitos y cuasidelitos cometidos por sus órganos o dependientes a virtud del art. 361 C. de C.; o después de haberse disuelto por voluntad de sus miembros, a no ser que en este caso su personalidad subsista para los efectos de su liquidación, como ocurre, por ejemplo, con las sociedades anónimas, y que el delito o cuasidelito se haya cometido durante la liquidación (art. 110 D. F. L. N° 251, de 20 de mayo de 1931, sobre Superintendencia de compañías de seguros, sociedades anónimas y bolsas de comercio). De tales delitos y cuasidelitos responderán únicamente las personas naturales que los hayan cometido.

105. Naturaleza de la responsabilidad en que pueden incurrir las personas jurídicas. Las personas jurídicas que tengan existencia legal, pueden incurrir en responsabilidad *simple* y *compleja,* es decir, en responsabilidad proveniente de su hecho personal y en responsabilidad proveniente del hecho ajeno, de una cosa o de un animal. Con mayor razón incurren en responsabilidad *legal* o *sin culpa,* desde que ésta no tiene otra fuente que la ley.[1]

Pero en todo caso el hecho material constitutivo del delito o cuasidelito ha debido ser ejecutado por una persona natural; la persona jurídica, como ser ficticio, no puede obrar por sí misma. Se ha fallado, por eso, que cuando una sentencia dice que una empresa ferroviaria ha sido culpable o negligente, debe entenderse que lo han sido sus administradores o dependientes, pesando sobre ella únicamente la responsabilidad civil resultante del daño causado por esos administradores o dependientes.[2]

106. Responsabilidad por el hecho personal. Las personas jurídicas son personal y directamente responsables de un delito o cuasidelito, sea de acción u omisión,[3] cuando éste ha sido cometido por sus *órganos,*[4] esto es, por las personas naturales o por los consejos o asambleas en quienes reside la voluntad de la persona jurídica según la ley o los estatutos, como los administradores, la junta de accionistas o el liquidador de una sociedad, el presidente, el directorio y la asamblea de socios de una corporación, fundación, asociación de canalistas o sindicato, el vicepresidente ejecutivo y el consejo de una institución semifiscal, etc.[1-2] El órgano es la encarnación de la persona jurídica: los actos del órgano son, por tanto, actos de la persona jurídica misma.[3]

[1] CLARO SOLAR, obra citada, tomo V, N° 2842, pág. 555; MICHOUD, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 277, pág. 243; PLANIOL Y RIPERT, obra citada, tomo VI, N° 501, pág. 696; DEMOGUE, obra citada, tomo III, N° 349, pág. 554.

[2] Rev., tomo 22, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 681 y tomo 28, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 164 (ambas de la Corte Suprema).

[3] DEMOGUE, obra citada, tomo III, N° 348, pág. 554; MAZEAUD, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 1987, pág. 791.

[4] MAZEAUD, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 1986, pág. 790 y N° 1987, pág. 791; DEMOGUE, obra citada, tomo III, N° 344, pág. 544 y N° 346, pág. 550; tomo V, N° 895 *in fine,* pág. 89; MICHOUD, obra citada, tomo I, 2ª edición, N° 64, pág. 140 y tomo II, 2ª edición, N° 275, pág. 234; DE PAGE, obra citada, tomo I, N° 509, pág. 458; PIRSON Y DE VILLÉ, obra citada, tomo I, N° 66, pág. 160 y N° 111 bis, pág. 242; SAVATIER, obra citada, tomo I, N° 207, pág. 259.

Pero, para que así ocurra, es menester que el *órgano obre en ejercicio de sus funciones,*[4] es decir, dentro de las facultades que le competen o en virtud de acuerdos celebrados en conformidad a los estatutos o a la ley;[5] sólo entonces encarna la voluntad de la persona jurídica (art. 552 C. C.). De lo contrario, ésta no contrae responsabilidad. En ella incurrirán únicamente la persona o personas naturales que cometieron el delito o cuasidelito: una y otras *no habrían obrado en su nombre,* como exige el art. 59 C. P. P.[6]

Si el consejo de administración de una sociedad anónima acuerda hacer una competencia desleal a un competidor, registrar como propia una marca de fábrica ajena, destruir la propiedad del vecino para ensanchar sus locales, acuerdos que el gerente o el presidente cumplen, o la asamblea de socios de una corporación, sindicato o sociedad aprueba un voto injurioso o calumnioso contra un ex empleado o un tercero, la persona jurídica será personal y directamente responsable del daño que así se cause. El delito o cuasidelito del órgano es el delito o cuasidelito de la persona jurídica. El órgano no es un dependiente de la persona jurídica, es ella misma: es su voluntad, y no la del órgano, la que se ha exteriorizado en esos acuerdos.[7]

[1] DEMOGUE, obra citada, tomo III, pág. 544, nota 2; MICHOUD, obra citada, tomo I, 2ª edición, N°s 60 a 64, págs. 128 a 147; DE PAGE, obra citada, tomo I, N° 509, pág. 458; SAVATIER, obra citada, tomo I, N° 207, pág. 260.

[2] Según el art. 6° de la Ley N° 7.200, de 21 de julio de 1942, llamada vulgarmente "ley de emergencia", cada institución semifiscal será administrada únicamente por el vicepresidente ejecutivo y por su respectivo Consejo. El vicepresidente tendrá, según el caso, todas las atribuciones que las leyes respectivas fijan a los presidentes, directores, gerentes o administradores, y el art. 33 de la misma ley señala las instituciones semifiscales a que se aplica ese precepto.

[3] MICHOUD, obra citada, tomo I, 2ª edición, N° 60, pág. 128 y tomo II, 2ª edición, N° 275, pág. 234; MAZEAUD, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 1986, pág. 790; DE PAGE, obra citada, tomo I, N° 509, pág. 458; PIRSON Y DE VILLÉ, obra citada, tomo I, N° 111 bis, pág. 242; SAVATIER, obra citada, tomo I, N° 207, pág. 259.

[4] PLANIOL Y RIPERT, obra citada, tomo VI, N° 501, pág. 697; DEMOGUE, obra citada, tomo III, N° 351, pág. 557; MICHOUD, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 276, pág. 238; MAZEAUD, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 1987, pág. 791; DE PAGE, obra citada, tomo I, N° 509, pág. 458; PIRSON Y DE VILLÉ, obra citada, tomo I, N° 111 bis, pág. 244; SAVATIER, obra citada, tomo I, N° 207 *in fine,* pág. 261.

[5] Véase en este sentido la opinión de Ballesteros en LAZO, Código de Procedimiento Penal anotado, art. 59, pág. 88.

[6] MAZEAUD, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 1987, pág. 791; MICHOUD, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 237, págs. 238 *in fine* y 239.

