

**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 II**

### **Culpa**

1. BARROS, Enrique, Tratado de Responsabilidad Extracontractual, tomo I, Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 2ª ed., 2020, pp. 81-173.
2. TAPIA, Mauricio, “Contra una presunción general de culpa por el hecho propio”, en Estudios de Derecho Civil IV, Santiago, Legal Publishing, 2009, pp. 443-459.



Enrique  
Barros  
Bourie

Enrique Barros Bourie

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 ha 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.

TRATADO  
DE  
RESPONSA-  
BILIDAD  
EXTRACON-  
TRACTUAL

# TRATADO DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

Tomo I

Tomo I

Segunda edición actualizada



 @editorialjuridicadechile  
#preferocodigosoficiales



**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.<sup>33</sup>

<sup>33</sup> "Si el reo incurrió en el hecho delictuoso de que se trata bajo el efecto del alcohol, mezclado subrepticamente por su co-reo con alcaloides y anfetaminas, debe concluirse que participó en el robo privado parcialmente de razón por causas independientes de su voluntad" (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.

## § 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*).<sup>1</sup> 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 accidentados). 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

<sup>1</sup> 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.

resulta de las exigencias de la vida en comunidad, porque es simplemente impensable un sistema de responsabilidad que nos obligue a reparar los innumerables daños que recíprocamente nos provocamos a consecuencia de nuestra actividad cotidiana (*supra* N° 6, *infra* N° 313).<sup>2</sup>

**40. Generalidad y concreción en el concepto de culpa.** a) En el derecho moderno, la culpa es un *criterio genérico de responsabilidad*, que comprende el ilícito intencional (dolo) y el no intencional (negligencia o imprudencia). Lo característico de las dos formas de culpa es precisamente su generalidad.

b) A diferencia de lo ocurrido en las primeras etapas del desarrollo de la responsabilidad civil, donde se reconocían acciones por ilícitos específicos (por ejemplo, por la muerte injusta de un animal o un esclavo, o por la destrucción de una casa por el fuego),<sup>3</sup> el derecho ha pasado a conceder acciones sobre la base de una idea genérica de culpa, que es concebida como supuesto general de responsabilidad. En verdad, esta evolución tiene sus ancestros más remotos en el derecho romano clásico,<sup>4</sup> pero adquirió su actual forma abstracta en el derecho natural racionalista,<sup>5</sup> de donde ha sido recogida por los códigos civiles contemporáneos, que reducen las reglas sobre responsabilidad a supuestos muy generales de daño causado por dolo y negligencia.

A esta tradición pertenece el Código chileno, que establece el sistema de responsabilidad en unas pocas disposiciones (esencialmente, en los artículos 1437, 2284, 2314, 2320 I y 2329). Por eso, las arcaicas hipótesis normativas más concretas, construidas en la forma de hechos específicos que generan responsabilidad (artículos 2323 a 2328), son islotes en medio de esas reglas de extrema generalidad.

c) Con todo, uno de los desarrollos más interesantes del derecho de la responsabilidad civil consiste en la paulatina creación, a partir del concepto general de culpa, de reglas especiales para distintos ámbitos de la vida de relación. La generalidad de la idea de culpa ha obligado a refinar el análisis de los elementos comunes a todo juicio de negligencia o intencionalidad, pero también ha forzado a desarrollar criterios específicos para diversos tipos de actividades, lo que ha devenido en el desarrollo de regímenes especiales de responsabilidad (*Capítulo X*).

**41. Plan de exposición.** El caso más simple de responsabilidad civil por culpa es por el *hecho personal que causa daño*. La parte central de la expo-

<sup>2</sup> En circunstancias que la responsabilidad estricta comparte con la responsabilidad por culpa los requisitos de daño y causalidad, pero suprimiendo el de culpabilidad, su estudio se realizará una vez concluido el análisis de los elementos de la responsabilidad por culpa (*Capítulo VI*).

<sup>3</sup> Así, en el primer y tercer capítulo de la *lex Aquilia* (Digesto, 9.2.2 y 9.2.26). El derecho romano no conoció una obligación general de reparar el daño provocado por culpa, sino casos de daño que dan lugar a una sanción, usualmente reparatoria (Kaser 1971 I 498).

<sup>4</sup> Kaser 1971 I 511.

<sup>5</sup> Grocio *Del Derecho de la Guerra y de la Paz* 2.17.1; Pufendorf *Tratado de los Deberes del Hombre y del Ciudadano* 1.6.9.

sición se referirá a este modelo de responsabilidad, cuya aplicación es general (Título I).

También existen importantes hipótesis de *responsabilidad por el hecho ajeno*. El supuesto general que tipifica esta responsabilidad es que el agente del daño esté al *cuidado* de otra persona. En tal caso, los artículos 2320 y 2322 hacen presumir la culpa de quien ejerce ese cuidado (Título II).

Muchos riesgos típicos del tráfico social contemporáneo son provocados por empresarios organizados como personas jurídicas. Las reglas sobre responsabilidad por el hecho ajeno que establecen los códigos modernos han recibido calificaciones especialmente significativas cuando se trata de la *responsabilidad del empresario*. La empresa organizada como persona jurídica no solo responde por el hecho de sus dependientes, según las reglas generales de la responsabilidad por el hecho ajeno, sino también por sus propios actos debido a la culpa organizacional atribuible a sus órganos, representantes y agentes (Título III).

Por último, la doctrina agrupa bajo el nombre de *responsabilidad por el hecho de las cosas* ciertas normas, esencialmente provenientes del derecho romano, que establecen presunciones de culpa o supuestos de responsabilidad estricta por accidentes provocados por intervención de ciertas cosas (animales, edificios). Aunque la materia no tiene en el derecho chileno la importancia relativa que ha adquirido en otros sistemas jurídicos (especialmente en el francés), será analizada por separado, en atención a la especialidad de los principios normativos en juego (Título IV).

## TÍTULO I

### LA CULPA EN LA RESPONSABILIDAD POR EL HECHO PROPIO

#### § 10. LA CULPA CIVIL COMO ILICITUD DE LA CONDUCTA

##### a. Sentido y alcance de la culpa civil

**42. La negligencia civil como un juicio objetivo de ilicitud.** a) Desde el derecho romano clásico, el concepto jurídico de negligencia hace referencia a la inobservancia de las exigencias típicas y objetivas de cuidado que debemos observar en nuestra vida de relación.<sup>6</sup> Se trata de requerimientos típicos porque están referidos a estándares de conducta que debemos observar en los diversos tipos de situaciones en que interactuamos. Son objetivas, porque

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

no atienden a las características individuales y subjetivas de cada cual, sino a un modelo de conducta. Siguiendo esta tradición, la culpa no intencional o negligencia puede ser concebida como la *inobservancia del cuidado debido en la conducta susceptible de causar daño a otros*. La culpa civil es esencialmente un juicio de ilicitud acerca de la conducta y no respecto de un estado de ánimo.<sup>7</sup>

b) De este concepto se sigue que en el derecho civil la culpa tiene una doble cara. Por un lado, es un requisito que expresa el principio de responsabilidad personal, porque la obligación indemnizatoria solo nace si el demandado ha incurrido en un comportamiento indebido. Por otro lado, sin embargo, la imputación de la negligencia es objetiva, con la consecuencia de que el juicio de disvalor no recae en el sujeto, sino en su conducta, de modo que son irrelevantes las peculiaridades subjetivas del agente.

En consecuencia, el juicio civil de culpa no es un reproche moral al autor del daño, sino un criterio jurídico para hacerlo responsable de las consecuencias dañosas de su acción.<sup>8</sup>

**43. Culpa objetiva y funciones de la responsabilidad.** a) Cumplidas las condiciones subjetivas de la capacidad y de la libertad en la acción (*Capítulo II*), el derecho civil trata al autor del daño como una persona que interactúa con los demás bajo un principio de igual responsabilidad, con la consecuencia de que no puede excusarse alegando su propia inexperiencia o impericia.<sup>9</sup>

El carácter objetivo del ilícito civil, proveniente de épocas tempranas de la cultura jurídica, fue conservado por el derecho romano clásico, que omitió definir genéricamente la culpa, pero describió diversos tipos de situaciones de hecho. A su vez, la técnica casuística contribuyó a que se aumentaran las diferenciaciones objetivas y claras entre los ilícitos más específicos.<sup>10</sup>

La culpa en sentido subjetivo solo podría tener un lugar predominante si se asumiera que la responsabilidad civil tiene una función o, al menos, una justificación retributiva (*supra* N° 11), en cuyo caso la indemnización también debiera calcularse teniendo en cuenta la gravedad de la culpa del agente. Bajo un concepto subjetivo de culpa, las calidades personales del demandado constituyen un elemento decisivo de la relación. Pero si se atiende a criterios de justicia correctiva, el principio más adecuado de la responsabilidad resulta ser la infracción a un deber general de cuidado. En efecto, la justicia correctiva atiende a la posición de ambas partes en la relación de derecho privado (*supra* N° 13). Por eso, la excusa de que el demandado es

<sup>7</sup> Terry 1915 40.

<sup>8</sup> Sobre las diferencias entre el concepto filosófico o psicoanalítico de culpa y la culpa en la responsabilidad civil, Aedo 2017 51 y siguientes.

<sup>9</sup> Para los fundamentos inmediatos del concepto objetivo de culpa en nuestra tradición jurídica, Pothier 1761 N° 557. Prosser/Keeton *et al.* 1984 592 reconducen la objetividad de la culpa en el *common law* a decisiones del siglo XVII y, específicamente, a *Weaver v. Ward*, 1616, Hob. 134, 80 Eng. Rep. 284; el concepto adquirió su forma más precisa a principios del siglo XIX en *Vaughan v. Menlove*, 1837, 3 Bing. N. C. 467, 132 Eng. Rep. 490, donde se estimó que no era excusa el error estúpido incurrido por quien honestamente ejerció su propio mal juicio.

<sup>10</sup> Kaser 1971 I 503; un ejemplo en ese sentido en Digesto 9.2.30.

particularmente inepto resulta unilateral, porque se desentiende de la víctima. Por eso, la idea clásica de justicia correctiva llama a hacer abstracción de las características personales, tanto de quien causa el daño como de la víctima.<sup>11</sup> Desde esta perspectiva, el concepto objetivo de culpa fortalece la confianza, porque atiende a las expectativas razonables que podemos tener respecto del comportamiento de los demás, y en la construcción de esas expectativas no puede tener cabida una discriminación sobre la base de aspectos subjetivos de cada cual. Solo de este modo, el derecho pone a las dos partes en una posición en que sus intereses son recíprocamente considerados. Por eso, en el derecho civil se puede atribuir responsabilidad sin necesidad de efectuar un juicio de reproche personal.

b) En segundo lugar, se debe tener en cuenta el argumento pragmático de que la responsabilidad por negligencia, si se la compara con la responsabilidad estricta, plantea serios problemas probatorios, aumenta la incertidumbre acerca del resultado de los juicios e incrementa los costos de la administración de justicia (*infra* N° 310).<sup>12</sup> Estos problemas aumentarían exponencialmente si el juez, además de definir el deber de diligencia sobre la base de un estándar objetivo, tuviera que analizar los aspectos subjetivos de la acción.

c) En tercer lugar, el derecho civil no está en condiciones de penetrar en la subjetividad de la acción humana. Por eso, aunque razones profundas de justicia así lo exigieran, “el derecho no toma en cuenta la infinita variedad de temperamentos, intelectos y educación, que hacen que la característica interna (subjetiva) de un acto pueda ser tan diferente”, porque “cuando los hombres viven en sociedad, el bienestar general exige un cierto promedio de conducta y el sacrificio de las peculiaridades individuales que vayan más allá de un cierto punto”.<sup>13</sup> En definitiva, no solo razones de justicia correctiva, sino también de seguridad jurídica y de eficacia, hablan en favor de un concepto objetivo de la negligencia.<sup>14</sup>

d) Desde un punto de vista subjetivo, al derecho civil le basta que la acción sea atribuible al sujeto responsable como suya. Por eso, son condiciones de responsabilidad por negligencia la capacidad y la voluntariedad

<sup>11</sup> La idea proviene de Aristóteles, *Ética Nicomaquea* 5.4.1132 a: “en las relaciones entre individuos, lo justo es, sin duda, una igualdad y lo injusto una desigualdad, pero no según [la] proporción, sino según la aritmética. No importa que un hombre bueno haya despojado a uno malo o al revés (...): la ley solo mira a la naturaleza del daño y trata a ambas partes como iguales”. Esta idea es desarrollada en Weinrib 2012 177. En defensa de una noción subjetiva de culpa, que, sin embargo, hace más bien referencia a la exigencia de capacidad y de voluntad que a la consideración de la negligencia como juicio de imputación subjetiva, Gordley en Owen 1995 142; en Francia, el último jurista de significación que sostiene un concepto subjetivo de culpa parece ser P. Esmein, para quien “la culpa contiene un elemento psicológico y una apreciación moral de la conducta” (Esmein 1949 481); en Chile, véase R. Domínguez A. 1989 N° 23.

<sup>12</sup> Calabresi 1970 253, Epstein 1999 93.

<sup>13</sup> Holmes 1923 106.

<sup>14</sup> Se ha fallado que para que exista responsabilidad civil se requiere, fuera de los demás requisitos, “probar fehacientemente, además, la culpa del hechor de acuerdo a la realidad objetiva”, Corte de Santiago, 14.10.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2ª, 132.

de la acción. En tal sentido, la responsabilidad se desdobra en un aspecto subjetivo fundamental, que supone que la acción sea imputable al demandado (*Capítulo II*), y en un aspecto objetivo, que se refiere al estándar de cuidado con que la conducta es medida. El término culpa pierde en el derecho civil la connotación de disvalor de la persona que tiene en el lenguaje corriente y es entendido como ilicitud de la conducta (*supra* N° 36).

**44. Noción de culpa y estándar de debido cuidado en el Código Civil.** a) El Código Civil define la culpa en el Título Preliminar y la incluye entre 'las palabras de uso frecuente en las leyes'. El artículo 44 asume la clasificación tripartita en culpa grave, leve y levisima, proveniente del derecho romano, pero que no había sido asumida por el Código francés. Aunque desde un punto de vista histórico existen buenas razones para pensar que esta clasificación fue formulada teniendo en vista las obligaciones contractuales,<sup>15</sup> todo indica que resulta aplicable a la responsabilidad extracontractual como una definición de aplicación general.<sup>16</sup>

Del concepto de culpa del artículo 44 se sigue que el estándar de conducta es la culpa leve, que resulta aplicable cuando la ley habla de culpa o descuido sin otra calificación (artículo 44 III). El patrón de conducta corresponde al observado por una persona simplemente diligente, que emplea un cuidado ordinario o mediano. En circunstancias que la responsabilidad por culpa siempre tiene su fundamento en el desprecio de las expectativas legítimas de la víctima respecto de la conducta ajena, el patrón de conducta asume que en nuestras relaciones recíprocas, podemos esperar que los demás se conduzcan como lo haría 'un buen padre (o madre) de familia'.

b) La culpa tiene los dos polos que muestran la diferencia con la persona prudente: la *negligencia*, caracterizada en sentido estricto por el relajamiento de la atención, y la *imprudencia*, que es característica de las personas temerarias.<sup>17</sup>

c) El estándar de cuidado (esto es, el nivel de cuidado exigible) puede ser apreciado sobre la base de dos paradigmas, que, en definitiva, resultan complementarios: se puede tener como modelo un tipo de persona ('la persona razonable', 'el buen padre de familia' o la 'persona diligente'), o bien, se puede atender a la conducta que racionalmente resulta exigible.<sup>18</sup> En uno y otro caso, sin embargo, el estándar lleva a comparar la conducta efectiva con la que puede esperarse, en las circunstancias del caso, de quien es respetuoso de los demás, aunque no se le pueda exigir una especial devoción al interés ajeno. Ese es el estándar de la culpa leve, que el artículo 44 III establece como criterio general y supletorio de responsabilidad.