[7] MAZEAUD, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 1986, pág. 790; DEMOGUE, obra citada, tomo III, N° 346, pág. 550 y N° 350, pág. 554; MICHOUD, obra citada, tomo II, N° 274, pág. 233 y N° 275, pág. 234; SAVATIER, obra citada, tomo I, N° 207, pág. 259; PIRSON Y DE VILLÉ, obra citada, tomo I, N° 111 bis, pág. 242.

En cambio, si el presidente de una corporación o los miembros de un consejo de administración o directorio injurian o golpean a un tercero en la calle, en la oficina en que dicho presidente ejerce sus funciones o durante la sesión del consejo, la persona jurídica no contrae responsabilidad alguna. No se trata de un delito o cuasidelito cometido por el órgano, obrando como tal y en ejercicio de sus funciones, sino por las personas naturales que lo constituyen fuera de sus atribuciones y al margen de los estatutos y de la ley: sólo ellas serán responsables (art. 552 C. C.).[1]

Del mismo modo, de los actos que ejecuten *colectivamente* los socios o accionistas, como si se reúnen en contravención a los estatutos o sin haber sido citados por quien tiene facultad para hacerlo, en términos de que esa reunión no pueda calificarse legalmente de una junta o asamblea, sólo ellos responderán. La persona jurídica no incurre en responsabilidad, aunque a la reunión hubieran asistido todos sus miembros. Ésta se obliga por los actos voluntarios, así como por los ilícitos, cuando el órgano, cualquiera que sea, obra en conformidad a los estatutos o a la ley, lo que aquí no habría ocurrido.[2]

Pero no es de rigor que el *órgano* haya sido debidamente nombrado o elegido. Si el consejo de administración de una sociedad o el presidente o el directorio de una corporación o fundación han sido designados en condiciones irregulares, y unos y otros han ejercido sus funciones y obrado como tales a vista y paciencia de todos, la persona jurídica responderá de los delitos y cuasidelitos que cometan en su nombre; los terceros no pueden perjudicarse por los errores o irregularidades de los miembros de la persona jurídica.[3] La apariencia es fuente de derechos.

107. Consecuencias. Del hecho de que la responsabilidad de la persona jurídica por el delito o cuasidelito cometido por sus órganos en el ejercicio en sus funciones sea personal o directa y no indirecta, como en el caso de los dependientes, se desprende:

1°. Que si el órgano es incapaz de delito o cuasidelito, según el art. 2319, la persona jurídica también lo es; si el órgano no tiene discernimiento, aquélla no puede incurrir en culpa o dolo, puesto que carecería de voluntad, toda vez que la del órgano es la suya propia.[4]

2°. Que la víctima debe probar la culpa o el dolo del órgano o, mejor dicho, de la persona jurídica, de acuerdo con las reglas generales, a menos que ésta se hallare en el caso del art. 2329, pues entonces esa culpa, según

[1] MICHOUD, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 276, pág. 238; PIRSON Y DE VILLÉ, obra citada, tomo I, N° 111 bis, pág. 244.

[2] PLANIOL Y RIPERT, obra citada, tomo VI, N° 502, pág. 697; MAZEAUD, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 1987, pág. 791; DEMOGUE, obra citada, tomo III, N° 347, pág. 553; MICHOUD, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 278, pág. 243.

[3] DEMOGUE, obra citada, tomo III, N° 351, pág. 556; PLANIOL Y RIPERT, obra citada, tomo VI, N° 502, pág. 698.

[4] DEMOGUE, obra citada, tomo III, N° 351, pág. 557; MICHOUD, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 276, pág. 237.

nosotros, se presumiría. La responsabilidad de la persona jurídica está regida en este caso por el art. 2314. El art. 2320 es inaplicable, se refiere a la responsabilidad por el hecho de un *dependiente*, y el órgano no lo es.[1]

108. Irresponsabilidad personal del órgano. El órgano, en cuanto tal, no incurre en responsabilidad, porque no tiene existencia propia, constituye un solo todo con la persona jurídica de que forma parte. En los ejemplos propuestos en el tercer acápite del N° 106, la víctima no podría demandar perjuicios al consejo de administración o a la asamblea de socios o de accionistas que tomaron tales acuerdos; su demanda deberá dirigirla en contra de la persona jurídica en cuyo nombre actuaron.[2]

109. Responsabilidad personal de los individuos que constituyen el órgano. Pero las personas naturales que, como miembros del órgano, ejecutaron el hecho doloso o culpable incurren en responsabilidad personal, sin perjuicio de la que corresponde a la persona jurídica. El delito o cuasidelito de aquél engendra una doble responsabilidad civil: la de la persona jurídica y la de las personas naturales que lo cometieron.[3] Así se desprende del art. 59 C. P. P., ya que, según él, éstas son criminalmente responsables del acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que afecte a la corporación en cuyo nombre hubieran obrado, y de todo delito nace una acción penal para obtener el castigo del culpable y puede nacer una acción civil para obtener la reparación del daño causado (art. 30 C. P. P.).

De ahí que en los ejemplos señalados en el tercer acápite del N° 106, a más de la responsabilidad civil de la persona jurídica, habrá la de las personas naturales que tomaron esos acuerdos o los ejecutaron por ser quienes intervinieron en el acto punible (art. 59 C. P. P.),[4] siempre que se pruebe su intervención culpable o dolosa, pues la ley no establece ninguna presunción de culpabilidad en su contra.[5] Lo mismo ocurrirá si los

[1] MAZEAUD, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 1986, pág. 790; MICHOUD, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 275, pág. 234.

[2] MAZEAUD, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 1988, pág. 791; PIRSON Y DE VILLÉ, obra citada, tomo I, N° 111 bis, pág. 244.

[3] PLANIOL Y RIPERT, obra citada, tomo VI, N° 506, pág. 699; SAVATIER, obra citada, tomo I, N° 208, pág. 261; PLANIOL, obra citada, tomo II, 10ª edición, N° 881, pág. 308; LALOU, obra citada, N° 404, pág. 209; MAZEAUD, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 1989, pág. 792; GARDENAT Y SALMON-RICCI, obra citada, N° 90, pág. 28; DEMOGUE, obra citada, tomo III, N° 344, pág. 544 y N° 345, pág. 547; MICHOUD, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 276, pág. 240; PIRSON Y DE VILLÉ, obra citada, tomo I, N° 111 bis, págs. 242, 244 y 245; F. DE CASTRO LARRAÍN, OSVALDO, obra citada, N°s 118 a 120, págs. 88 y 89. En contra: DE PAGE, obra citada, tomo I, N° 509, pág. 459.

[4] MAZEAUD, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 1989, pág. 792; DEMOGUE, obra citada, tomo III, N° 345, pág. 548.

[5] PLANIOL Y RIPERT, obra citada, tomo VI, N° 503, pág. 700; LALOU, obra citada, N° 404, pág. 209; MAZEAUD, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 1990, pág. 793; DEMOGUE, obra citada, tomo III, N° 345, pág. 549; F. DE CASTRO LARRAÍN, OSVALDO, obra citada, N° 119, pág. 89.

miembros del órgano encargados de designar o vigilar a los dependientes de la persona jurídica los eligen mal o no los vigilan: serán personalmente responsables de los delitos o cuasidelitos que éstos cometan, sin perjuicio de la responsabilidad civil que afecte a aquélla; pero como la presunción de culpabilidad del art. 2320 se aplica al empresario, que en el caso es la persona jurídica, la responsabilidad de esos miembros no podrá hacerse efectiva sino probándoseles culpa o dolo.[1]

Pero esta responsabilidad sólo afectará a los individuos que, como miembros del órgano, incurrieron en descuido o falta de vigilancia o ejecutaron el hecho ilícito, sea concurriendo con su voto al acuerdo en que se decidió realizarlo o mediante el cual se cometió, sea cumpliéndolo. Los administradores o socios que no concurrieron a la sesión o que, concurriendo, votaron en contra del acuerdo o se abstuvieron de votar o el presidente que rehusó ejecutarlo, no incurren en responsabilidad; no han intervenido en el acto punible, como dice el art. 59 C. P. P.[2] Si el delito o cuasidelito consistió en una abstención, serán responsables los que estaban encargados de obrar y no lo hicieron. Los que pretendieron ejecutar el acto provocando, por ejemplo, una deliberación al respecto y votando en favor de su ejecución, estarán exentos de responsabilidad. No ha habido culpa de su parte.[3]

110. Responsabilidad solidaria de la persona jurídica y de los miembros del órgano. La responsabilidad civil de la persona jurídica y la del miembro o miembros del órgano que ejecutaron el delito o cuasidelito es solidaria; una y otros la cometieron conjuntamente (art. 2317).[4]

111. Responsabilidad por el hecho ajeno o de las cosas. A más de la responsabilidad directa y personal en que puede incurrir la persona jurídica por los delitos o cuasidelitos cometidos por sus órganos obrando como tales y en ejercicio de sus funciones, también puede contraer la que provenga del hecho ajeno o del hecho de una cosa o animal, en otros términos, la responsabilidad indirecta o compleja que establecen los arts. 2320,

[1] DEMOGUE, obra citada, tomo III, N° 354, pág. 560; tomo V, N° 895, pág. 89.

[2] MAZEAUD, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 1989, pág. 792; DEMOGUE, obra citada, tomo III, N° 345, pág. 549. ESMEIN en PLANIOL Y RIPERT, obra citada, tomo VI, N° 503, pág. 700, admite esta solución respecto de los socios. Respecto de los miembros del directorio o del consejo de administración, este autor cree que sólo se eximen de responsabilidad absteniéndose de participar en la ejecución del acuerdo o dimitiendo y no solamente votando en contra o absteniéndose de votar. Esta opinión, que, por lo demás, es muy rigurosa, no puede invocarse entre nosotros, pues el art. 59 C. P. P. sólo responsabiliza a los que han intervenido en el acto punible; los que se abstuvieron de votar o votaron en contra no se hallan en este caso.

[3] DEMOGUE, obra citada, tomo III, N° 348, pág. 553.

[4] MAZEAUD, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 1991, pág. 794; DEMOGUE, obra citada, tomo III, N° 353, pág. 558; SAVATIER, obra citada, tomo I, N° 208, pág. 262; F. DE CASTRO LARRAÍN, OSVALDO, obra citada, N° 154, pág. 114.

2322, 2323 y 2326 a 2328. Las presunciones de culpa que consagran estos artículos son aplicables a las personas jurídicas. Esos preceptos hablan de *persona,* del *dueño* de un edificio o animal o *del que tenga* éste, sin distinguir. Comprenden, por tanto, a toda persona, natural o jurídica.[1]

Así, una persona jurídica es responsable de los delitos o cuasidelitos que cometan sus dependientes,[2] mientras estén bajo su cuidado (art. 2320, inc. 5°), o sus criados, en el ejercicio de sus respectivas funciones (art. 2322);[3] del daño que ocasione la ruina de un edificio de su propiedad por haber omitido las necesarias reparaciones o haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia (art. 2323);[4] del que irrogue un animal que le pertenezca o que esté a su servicio (art. 2326) o un animal fiero de que no reporte utilidad para la guarda o servicio de un predio (art. 2327), o del que cause una cosa que cae o se arroja de la parte superior del edificio en que ella habita (art. 2328).

Numerosas son las sentencias que han condenado a una persona jurídica a indemnizar los daños causados por el hecho de sus dependientes.[5]

[1] CLARO SOLAR, obra citada, tomo V, N° 2840, pág. 554 y N° 2841, pág. 555; DUCCI CLARO, CARLOS, obra citada, N° 74, pág. 56; PLANIOL Y RIPERT, obra citada, tomo VI, N° 501, pág. 696; DE PAGE, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 919, pág. 767; MICHOUD, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 277, pág. 242; DEMOGUE, obra citada, tomo III, N° 349, pág. 554.

[2] Entre los dependientes se incluye al gerente de las sociedades anónimas y de las instituciones semifiscales; éste no es un órgano, sino un empleado de la sociedad o institución, ligado a ella por un contrato de trabajo y por uno de mandato.

Si el gerente fuere, a la vez, miembro del consejo de administración, lo que hoy es posible (art. 99 del D. F. L. N° 251, de 20 de mayo de 1931, sobre Superintendencia de compañías de seguros, sociedades anónimas y bolsas de comercio), su responsabilidad, en cuanto a miembro del consejo, y la de la respectiva sociedad o institución, se regirán por lo dicho en los números 106 a 110.

Véase, al respecto, la memoria de prueba de don OSVALDO F. DE CASTRO LARRAÍN, *La responsabilidad civil de los directores y del gerente de la sociedad anónima,* 1942, N°s 167 a 169, págs. 121 a 124 y N°s 171 a 174, págs. 126 y 127.

[3] MICHOUD, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 275, pág. 234; SAVATIER, obra citada, tomo I, N° 206, pág. 258; DE PAGE, obra citada, tomo II, N° 919, pág. 767; PIRSON Y DE VILLÉ, obra citada, tomo I, N° 66, pág. 160; MAZEAUD, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 1992, pág. 794; DEMOGUE, obra citada, tomo III, N° 343 *in fine,* pág. 544 y N° 349, pág. 554 y tomo V, N° 895, pág. 89; CLARO SOLAR, obra citada, tomo V, N° 2840, pág. 554.

[4] En Rev., tomo 39, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 203, se condenó a una sociedad anónima a indemnizar el daño causado a un transeúnte con el desprendimiento de un trozo de mampostería de un edificio perteneciente a ella.