<sup>15</sup> Rosso 2002 49 sitúa históricamente la sede de la clasificación en los deberes de conservar y restituir una cosa.

<sup>16</sup> Así, Alessandri 1943 172, Meza 1988 252; P. Rodríguez 1999 180, con referencia a un concepto unitario de culpa.

<sup>17</sup> Carbonnier 2000 410.

<sup>18</sup> El modelo del sujeto razonable y diligente es común a la tradición romana y del *common law*; el del cuidado socialmente exigible fue introducido por el Código alemán, luego de una extensa discusión doctrinaria.

d) Sin embargo, esta conclusión no es pacífica. Sobre la base de un texto más bien circunstancial del Digesto, que hace referencia a la culpa levisima,<sup>19</sup> parte de la doctrina ha intentado inferir que en materia extracontractual se respondería de toda culpa. En esta afirmación, sin embargo, se incurre en ciertas contradicciones, como se comprueba incluso entre nuestros juristas más distinguidos. Por un lado, se sostiene que la definición del artículo 44, en relación con los artículos 2314 y 2329, lleva a concluir que la regla general es que se responda de culpa leve, porque según esas normas la culpa es sinónimo de descuido o negligencia y se caracteriza por ser "la falta de aquella diligencia o cuidado que los hombres prudentes emplean en sus negocios propios".<sup>20</sup> Pero cuando se trata de definir el estándar de cuidado, se dice que en materia extracontractual se respondería de culpa levisima, sin otra argumentación que la inaplicabilidad en ese ámbito de la clasificación de la culpa del artículo 44.<sup>21</sup> Hay un contrasentido en adoptar, por un lado, el modelo de una persona prudente y, por otro, fijar el estándar de cuidado propio de una extremadamente diligente.<sup>22</sup>

En definitiva, tanto si la responsabilidad por culpa está construida sobre la base de las expectativas recíprocas de comportamiento, como si se la analiza a la luz de consideraciones de justicia correctiva o de eficacia preventiva, el cuidado debido no puede ser otro que el empleado en las circunstancias concretas por una persona razonable y el estándar debe ser la culpa leve (como dispone el artículo 44 III). Esa es también la tendencia general del derecho comparado.<sup>23</sup>

<sup>19</sup> "En la ley Aquilia se considera también la culpa levisima. (1) Siempre que, a sabiendas del dueño, el esclavo hiere o mata, no hay duda que el dueño se obliga por la ley Aquilia" (Digesto 9.2.44). Es interesante comprobar que la premisa general (se responde por culpa levisima) no está respaldada por el ejemplo, que más bien se refiere a dolo o culpa, al menos leve, del dueño del esclavo.

<sup>20</sup> Alessandri 1943 172.

<sup>21</sup> Ídem 48, 196. Abeliuk 2014 259, sobre la base de la inaplicabilidad de la graduación de culpa a la responsabilidad extracontractual, sostiene que "[el] principio en esta materia es que la culpa por más leve que sea da lugar a la responsabilidad extracontractual". Excepcionalmente la jurisprudencia ha aceptado que se responde de toda culpa en CS, 16.9.1921, RDJ, t. XXI, sec. 1ª, 119; CS, 20.10.1954, RDJ, t. LI, sec. 1ª, 509; CS, 7.4.1958, RDJ, t. LV, sec. 1ª, 35. Sin embargo, la jurisprudencia usualmente aplica un estándar de cuidado mediano. No he encontrado fallos en que se argumente que la conducta concreta es la que habría empleado una persona razonable y diligente, pero que, sin embargo, se da lugar a la responsabilidad en razón de que se responde de acuerdo al estándar de una persona en extremo cuidadosa. En otras palabras, la jurisprudencia analiza los hechos sobre la base de que el estándar de cuidado es el de una persona razonable y no el de una extremadamente diligente.

<sup>22</sup> Sobre las dificultades de un estándar de culpa levisima en la responsabilidad civil, Peña López 2002 451 y siguientes.

<sup>23</sup> En el derecho francés, caracterizado por su tendencia a la objetivación de la responsabilidad, se ha dicho que el estándar de cuidado es la culpa levisima (así también en Chile, Alessandri 1943 48, 196). Opiniones autorizadas recomiendan no exagerar la importancia del principio, pues los jueces atienden a como actuaría una persona razonable y diligente para determinar el cuidado debido (Mazeaud/Chabas 1998 462, Carbonnier 2000 410; en este sentido ya Colin/Capitant 1921 377 y Planiol/Ripert 1926 N° 310; en sentido contrario, pero más bien para descartar la hipótesis de que en materia profesional solo se respondería

e) El estándar de cuidado es necesariamente general, pero su determinación en concreto está determinada por las circunstancias.<sup>24</sup> La persona diligente, el 'buen padre (o madre) de familia', actúa con celo diferente según sean los riesgos de la acción emprendida. La diligencia invoca implícitamente la virtud de la prudencia, que, a su vez, exige un juicio sereno y razonablemente informado de las circunstancias de la acción. Así, es natural que las actividades peligrosas deben estar sometidas a exigencias de cuidado especialmente rigurosas; no porque estén sujetas a un estándar de culpa levísima, sino porque es extremo el cuidado que en tales circunstancias se exige de una persona simplemente prudente y razonable (un intento de analizar los factores relevantes para el juicio prudencial relativo al cuidado debido, en *infra* N<sup>os</sup> 58 y siguientes).

**45. Culpa penal y culpa civil.**<sup>25</sup> a) Las dificultades para efectuar un juicio de culpabilidad que atribuya el ilícito al imputado, son particularmente importantes en el derecho penal. A eso se agregan justificaciones dominantes del derecho penal como subconjunto de la política criminal. En cualquier caso, tampoco en sede penal pueden los jueces penetrar en el entramado íntimo de la motivación. Por eso, se ha argumentado que por más que la culpabilidad sea considerada límite de la atribución de responsabilidad penal, no resulta posible una radical individuación del juicio de reproche.<sup>26</sup>

b) Aun con estas dificultades, subsiste una diferencia esencial entre la culpa como requisito de la responsabilidad civil y la penal. Mientras la primera tiene por fin *reparar* un daño, la segunda supone que el infractor de la norma sea condenado a *sufrir* un daño. Por eso, el derecho civil puede imponer responsabilidad aun con prescindencia de un juicio de ilicitud de la conducta (responsabilidad estricta); por el contrario, en el derecho penal resulta inaceptable imponer la pena si el acto ilícito no es personalmente

de culpa grave, Viney/Jourdain en Ghestin 1998 550). En el *common law*, tanto en Inglaterra como en Estados Unidos, la responsabilidad por actos negligentes está inequívocamente construida sobre la base del estándar de la persona razonable (Fleming 1985 22, Jones 2002 192, Prosser/Keeton *et al.* 1984 173, Epstein 1999 109). En Alemania se ha entendido en el mismo sentido la definición de negligencia del § 276 II del BGB: "Actúa con negligencia quien no observa el debido cuidado en el tráfico social [*Verkehr*]"; la jurisprudencia y la doctrina han inferido que el cuidado debido es el 'ordinario' o 'promedio', atendiendo a los roles sociales relevantes y a las calidades típicas del sujeto (Deutsch/Ahrens 2002 62, Larenz 1987 282, Kötz 1991 42). A análogas conclusiones se arriba en el derecho español (L. Díez-Picazo 1999 360; acentuando la tendencia jurisprudencial a elevar el nivel de diligencia exigido, Lacruz *et al.* 1995 472).

<sup>24</sup> Acerca de las circunstancias en la determinación del deber de cuidado de acuerdo con el estándar del buen padre de familia, Peña López 2002 460 y siguientes.

<sup>25</sup> Sobre el concepto penal de culpabilidad se ha consultado Stratenwerth 1976 162, Stratenwerth 1981, Roxin 1994 700, Künsemüller 2001 63, Jakobs 1991 566, Kaufmann 1976 *passim*, Cury 2005 385, Bustos 1995 20 y 89, Etcheberry 1998 I 270, F. Muñoz 1984 127. Agradezco a Javier Wilenmann un llamado de atención sobre algunas impropiedades del concepto penal de culpa en la primera edición de este libro (Wilenmann 2017).

<sup>26</sup> Roxin 1994 707.

atribuible al imputado. Por eso, mientras la culpabilidad penal cumple una función limitadora de la potestad punitiva del Estado, en materia civil la negligencia es una condición general, pero prescindible de responsabilidad.

c) Además, la diferencia entre la culpa civil y la culpabilidad penal es conceptual en un sentido más profundo. La culpa civil se puede construir como mera antijuridicidad de la conducta (*infra* N<sup>o</sup> 51). Cualquiera sea la doctrina que se sostenga acerca de la función de la responsabilidad penal (por ejemplo, como cuestión de política criminal), esta supone la atribución de una responsabilidad en que la culpabilidad es independiente del juicio acerca de la ilicitud de la conducta. En materia penal la atribución de un ilícito supone un juicio normativo más exigente que en la responsabilidad civil. La teoría de la acción incluye en materia penal una valoración de la conducta: "[b]ajo el nombre de culpa se reúnen las condiciones bajo las cuales el autor tiene la posibilidad de *conocer las exigencias normativas y de dirigirse por ellas*".<sup>27</sup>

Aun para los penalistas más escépticos respecto del alcance del requisito de culpabilidad, este tiene una referencia personal: "el autor actúa culpablemente cuando ha incurrido en un injusto jurídico-penal, a pesar de que en la situación concreta (todavía) podría satisfacer el efecto deseado de la norma y poseía una suficiente capacidad de autodeterminación, de modo que un comportamiento conforme a la norma le era psicológicamente accesible".<sup>28</sup>

En consecuencia, por mucho que la doctrina discuta la posibilidad de efectuar un juicio individualizado de reproche, se conviene en que la sanción penal supone que otra conducta resultara exigible respecto del imputado, aunque sea por quedarse atrás de la medida de conciencia jurídica y fuerza de voluntad, que *otro* habría podido ejercer en la posición del autor.<sup>29</sup> Por eso, la culpabilidad penal es un requisito de responsabilidad criminal que mira al responsable y excede el juicio de ilicitud de la conducta (del que dan cuenta los requisitos de tipicidad y antijuridicidad). Así también se explica que el error de prohibición excluya la responsabilidad penal.<sup>30</sup> Por el contrario, en el derecho civil no existe diferencia entre decir que el responsable ha actuado con culpa o negligencia y afirmar que su conducta es ilícita, porque para el derecho civil la imprudencia es impersonal.<sup>31</sup>

#### b. Lo abstracto y lo concreto del cuidado debido

**46. Lo abstracto y lo concreto en la determinación de la diligencia debida.**  
a) En su forma más extrema, la objetividad del juicio de culpabilidad lleva a

<sup>27</sup> Stratenwerth 1981 §§ 10 y siguientes y 508 y siguientes [511].

<sup>28</sup> Ídem 1994 700.

<sup>29</sup> Jescheck, citado por Stratenwerth 1981, § 513.

<sup>30</sup> A pesar de las dificultades que plantea el requisito de culpabilidad respecto de los delitos culposos, se puede afirmar que aun en este caso la responsabilidad penal no puede renunciar al aspecto subjetivo de la culpabilidad (Bustos 1995 20, 89). Un excelente análisis de las diferencias entre la culpa civil y la propia de delitos penales culposos en M. Tapia 2003 a.

<sup>31</sup> Mazeaud *et al.* 1963 I N<sup>o</sup> 642.

prescindir de toda consideración subjetiva. Es lo que ocurre en los sistemas jurídicos que no conocen el requisito de la capacidad (como es el caso del *common law* respecto de los dementes), o que lo han eliminado (como es el caso francés, con los niños y los dementes). Aunque nuestro ordenamiento civil haya conservado los elementos subjetivos básicos de la capacidad y la libertad en la acción, la determinación de la negligencia se efectúa sobre la base de un estándar de conducta objetivo, que excluye del análisis las circunstancias personales más precisas del autor del daño (*supra* N° 43). La consecuencia de esta consideración objetiva de la culpa es la abstracción del estándar de cuidado.

b) Sin embargo, de ello no se sigue que el juicio acerca de la negligencia no atienda en concreto a las circunstancias externas de la acción. La formulación de la responsabilidad civil bajo una regla general de negligencia, así como la definición de la culpa sobre la base de un estándar objetivo y genérico de cuidado, tiene precisamente la ventaja de la adaptabilidad a las circunstancias del caso. Si se revisan las referencias a la culpa en el título del Digesto dedicado a la *lex Aquilia*, se comprueba históricamente la importancia de las circunstancias para dar por establecida la ilicitud de la conducta. Por lo mismo, es insuficiente para comprender la jurisprudencia en materia de responsabilidad civil atender a los conceptos generales con que los jueces justifican sus conclusiones; las sentencias que se pronuncian sobre la diligencia adquieren sentido en el contexto de las circunstancias de hecho del caso que se decide.<sup>32</sup>

Así, no es el mismo cuidado el exigible a un médico general, que sirve en una pequeña ciudad, donde ante una urgencia no puede consultar a un experto, que el de un profesional especializado que atiende un caso similar en un hospital con todas las instalaciones requeridas.<sup>33</sup> La apreciación en concreto de las circunstancias de la conducta no se opone a la abstracción del patrón de cuidado, porque no se trata de definir qué se puede esperar de

<sup>32</sup> En la aplicación del concepto civil de culpa se muestra con especial claridad que "nuestras instituciones judiciales están diseñadas para maximizar la posibilidad de que todo elemento relevante del caso concreto delante del juez sea sujeto a un escrutinio lo más cercano posible" (Atria 2005 132).

<sup>33</sup> En un caso de negligencia médica ocurrida en el Hospital del Servicio de Salud de Puerto Natales, la Corte Suprema estimó que no constituía negligencia culpable la intervención como anestesista de un médico que no contaba con la debida preparación para ello, ya que "el curso de tres años de duración que otorga el título de postgrado de anesthesiólogo no significa que un médico general, con una preparación básica, no pueda administrar la anestesia, tanto por la carencia de especialistas en la materia, cuanto porque la experiencia indica que ante la necesidad de la práctica de la disciplina médica, se ha debido preparar incluso a alumnos regulares de la carrera de medicina con el objeto señalado, necesidad que resulta evidente en lugares apartados como Puerto Natales", CS, 2.7.1998, RDJ, t. XCV, sec. 4ª, 95, también publicado en F. del M. 476, 1141. Por el contrario, en un caso de negligencia médica ocurrido en un hospital de Santiago, donde se demandó al Servicio de Salud Metropolitano Central, la Corte Suprema estimó que "la ausencia de cuidado ordinario por parte del Servicio se refleja también palmariamente en el hecho indubitado de encomendar a un estudiante de quinto año de medicina la atención exclusiva de procesos anestésicos múltiples", CS, 4.10.1984, RDJ, t. LXXXI, sec. 4ª, 206. En estos fallos se muestra la relevancia del contexto y de lo concreto en la determinación de la diligencia debida.

una persona en particular, considerando sus capacidades y aptitudes, sino de definir el comportamiento que se puede esperar de una persona razonable y diligente en esas mismas circunstancias.

c) Debe advertirse que la consideración de las circunstancias en el juicio de reproche de la conducta supone ciertos riesgos. Si en un cierto ámbito de accidentes los jueces extreman los deberes de cuidado, se pueden traspasar las fronteras de la responsabilidad por culpa, de modo que conservándose el lenguaje de la culpa se establezca *de lege ferenda* un régimen de responsabilidad estricta. Es lo que en cierta medida ha ocurrido con las llamadas obligaciones de seguridad del empleador respecto del trabajador, que la jurisprudencia ha establecido en materia laboral<sup>34</sup> y en materia de responsabilidad del empresario por la culpa de sus dependientes (*infra* N°s 116 y 124).