[5] Rev., tomo 2°, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 141; tomo 4°, 2ª parte, sec. 2ª, pág. 93; tomo 7°, 2ª parte, sec. 1ª, págs. 146 (Corte Suprema), 324, 454 (Corte Suprema) y 546 y 2ª parte, sec. 2ª, pág. 3; tomo 9°, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 23 (Corte Suprema) y 2ª parte, sec. 2ª, pág. 25; tomo 10, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 47 (Corte Suprema); tomo 12, 2ª parte, sec. 1ª, págs. 18 (Corte Suprema), 90, 300, 308 y 511; tomo 13, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 403 (Corte Suprema); tomo 14, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 498 (Corte Suprema); tomo 15, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 131 (Corte Suprema); tomo 16, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 513 (Corte Suprema); tomo 17, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 257 (Corte Suprema); tomo 18, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 335; tomo 19, 2ª parte, sec. 1ª, págs. 378, 383 y 493 (las tres de la Corte Suprema); tomo 21; 2ª parte, sec. 1ª, págs. 119 y

112. Responsabilidad legal o sin culpa. Las personas jurídicas también incurren en responsabilidad *legal* o *sin culpa;* la ley no las ha exceptuado.[1] Las personas jurídicas son responsables, por tanto, de los accidentes del trabajo que sufran sus obreros o empleados; de los daños que ocasionen en el caso de la letra *g* del art. 25 del C. de M. y de los que causen con una aeronave de su propiedad a personas en la superficie (art. 65 del D. F. L. N° 221, de 15 de mayo de 1931, sobre navegación aérea).

113. Recurso de la persona jurídica contra los autores del delito o cuasidelito. La persona jurídica que ha sido condenada a reparar el daño causado por el delito o cuasidelito cometido por sus órganos o por sus dependientes, criados o discípulos, según el caso, tiene derecho para ser indemnizada íntegramente por las personas naturales que lo ejecutaron: por los miembros del órgano, en conformidad a las reglas generales,[2] y por los dependientes, criados o discípulos, en los términos del art. 2325.

114. Personas jurídicas a que se aplican los principios precedentes. Los principios expuestos en los números 103 a 113 se aplican a todas las personas jurídicas de derecho privado, cualquiera que sea su naturaleza u objeto: sociedades, civiles, comerciales,[3] mineras o cooperativas, sindicatos, corporaciones, fundaciones de beneficencia pública, asociaciones de cana-

1053 (ambas de la Corte Suprema); tomo 22, 2ª parte, sec. 1ª, págs. 195, 241, 681, 785 y 912 (las cuatro últimas de la Corte Suprema) y 987; tomo 23, 2ª parte, sec. 1ª, págs. 23 y 577 (Corte Suprema); tomo 24, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 567 (Corte Suprema); tomo 25, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 435 (Corte Suprema); tomo 26, 2ª parte, sec. 1ª, págs. 89 (Corte Suprema) y 141; tomo 27, 2ª parte, sec. 1ª, págs. 240, 557 (Corte Suprema) y 822; tomo 28, 2ª parte, sec. 1ª, págs. 66, 164, 270, 295, 461 y 747 (todas de la Corte Suprema); tomo 29, 2ª parte, sec. 1ª, págs. 43, 549 y 570; tomo 30, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 524; tomo 31, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 144; tomo 32, 2ª parte, sec. 1ª, págs. 10, 382 (ambas de la Corte Suprema) y 386; tomo 38, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 239 (Corte Suprema); tomo 39, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 343 (Corte Suprema); Gaceta, año 1910, tomo II, sent. 1178, pág. 924; año 1914, sent. 5, pág. 13; sent. 323, pág. 907; sent. 607, pág. 1762; año 1915, sent. 102, pág. 228; sent. 297, pág. 731; sent. 298, pág. 732; sent. 565, pág. 1466; año 1920, tomo I, sent. 70, pág. 356; año 1920, tomo II, sent. 150, pág. 598; año 1918, tomo II, sent. 500, pág. 1538; OTERO, *Jurisprudencia del C. de P. C.*, 1.er apéndice a la 2ª edición de 1910, N° 2, pág. 807 y N° 10, pág. 819.

[1] Véanse los autores citados en la nota 1 de la pág. 112.

[2] MAZEAUD, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 1974, pág. 783; SAVATIER, obra citada, tomo I, N° 208 *in fine,* pág. 262; PLANIOL Y RIPERT, obra citada, tomo VI, N° 504, pág. 701; PIRSON Y DE VILLÉ, obra citada, tomo I, N° 111 bis, pág. 246. DEMOGUE, obra, citada, tomo III, N° 353, pág. 559, cree que la persona jurídica no tiene derecho al reembolso total de lo que pagó sino a la parte que determine el juez, tomando en cuenta la gravedad del delito, o cuasidelito cometido por el órgano.

[3] LYON CAEN Y RENAULT, obra citada, tomo II, 1ª parte, 5ª edición, N° 122 bis, pág. 142.

listas, instituciones semifiscales, etc.[1] La ley no distingue y la expresión *corporación,* que emplea el art. 59 C. P. P., está tomada en su más amplia acepción.

Diversos textos legales así lo corroboran. El art. 546 C. del T. establece la responsabilidad de los sindicatos por los daños y perjuicios que cause el abandono del trabajo por alguno o algunos de los obreros o empleados pertenecientes a ellos, sin haber cumplido las formalidades legales y reglamentarias, a menos que adopten medidas disciplinarias contra los que hubieran abandonado el trabajo.

A su vez, el art. 69 de la ley general de ferrocarriles cuyo texto definitivo se fijó por Decreto N° 1.157, de 13 de julio de 1931, consagra expresamente la responsabilidad civil de las empresas de ferrocarriles –que, según el art. 16, deben ser, por lo general, sociedades anónimas– por los daños y perjuicios derivados de los actos y omisiones que se relacionen con el servicio y sean causados por los administradores o demás empleados o dependientes en los términos establecidos por los arts. 2314 y 2320 del C. C. y agrega que esta responsabilidad pesará sobre el Estado si la explotación se hiciere por él o de su cuenta. Y el art. 3° del D. F. L. N° 167, de 12 de mayo de 1931, relativo a la Empresa de los Ferrocarriles del Estado, dispone que ésta tendrá personalidad jurídica propia y, como empresa de transportes, estará sometida a las leyes generales que rijan esta clase de empresas.

2°. EL DOLO Y LA CULPA[2]

115. Principio. Para que un hecho o una omisión que daña a otro, engendre responsabilidad delictual o cuasidelictual civil, no basta que tenga por autor a una persona capaz de delito o cuasidelito. Es indispensable que haya sido ejecutado con *dolo* o *culpa.* En el sistema de nuestro Código, la fuente de la responsabilidad civil es el hecho perjudicial *doloso* o *culpable* y no el hecho perjudicial liso y llano (N° 77).[3]

[1] MAZEAUD, obra citada, tomo II, 2ª edición, N° 1979, pág. 786 y N° 1991 *in fine,* pág. 794; DEMOGUE, obra citada, tomo III, N° 343, pág. 544.