Por el contrario, existen situaciones en que el estándar de cuidado, en consideración de las circunstancias, tiende a acercarse a la culpa grave o al dolo. Atendidas las particularidades de la situación, el derecho debe tolerar meros descuidos. Ante todo, cuando hay un conflicto de bienes o derechos, como ocurre con la protección de la privacidad y la honra respecto de la libertad de información (*infra* capítulo VIII); con la competencia desleal en relación con la libertad para emprender (*infra* § 57 b); o con la intervención en contrato ajeno en conflicto con la libertad de contratación (*infra* § 66 b). Ese es también el caso cuando el autor del daño ha actuado con una disposición especialmente favorable para la víctima, como ocurre con los daños provocados con ocasión de un rescate (*infra* N° 61). En tercer lugar, puede ocurrir que la víctima haya asumido con conocimiento y voluntariamente el riesgo (*infra* N° 81). Por último, la responsabilidad solo puede fundarse en el abuso doloso o por completo desconsiderado del interés de los demás si quien provoca el daño puede invocar un derecho o una potestad discrecional, como ocurre con el ejercicio de las potestades de los accionistas de una sociedad anónima (*infra* N° 79).

d) Por eso, el estándar abstracto de cuidado, que remite a la persona diligente, prudente y razonable, debe ser precisado en concreto respecto de la conducta que da lugar al daño. El deber concreto de cuidado solo puede ser determinado sobre la base del contexto de la conducta (lugar, medios, riesgos, costos, naturaleza de la actividad emprendida, derechos e intereses en

<sup>34</sup> El rigor de los jueces en esta materia puede consultarse, a modo de ejemplo, en las siguientes sentencias: Corte de Santiago, 7.12.1998, GJ 222, 196; Corte de Concepción, 13.7.1998, confirmada por CS [cas. fondo], 6.9.1998, GJ 219, 168; Corte de Santiago, 9.3.1999, GJ 225, 175; Corte de Santiago, 28.10.1999, GJ 232, 195; Corte de Santiago, 30.12.1999, GJ 234, 203; CS, 27.5.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 3ª, 89, publicada también en F. del M. 486, 85; Corte de Santiago, 17.1.2000, GJ 235, 199; Corte de San Miguel, 23.5.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 3ª, 103; Corte de Santiago, 2.7.2002, GJ 265, 85; Corte de Concepción, 28.8.2002, GJ 266, 210; CS, 6.1.2003, GJ 271, 186; Corte de Santiago, 22.4.2003, GJ 274, 281; Corte de Santiago, 9.7.2000, GJ 275, 227; CS, 16.10.2000, GJ 244, 163, publicada también en F. del M. 503, 3659; CS, 24.10.2000, GJ 244, 98, publicada también en F. del M. 503, 3498; Corte de Santiago, 29.8.2003, GJ 278, 282; Corte de Santiago, 30.9.2003, GJ 279, 270; CS, 11.9.2003, GJ 279, 230; y Corte de Santiago, 8.9.2004, GJ 291, 238. Un análisis del alcance y extensión de los deberes de seguridad del empleador en *infra* N° 506.

juego); en general, de todas las circunstancias externas que se puede esperar que sean tomadas en consideración por una persona razonable y diligente. La diferencia entre una acción negligente (por la cual se responde) y un mero riesgo de la vida (que debe ser soportado por aquel en quien recae el daño) reside a menudo en esas circunstancias. Por eso, el concepto de culpa en un sistema jurídico solo secundariamente se infiere de las justificaciones más o menos generales que suelen enunciar los jueces. Lo determinante es más bien la calificación jurídica de los hechos. Si bien el juicio de culpabilidad es abstracto y normativo (*infra* N° 90), se materializa en una apreciación en concreto que atiende a la situación de hecho (*infra* N° 84).<sup>35</sup>

**47. Circunstancias personales típicas del autor del daño.** a) En todos los sistemas jurídicos se plantea la pregunta por la relevancia de ciertas *características personales típicas*, como la edad, las capacidades físicas o el nivel profesional del demandado. Las características específicas del sujeto no son en principio relevantes: por el camino de definir los estándares de cuidado sobre la base de características personales típicas (esto es, compartidas por otros que se encuentran en la misma situación), se arriesga crear un estatuto de responsabilidad a la medida de cada cual.

La tipificación judicial de deberes de cuidado atendiendo a características del agente tiende a subjetivar la responsabilidad por culpa. El estándar de la 'persona' diligente pasa a descomponerse en el joven, el sordo o el principiante diligente. Mientras más específica sea la referencia a calidades personales típicas, más se aleja la responsabilidad del estándar general de debido cuidado. La consecuencia es que los tipos personales menos calificados o rigurosos quedarían sujetos a estándares de conducta inferiores que los corrientes; y que los especialmente hábiles lo estarían a criterios más exigentes. Desde este punto de vista, la culpa civil tendría una dimensión individual, que atendería a las concretas posibilidades de acción del demandado, como ocurre en el derecho penal.<sup>36</sup>

<sup>35</sup> El tema de este párrafo ha tenido su principal desarrollo en el derecho francés en Dejean de la Batie 1965 *passim*. El análisis en concreto de la culpa es un antiguo axioma en el *common law*; y no lo es en razón de una tradición jurídica diferente al derecho codificado, porque en uno y otro sistema la negligencia puede ser formulada en términos igualmente generales. De ello es sintomático lo que ocurre en Alemania, porque a pesar de tratarse de un sistema estructurado en torno a conceptos abstractos, se acostumbra introducir en los comentarios una larga lista alfabética de situaciones de hecho en que la jurisprudencia ha diferenciado deberes concretos de cuidado, referidos a las más diversas situaciones, actividades y profesiones: residuos, arquitectos, médicos, medicamentos, piscinas y playas, construcciones, alpinismo, actos de funcionarios, demostraciones públicas, ferrocarriles, patinaje en hielo, paracaidismo, aceras peatonales, estaciones de servicio, hoteles y restaurantes, inmuebles, derrames de agua, importadores, caza, espacios de recreación, vehículos motorizados, hospitales, profesores, máquinas, estanques de sustancias inflamables y corrosivas, correo, ciclistas, organizadores de viajes, expertos, esquí, estadios e instalaciones deportivas, explosivos, calles, acueductos, locomoción colectiva, medio ambiente (Palandt/Heinrichs 2003, § 276 58); a ello se agregan los deberes que se derivan de legislaciones especiales de contenido protector (como, por ejemplo, valores, sociedades anónimas, biología genética, libre competencia, competencia desleal) y los ilícitos referidos a derechos de la personalidad. En una perspectiva comparada, Markesinis 1997 75.

<sup>36</sup> Stratenwerth 1976 324, Jakobs 1991 385.

b) La pregunta crítica se refiere a quién debe correr con los *riesgos de las propias debilidades*. El derecho civil establece reglas de justicia que se basan en la igualdad y no en el mérito,<sup>37</sup> con la consecuencia de que las debilidades e ineptitudes deben ser soportadas, por lo general, por sus portadores. Así se explica que los ordenamientos civiles más refinados tiendan a limitar severamente la subjetivación subrepticia de la responsabilidad por la vía de hacer relevantes características personales típicas del autor del daño.<sup>38</sup> Por eso, la tendencia a la objetivación de la culpa tiende a neutralizar las diferencias entre la responsabilidad por negligencia y la responsabilidad estricta, en tanto ambas desatienden las calidades personales del demandado,<sup>39</sup> tomando en consideración, por el contrario, las actitudes típicas del grupo profesional o del ámbito de actividad al que pertenece el autor del daño.<sup>40</sup>

Tras este modelo de responsabilidad subyace el principio de que cada cual es responsable de sus actos bajo un supuesto general de igualdad, donde no son relevantes el sexo, la educación, el estatus social, ni las destrezas o debilidades.<sup>41</sup>

En consecuencia, quien tiene una debilidad física debe hacerse cargo de su condición bajo una regla de debido cuidado. El derecho, en general, no es un obstáculo para que quien tiene un impedimento desarrolle actividades que generen algún riesgo, en la medida que asuma su condición con diligencia. Así, si quien maneja un automóvil padece de una grave afección cardíaca o está en una condición física que le impide reaccionar con la prontitud requerida, y por esa razón provoca un accidente, puede ser responsable, aunque el hecho haya ocurrido circunstancialmente en condiciones que no estaban bajo el dominio de su voluntad;<sup>42</sup> y si alguien

<sup>37</sup> Hayek 1959 122.

<sup>38</sup> En ordenamientos donde no se reconoce la incapacidad de los niños y de los dementes, se atempera esa regla considerando un estándar de cuidado relativo a la edad o la condición; así ocurre con los niños (pero no con los enfermos mentales) en el *common law* (Jones 2002 213, Fleming 1985 24, Epstein 1999 117, Restatement/Torts II 283 B); para Francia, Viney/Jourdain 2001 354; sobre el derecho europeo, Von Bar 1996 II 257, con referencias a otros capítulos de la obra.

<sup>39</sup> Honoré 1999 32, con una muy lúcida explicación del valor jurídico y moral de estar sometidos a reglas generales de conducta, en la medida que nos abren la posibilidad de sustraernos de la responsabilidad, bajo un supuesto general de capacidad de evitar el acto dañino. Desde un punto de vista consecuencialista, Epstein 1999 112. Sin embargo, es usual en el derecho comparado que ciertas desventajas sean consideradas al momento de juzgar la diligencia (Gordley en Owen 1995 144, para el derecho europeo; Prosser/Keeton *et al.* 1984 179, respecto de la responsabilidad de los niños en el derecho norteamericano).

<sup>40</sup> Kötz 1991 98.

<sup>41</sup> Coleman en Postema 2001 207.

<sup>42</sup> La responsabilidad se funda en este caso en que si bien circunstancialmente no hay dominio del hecho, hay control de la causa del hecho. Así, quien causa un accidente debido a que sufre un paro cardíaco que le impide reaccionar con la prontitud requerida no es negligente por omitir reaccionar, sino por emprender una actividad para la cual carece de las condiciones necesarias. Con las debidas reservas desde el punto de vista moral, el caso es análogo a la situación del ebrio o drogado (*supra* N° 38), el que si bien no decide voluntariamente en razón de su estado, sí ha decidido voluntariamente embriagarse o drogarse: es esa la acción libre que funda su responsabilidad. Es lo que en el derecho penal se conoce como la *actio libera in causa*.

sufre de inmovilidad parcial de su cuerpo, no debe emprender actividades donde ese defecto sea susceptible de aumentar más allá de lo razonable el riesgo de provocar daños a terceros.<sup>43</sup>

Tratándose de deficiencias intelectuales o emocionales, el derecho comparado tiende a radicar su riesgo en el autor del daño (o en la víctima, cuando se ha expuesto imprudentemente al daño), llegándose en algunos sistemas jurídicos a excluir incluso la excusa de incapacidad, como en Francia<sup>44</sup> y en el *common law* (*supra* N° 29). Con mayor razón, no resultan aceptables excusas como la tensión psicológica excesiva, la falta de educación o de experiencia o la torpeza o impericia del autor del daño.<sup>45</sup> En estos casos está implícita la culpa de haber asumido una actividad para la que se carece de las destrezas o condiciones necesarias.<sup>46</sup> La confianza y la seguridad en el tráfico social, que justifican un concepto objetivo de negligencia, llevan a que consideraciones subjetivas de este tipo resulten irrelevantes. El resultado inevitable es que en este respecto la responsabilidad por culpa termina acercándose a la responsabilidad estricta.<sup>47</sup>

c) Por el contrario suele ser relevante para fijar el nivel de cuidado que el autor del daño actúe como un *experto*. Esta condición es especialmente importante para determinar el nivel de cuidado debido en sede contractual, pero también puede serlo respecto de riesgos extracontractuales. Si alguien desarrolla una actividad que plantea requerimientos profesionales en particular exigentes o un cierto conocimiento o experiencia práctica calificados, la confianza comprometida respecto de su conducta es correlativamente mayor.<sup>48</sup> Es el caso de los auditores que informan al público sobre los estados de situación de una empresa o los abogados que dan una opinión legal en una colocación de acciones en el público; o de un guía conocedor de la geografía en una excursión peligrosa. El estándar de cuidado es el exigible a quien emprende tareas delicadas y resulta ser superior al aplicable respecto de quienes carecen de esas calificaciones. El juego de la apreciación de la culpa en abstracto (según el modelo del hombre razonable) y en concreto

<sup>43</sup> Ejemplar en este sentido parece la regla de la recopilación doctrinaria norteamericana sobre responsabilidad civil: "Si el actor está enfermo o físicamente inhabilitado por cualquiera otra causa, el estándar de conducta al cual debe conformarse para evitar ser calificado de negligente es el de una persona razonable que sufre de esa inhabilidad" (Restatement/Torts II 283 C).

<sup>44</sup> Una precisa descripción de la objetividad de la culpa en relación con la capacidad en el derecho francés, en H. Mazeaud 1930 14: "no se compara entonces la conducta de un demente a aquella de un demente, la conducta de un infante a aquella de un infante, solución que llevaría a declararlos exentos de culpa y, por esto, irresponsables, sino a aquella de un individuo sensato, y se decidirá que cometieron una acción culpable si una persona sensata no habría actuado como ellos".

<sup>45</sup> Ejemplos tomados de Palandt/Heinrichs 2003, § 276 15; en el mismo sentido Viney/Jourdain 2001 358, Epstein 1999 111, Fleming 1985 24.

<sup>46</sup> Medicus 2002 152.

<sup>47</sup> Honoré 1999 14.

<sup>48</sup> En Chile, la jurisprudencia considera expresamente la condición de 'especialista' al momento de realizar el juicio de culpabilidad, así, por ejemplo, CS, 30.9.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 4°, 268; Corte de Santiago, 17.4.2002, CJ 262, 81; y CS, 19.1.2015, rol N° 7.215-2014.

(según las circunstancias objetivas en que se actúa) se muestra con nitidez en esos casos (*supra* N° 46).<sup>49</sup>

**48. La previsibilidad como requisito de la culpa.** a) La previsibilidad es un requisito de especial ubicuidad en la responsabilidad civil.<sup>50</sup> En este párrafo se analizará la previsibilidad como elemento constitutivo de la culpa, aunque luego reaparezca al calificar la causalidad (*infra* N° 257).

b) El modelo del hombre prudente y diligente nos remite a una persona que delibera y actúa razonablemente; y como lo imprevisible no puede ser objeto de la deliberación, no hay diligencia que pueda comprenderlo. La previsibilidad, como condición de la culpa, permite distinguir la acción culpable del caso fortuito, que alude a circunstancias que no pudieron ser objeto de deliberación al momento de actuar (*infra* N° 270).

Nuestra jurisprudencia ha admitido que la previsibilidad es un requisito esencial de la negligencia. Más aún, alguna vez ha definido la culpa como "una posibilidad de prever lo que no se ha previsto".<sup>51</sup> También se ha fallado que la culpa extracontractual consiste en "no evitar aquello que ha podido preverse y evitarse", incurriéndose, por consiguiente, en "una negligencia, es decir, un no haber previsto las consecuencias dañosas de la propia conducta".<sup>52</sup> Por último, se ha caracterizado la imprudencia como "la falta de previsión de las consecuencias de una acción, o el hecho de no pensar evitarlas a pesar de haberlas previsto".<sup>53</sup>

Estas consideraciones de los fallos asumen, como se puede comprobar, la posición típica de la persona diligente. La previsibilidad no hace referencia a un fenómeno psicológico, sino a aquello que *debió ser previsto*, atendidas las circunstancias. Como ocurre en general con los elementos del juicio de negligencia, la previsibilidad se valora en abstracto, considerando el discernimiento de una persona diligente. Así, se ha fallado que "no hay culpa cuando el hecho no pudo *razonablemente* ser previsto".<sup>54</sup> En igual sentido se ha declarado que cuando se actúa con culpa "el agente infringe el deber exigible, menospreciando la atención y cuidado que debe en su obrar, a los bienes o intereses ajenos, *puediendo y debiendo prever el daño* que en ellos causarían si ejecuta el acto voluntario".<sup>55</sup>

<sup>49</sup> Viney/Jourdain en Ghestin 2001 359.

<sup>50</sup> Jones 2002 37.