[2] Los autores franceses se ocupan de este elemento bajo la denominación común de *faute* (culpa), expresión que comprende al dolo y a la culpa propiamente tal, y hablan de *culpa* (faute) *delictual o intencional* para referirse a aquél y de *culpa* (faute) *cuasidelictual* o *no intencional* o de *imprudencia* o *negligencia* para referirse a la culpa: PLANIOL, obra citada, tomo II, 10ª edición, N° 827, pág. 278 y N° 863, pág. 290; PLANIOL Y RIPERT, obra citada, tomo VI, N° 505, pág. 701; N° 513, pág. 706 y N° 517, pág. 710; DEMOGUE, obra citada, tomo III, N° 224, pág. 366; MAZEAUD, obra citada, tomo I, 2ª edición, N° 398, pág. 404 y Nos 404 y 405, pág. 410.

[3] BAUDRY-LACANTINERIE, obra citada, tomo II, 13ª edición, N° 703, pág. 317; COLIN Y CAPITANT, obra citada, tomo II, 6ª edición, pág. 361; PLANIOL Y RIPERT, obra citada, tomo VI, N° 477, pág. 660; DEMOGUE, obra citada, tomo III, N° 224, pág. 366; DE PAGE, obra citada, tomo II, N° 909, pág. 757; MAZEAUD, obra citada, tomo I, 2ª edición, N° 379, pág. 388; LALOU, obra citada, N° 157, pág. 104.

demandado y el daño debe existir una relación de suficiente proximidad, que en nuestra tradición civil se expresa en el requisito de que el daño debe ser *directo*. Ambos aspectos de la atribución objetiva del daño al hecho del demandado serán tratados en el *Capítulo V*, sobre causalidad.

CAPÍTULO II
HECHO IMPUTABLE

§ 6. HECHO SUBJETIVAMENTE IMPUTABLE

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

Este principio es asumido por nuestro derecho, que establece como condición de la responsabilidad un hecho voluntario de quien resulta obligado (artículos 1437, 2284, 2314 y 2329). La ley civil acoge en esta disposición una cierta filosofía de la voluntad, en cuya virtud la responsabilidad tiene siempre por antecedente un acto libre del demandado.[1]

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

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

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

[1] Carbonnier 2000 405.

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

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

29. Decaimiento de los elementos subjetivos de la responsabilidad. La tendencia a la objetivación de la culpa ha tenido como consecuencia un debilitamiento o la franca retirada de los elementos subjetivos de la responsabilidad. Ante todo, esta evolución se muestra en que la culpa es entendida objetivamente como ilícito civil (*infra* § 10). En algunos ordenamientos, como el francés, incluso se ha terminado por eliminar la capacidad como requisito de responsabilidad (haciendo responsables a infantes y dementes), en una evolución que ha sido entendida como el triunfo definitivo de la apreciación en abstracto de la responsabilidad.[2]

En la mayoría de los sistemas de nuestra tradición jurídica se han conservado, sin embargo, la capacidad y la voluntariedad del hecho como los supuestos subjetivos mínimos de la imputabilidad civil, aunque la culpa, con matices que varían de un sistema jurídico a otro, haya pasado a ser generalmente concebida en términos objetivos.[3]

§ 7. CAPACIDAD

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

b) La capacidad es un concepto jurídico que se define en términos negativos. El derecho define quienes carecen de aptitud suficiente de deliberación para ser considerados responsables (artículo 2319). Al igual que

[2] Chabas 2000 b N° 9; en Francia la incapacidad por demencia dejó de ser una excusa aceptable en el juicio de responsabilidad luego de la reforma al Código Civil introducida por una ley de 1968 (artículo 489-2); una corriente jurisprudencial tendió a expandir la idea de que la capacidad no era requisito de la responsabilidad; sin embargo, con posterioridad, el 'estado de infancia' ha pasado a ser considerado al momento de apreciar la culpa (Viney/Jourdain 1998 356).

[3] Von Bar 1996 I 75.

en materia contractual (artículo 1446), la capacidad es la regla general en materia de responsabilidad por daños.

El artículo 2319 señala que "no son capaces de delito o cuasidelito los menores de siete años ni los dementes". Además, "queda a la prudencia del juez determinar si el menor de dieciséis ha cometido el delito o cuasidelito sin discernimiento", en cuyo caso se le tiene por incapaz.

La comparación de las reglas de capacidad permite apreciar que los requisitos de capacidad que el Código Civil establece en materia de responsabilidad extracontractual son inferiores a los que rigen en materia contractual y penal. En materia penal, por regla general están exentos de responsabilidad los menores de dieciocho años. Los mayores de catorce y menores de dieciocho años, denominados adolescentes, se sujetan a un estatuto especial que regula la responsabilidad penal juvenil (artículo 10 N° 2 del Código Penal).[4] Bajo los catorce años las personas no pueden ser tenidas por responsables en materia penal y el Estado renuncia respecto de ellas a la persecución de las conductas constitutivas de delito.[5]

La capacidad civil extracontractual es también más amplia que la contractual, en atención a que esta se adquiere plenamente a los dieciocho años, sin perjuicio que se pueda actuar autorizado por el representante legal a partir de la pubertad (artículo 1447), y de la capacidad especial del menor que ejerce una industria o empleo (artículo 254). En verdad, la responsabilidad civil solo exige un discernimiento de lo correcto y una aptitud para apreciar el riesgo; por el contrario, en sede contractual se requiere haber alcanzado una racionalidad estratégica que habilita para los negocios.[6]

c) Resulta discutible si la capacidad es igualmente relevante cuando la culpa de la propia víctima ha colaborado causalmente en el accidente (artículo 2330). En este caso se puede hablar, más que de un deber, de una carga que soporta la víctima (*infra* N° 287); en verdad, cualquiera sea la incapacidad que afecte a la víctima, no hay razón para no considerar su conducta objetivamente imprudente al momento de valorar la indemnización que debe recibir del demandado (*infra* N° 283); lo anterior no obsta a que el deber de cuidado del demandado pueda estar precisamente determinado por la presencia de niños u otros incapaces (como puede ocurrir con la conducción en una zona de escuela).

[4] 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; para un análisis del sistema de justicia penal para adolescentes, véase Berrios 2005 *passim*.

[5] En el caso de las faltas solo 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^{os} 1, 4, 5 y 19, solo en relación con el artículo 477, 494 bis, 495 N° 21, y 496 N^{os} 5 y 26, del Código Penal y de las tipificadas en la Ley N° 20.000. En los demás casos, las faltas cometidas por adolescentes constituyen contravenciones administrativas que para todos los efectos legales y su juzgamiento se sujetan al procedimiento regulado en el párrafo 4° de la Ley N° 19.968, de tribunales de familia (Ley N° 20.084, artículo 1° III; Ley N° 19.968, artículo 102 A).

[6] Alessandri 1943 130.

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, 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 irrebatibles 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 solo 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.

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]

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]

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

[8] Deutsch/Ahrens 2002 70.

[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 este 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.