<sup>51</sup> CS, 29.3.1962, RDJ, t. LIX, sec. 4°, 21. Asimismo se ha entendido que "el cuasidelito se configura por la culpa con que actúan los hombres en la ejecución de sus actos; vale decir por la falta de previsión de hechos o circunstancias que son previsibles a la generalidad de los hombres", Corte de Iquique, 21.10.1952, RDJ, t. L, sec. 4°, 5.

<sup>52</sup> CS, 23.1.1975, F. del M. 194, 292.

<sup>53</sup> CS, 23.6.2015, rol N° 26.534-2014.

<sup>54</sup> CS, 17.10.1972, RDJ, t. LXIX, sec. 4°, 168. En el mismo sentido, se ha fallado que la previsibilidad "debe considerarse de acuerdo a los patrones objetivos presentes en el momento concreto de que se trata", de modo que no es previsible, sin mayores antecedentes, el intento de suicidio del paciente que al ingresar a un recinto hospitalario no muestra signos de riesgo suicida (CS, 2.11.2017, rol N° 4.839-2017, considerando 8°).

<sup>55</sup> Corte de Concepción, 8.7.1974, RDJ, t. LXXI, sec. 4°, 226. Para otros casos en que se recurre a la previsibilidad para construir el juicio de culpabilidad, pueden consultarse, entre

c) En todo caso, el requisito de previsibilidad se plantea de manera diferente cuando el deber de cuidado está establecido por la ley o la costumbre. Tratándose de la *culpa infraccional* (*infra* N° 53), usualmente basta acreditar la infracción a la norma para dar por establecida la culpa. En estos casos es la autoridad pública quien sopesa *ex ante* los riesgos previsibles y establece la regla de conducta (como cuando establece límites permitidos de emisiones o fija la velocidad máxima de circulación), de modo que el discernimiento del cuidado debido es efectuado por la autoridad pública. Algo semejante ocurre cuando el deber está refrendado por un *uso normativo* establecido (*infra* N° 56).

d) Por otra parte, *que el riesgo sea previsible es una condición necesaria, pero no suficiente de la negligencia*. En efecto, es característico de la responsabilidad por culpa que un riesgo pueda ser previsible y, sin embargo, el agente observe el estándar de cuidado debido, de modo que no resulte responsable de la realización del riesgo. Ello expresa la naturaleza de la responsabilidad por negligencia: a diferencia de la responsabilidad estricta, en que se responde de todo riesgo asociado a una actividad, la diligencia admite que el agente asuma prudencialmente ciertos riesgos, aunque resulten previsibles. Pertenece a la lógica de la responsabilidad por culpa que haya riesgos que razonablemente (y, por tanto, lícitamente) pueden ser asumidos por quien emprende una actividad.

e) Lo previsible se refiere, ante todo, a las consecuencias inmediatas de la acción: quien maneja a exceso de velocidad asume el riesgo de atropellar a un peatón; quien emprende una tarea profesional para la cual no está preparado toma sobre sí el riesgo de provocar un daño a la salud o a los bienes de otro. Una pregunta en un nivel diferente es la relativa a los efectos dañinos subsecuentes, que se siguen de ese accidente: que el peatón tenga una familia que vive de su trabajo y que tiene con él lazos afectivos; que la operación emprendida negligentemente pueda derivar en una infección que causa la muerte del paciente. Desde el punto de vista analítico, conviene separar las dos preguntas.

En este último orden de preguntas, asume relevancia la regla del artículo 1558 I, que declara que la responsabilidad se extiende a "los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato". La doctrina entiende que esta norma se aplica solo en materia contractual, de modo

otras, las siguientes sentencias: Corte de Concepción, 4.11.1997, confirmada por CS [cas. fondo], 3.11.1998, F. del M. 481, 2600; CS, 2.7.1998, RDJ, t. XCV, sec. 4ª, 95, también publicada en F. del M. 476, 1141; CS, 11.11.1998, F. del M. 480, 2356; Corte de Santiago, 10.11.1998, RDJ, t. XCV, sec. 2ª, 78; Corte de Santiago, 17.7.1998, RDJ, t. XCV, sec. 2ª, 48; Corte de Santiago, 7.12.1998, GJ 222, 196; CS, 12.4.1999, GJ 226, 131; CS, 30.9.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 4ª, 268; Corte de Copiapó, 6.8.1999, GJ 234, 95; Corte de San Miguel, 19.7.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 2ª, 66, también publicado en GJ 229, 153; CS, 13.11.2002, GJ 269, 39; Corte de Santiago, 17.4.2002, GJ 262, 81; Corte de Santiago, 2.7.2002, GJ 265, 85; Corte de Santiago, 7.8.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2ª, 96; Corte de Iquique, 9.1.2002, confirmada por CS [cas. fondo], 2.4.2003, GJ 274, 194; Corte de Santiago, 31.12.2002, confirmada por CS [cas. fondo], 30.4.2003, GJ 274, 212; CS, 6.8.2012, rol N° 4.558-2011; CS, 12.6.2013, rol N° 2.448-2010; CS, 26.6.2015, rol N° 25.534-2015; CS, 13.7.2015, rol N° 26.201-2014; y CS, 26.2.2018, rol N° 37.434-2017.

que en materia extracontractual se respondería de los daños imprevisibles. Para ello se tiene en cuenta que esa norma hace referencia a los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al momento en que el contrato se celebra,<sup>56</sup> y que solo en las obligaciones contractuales las partes estarían en condiciones de prever los daños que puede irrogar el incumplimiento, lo que no sería posible en materia cuasidelictual, donde el daño es por naturaleza imprevisto.<sup>57</sup> Por otra parte, el ámbito de la responsabilidad contractual está determinado por la convención, que determina los riesgos que cada parte asume, a diferencia de la responsabilidad cuasidelictual, donde quien actúa negligentemente asume sin concurso de tercero los riesgos de su acción.<sup>58</sup> Hay fallos que se han pronunciado en este sentido.<sup>59</sup>

f) La cuestión parece tener más matices. En principio, si la previsibilidad es constitutiva de toda culpa, también puede pensarse que la responsabilidad por culpa, cualquiera sea su fuente, se limita a los perjuicios previsibles. La previsibilidad es un requisito elemental de la culpa, porque la prudencia solo comprende lo que es posible prever.<sup>60</sup> Sin embargo, deben ser distinguidas las preguntas por la *culpa* (ilicitud de la conducta) y de *causalidad* (imputación objetiva de las consecuencias del daño inicial) (*infra* § 30). En la pregunta por la culpa se centra la atención en la previsibilidad del daño inicial (el exceso de velocidad que previsiblemente puede llevar a una colisión), mientras que en sede de causalidad se refiere a la extensión de la responsabilidad por las consecuencias dañosas que se siguen del daño inicial (el accidentado es atendido por un médico que incurre en un error que le provoca una incapacidad permanente).

A diferencia de lo que ocurre con la culpa, a cuyo respecto la previsibilidad permite juzgar la conducta, en materia de causalidad la pregunta se refiere a la extensión de los perjuicios por los cuales se responde. En efecto, una dificultad mayor radica en la búsqueda de criterios para determinar cuáles consecuencias subsecuentes a un hecho dañoso pueden ser atribuidas a la acción u omisión del demandado. Y uno de los criterios que reiteradamente aparecen en el derecho comparado para determinar el alcance de la obligación indemnizatoria es precisamente si esas consecuencias subsecuentes al daño original caen dentro del ámbito de lo previsible. Todo indica, sin embargo, que la previsibilidad del daño consecuencial no es el criterio más

<sup>56</sup> Una explicación del origen y sentido de la regla de limitación de la responsabilidad contractual a los daños previsibles del artículo 1558 I del Código Civil en San Martín 2014 649. Como expone la autora, la regla pasó de Pothier al Código francés y luego al Código Civil. A la luz de los ejemplos dados por Pothier, lo previsible no expresa un criterio de normalidad, sino la concreción de riesgos asumidos por el deudor según la destinación económica de la prestación contractual. De esta manera, resulta relevante para determinar el ámbito de lo previsible la naturaleza de la obligación, la profesión u oficio del deudor, el beneficio obtenido del contrato por el contratante incumplido y la información proporcionada por el acreedor (ídem 654, 665).

<sup>57</sup> Alessandri 1943 552.

<sup>58</sup> Mazeaud/Chabas 1998 629, Carbonnier 2000 302.

<sup>59</sup> Así, CS, 14.4.1953, RDJ, t. L, sec. 4ª, 40.

<sup>60</sup> Tomás de Aquino Suma Teológica 49.8.

apropiado para la atribución de ese daño al ilícito inicial del demandado, como se verá en el capítulo de causalidad (*infra* N° 257).

**49. Negligencia y error de conducta.** a) La concepción objetiva de la culpa asocia la conducta debida a los estándares propios de ciertos roles sociales. Por eso, en la construcción judicial de los deberes de cuidado resulta necesario indagar lo que *se puede esperar* de una persona diligente. En tales condiciones, el juicio de negligencia reside en una comparación de la conducta debida con la efectivamente empleada. Es en este contexto que debe ser analizado el mero *error de conducta*, esto es, el daño producido por un error que no puede impedirse, aun por una persona capacitada que emplea la diligencia debida.

b) Entendida la culpa como un criterio de calificación de la injusticia del daño, se podría argumentar que la responsabilidad civil es privada de su sentido moral si se calificara como culpable el mero error de conducta.<sup>61</sup> Pero esa crítica resulta discutible si la culpa es entendida (e incluso moralmente justificada) a la luz de la justicia correctiva (*supra* N° 13) o como técnica de prevención general (*supra* N° 16).<sup>62</sup>

En verdad, en el marco de una doctrina objetiva de la culpa corresponde analizar si una persona prudente y diligente estaba en situación de evitar el error de conducta ejerciendo el debido grado de diligencia y disponiendo de la habilidad requerida en la actividad que realiza. Si la respuesta es negativa, el error puede excusar el alejamiento circunstancial del resultado que se esperaba. Mal que mal, los deberes que se asocian a la idea de culpa no aseguran resultados, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la responsabilidad estricta.<sup>63</sup>

Con todo, resulta razonable que la jurisprudencia discrimine entre diversos tipos de casos. Hay situaciones en que es razonable entender los deberes de cuidado a la manera de las obligaciones de seguridad de resultado,<sup>64</sup> caso en el cual la excusa del mero error de conducta tenderá a ser rechazada. A ese efecto suelen conducir las presunciones de culpa por el hecho propio (*infra* § 14), por el hecho ajeno (*infra* § 17), la responsabilidad del empresario por daños sufridos por los trabajadores (*infra* § 18), y la de los profesionales proyectistas de una construcción según la Ley de urbanismo y construcciones (*infra* N° 566). Por el contrario, tratándose de deberes asimilables funcional-

<sup>61</sup> R. Domínguez Á. 1989 N° 30.

<sup>62</sup> Posner en Owen 1995 160.

<sup>63</sup> En Chile, la Corte Suprema ha resuelto que es inexcusable y constitutivo de culpa el error de un banco que consigna un domicilio que no corresponde al fijado por el girador de una cuenta corriente, a resultas de lo cual no es posible notificar el protesto de unos cheques y se termina por causar daño a una persona, ya que "los errores del banco la privaron de las acciones ejecutiva y criminal derivadas de los cheques", CS, 4.9.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 1ª, 186; en el mismo sentido, se ha estimado constitutivo de culpa la conducta del dependiente de una institución bancaria que por error consigna el rol único tributario de una persona en protestos correspondientes a otra, incorporándose el nombre del primero a la nómina de documentos protestados, la que posteriormente es enviada al Boletín de Informaciones Comerciales de la Cámara de Comercio (CS, 24.3.2004, GJ 285, 138).

<sup>64</sup> Viney/Jourdain 2001 476, Chabas 2000 b N° 57.

mente a las obligaciones contractuales de medios, como suele ocurrir con los servicios profesionales, la tendencia será a aceptar la defensa del error excusable (*infra* § 50 a).<sup>65</sup>

c) En todo caso, la pregunta crítica para dirimir los casos en que se alega un error de conducta parece ser si este puede ser calificado como un *hecho casual*, atribuible a la simple fatalidad, de modo que pertenece a los riesgos generales de la vida que debe soportar quien sufre el daño.<sup>66</sup> Si se estima que el error de conducta no es de ese tipo de riesgos, la excusa del mero error tenderá a ser inaceptable.

### c. La culpa como infracción del cuidado debido

**50. La culpa como ilicitud o infracción de un deber de cuidado.** a) La responsabilidad por culpa supone que el autor de un daño solo contrae la obligación de indemnizar si ha incurrido en negligencia; de lo contrario el daño es soportado por quien lo sufre. La razón para dar lugar a la obligación indemnizatoria es la ilicitud de la conducta del tercero que ha causado el daño.<sup>67</sup> En otras palabras, en materia civil la culpa establece el umbral entre el actuar lícito y el ilícito.<sup>68</sup>

<sup>65</sup> El problema es especialmente delicado en casos de responsabilidad médica. En Francia, la tendencia de la jurisprudencia fue a hacer responsable a los médicos por sus errores (Viney/Jourdain en Ghestin 1998 374). Una reciente jurisprudencia desplazó el llamado riesgo terapéutico del ámbito de la responsabilidad de los médicos (cass., 1ª sala, 8.11.2000, alejando en sede civil el fantasma de la responsabilidad por hechos que pudieren ser técnicamente calificables de fuerza mayor). A eso se agrega una ley de 2002, que atribuyó al seguro social la indemnización por accidentes médicos que producen consecuencias graves para el paciente, como muerte o incapacidad (M. Tapia 2003 b 26). En Alemania se falló que no era responsable el médico que intervino el nervio facial con ocasión de una operación del oído medio, porque "aun el médico más diestro no trabaja con la seguridad de una máquina y a pesar de todas las habilidades y cuidados puede fracasar en una intervención o corte en los que usualmente el mismo médico tiene éxito" (Münch/Kom 1986, § 823, 43 a). La sentencia es criticada, sin embargo, porque asumiría un concepto subjetivo de culpa, que no puede tener lugar en actividades que responden a roles socialmente definidos (*idem*). En Chile los fallos asumen, en general, que la práctica médica importa riesgos que deben ser soportados por los pacientes, véanse, a modo de ejemplo, CS, 29.9.1998, RDJ, t. XCV, sec. 1ª, 157; CS, 2.7.1998, RDJ, t. XCV, sec. 4ª, 95, también publicado en F. del M. 476, 1141; y Corte de Copiapó, 28.6.2002, GJ 265, 127. Un análisis del error en la responsabilidad médica en *infra* N° 475.

<sup>66</sup> Deutsch 2002 b 67.

<sup>67</sup> Este concepto, largamente aceptado por la doctrina comparada, es recogido en el art. 1º I del proyecto de reforma al derecho francés de la responsabilidad civil: "Constituye un delito civil todo daño causado ilícitamente a otro"; y el artículo 5º prescribe: "La culpa consiste cometer un ilícito, voluntariamente o por negligencia...". Sobre este proyecto, Rubio en Prats/Tomás 2017 383 y siguientes.

<sup>68</sup> En este sentido, la Corte Suprema ha señalado que la culpa "tiene un carácter normativo que la entrelaza con la antijuridicidad, ya que se incurre en ella precisamente porque se infringen deberes de cuidado impuestos por la norma, o sea, por el orden jurídico que los implanta", CS, 12.8.1981, RDJ, t. LXXVIII, sec. 4ª, 120. Sin embargo, en materia civil la ilicitud de la conducta se juzga en razón del daño causado, porque, a la inversa, a falta de daño la negligencia no necesariamente constituye una infracción a una regla de derecho; por eso,

Se ha señalado que la culpa se define a partir de un patrón abstracto o modelo genérico que es suficientemente flexible. Una acción es ilícita (y por tanto culpable) si infringe un deber de cuidado, que se establecerá hipotéticamente sobre la base de una estimación de la conducta que habría tenido en esas circunstancias una persona razonable y diligente; o, en el lenguaje que proviene del derecho romano (y que recoge el artículo 44 IV), la conducta que puede esperarse de un 'buen padre (o madre) de familia' que genéricamente puede ser entendido como el correcto desempeño de un rol social determinado.<sup>69</sup> Establecido ese estándar, resta por resolver los deberes concretos que responden a ese estándar genérico de cuidado.

b) A diferencia del contrato, donde la responsabilidad constituye una obligación secundaria, que surge del incumplimiento de una obligación contractual principal, la responsabilidad extracontractual no supone una relación obligatoria previamente convenida<sup>70</sup> (*infra* N° 787). De ello se siguen importantes consecuencias que corresponde analizar en sede de responsabilidad contractual. Sin embargo, también en materia extracontractual existen deberes previos de conducta. Solo que no tienen un titular exclusivo, como ocurre en los derechos personales que nacen del contrato. Con todo, este universo de personas a cuyo respecto se tienen deberes de cuidado puede ser relativamente acotado. Así, los deberes de vecindad solo se tienen respecto del vecino; los auditores de una sociedad anónima en general tienen deberes de cuidado extracontractuales respecto de los accionistas, aunque bajo ciertas circunstancias pueden también tenerlos respecto de terceros inversionistas. Cualquiera sea su alcance, sin embargo, lo característico de los deberes de cuidado extracontractuales es que no tienen por fuente el contrato, sino el derecho.

c) La determinación en concreto de los deberes de cuidado (esto es, de los límites entre el actuar lícito y el ilícito) puede ser asumida por el legislador. La infracción a estos deberes legales da lugar a *culpa infraccional*. Sin embargo, en los casos que la ley define un cierto deber de conducta, como ocurre por lo general respecto de actividades en que el riesgo es particularmente intenso, o susceptible de ser esquematizado (como ocurre, por

los deberes de cuidado pueden ser calificados como cargas que debemos soportar a efectos de cautelar bienes jurídicos (intereses) ajenos (así, Jansen 2003 480). La jurisprudencia es sensible a esta relación entre daño e ilicitud; así, se ha sostenido que "la responsabilidad civil surge cuando se transgrede una norma jurídica que afecte el interés de una determinada persona", CS, 10.7.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2ª 83; y que "la responsabilidad por culpa supone una infracción a un deber de cuidado, de modo que la calificación reparatoria tiene por condición que el responsable haya incurrido en un hecho ilícito y de modo que por contravenir dicho deber de cuidado, el autor del hecho debe reparar los daños resultantes", CS, 26.1.2004, GJ 283, 121.

<sup>69</sup> En un estudio sobre las funciones que cumple la noción de "razonabilidad" en el derecho privado chileno, Lilian San Martín propone que una de estas funciones -acaso la más utilizada- es la de servir como sinónimo de *sensatez*, y más específicamente, como estándar de conducta. En ese contexto, la razonabilidad reemplazaría de manera paulatina el concepto de "buen padre de familia" por el más amplio y general de "persona razonable". San Martín 2018 178 y siguiente.

<sup>70</sup> Pothier 1761 N° 183.

ejemplo, en materia de accidentes del tránsito), su intervención rara vez tiene pretensiones de exhaustividad. Por eso, a falta de ley que defina los deberes de cuidado, la determinación corresponde a los jueces, sea recurriendo a estándares socialmente reconocidos, sea construyendo para el caso particular la regla de cuidado según el estándar de la persona diligente.

**51. La culpa como infracción a un deber general de cuidado definido por el juez: ilicitud de la conducta o antijuridicidad del daño?** a) En los párrafos anteriores se ha definido la culpa como ilicitud de conducta. En tal sentido, la culpa importa la infracción de un deber de cuidado, y así puede ser entendida su conocida definición como "la infracción a un deber preexistente".<sup>71</sup>

Esta definición pone un énfasis correcto en que la ilicitud en materia civil se refiere al incumplimiento de una regla de conducta, que se supone debió ser descubierta *ex ante* por el autor del daño, aunque el deber de cuidado no haya estado formulado por norma legal alguna. Sin embargo, se ha dicho que la definición presenta el defecto de suponer una regla preexistente, en circunstancias que determinar la regla de conducta es precisamente el objeto del juicio de responsabilidad. En efecto, salvo en los casos en que el legislador ha definido positivamente los deberes de cuidado, la regla que define el patrón de conducta que debió observarse en el caso concreto es construida *ex post* por el juez.<sup>72</sup>

Esta crítica es injusta si se atiende a la invocación que la culpa hace de reglas sociales espontáneas. El deber del juez puede ser entendido como la tarea de *formular* una regla de cuidado, que el demandado debió descubrir como máxima de su acción.<sup>73</sup> El derecho de la responsabilidad civil dista de ser un ordenamiento cuyos deberes están claramente definidos, pero eso no significa que sea fruto de caprichos del azar. La tarea del juez al formular el juicio de culpabilidad es de adjudicación y no de legislación, pues consiste

<sup>71</sup> Planiol 1905 290.

<sup>72</sup> Aedo 2018 379 y siguientes, sostiene que en los supuestos en que el estándar de conducta es construido judicialmente, la culpa no supone la infracción a un deber de cuidado y, por lo tanto, tampoco envuelve ilicitud. En estos casos, el juicio de reproche quedaría reducido a la previsibilidad y evitabilidad de la conducta, pero sin referencia a un deber de cuidado. Este concepto de culpa lo explica por la imposibilidad de "que el juez sea fuente de deberes jurídicos" (*idem* 383). Sin embargo, una noción de culpa desvinculada de la idea de deber no parece plausible. La previsibilidad y evitabilidad son conceptos que, por cierto, aluden a la conducta que debió haber desplegado el demandado. Además, la premisa relativa a la función del juez, sobre la que Aedo construye su concepto de culpa, es difícil de defender. La ley, formulada en términos generales, no puede ser aplicada mecánicamente a un caso concreto; el juez no es un autómatas que solo está autorizado a aplicar deberes de cuidado en sede civil cuando estos han sido específicamente expresados en una disposición. Pero eso no supone que el juez esté legislando. La función del juez es descubrir el contenido de la regla aplicable a los hechos del caso a la luz del derecho vigente, sin que por ello esté creando discrecionalmente deberes jurídicos. En este último sentido, San Martín 2018 178 propone que conceptos abiertos como "culpa" o "razonabilidad" son utilizados por el legislador justamente con la finalidad de permitir al adjudicador adecuar la regla a las circunstancias concretas del caso. Se trata de una técnica legislativa de "reenvío", que no supone la facultad del juez de crear deberes, sino de concretar un deber general ya existente.

<sup>73</sup> Barros en Barros 1991 b 88.

Se ha señalado que la culpa se define a partir de un patrón abstracto o modelo genérico que es suficientemente flexible. Una acción es ilícita (y por tanto culpable) si infringe un deber de cuidado, que se establecerá hipotéticamente sobre la base de una estimación de la conducta que habría tenido en esas circunstancias una persona razonable y diligente; o, en el lenguaje que proviene del derecho romano (y que recoge el artículo 44 IV), la conducta que puede esperarse de un 'buen padre (o madre) de familia', que genéricamente puede ser entendido como el correcto desempeño de un rol social determinado.<sup>69</sup> Establecido ese estándar, resta por resolver los deberes concretos que responden a ese estándar genérico de cuidado.

b) A diferencia del contrato, donde la responsabilidad constituye una obligación secundaria, que surge del incumplimiento de una obligación contractual principal, la responsabilidad extracontractual no supone una relación obligatoria previamente convenida<sup>70</sup> (*infra* N° 787). De ello se siguen importantes consecuencias que corresponde analizar en sede de responsabilidad contractual. Sin embargo, también en materia extracontractual existen deberes previos de conducta. Solo que no tienen un titular exclusivo, como ocurre en los derechos personales que nacen del contrato. Con todo, este universo de personas a cuyo respecto se tienen deberes de cuidado puede ser relativamente acotado. Así, los deberes de vecindad solo se tienen respecto del vecino; los auditores de una sociedad anónima en general tienen deberes de cuidado extracontractuales respecto de los accionistas, aunque bajo ciertas circunstancias pueden también tenerlos respecto de terceros inversionistas. Cualquiera sea su alcance, sin embargo, lo característico de los deberes de cuidado extracontractuales es que no tienen por fuente el contrato, sino el derecho.

c) La determinación en concreto de los deberes de cuidado (esto es, de los límites entre el actuar lícito y el ilícito) puede ser asumida por el legislador. La infracción a estos deberes legales da lugar a *culpa infraccional*. Sin embargo, en los casos que la ley define un cierto deber de conducta, como ocurre por lo general respecto de actividades en que el riesgo es particularmente intenso, o susceptible de ser esquematizado (como ocurre, por

los deberes de cuidado pueden ser calificados como cargas que debemos soportar a efectos de cautelar bienes jurídicos (intereses) ajenos (así, Jansen 2003 480). La jurisprudencia es sensible a esta relación entre daño e ilicitud; así, se ha sostenido que "la responsabilidad civil surge cuando se transgrede una norma jurídica que afecte el interés de una determinada persona", CS, 10.7.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2° 83; y que "la responsabilidad por culpa supone una infracción a un deber de cuidado, de modo que la calificación reparatoria tiene por condición que el responsable haya incurrido en un hecho ilícito y de modo que por contravenir dicho deber de cuidado, el autor del hecho debe reparar los daños resultantes", CS, 26.1.2004, GJ 283, 121.

<sup>69</sup> En un estudio sobre las funciones que cumple la noción de "razonabilidad" en el derecho privado chileno, Lilian San Martín propone que una de estas funciones -acaso la más utilizada- es la de servir como sinónimo de sensatez, y más específicamente, como estándar de conducta. En ese contexto, la razonabilidad reemplazaría de manera paulatina el concepto de "buen padre de familia" por el más amplio y general de "persona razonable". San Martín 2018 178 y siguiente.

<sup>70</sup> Pothier 1761 N° 183.

ejemplo, en materia de accidentes del tránsito), su intervención rara vez tiene pretensiones de exhaustividad. Por eso, a falta de ley que defina los deberes de cuidado, la determinación corresponde a los jueces, sea recurriendo a estándares socialmente reconocidos, sea construyendo para el caso particular la regla de cuidado según el estándar de la persona diligente.

**51. La culpa como infracción a un deber general de cuidado definido por el juez: ¿ilicitud de la conducta o antijuridicidad del daño?** a) En los párrafos anteriores se ha definido la culpa como ilicitud de conducta. En tal sentido, la culpa importa la infracción de un deber de cuidado, y así puede ser entendida su conocida definición como "la infracción a un deber preexistente".<sup>71</sup>

Esta definición pone un énfasis correcto en que la ilicitud en materia civil se refiere al incumplimiento de una regla de conducta, que se supone debió ser descubierta *ex ante* por el autor del daño, aunque el deber de cuidado no haya estado formulado por norma legal alguna. Sin embargo, se ha dicho que la definición presenta el defecto de suponer una regla preexistente, en circunstancias que determinar la regla de conducta es precisamente el objeto del juicio de responsabilidad. En efecto, salvo en los casos en que el legislador ha definido positivamente los deberes de cuidado, la regla que define el patrón de conducta que debió observarse en el caso concreto es construida *ex post* por el juez.<sup>72</sup>

Esta crítica es injusta si se atiende a la invocación que la culpa hace de reglas sociales espontáneas. El deber del juez puede ser entendido como la tarea de *formular* una regla de cuidado, que el demandado debió descubrir como máxima de su acción.<sup>73</sup> El derecho de la responsabilidad civil dista de ser un ordenamiento cuyos deberes están claramente definidos, pero eso no significa que sea fruto de caprichos del azar. La tarea del juez al formular el juicio de culpabilidad es de adjudicación y no de legislación, pues consiste

<sup>71</sup> Planiol 1905 290.

<sup>72</sup> Aedo 2018 379 y siguientes, sostiene que en los supuestos en que el estándar de conducta es construido judicialmente, la culpa no supone la infracción a un deber de cuidado y, por lo tanto, tampoco envuelve ilicitud. En estos casos, el juicio de reproche quedaría reducido a la previsibilidad y evitabilidad de la conducta, pero sin referencia a un deber de cuidado. Este concepto de culpa lo explica por la imposibilidad de "que el juez sea fuente de deberes jurídicos" (*idem* 383). Sin embargo, una noción de culpa desvinculada de la idea de deber no parece plausible. La previsibilidad y evitabilidad son conceptos que, por cierto, aluden a la conducta que debió haber desplegado el demandado. Además, la premisa relativa a la función del juez, sobre la que Aedo construye su concepto de culpa, es difícil de defender. La ley, formulada en términos generales, no puede ser aplicada mecánicamente a un caso concreto; el juez no es un autómata que solo está autorizado a aplicar deberes de cuidado en sede civil cuando estos han sido específicamente expresados en una disposición. Pero eso no supone que el juez esté legislando. La función del juez es descubrir el contenido de la regla aplicable a los hechos del caso a la luz del derecho vigente, sin que por ello esté creando discrecionalmente deberes jurídicos. En este último sentido, San Martín 2018 178 propone que conceptos abiertos como "culpa" o "razonabilidad" son utilizados por el legislador justamente con la finalidad de permitir al adjudicador adecuar la regla a las circunstancias concretas del caso. Se trata de una técnica legislativa de "reenvío", que no supone la facultad del juez de crear deberes, sino de concretar un deber general ya existente.

<sup>73</sup> Barros en Barros 1991 b 88.

en develar el contenido de una regla de derecho, aunque ella no esté especificada por la ley.<sup>74</sup> En tal sentido, de acuerdo con una lógica típica del derecho privado, puede afirmarse que el juez no tiene la tarea de crear, sino de *poner al descubierto* el deber de cuidado.

b) En el derecho chileno, como en la generalidad de los sistemas jurídicos, al ser concebida como ilicitud de la conducta, *la culpa civil no se distingue de la antijuridicidad* (*infra* N° 143 b).<sup>75</sup> En verdad, no hay razones prácticas ni sistemáticas para distinguir en materia civil la culpa de la antijuridicidad,<sup>76</sup> como lo muestra la doctrina más reflexiva en sistemas jurídicos donde el propio Código ha asumido que culpa y antijuridicidad son requisitos concurrentes de la responsabilidad.<sup>77</sup> Así, en el BGB se distinguen los requisitos de la culpa y de la antijuridicidad de la acción. La antijuridicidad (*Widerrechtlichkeit*) se muestra en la lesión de un derecho subjetivo; la culpa (*Fahrlässigkeit*), en la inobservancia del cuidado socialmente debido.<sup>78</sup> Según la doctrina alemana tradicional, bastaba la lesión de un derecho subjetivo para calificar de antijurídica la acción (antijuridicidad calificada por el resultado). Sin embargo, de ello no se sigue que la conducta sea irrelevante para determinar la antijuridicidad. En efecto, esta doctrina se vuelve forzada y contraria a la intuición jurídica si se estima que la lesión a un derecho subjetivo está dada por la sola constatación de consecuencias o resultados perjudiciales.<sup>79</sup> Por ejemplo, no se puede decir que actúan antijurídicamente el médico que inflige una herida al paciente, ni tampoco el comerciante que priva de parte de la clientela a sus competidores.<sup>80</sup> En realidad, la antijuridicidad de

<sup>74</sup> Desde luego, los conceptos abiertos como el de "razonabilidad" siempre conllevan un riesgo más alto de ser utilizados arbitrariamente. Por eso, la construcción dogmática debe ser capaz de vincular estos conceptos o nociones generales a reglas y soluciones prácticas. Ese es justamente el objetivo de estudios como el de San Martín 2018, que pretende revisar y agrupar por casos la utilización del concepto de razonabilidad en el derecho privado chileno.

<sup>75</sup> Así, por ejemplo, se ha fallado que "la esencia de la culpabilidad reside precisamente en que el daño sea consecuencia de una conducta antijurídica, ilegal", Corte de Santiago, 14.10.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2ª, 132.