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 solo 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]

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

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

Existen dos sustanciales diferencias entre la responsabilidad por el hecho de incapaces y la presunción de culpa por el hecho de personas capaces que están al cuidado de otra. Ante todo, salvo la regla del artículo 2321, que se aplica indiferentemente a menores capaces e incapaces, la culpa en el

[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.

cuidado debido al incapaz no está sujeta a una presunción de culpa (como ocurre con el hecho del dependiente capaz). Además, en la presunción de culpa por el hecho ajeno existen dos responsabilidades: la de quien actúa provocando el daño, cuya culpa debe probarse; y la de aquel que tiene al autor del daño bajo su dependencia o cuidado, cuya culpa se presume. Ambos, el principal y el dependiente, son perfectamente capaces e incurren en responsabilidad personal (uno por el hecho propio y el otro por el hecho ajeno).[11] Por eso, en tales casos existe un concurso de responsabilidades: la del autor del daño y la del tercero civilmente responsable que tiene a aquel bajo su dependencia o cuidado (*infra* N° 279). En cambio, si quien comete el daño es un incapaz, solo es responsable el custodio. Por tanto, no existe responsabilidad por el hecho ajeno, sino responsabilidad personal, pues al incapaz no puede imputarse responsabilidad alguna (sobre la responsabilidad por hecho de incapaces, *infra* § 16).

34. Capacidad de las personas jurídicas. a) Técnicamente, las personas jurídicas tienen voluntad, que se expresa por quienes forman parte de sus órganos o actúan como sus representantes (artículos 550 y 551). La capacidad de las personas jurídicas para contraer obligaciones civiles comprende el ámbito contractual y el extracontractual.[12]

b) La capacidad de las personas jurídicas para ser responsables extracontractualmente no es hoy objeto de controversia. Sin embargo, la materia no fue pacífica en el pasado. Entendida la culpa como un juicio de reproche subjetivo, la responsabilidad de la persona jurídica carecía de sustento, en especial si se asume la doctrina de la ficción. Así, Von Savigny consideraba a la persona jurídica incapaz de delito o cuasidelito penal y civil.[13] Por el contrario, según la doctrina de la realidad, el órgano expresa la voluntad de la corporación o sociedad.[14]

[11] Así se explica que la jurisprudencia haya entendido que "la responsabilidad civil de un tercero surge (...) no propiamente por el hecho ilícito ajeno, sino que por su descuido personal como cuidador 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" (CS, 29.8.1974, RDJ, t. LXXI, sec. 4ª, 261, también publicado en F. del M. 190, 181).

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

[13] Von Savigny 1840 II § 60.

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

Entre el fundamento moral de la voluntad individual, en la tradición de Von Savigny, y el romanticismo de la voluntad corporativa, como si fuera diferente de la individual, el derecho contemporáneo sigue un camino más pragmático y se pregunta por el lugar o centro de decisión y actividad en la organización de la persona jurídica; es allí donde se adoptan las decisiones y se realizan las actividades del giro social por personas naturales que actúan como sujetos encargados de cumplir los deberes de cuidado que corresponden a la empresa.[15] La responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica resulta de una atribución que el derecho hace de los actos de sus órganos, agentes y representantes que actúan en esos centros de decisión y actividad. Por la misma razón, la persona jurídica también responde por hechos atribuibles abstractamente a su organización.

c) El artículo 58 II del Código Procesal Penal señala que las personas jurídicas responden civilmente por el hecho de quienes hayan obrado en su nombre. Esta misma disposición establece que la responsabilidad penal solo puede hacerse efectiva en las personas naturales, excluyendo a las personas jurídicas (*societas delinquere non potest*). Este principio, que se mantiene como regla general, se ha visto atenuado por la Ley N° 20.393, que introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de tipos delictivos específicos (lavado de activos, financiamiento del terrorismo, cohecho de funcionario público y cohecho de funcionario público extranjero),[16] y posteriormente por la Ley N° 21.121, que extiende a las personas jurídicas la responsabilidad penal de algunos de los tipos penales que crea (negociación incompatible, corrupción entre particulares, apropiación indebida y administración desleal).[17]

Además, las personas jurídicas quedan sujetas a responsabilidades infraccionales, que se encuentran en el límite de la responsabilidad penal. En definitiva, se ha extendido a las personas jurídicas diversas sanciones de analogía penal, especialmente en materias económicas.[18] El efecto de esta responsabilidad infraccional es importante en materia civil, porque si la persona jurídica es sancionada (por ejemplo, con multa), queda configurada su culpa en materia civil, de modo análogo a lo que ocurre con las condenas penales (*infra* N° 775).[19]

[15] Kleindeck 1997 172 y 479.

[16] Ley N° 20.393, que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas (DO 2.12.2009). Un análisis crítico de sus aspectos centrales en Hernández 2010.

[17] Ley N° 21.121, que modifica el Código Penal para la prevención, detección y persecución de la corrupción (DO 20.11.2018).

[18] La legislación sobre libre competencia contempla la posibilidad de sancionar con multas e incluso con su disolución a las personas jurídicas de derecho privado que incurran en actos monopólicos (DL 211/1973, artículo 26). Las normas sobre mercado de valores solo establecen responsabilidad penal para las personas naturales que incurren en ilícitos (Ley de valores, artículos 58 y siguientes); pero ello no excluye las sanciones administrativas que puede imponer a la persona jurídica la Comisión para el Mercado Financiero (véase Ley CMF, artículo 36).

[19] Así lo establecía expresamente el artículo 30 del DL 211/1973, con anterioridad a la reforma introducida por la ley N° 20.945 de 20 de agosto de 2016. Esa referencia ya no es necesaria bajo la nueva versión del DL 211, en tanto la acción indemnizatoria civil derivada

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

La responsabilidad por el hecho propio tiene por antecedente el hecho de los órganos y representantes, cuya actuación compromete patrimonialmente en forma directa y personal a la persona jurídica (*infra* N° 128). Pero también puede atribuirse el hecho dañoso a la persona jurídica cuando el comportamiento de la organización en su conjunto se muestra negligente. En organizaciones empresariales complejas esta *culpa en la organización* permite construir la responsabilidad de la empresa en situaciones de incertidumbre acerca del agente individual del daño, pero de certeza de que ha habido una conducta negligente atribuible al conjunto de la organización (*infra* N° 129).[20]

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

§ 8. HECHO LIBRE DEL RESPONSABLE

35. Libertad en la acción. a) Para que el hecho dañoso sea imputable a una persona se requiere, además de su capacidad, que su conducta sea voluntaria, esto es, que su acción u omisión le sea atribuible como un acto libre. Kant señala que ese es el sentido más elemental de imputación de una acción a su autor: "Imputación (*imputatio*) en sentido moral es el juicio por el que alguien es considerado autor (*causa libera*) de una acción, que luego es llamada hecho (*factum*) regido por la ley". Solo si ese hecho acarrea consigo consecuencias jurídicas, se produce una imputación jurídica (*imputatio iudiciaria*).[21] Cuando analizamos el hecho libre como condición elemental de responsabilidad, hacemos referencia a la simple imputación de la acción al sujeto, como *su* hecho. La *imputatio iudiciaria* depende de los demás requisitos de la responsabilidad civil. La acción (incluyéndose en lo sucesivo la omisión en el concepto de acción) es la conducta dirigida por la voluntad, de modo que puede ser atribuida a una persona.[22]

de un ilícito contra la competencia la conoce el mismo Tribunal de Defensa de la Libre Competencia bajo un procedimiento sumario (artículo 30) o, en caso de afectación al interés colectivo o difuso de consumidores, conforme al procedimiento reglado en el título IV de la Ley de consumidores (artículo 51 N° 10).