<sup>76</sup> En sentido contrario, Corral 2013 111 y siguientes, para quien la antijuridicidad es una exigencia independiente de la culpa en la responsabilidad extracontractual, que se muestra en la posibilidad de que un daño pueda causarse de manera justificada. En este trabajo, por el contrario, se sostiene que en el derecho civil las causales de justificación son mejor entendidas como factores excluyentes de culpa, y no de ilicitud del daño (*infra* N° 75).

<sup>77</sup> BGB, § 823; Cód. ital., artículo 2043.

<sup>78</sup> El Código italiano, si bien exige que el daño sea injusto para que haya lugar a la responsabilidad, no establece, como el BGB, un listado de derechos cuya lesión da lugar a la acción reparatoria. Una lúcida exposición comparada del requisito italiano del daño injusto en Visintini 1996 II 3.

<sup>79</sup> Una crítica a la circularidad de la noción de daño antijurídico como factor de atribución de responsabilidad en Letelier 2018 1045 *passim*. Aunque el texto trata específicamente la utilización de la noción de daño antijurídico a propósito de responsabilidad al Estado, de todas formas, el argumento es aplicable a la responsabilidad civil en general.

<sup>80</sup> El caso del competidor es útil para reducir al absurdo esta doctrina en el derecho chileno, pero, en estricto sentido, esa conducta no es antijurídica de conformidad al § 823 del BGB, porque no afectaría uno de los precisos derechos allí referidos (lo cual también explica la innecesaria complejidad que introduce la distinción entre culpa y antijuridicidad).

un resultado o de una consecuencia solo puede determinarse atendiendo a la conducta que lo constituye o produce.<sup>81</sup> En circunstancias que un derecho subjetivo supone la existencia de deberes de conducta correlativos, la lesión al derecho se define por el incumplimiento de tales deberes, esto es, por no observar la conducta exigida y no por los meros resultados o consecuencias perjudiciales.<sup>82</sup> Así se explica que se haya abandonado esa idea de antijuridicidad calificada solo por el resultado o por las consecuencias y haya sido sustituida por un concepto de antijuridicidad de la acción. Por lo demás, en la responsabilidad por culpa, con frecuencia no hay siquiera indicio de antijuridicidad por el mero hecho de producirse la consecuencia dañosa, sino solo en razón de la ilicitud de la conducta que causa el daño.<sup>83</sup> Atendiendo a estas dificultades, la doctrina alemana ha tendido a concebir la antijuridicidad como la lesión de un derecho ajeno por una conducta que no ha observado el cuidado socialmente debido; esto es, la antijuridicidad ha pasado a ser inseparable de la idea de culpa.<sup>84</sup>

Atendidas las dificultades que ha generado en la práctica un sistema de responsabilidad, como el alemán, que está construido legalmente sobre la base de distinguir los requisitos de antijuridicidad y de culpabilidad, carece de sentido práctico extrapolar esa distinción al derecho chileno.<sup>85</sup> La culpa, entendida como infracción al deber de conducta, es sinónima de ilicitud. La antijuridicidad, en materia civil, no es más que el hecho culpable que causa daño.<sup>86</sup>

#### d. Determinación del deber de cuidado

**52. Fuentes de determinación de los deberes de cuidado.** En su sentido más amplio, la culpa hace referencia a la infracción de una regla de conducta. Esta regla se expresa en el estándar genérico y flexible de conducta de una persona prudente y diligente. La determinación de la regla de conducta que habría observado esa persona en las circunstancias del caso es una tarea judicial por excelencia. Sin embargo, esos deberes pueden estar también tipificados por

<sup>81</sup> Existe una diferencia analítica entre resultado y consecuencia. Mientras los resultados son constitutivos de la acción (como el resultado muerte es constitutivo de la acción de matar), las consecuencias no son constitutivas de las acciones, sino un efecto de las mismas (por ejemplo, la muerte que se sigue de apretar el gatillo de un arma a fuego cargada). La distinción entre resultados y consecuencias es explicada en Von Wright 1963 39.

<sup>82</sup> Esta idea ya aparecía en Pufendorf Elementia I Def. XVII 7, para quien un daño solo puede ser considerado propiamente tal si fue precedido por el ejercicio de una elección libre. El daño, en este sentido, más adelante en el mismo párrafo es caracterizado jurídicamente como culpa.

<sup>83</sup> Al respecto, véase Kötz/Wagner 2006 44; Larenz/Canaris 1994 364, Medicus 2003 b 359.

<sup>84</sup> Kötz/Wagner 2006 45; en la dogmática que propende a una visión unitaria con el derecho penal se suele insistir en la antijuridicidad como elemento autónomo de la responsabilidad civil; ejemplar es el análisis de Peña López 2002 259.

<sup>85</sup> Así, sin embargo, P. Rodríguez 1999 129.

<sup>86</sup> Por la misma razón, las causales de justificación en materia civil solo pueden ser construidas como excluyentes de la culpa, esto es, del ilícito (*infra* N° 75).

la ley (como característicamente ocurre con el tráfico vehicular) o establecidos convencionalmente por reglas sociales, formales o informales. A falta de ley o de usos normativos, el juez no tiene otro camino que discernir cómo se habría comportado una persona prudente en las mismas circunstancias.

En esta sección serán analizadas sucesivamente las tres fuentes a las que el juez puede recurrir para determinar los deberes de cuidado: la legislación, los usos normativos y el estándar genérico de la persona diligente.

#### 1. Determinación de los deberes de cuidado por el legislador

**53. La culpa como infracción de un deber de cuidado establecido por la ley: culpa infraccional.** a) La culpa infraccional supone una contravención de los deberes de cuidado establecidos por el legislador u otra autoridad con potestad normativa (en una ley, reglamento, ordenanza, resolución u otra regulación semejante).

Es práctica común que por vía legislativa o administrativa sean reguladas actividades que presentan riesgos. Las consideraciones que sigue el legislador son esencialmente preventivas. Es el caso de materias tan diferentes como el tránsito de vehículos motorizados (Ley del tránsito), la seguridad de las construcciones (Ley de urbanismo y construcciones), la protección del medio ambiente (Ley del medio ambiente), el funcionamiento justo y eficiente de los mercados, en materias de la libre competencia (DL 211/1973), de mercado de valores (Ley de valores) y de protección de consumidores (Ley de consumidores). Estos y otros ordenamientos legales, que regulan ámbitos de actividad muy diversos, son completados por regulaciones administrativas o municipales que establecen deberes más precisos.

b) En principio, cuando el accidente se produce a consecuencia de la infracción de alguna de estas reglas, el acto es tenido por ilícito, esto es, por culpable, sin que sea necesario entrar en otras calificaciones.<sup>87</sup> Este efecto es particularmente fuerte tratándose de ilícitos penales, en virtud de la regla del Código de Procedimiento Civil que señala que “en los juicios civiles podrán hacerse valer las sentencias dictadas en un proceso criminal siempre que condenen al procesado” (artículo 178).

La jurisprudencia da cuenta de numerosos casos en que se ha hecho aplicación de este principio. Así, tempranamente se estimó que habría imprudencia por el mero hecho de circular en contravención a un reglamento.<sup>88</sup> Hoy puede

<sup>87</sup> Alessandri 1943 175.

<sup>88</sup> La temprana jurisprudencia es especialmente frondosa en materia de accidentes ferroviarios; véanse, por ejemplo, Corte de Santiago, 13.4.1939, confirmada por CS [cas. fondo], 3.8.1940, RDJ, t. XXXVIII, sec. 1ª, 239; Corte de Santiago, 12.8.1942, RDJ, t. XL, sec. 2ª, 33; CS, 2.12.1943, RDJ, t. XLI, sec. 1ª, 409; Corte de Talca, 17.9.1952, RDJ, t. XLIX, sec. 4ª, 247. Se ha estimado que constituye un ilícito infraccional de un conservador de bienes raíces, inscribir una hipoteca sobre un inmueble respecto del cual el deudor no tiene derecho alguno, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces debió rehusar la inscripción (Corte de Temuco, 11.6.1934, confirmada por CS [cas. forma y fondo], 11.01.1935 y 23.09.1935, RDJ, t. XXXII,

entenderse como doctrina aceptada que la declaración de ilegalidad de una conducta lleva implícita la declaración de que dicha actuación en principio ha sido culpable, porque lo ilegal siempre lleva el sello de la culpa.<sup>89</sup>

c) En la culpa infraccional se muestra claramente la diferencia que existe entre la responsabilidad civil y penal en materia de culpabilidad. En efecto, a diferencia de lo que ocurre en materia penal, la culpa civil puramente infraccional no requiere ser completada con una imputación del ilícito al sujeto. Por eso, el error de prohibición, que suele ser excusa suficiente en materia penal,<sup>90</sup> solo excepcionalmente tiene lugar en materia civil. En la medida que la culpa es concebida como infracción a un deber de cuidado, son irrelevantes las circunstancias subjetivas en cuya virtud se produjo la contravención. Las excusas subjetivas admisibles solo son las generales, referidas a la capacidad y libertad en la acción.<sup>91</sup> En principio, también resultaría aceptable la excepción del error excusable, en la medida que podría haber sido cometido, en las mismas circunstancias que el agente, por una persona prudente y razonable.<sup>92</sup> En todo caso, la objetividad del concepto civil de

sec. 1ª, 538). La misma jurisprudencia es constante en materias de accidentes del tránsito: la infracción a lo ordenado por la ley o el reglamento es negligente, porque supone omitir las medidas de prudencia o precaución estimadas necesarias para evitar un daño (CS, 3.5.1990, GJ 119, 72); en el mismo sentido: CS, 6.1.1998, GJ 211, 113; CS, 14.4.1999, F. del M. 485, 503; Corte de Santiago, 24.5.1999, GJ 227, 138; CS, 24.1.2000, F. del M. 494, 3204; CS, 30.1.2001, GJ 247, 150; CS, 12.3.2001, GJ 249, 130; CS, 12.11.2001, GJ 257, 121, publicada también en F. del M. 504, 4090; Corte de Valdivia, 25.6.2002, confirmada por CS [cas. fondo], 6.5.2002, GJ 263, 120; CS, 23.12.2002, F. del M. 505, 4452; CS, 21.6.2004, GJ 288, 161; Corte de San Miguel, 17.8.2004, GJ 290, 208; sobre esta materia, Vodanovic 1994, 119. El criterio ha sido reiterado en materia de construcciones al establecerse que es posible calificar como culposa la conducta contraria a la Ley de urbanismo y construcciones (Corte de Santiago, 13.11.1998, RDJ, t. XCV, sec. 2ª, 78). De la misma manera se han calificado conductas contrarias a la Ley N° 17.336 de propiedad intelectual (CS, 15.9.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 1ª, 158; CS, 15.1.2001, GJ 247, 41; Corte de Antofagasta, 26.5.2004, GJ 290, 120); a la Ley de consumidores (Corte de Antofagasta, 10.10.2002, GJ 268, 115; Corte de Rancagua, 19.7.2004, GJ 292, 131); a la Ley de accidentes del trabajo (CS, 13.11.2002, GJ 269, 39); y a la Ley del medio ambiente (CS, 30.12.2003, F. del M. 517, 3400). En el nivel reglamentario se han considerado culpables conductas contrarias al reglamento de hospitales y clínicas privadas (DS 161/1982 del Ministerio de Salud), Corte de Santiago, 10.7.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2ª, 83; y al reglamento para el funcionamiento y operación de piscinas (DS 327/1977 del Ministerio de Salud sustituido con posterioridad por el DS 209/2003 del Ministerio de Salud), Corte de Santiago, 14.1.2002, confirmada por CS [cas. fondo], 7.1.2003, GJ 271, 96.

<sup>89</sup> Corte de Temuco, 11.3.1991, RDJ, t. LXXXVIII, sec. 2ª, 28. Se ha fallado, citando explícitamente a Planiol y Ripert, que “para prevenir los daños, la ley y los reglamentos prescriben o prohíben determinados actos. Dado que se reputa que esos cuerpos legales son conocidos por todos, su inobservancia constituye culpa”, Corte de Santiago, 17.4.2002, GJ 262, 81. Una posición crítica frente a esta jurisprudencia en Aedo 2014 705, donde se señala que “los tribunales han considerado erróneamente, a nuestro juicio, que la culpa siempre envuelve ilegalidad del acto” (con referencia a CS, 26.1.2004, rol N° 2.947-2002; CS, 24.3.2004, rol N° 3.507-2002; y CS, 11.9.2006, rol N° 4.554-2005).

<sup>90</sup> Cury 2005 437, Jakobs 1991 653.

<sup>91</sup> En este sentido, para el derecho norteamericano, Epstein 1999 151.

<sup>92</sup> Larenz 1987 284.

culpa debe llevar a excluir consideraciones subjetivas referidas al infractor (*supra* N<sup>os</sup> 43 y 47).

d) De acuerdo a principios generales del derecho privado, la infracción a un deber legal también puede ser excusada alegando que al autor del daño le resultó física o moralmente imposible cumplir la regla. A lo físicamente imposible nadie puede estar obligado, como cuando se sufre una incapacidad temporal o un lugar peligroso queda a oscuras por la acción del viento o de una acción vandálica.<sup>93</sup> También puede ocurrir que la disposición legal no pueda ser observada porque existe una razón más poderosa, como ocurre, en general, con las causales de justificación (*infra* § 12).

e) Precisamente porque la infracción de disposiciones legales puede ser excusada en atención a las circunstancias, la ley suele hablar, cuando se refiere a la culpa infraccional, de una *presunción* de culpa o de responsabilidad, que puede ser desvanecida por los hechos justificatorios referidos.<sup>94</sup>

**54. Fin de la norma como límite de atribución de responsabilidad.** A pesar de su generalidad, la relación analítica entre la culpa y la infracción de normas legales o reglamentarias tiene ciertos límites. Ante todo, la regla infringida puede tener un fin diferente a evitar el accidente o el daño de que se trata, como muestra un antiguo caso del derecho inglés: aunque una norma impedía llevar ganado en la cubierta de un barco y el ganado se perdió durante una tormenta por estar en ese lugar, no se dio lugar a la alegación de culpa, porque la regla tenía por fin evitar la propagación de pestes y no garantizar la seguridad de la carga.<sup>95</sup>

También puede ocurrir que una regla persiga proteger a un conjunto limitado de personas, de modo que las demás no pueden invocar a su favor su infracción en el juicio de responsabilidad, como es típico en el derecho de los negocios respecto de los deberes positivos de información (*infra* § 67 f). En definitiva, la infracción a una norma legal o administrativa solo es expresiva de culpa cuando la regla contravenida tiene el fin preciso de evitar accidentes o daños como los sufridos por el demandante.<sup>96</sup>

<sup>93</sup> Epstein 1999 151.

<sup>94</sup> Ley del tránsito, artículo 167 y 171; Ley de bases generales del medio ambiente, artículo 52.

<sup>95</sup> *Gorris v. Scott* (1874), L.R. 9 Ex. 125, citado por Fleming 1985 101.