[20] Esta noción de responsabilidad en la organización ha sido recogida por la ya referida ley N° 20.393 que establece la responsabilidad penal de la persona jurídica. Para dar por establecida la responsabilidad penal de la persona jurídica se exige que el delito haya sido cometido directa e inmediatamente en interés o para el provecho de la persona jurídica, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, o por quienes estén bajo la dirección o supervisión directa de alguna de las personas mencionadas, y exige también que la comisión del delito sea consecuencia del incumplimiento por parte de la persona jurídica de sus deberes de dirección y supervisión. Se señala, asimismo, que se entenderá que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando se hubieren adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, con anterioridad a su comisión (artículo 3° III).

b) El requisito de libertad alude a los rasgos más elementales de la acción, pues basta que el sujeto haya tenido control sobre su conducta para que esta pueda serle atribuida. Esta voluntariedad elemental tiende a agotar el elemento subjetivo de la responsabilidad civil. No es siquiera necesario que el sujeto conozca los efectos de su conducta, pues basta que controle la decisión.

Sobre el particular, resulta ilustrativo un caso resuelto por la jurisprudencia alemana. El presidente de un club social, que hacía esfuerzos por apaciguar los ánimos en una acalorada discusión, rozó casualmente la espalda de uno de los contendores, quien, sintiéndose atacado, reaccionó defensivamente propinándole un codazo en el rostro. A consecuencia de ese golpe el presidente perdió un ojo. Los jueces resolvieron que la acción había sido voluntaria, en cuanto había estado gobernada por la voluntad en grado suficiente para serle atribuida al sujeto como propia.[23]

El juicio que califica la acción como libre aun no supone emitir un juicio sobre si la acción fue además culpable. Se trata simplemente de definir el umbral a partir del cual se puede atribuir a un agente una conducta como propia. Desde el punto de vista del derecho, ese umbral no puede ser definido positivamente por un conjunto de condiciones bajo las cuales puede afirmarse la existencia de libre albedrío, sino negativamente, en la forma de interferencias o impedimentos externos que lo excluyen.

c) Los actos que no están bajo el control de la voluntad son inimputables, de modo análogo a como ocurre con los actos de los incapaces. En consecuencia, no generan responsabilidad los actos que son el resultado de reflejos, los que tienen su causa en enfermedades como la epilepsia,[24]

[21] Kant, *Die Metaphysik der Sitten* VIII 334 (traducción propia); agradezco a Wilenmann 2017 270 haber llamado la atención sobre el concepto kantiano de acción y de imputación propiamente jurídica.

[22] Así se ha resuelto que la responsabilidad civil surge cuando "se verifica un hecho voluntario, ilícito, imputable, que ha sido la causa de un daño" (CS, 23.3.2016, rol N° 9.972-2015). En el mismo sentido había fallado Corte de Concepción, 7.11.1985, RDJ, t. LXXXII, sec. 4ª, 289; sobre el concepto jurídico de acción, Larenz/Canaris 1994 361; y Barros 2018 § 5. De más está agregar que al hablar de libertad el derecho no puede sintetizar la multitud de teorías deterministas o indeterministas, psicológicas o filosóficas, sobre el comportamiento humano. El derecho penal es particularmente vulnerable a esta imposibilidad (*infra* N° 45).

[23] Deutsch 2002 a 122.

[24] 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 Valdivia, 30.6.1965, RDJ, t. LXII, sec. 4ª, 218). Sobre esta materia pueden consultarse además las siguientes sentencias: Corte de Santiago, 9.6.1951, RDJ, t. XLVIII, sec. 4ª, 89; CS, 24.4.1952, RDJ, t. XLIX, sec. 4ª, 106; y Corte de Punta Arenas, 27.7.1965, RDJ, t. LXII, sec. 4ª, 315.

o se realizan a consecuencia de un ataque cardíaco u otra perturbación equivalente.

Tampoco son libres los actos realizados bajo la sujeción a una fuerza externa suficiente para privar de voluntad (*vis absoluta*). En estos casos, no existe propiamente una acción u omisión, sino la actuación de una fuerza irresistible, que priva al acto de la nota de voluntariedad que caracteriza a la libertad de decisión.

Distintos son los casos en que opera una fuerza análoga a la que vicia el consentimiento en materia contractual, según el artículo 1456.[25] Son hipótesis en que la fuerza es una influencia ilícita externa en el proceso interior que antecede a la decisión. En estricto sentido, no existe privación de voluntad puesto que el agente decide tomar un curso de acción que en ese momento le parece el mal menor.[26] Sin embargo, se trata de un discernimiento de tal modo circunstanciado por el hecho ajeno que difícilmente puede considerarse una condición suficiente para calificar la acción como libre.[27] Quien actúa en razón de una amenaza de un tercero no ha elegido por sí mismo, sino a causa de la presión ilegítima de otro. Por eso, aunque la voluntad no haya sido suprimida, como ocurre en el caso de la *vis absoluta*, la fuerza moral excluye la responsabilidad del agente.[28]

De lo anterior se sigue que si el acto ha sido objeto de una decisión, aunque en circunstancias extremas, está regido por la voluntad, pero no por ello el acto es libre y objeto de un juicio de responsabilidad. Así, cabe preguntarse

[25] Hart/Honoré 1985 157. En sentido contrario, Alessandri 1943 606. Según Alessandri, tanto la fuerza física como la fuerza moral privan de voluntad al agente y, por lo tanto, lo vuelven irresponsable. Por mi parte, un concepto de fuerza en el marco de la doctrina del contrato lo he desarrollado más extensamente en Barros 2016 467.

[26] En la *Ética Nicomáquea*, Aristóteles considera que un comportamiento es forzado (y, por lo tanto, involuntario), con independencia de si fue objeto de una elección, sino si su principio de movimiento es externo al agente. Esa exterioridad no puede sostenerse en el caso de coacción mediante una amenaza, puesto que se trata de comportamientos cuyo principio está en el agente que las ejecuta. En todo caso, Aristóteles abre espacio para la duda al sostener: "[s]on, pues, tales acciones voluntarias, pero quizá en sentido absoluto sean involuntarias, ya que nadie elegiría ninguna de estas cosas por sí mismo", Aristóteles *Ética Nicomáquea* 1110a. En este sentido, puede sostenerse que la voluntariedad de los actos ejecutados bajo amenaza es calificada. Tomás de Aquino sostiene que las cosas que se hacen por miedo mezclan lo voluntario e involuntario. Sin embargo, tienen más de voluntario, porque el movimiento de la voluntad lleva a ellas, aunque no por ellas mismas sino para evitar el mal que se teme (*Suma Teológica* I.II Q6 A6). La dogmática penal generalmente adscribe agencia (y, por lo tanto, voluntad) a quien actúa de instrumento ('el hombre de adelante') en un caso de autoría mediata. De otro modo, el 'hombre de atrás' (esto es, el autor mediato) sería considerado un autor directo y el 'hombre de adelante' un mero instrumento (Mañalich 2010 385).

[27] Precisamente así lo entendió Savigny en el contexto de las declaraciones de voluntad: "Si bien la fuerza para obtener una declaración de voluntad no suprime la voluntad del declarante, de modo que no impide la eficacia natural de la declaración, está sin embargo en oposición al fin del derecho, dirigido al desarrollo seguro y autónomo de la personalidad". Me he permitido traducir este párrafo de una manera que me parece más cercana a la idea original, Von Savigny 1840 III 103.

[28] Este postulado supone implícitamente un entendimiento de la libertad como independencia de la elección de otros, Kant *Die Metaphysik der Sitten*.

si excluye la libertad en la acción la circunstancia de encontrarse alguien en un estado de necesidad. A diferencia de la fuerza moral, la decisión de quien actúa en estado de necesidad es circunstanciada, no por la presión de otro sino por una situación apremiante. Pero, ¿es menos libre la decisión de cometer un ilícito en razón de evitar un daño amenazado por un tercero que cuando esa decisión es tomada para evitar un daño amenazado por un evento natural? Por cierto, esta respuesta depende del concepto que se asuma de libertad.[29] Para efectos del derecho civil parece preferible pensar que en tal caso la acción fue libre, pero justificada (*infra* N° 82).[30] Cuando un tercero no ha interferido en el discernimiento, quien está ejerciendo el control sobre la situación, pese a que esta sea apremiante, es el mismo agente que toma la decisión. En otras palabras, el estado de necesidad excluye la ilicitud, porque justifica la conducta, y no la libertad.

36) Imputación subjetiva del hecho y culpa civil como juicio de ilicitud.

a) La tendencia a la objetivación de la culpa tiene como resultado que la capacidad sea entendida como el grado mínimo de aptitud de 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.

Por eso, una vez establecida la capacidad y la voluntariedad de la acción u omisión, para dar por acreditada la negligencia resulta irrelevante el conocimiento que se tenga del deber de cuidado o la falta de aptitud o de destreza (torpeza o inexperiencia, por ejemplo). Por lo general, lo determinante en sede de culpa es el tipo de personas al cual el agente pertenece, y no su exacta individualidad (*infra* N° 46).

b) Por eso, en el derecho civil los elementos relevantes de la acción no alcanzan a las motivaciones del demandado.[31] Así se explica que en materia de responsabilidad civil se hable de *culpa* (que tiene un referente abstracto en el patrón de conducta) y no de *culpabilidad*, que tiene que ver con el juicio individual de reproche (*infra* N° 45).

c) La objetivación de la culpa ha llevado a reducir el elemento subjetivo de la responsabilidad al componente más elemental de la libertad de la acción. Por eso, es equívoco hablar de la responsabilidad por culpa como *responsabilidad subjetiva*, en oposición a la *responsabilidad objetiva*, porque a la responsabilidad por culpa le basta usualmente la comparación de su conducta con un patrón general y abstracto.[32] A ello se agrega que la voluntariedad de la acción emprendida debe tenerse, en principio, como condición de cualquier tipo de responsabilidad, esto es, también se extiende a las hipótesis de responsabilidad estricta (que solo excluyen de consideración el requisito de la culpa).

[29] Para una revisión de distintas concepciones sobre la libertad, desde algunas más libertarias a otras más igualitarias, Miller 2006.

[30] Este criterio proviene de Hobbes, para quien la libertad es la ausencia de impedimentos externos (Hobbes *Leviatán* 1.14); en un sentido más estrecho, no es libre el acto que se ejecuta en razón de una necesidad irresistible (Carbonnier 2000 405).

[31] Sobre la culpabilidad penal como déficit de motivación jurídica del sujeto competente para cumplir la norma, Jakobs 1991 598.

[32] Así, sin embargo, Carbonnier 2000 405.

37. Subjetividad del dolo civil. Diferente a la culpa es la responsabilidad que proviene del *dolo* o *culpa intencional.* El dolo supone siempre algún grado de intencionalidad, de modo que la *acción* dolosa es inseparable de una *voluntad* dolosa. Por cierto que ello vale para la definición legal extremadamente restrictiva del artículo 44 V, que lo concibe como la 'intención positiva' de causar daño a otro. Pero lo mismo vale para las formas más mitigadas de culpa intencional, que dan lugar al llamado dolo eventual, porque este último supone conciencia y aceptación de las consecuencias y el conocimiento de la ilicitud de la acción (aunque no se tenga la intención positiva de causar el daño). Por eso, en la culpa intencional o dolo, la voluntariedad de la acción es inseparable del juicio relativo a la culpa (*infra* N° 98).

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

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

La responsabilidad del ebrio o drogado, a pesar de la privación de la razón que se sigue eventualmente de su estado, se funda en que la ebriedad le es imputable, porque proviene de un acto voluntario que puede ser calificado como un defecto en la conducción de la vida (principio de *la actio libera in causa*). Ello se muestra en que si se prueba que la ebriedad u otro impedimento no son voluntarios, la privación de discernimiento o voluntad puede ser alegada como excepción de inimputabilidad, porque la incapacidad no tiene su antecedente en un acto voluntario del demandado.[33]

[33] "Si el reo incurrió en el hecho delictuoso de que se trata bajo el efecto del alcohol, mezclado subrepticiamente 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" (CS, 10.10.1985, RDJ, t. LXXXII, sec. 4ª, 239). Sobre la *actio libera in causa* en el derecho civil, Deutsch/Ahrens 2002 70; en contra, Alessandri 1943 137, Ducci 1936 63.

CAPÍTULO III
CULPA

§ 9. LA CULPA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL

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

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

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

b) La culpa da lugar al *régimen común y supletorio* de responsabilidad civil. Por el contrario, en todos los sistemas jurídicos, la responsabilidad estricta está referida a riesgos o actividades específicos. Por eso, aunque la responsabilidad estricta ocupe ámbitos relativamente amplios de la vida de relación, el régimen residual es siempre la responsabilidad por culpa. En verdad, que la culpa sea constitutiva del régimen general de responsabilidad civil

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