<sup>96</sup> Esta exigencia de relación entre el fin de la norma legal y la culpa está recogida con precisión en la recopilación doctrinal norteamericana: "El tribunal puede adoptar como estándar de conducta del hombre razonable las exigencias de una ley o de una regulación administrativa cuyo propósito es exclusiva o parcialmente: a) proteger a la clase de personas que incluye aquel cuyo interés ha sido afectado; b) proteger el interés particular afectado; c) proteger aquel interés en contra del tipo de daño que se ha producido; y d) proteger aquel interés contra el riesgo particular del cual el daño se deriva" (Restatement/Torts II 286). En Chile, conociendo de un accidente de tránsito en que el conductor de un automóvil realizó un viraje prohibido para ingresar a un servicentro, impactando por esa maniobra a un motociclista que circulaba a exceso de velocidad, en la misma dirección y que a resultas de ello falleció, la Corte Suprema sostuvo que "la norma que prohíbe circular a una velocidad excesiva no tiene por objeto evitar que el conductor se encuentre en el lugar del accidente cuando este sucede, sino impedir otras consecuencias, como la pérdida de control de su vehículo, o la imposibilidad de detenerse frente a obstáculos previsible o, en su caso, de evitarlos o

A un resultado análogo conduce la exigencia que se plantea en sede de causalidad, en orden a que debe existir una relación entre la infracción de la regla de cuidado y el daño. En otras palabras, es necesario que el daño se haya producido a consecuencia de la infracción<sup>97</sup> (*infra* N<sup>o</sup> 248). Si alguien conduce con su licencia vencida y participa casualmente en un accidente, por lo general no habrá relación de causalidad entre la infracción y el daño.<sup>98</sup> Este es un principio de causalidad de carácter general en el derecho actual, y en nuestra legislación aparece recogido expresamente en la Ley del tránsito.<sup>99</sup>

de efectuar maniobras necesarias para la seguridad de la marcha, etc. Por ello, en un caso como el que nos ocupa, el riesgo creado por el occiso al imprimir una velocidad excesiva a su vehículo no se realiza en el lamentable accidente que le costó la vida, pues ese resultado, tal como se presenta en el caso concreto, yace 'fuera del ámbito de protección de la norma que (él) ha vulnerado' (...) A la inversa, la norma que prohíbe irrespetar el derecho preferente de circulación de otro vehículo, obstruyéndole inesperadamente el paso, sí tiene por objeto evitar que el autor se encuentre donde no debía encontrarse cuando se produce la colisión, ya que lo que tal prohibición pretende es, precisamente, que quienes circulan por la vía con paso preferente la encuentren despejada de obstáculos de esa clase", CS, 22.4.1998, GJ 214, 115, también publicada en F. del M. 473, 342.

<sup>97</sup> Una sentencia de la Corte de Santiago permite ilustrar claramente cómo opera este requisito: "de no haber cometido este [el demandado] la infracción (...) no se habrían producido ni el accidente ni las lesiones de la víctima", Corte de Santiago, 4.9.1991, GJ 135, 103, también publicado en RDJ, t. LXXXVIII, sec. 4<sup>a</sup>, 141. Para fallos que recogen la misma doctrina, véanse: CS, 22.4.1998, F. del M. 473, 342; CS, 12.4.1999, GJ 226, 131; Corte de Santiago, 14.7.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 2<sup>a</sup>, 58; Corte de Copiapó, 6.8.1999, confirmada por CS [cas. forma y fondo], 22.12.1999, GJ 234, 95; CS, 24.1.2001, GJ 247, 134; Corte de Concepción, 3.4.2001, confirmada por CS [cas. fondo], 27.3.2002, GJ 261, 80; Corte de Antofagasta, 15.12.2001, GJ 273, 95; y Corte de Santiago, 1.9.2003, GJ 281, 104.

<sup>98</sup> Refiriéndose a esta materia, la Corte de Concepción ha señalado que no procede acoger la acción por daños ocasionados en un accidente de tránsito, basándose únicamente en que el demandado fue multado por conducir el vehículo sin la licencia respectiva, "porque dicha sanción se impuso, no por la culpabilidad en la colisión, sino por una contravención, que de acuerdo con el fallo, estaba desligada con el origen y consecuencias del choque, como pudo haber sucedido, por vía de ejemplo, con la falta de triángulos, de un botiquín o de un extinguidor", Corte de Concepción, 5.8.1980, RDJ, t. LXXVII, sec. 2<sup>a</sup>, 105. En el mismo sentido, conociendo de un accidente de tránsito que concluyó con la muerte de una persona, la Corte Suprema resolvió que no influye en la decisión del caso la circunstancia de que el occiso condujera en estado de ebriedad y a exceso de velocidad, si dicha circunstancia no ha influido en la relación de causa a efecto, debiéndose el accidente exclusivamente al hecho de haberse desplazado el otro conductor a la pista contraria, CS, 16.11.1998, F. del M. 480, 2334; asimismo, conociendo de otro accidente del tránsito, se ha resuelto que "el hecho de que el demandado hubiera sido condenado por manejo en estado de ebriedad a causa del accidente, no prueba por sí mismo su responsabilidad en este", Corte de Santiago, 3.12.2004, RDJ, t. XCIX, sec. 2<sup>a</sup>, 153. Para el mismo precedente, pueden consultarse, entre otros, los siguientes fallos: CS, 14.10.1999, GJ 232, 118; Corte de Santiago, 1.4.1999, GJ 226, 84; CS, 25.4.2000, GJ 238, 105; CS, 28.6.2000, GJ 240, 112; Corte de San Miguel, 16.8.2002, GJ 266, 159; Corte de Chillán, 8.11.2002, confirmada por CS [cas. fondo], 15.1.2003, GJ 271, 102; Corte de San Miguel, 18.6.2003, GJ 276, 176.

<sup>99</sup> "El mero hecho de la infracción no determina la responsabilidad civil del infractor, si no existe relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido por el accidente" (Ley del tránsito, artículo 166).

**55. Culpa infraccional y deberes generales de cuidado.** a) La circunstancia de que el legislador haya definido deberes de cuidado respecto de cierta actividad no significa que esa regulación sea *exhaustiva*. Por lo general la diligencia no se agota cumpliendo rigurosamente los preceptos legales, de modo que el juez está facultado para determinar deberes de cuidado no previstos por el legislador.<sup>100</sup> El estándar de la persona diligente obliga a actuar de acuerdo a criterios de prudencia, aunque la materia esté regulada por la ley.<sup>101</sup> Así, por ejemplo, puede ocurrir que atendidas las circunstancias particulares que rodean la acción, conducir al máximo de velocidad permitido sea imprudente, como cuando el vehículo se encuentra en condiciones deficientes o el camino está resbaladizo.<sup>102</sup> Incluso la implementación voluntaria de medidas de protección de terceros más allá de las exigidas por la legislación pueden devenir en un estándar de cuidado exigible cuando los terceros se encuentran habituados a esas medidas.<sup>103</sup> Lo usual será que el legislador se limite a establecer ciertas reglas básicas, precisando los deberes más frecuentes e importantes, sin que con eso se agote el ámbito de

<sup>100</sup> En el mismo sentido, Aedo 2014 705, quien critica a aquella jurisprudencia que estima que "del cumplimiento normativo envuelve automáticamente diligencia" (ídem 2014 724).

<sup>101</sup> En opinión de Alessandri 1943 180, "el hecho de cumplir estrictamente con las disposiciones legales o reglamentarias, no exime de adoptar las demás medidas de prudencia que las circunstancias requieran, y si el juez considera que estas habrían sido tomadas por un hombre prudente, podrá declarar culpable a quien no las tomó, aunque haya observado aquellas. En este caso, la culpa no consiste en haber violado la ley o los reglamentos, sino en no haber observado la prudencia o atención que las circunstancias imponían".

<sup>102</sup> Se ha fallado, en el caso de un automóvil que estaba en precarias condiciones, que "la simple observancia de las disposiciones reglamentarias del tránsito [conducir a una velocidad no excesiva] puede servir, en general, para excusar la responsabilidad del conductor de un vehículo (...) siempre que los hechos se desarrollen en circunstancias normales y cuando se trate de vehículos debidamente acondicionados para circular sin riesgos excepcionales", CS, 23.8.1951, RDJ, t. XLVIII, sec. 4ª, 186. Véase también, Corte de Santiago, 25.5.1945, confirmada por CS [cas. fondo], 13.6.1946, RDJ, t. XLIII, sec. 1ª, 495; Corte de San Miguel, 19.7.1998, RDJ, t. XCVI, sec. 2ª, 66, también publicada en GJ 229, 153. La Corte de Santiago, citando a Planiol y Ripert, al referirse al deber de cuidado contenido en leyes o reglamentos ha sostenido que "la observancia de ellos no dispensa tampoco del deber de conformarse a la obligación general de previsión. El que se ha amoldado a los reglamentos también será responsable si causa un perjuicio que pudo y debió prever", Corte de Santiago, 17.4.2002, GJ 262, 81. Ocasionalmente algún fallo exagera, hasta el extremo de desnaturalizar la idea de responsabilidad por culpa, el principio de que la observancia de la ley no es garantía de diligencia; así ocurrió en el caso de una colisión de madrugada entre dos vehículos, que causó daño a terceros, donde se declaró responsable a uno de los conductores, no obstante que guiaba el vehículo a una velocidad inferior a la máxima reglamentaria, y que el otro vehículo no respetó la señal de ceda el paso, pues "es posible prever un accidente del tránsito en un cruce de calles en horas de la madrugada, si no se maneja con sumo cuidado, ya que es de ordinaria frecuencia que a esa hora no siempre se observen las normas del tránsito", CS, 12.8.1981, RDJ, t. LXXVIII, sec. 4ª, 120.

<sup>103</sup> Es un caso en el que tuvo como constitutiva de culpa la suspensión de un servicio de barreras en la intersección entre una carretera y una línea de tren, al que los conductores que circulaban por el cruce respectivo se encontraban habituados, pese a que el servicio de barreras no era exigido por la regulación aplicable (CS, 3.8.2016, rol N° 20.172-2015).

los deberes de cuidado, en analogía a lo que ocurre con los elementos de la naturaleza de los contratos.<sup>104</sup>

Excepcionalmente, un ordenamiento puede entenderse exhaustivo si su fin es dar mayor seguridad jurídica a un área de actividad, estableciendo una regulación orgánica de las conductas debidas. En tal caso, no cabría establecer judicialmente deberes de cuidado adicionales a los establecidos por el legislador. En especial, la regla legal podría ser interpretada como exhaustiva si los jueces carecen de instrumentos para construir una regla de conducta que pondere los conflictos de bienes o principios. Es lo que ocurre con la interpretación de las leyes que ponen en ejecución políticas públicas, que requieren de una aplicación más bien estricta.<sup>105</sup> Con todo, la cuestión supone interpretar el estatuto legal en términos restrictivos (esto es, excluyente del establecimiento judicial de otros deberes de cuidado), lo que, por lo general, no resulta consistente con la idea de que la persona prudente está regida por el discernimiento y no solo por la letra de la ley.

Pero tratándose de actividades que están sujetas a extensivas regulaciones de base técnica, se puede asumir que la observancia de las normas legales y reglamentarias es al menos un indicio de diligencia, como ocurre, por ejemplo, en materia de responsabilidad por accidentes del tránsito (*infra* N° 517) y por daños ambientales (*infra* N° 587).

b) La definición legal de los deberes de cuidado presenta la ventaja de la certidumbre, que puede tener un valor económico muy significativo, pues supone conocer de antemano y con exactitud las restricciones y eventuales responsabilidades de determinada actividad. A esa ventaja se agrega el beneficio adicional de disminuir la propensión a litigar, pues a mayor precisión de los ilícitos menor es el incentivo de llevar ante el juez la decisión acerca de la diligencia debida. Sin embargo, prever el futuro sobre la base de un detallado catálogo de conductas resulta por lo general imposible, y también inequitativo, pues se arriesga excluir de responsabilidad hipótesis de negligencia en perjuicio de las eventuales víctimas. Por eso, la regla general es que la infracción de una norma legal permite dar por acreditada la culpa, pero, *a contrario sensu*, el cumplimiento de todas las normas legales es un importante indicio, pero no una garantía, de que se ha actuado con la diligencia debida.<sup>106</sup>

## 2. Determinación del deber de cuidado según los usos normativos

**56. Deberes de cuidado como expresión de usos normativos.** a) A falta de ley, los deberes de cuidado pueden estar definidos por las costumbres o por

<sup>104</sup> Epstein 1999 155.

<sup>105</sup> Cane 1996 218.

<sup>106</sup> No obstante esta conclusión, se ha fallado que "no está de más mencionar que es perfectamente planteable que un exceso de 10 km en la velocidad imprimida a un vehículo, con respecto al máximo autorizado, no representa, por sí solo, un incremento grave e inaceptable social y jurídicamente del riesgo propio del tráfico vial, en términos de alcanzar la calificación de imprudencia o negligencia vinculable 'necesariamente' al resultado dañoso en la situación concreta", Corte de San Miguel, 18.6.2003, GJ 276, 176.

los usos normativos. Surge entonces la pregunta por la relevancia que el juez debe dar a aquello que se tiene espontáneamente por debido en la sociedad chilena o en ciertos ámbitos profesionales o de actividad.

En circunstancias que la noción de culpa nos conduce al estándar o patrón de conducta del hombre prudente y diligente, del *buen padre (o madre) de familia*, ¿quedan comprendidas en este patrón las costumbres, los usos o prácticas generalmente aceptadas en el medio social?; ¿considera este patrón la forma en que las personas se comportan normalmente en similares circunstancias, de modo que la regla de debido cuidado deviene en un dato estadístico?; o, por el contrario, ¿está referida esa regla de conducta a la forma en que el sujeto *debe* comportarse de conformidad con una regla de razón en cada situación?

b) En principio, las meras prácticas o usos de una determinada actividad no son vinculantes a la hora de determinar el deber de cuidado, pues del hecho que una conducta sea usual no se sigue que también sea correcta. Que una actividad se haya realizado siempre de cierta manera no expresa *per se* que sea diligente (como puede ocurrir, por ejemplo, con las malas prácticas profesionales).

Cuestión distinta ocurre con los *usos normativos o estándares*, esto es, aquellas reglas reconocidas espontáneamente como expresión de un buen comportamiento y de aquello que usualmente se tiene por debido y que se expresan en expectativas de seguridad dentro de cada tipo de actividad.<sup>107</sup> En principio, estos usos normativos pueden ser concebidos como reglas de cuidado condensadas por la práctica.<sup>108</sup> A veces, estas reglas están formuladas en códigos de ética o de conducta, como los que rigen la actividad publicitaria o la de algunos colegios profesionales.<sup>109</sup> Así, la jurisprudencia ha aplicado las reglas del Código de Ética del Colegio de Abogados como criterio para determinar los deberes de conducta de los abogados.<sup>110</sup> Más frecuentemente se expresan en buenas prácticas profesionales o empresariales (*infra* N<sup>os</sup> 465 y 474).

<sup>107</sup> Palandt/Heinrichs 2003, § 823 58 A, con referencia a jurisprudencia del BGH.

<sup>108</sup> Especialmente expresiva de esta forma de construcción del cuidado debido es una sentencia de la Corte de Santiago que estableció que era culpable la conducta de una clínica en relación al tratamiento otorgado a un recién nacido, ya que este no respondía a "los cuidados que este requería, en los términos que según la literatura médica le eran exigibles"; el establecimiento de la culpa se fundó en las reglas contenidas en una 'Guía Médica' y en literatura especializada en la materia, Corte de Santiago, 10.7.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2<sup>a</sup>, 83.

<sup>109</sup> A veces, la legislación asume las reglas profesionales; así, en Francia fueron incorporadas a la legislación en 2002 ciertos deberes que hasta entonces formaban parte del Código de deontología de la profesión médica; por ejemplo, los derechos a la confidencialidad de la ficha médica y a ser informado de su estado de salud (M. Tapia 2003 c); es interesante a este respecto, en materia de mercado de valores, la interacción existente entre los reglamentos de las bolsas y las regulaciones administrativas (Ley de valores, artículo 33 I).

<sup>110</sup> Véanse CS, 17.3.2014, rol N° 6.059-2013; y CS, 13.10.2016, rol N° 50.023-2016. En CS, 24.11.2014 rol N° 23.134-2014, la Corte sostuvo, además, que los deberes contenidos en el Código de Ética del Colegio de Abogados tienen fuerza vinculante para todos los abogados, "con prescindencia de la calidad de colegiado del profesional" (considerando 12°). Esta decisión fue comentada y criticada en Anríquez 2016.

c) La contravención de este tipo de reglas puede ser calificada *prima facie* de culpable, en cuanto importa infracción a un deber de cuidado generalmente aceptado por quienes desempeñan la propia profesión o actividad. La pregunta siguiente es si esta autorregulación puede ser desafiada ante los tribunales: sea porque establece estándares de conducta demasiado descendientes con sus miembros, sea por incompleta. La respuesta, cada vez más generalizada, es que nada obsta a que la regla pueda ser calificada de injusta respecto de terceros y sea sustituida por otra más estricta por el juez. El principio subyacente es que las reglas, establecidas por el propio gremio o profesión, no pueden ser opuestas a terceros, porque ningún acuerdo corporativo puede limitar la responsabilidad de quienes lo adoptan.<sup>111</sup>

**57. Valor de los usos normativos como criterios de diligencia.** a) Si se concibe el derecho como una realidad social de carácter normativo, que excede el ámbito de la ley, naturalmente se tenderá a concebir los deberes de conducta como una expresión de usos normativos, de expectativas recíprocas que señalan lo que asumimos se puede exigir de los demás.<sup>112</sup> A falta de una norma legal que defina el ilícito, se podrá decir que la culpa consiste en infringir una regla establecida por la costumbre.<sup>113</sup> El criterio empírico de 'lo normal' se puede justificar por razones de seguridad jurídica, que remiten a lo que según la costumbre se puede esperar de los demás y, en consecuencia, cautelan que el derecho de la responsabilidad civil asegure la protección de la confianza.<sup>114</sup> Sin embargo, siempre permanece latente que el juicio relativo a la culpa es *normativo* y, por eso, es necesario juzgar la razonabilidad de los usos, antes de darlos por aceptados.

b) Cualquiera sea la doctrina jurídica que asuman los jueces, ocurre que los usos normativos, especialmente en una sociedad tan diferenciada como la actual, son en general imprecisos y difíciles de probar. Por ello, lo usual será que el juez, a falta de reglas legales que definan el ilícito, se vea obligado a construir prudencialmente el deber de cuidado. En esta tarea, sin embargo, no se debiera olvidar que una función importante del derecho privado

<sup>111</sup> Fleming 1985 30.

<sup>112</sup> El derecho de la responsabilidad civil puede ser visto desde la perspectiva de las expectativas normativas recíprocas que tenemos respecto al comportamiento de los demás. En la medida que el concepto de culpa, más allá del ámbito limitado de la culpa infraccional, expresa lo que se puede exigir de una persona diligente, la regla de conducta debida tiende naturalmente a expresar las expectativas reales que unos tenemos acerca del comportamiento que deben observar los otros. El concepto de expectativas normativas respecto de la conducta ajena, caracterizadas porque son reafirmadas 'contrafácticamente', esto es, aunque la conducta ajena efectiva contravenga lo que esperamos del tercero, es un aspecto esencial de la teoría de N. Luhmann acerca del derecho como orden social (Luhmann 1972 43, Luhmann 1981 73). La idea de culpa remite a estas expectativas normativas de comportamiento, que no se refieren a la manera cómo los demás se van a comportar, sino a un acuerdo implícito acerca de cómo cada cual debe actuar en cada tipo de situaciones; sobre los aspectos lógicos de estas reglas espontáneas, Wittgenstein 1958, en especial 201 y 202; sobre este alcance en el derecho privado y constitucional, Barros 1984 80.

<sup>113</sup> Carbonnier 2000 419.

<sup>114</sup> Bydliński 1996 198.

es dar forma al tráfico espontáneo al interior de la sociedad, de modo que difícilmente se puede prescindir de aquello que con naturalidad esperamos de los demás como conducta debida.

### 3. Criterios de determinación prudencial del deber de cuidado por el juez

**58. Definición judicial del estándar de la persona diligente.** a) Por lo general, corresponde al juez la determinación en concreto del estándar de cuidado. Incluso si la ley o los usos normativos establecen reglas de conducta, estas frecuentemente no son exhaustivas, como se ha visto en los párrafos anteriores. En consecuencia, si el demandado ha observado esas reglas legales o convencionales, ello no impide que el juez declare que actuó en forma negligente, por mucho que esa observancia sea usualmente un fuerte indicio de licitud de la conducta.

b) En la determinación aplicación en concreto del estándar de la persona prudente, diligente y razonable el juez realiza una tarea eminentemente normativa (*infra* N° 90): debe describir la regla de conducta que el demandado debió observar en la situación. La ley se limita a señalar el estándar (artículos 2284, 2314 y 2329, en relación con el artículo 44). Su concreción supone que el juez establezca en concreto *criterios de diligencia*. En el fondo, el juez debe descubrir la regla de buena conducta que habría observado una persona diligente. En esa tarea es necesario considerar la situación de hecho en que se encontraba el demandado y ponderar los diversos intereses en juego. En términos muy generales, esos intereses son, por una parte, la libertad de actuar y emprender y, por otra, la expectativa legítima de la víctima de no sufrir daños injustos.

c) De la persona diligente se espera que minimice, pero no que elimine por completo el riesgo. La culpa supone tomar un riesgo excesivo, más allá de lo razonable.<sup>115</sup> Por otro lado, el cuidado debido es un concepto normativo, pero también típico, referido a la manera como habría actuado una persona razonable y diligente.<sup>116</sup> En atención a que la economía es la ciencia de la racionalidad de las decisiones, el enfoque económico resulta especialmente fértil al momento de determinar los deberes de cuidado. La persona racional actúa tomando en consideración las consecuencias de su actuar y de los caminos de acción alternativos. Y es exactamente ese razonamiento el propio de la persona diligente (*infra* Nos 66 y 67).<sup>117</sup>

<sup>115</sup> Weinrib 2012 147.

<sup>116</sup> Deutsch 2002 b 900.

<sup>117</sup> Posner en Owen 1995 108 dice irónicamente que en el caso de los accidentes de tránsito "la justicia correctiva puede estar en el asiento del conductor, pero la economía es requerida para decirle al conductor cuándo frenar, parar, acelerar y así sucesivamente". Pero de la circunstancia que se empleen criterios económicos en la determinación del cuidado debido no se sigue que la responsabilidad civil sea considerada a la luz de criterios de bienestar general, como pretenden los enfoques más radicales del movimiento *law and economics*; un lúcido desarrollo de esta idea en Coleman 2001 348 y 359.

d) A la jurisprudencia corresponde precisar paso a paso los deberes más concretos que responden típicamente al modelo general de conducta. Por eso, aunque el estándar de cuidado es abstracto (la persona diligente y razonable), su *determinación se efectúa en concreto* (*supra* N° 46). En todo caso, la determinación de la diligencia supone valorar los intereses en juego atendiendo a su relevancia y al modo en que condicionan la concreción de otros intereses; a ello se agregan factores cuantitativos que atienden a la probabilidad e intensidad de que esos intereses sean afectados en el respectivo curso de acción.<sup>118</sup>

Las circunstancias de la acción son relevantes incluso para determinar el grado de discernimiento exigible, porque bien puede ocurrir que la urgencia de la decisión que debió emprender el demandado haya sido incompatible con un razonamiento prudencial (el conductor que debe esquivar un niño que se atraviesa en la calle; el médico que atiende a una persona accidentada en la calle).<sup>119</sup>

e) Para ponderar el cuidado debido, los jueces utilizan en la práctica algunos criterios de sopesamiento de intereses. Por regla general, estos criterios no operan en forma aislada, porque lo normal es que en cada caso intervengan dos o más en medidas distintas, y a veces en sentidos diversos. En los párrafos siguientes serán explorados los principales criterios de racionalidad del riesgo que una persona diligente asume con naturalidad.

**59. Intensidad del daño.** a) La magnitud del daño que arriesga una acción es determinante en la conducta de una persona diligente. Así, el descuido que se asocia a daños severos a la integridad física, por ejemplo, es juzgado en forma más estricta que aquel que solo genera daños materiales. La amenaza de un daño muy intenso lleva a exigir que se adopten mayores precauciones para evitarlo.<sup>120</sup>

<sup>118</sup> Bydlinski 2004 340.

<sup>119</sup> En este sentido, en un juicio de responsabilidad por accidentes del trabajo, al calificar la conducta del trabajador accidentado y la adecuación de las medidas de seguridad adoptadas por el empleador, la Corte de Santiago sostuvo que "en un análisis posterior de los hechos acaecidos, en un ambiente de tranquilidad y ponderación, siempre es posible encontrar conductas mejores a las que se adoptaron en el momento; las medidas de seguridad exigidas son aquellas que permiten a un individuo común actuar conforme a pautas lógicas previamente diseñadas, para el caso que deba en un lapso de tiempo escaso adoptar actitudes para evitar o paliar un accidente", Corte de Santiago, 30.12.1999, GJ 234, 203.

<sup>120</sup> No es común encontrar casos en que se acuda exclusivamente a la intensidad del daño como criterio para determinar la culpa. Por lo general, esta actúa de manera implícita, en conjunto con otros criterios, como la probabilidad de su ocurrencia, y normalmente no es posible distinguir la relevancia que los jueces asignan a uno u otro, atendida la falta de consideraciones explícitas en los fallos. Un ejemplo de cómo la intensidad del daño puede ser un factor relevante para determinar el deber de cuidado es una sentencia de la Corte Suprema que se pronunció sobre el caso de un accidente ferroviario en que un tren arrolló a un vehículo que pasaba por un cruce, resultando muerto el conductor; la sentencia de apelación estableció que el tren viajaba con sus focos encendidos, y que al aproximarse al cruce dio los pitazos de reglamento, tocó la campana, y que además en el lugar existían barreras visibles por la luz de un restaurante cercano; sin embargo, la Corte Suprema estimó que la Empresa de Ferrocarriles del Estado había actuado con culpa, siendo suficiente a su juicio la

El criterio de gravedad del daño, como el de la probabilidad, fue frecuentemente aceptado respecto de accidentes ferroviarios durante la primera mitad del siglo veinte. En más de una ocasión, la rigurosa aplicación de las presunciones de culpabilidad en estos casos llegó al límite de la responsabilidad estricta. Así, tratándose de la colisión de dos trenes, se dijo que esta "se produce generalmente por imprudencia o por negligencia o descuido (...) salvo caso fortuito, cuya existencia no se ha alegado ni probado".<sup>121</sup>

circunstancia de mantener esta una construcción cercana al cruce que impedía la correcta visibilidad de la línea (CS, 7.4.1958, RDJ, t. LV, sec. 1ª, 35). En atención al mismo criterio, conociendo casos de negligencia médica, se ha fallado que "los deberes de acción relativos al cuidado de la salud y vida de las personas que incumben a los profesionales de curar, tienen, en principio, el carácter de deberes de singular jerarquía en razón del bien jurídico que protegen" (Corte de Copiapó, 28.6.2002, GJ 268, 133); y que el estado grave de salud de una paciente "debió ser considerado, más bien, para incrementar el nivel de cuidado y actuar con mayor urgencia para disminuir el riesgo asociado a las condiciones de salud" (CS 20.12.2016, rol N° 73.778-2016). Sobre otros casos de determinación de deberes de cuidado por aplicación de este criterio, pueden consultarse las siguientes sentencias: CS, 25.7.1930, RDJ, t. XXVIII, sec. 1ª, 164; Corte de Talca, 25.9.1990, confirmada por CS [queja] 9.5.1991, GJ 131, 78; Corte de Santiago, 28.1.1993, GJ 151, 54; Corte de Santiago, 18.10.2017, rol N° 12.286-2016; y CS, 28.11.2017, rol 12.169-2017. Más recientemente, este criterio ha sido de utilidad en materia de responsabilidad por daños al medio ambiente, donde la Corte Suprema ha sostenido que la prudencia obliga al dueño de un predio a adoptar precauciones adecuadas para enfrentar riesgos de envergadura, como es que aquel sea utilizado como vertedero, en atención a las enormes consecuencias ambientales y sanitarias del daño que se irrogaría de no adoptarse tales medidas (CS, 1.9.2014, rol N° 15.996-2013). Por último, el criterio es especialmente utilizado para determinar el cumplimiento de la obligación de seguridad del empleador en materia de accidentes del trabajo, donde se ha fallado que "el empleador es un deudor de seguridad a sus trabajadores. La obligación de otorgar seguridad en el trabajo, bajo todos sus respectos, es una de las manifestaciones concretas del deber general de protección del empleador; su cabal cumplimiento es de una trascendencia superior a la de una simple obligación de una de las partes en un negocio jurídico, pues ella mira a la prevención de los riesgos profesionales, lo que importa a sus trabajadores, a sus familias y a la sociedad toda, tanto para proteger la vida y salud de los trabajadores, como por razones éticas y sociales." CS, 27.5.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 3ª, 89, publicada también en F. del M. 486, 851. Para precedentes que insisten en el rigor exigible al empleador en el cumplimiento de esta obligación de seguridad en razón de los bienes que busca cautelar (vida y salud), pueden consultarse las siguientes sentencias: Corte de Santiago, 7.12.1998, GJ 222, 196; Corte de Santiago, 30.12.1999, GJ 234, 203; CS, 8.8.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 3ª, 152, publicada también en GJ 242, 168 y F. del M. 501, 2427; Corte de Santiago, 17.1.2000, GJ 235, 199; Corte de San Miguel, 23.5.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 3ª, 103; Corte de Santiago, 2.7.2002, GJ 265, 85; Corte de Concepción, 28.8.2002, GJ 266, 210; Corte de Antofagasta, 13.12.2002, GJ 270, 183; Corte de Santiago, 22.4.2003, GJ 274, 281; Corte de Santiago, 9.7.2002, GJ 275, 227; Corte de Santiago, 29.8.2003, GJ 278, 282; y con especial referencia a la primera edición de este tratado, Corte de Santiago, 24.12.2012, rol N° 282-2012. Un análisis de la diligencia debida y los deberes de cuidado exigibles al empleador *infra* N°s 505 y 506.

<sup>121</sup> CS, 11.8.1932, RDJ, t. XXIX, sec. 1ª, 570. En un caso similar, la Corte de Santiago señaló: "Que el hecho de que choquen dos trenes de la misma Empresa no solo manifiesta que sus empleados no han cumplido sus obligaciones, sino también que no han usado de la menor prudencia, pues, como lo dice el art. 186 del Reglamento General de 1884, 'nada justifica el choque de dos trenes'". La sentencia además hace expresa referencia a la presunción

En el ámbito de la responsabilidad por culpa hay también una relación directa entre la severidad de las consecuencias previsibles de una acción y las precauciones que debe adoptar quien la emprende. Por lo mismo, la gravedad del daño es un indicio de culpabilidad, al extremo que en ciertos casos su magnitud permite presumir que el hecho que lo causa es culpable, invirtiendo la carga de la prueba en perjuicio del demandado (*infra* N° 95).

b) La peligrosidad que supone el desarrollo de algunas actividades ha sido uno de los criterios determinantes para el establecimiento de estatutos legales de responsabilidad estricta (*infra* N° 308 a).<sup>122</sup>

**60. Probabilidad del daño.** a) La probabilidad de la ocurrencia y la intensidad del daño son los factores que determinan la magnitud del riesgo comprometido por una actividad. Es de toda evidencia práctica que, si el mismo daño es más riesgoso en la actividad A que en B, mayor debe ser el cuidado en el primer caso.

La probabilidad es una variable acotada de la previsibilidad, pues mientras esta muestra un resultado como posible, aquella mide el grado de esa posibilidad. La probabilidad es una cuestión de hecho, que sirve de antecedente para un juicio normativo acerca de la diligencia debida.

b) La jurisprudencia utiliza implícita o explícitamente la probabilidad del daño para definir los deberes de cuidado. Así, antes que la ley estableciera un régimen de responsabilidad estricta en la materia, se estimó que había culpa en la fumigación aérea de un predio que ocasionó daños a un predio contiguo, en atención a la probabilidad del daño, pues aquella se realizó en circunstancias meteorológicas adversas (soplaba viento) y a muy poca distancia del otro predio, cuyas plantaciones en definitiva resultaron dañadas.<sup>123</sup> También se ha fallado que es negligente, en razón de la probabilidad del accidente, la conducta de un empresario que almacena materiales altamente combustibles en una fábrica rodeada de casas, donde ya antes se

del artículo 2329 del Código Civil para acreditar la culpa (Corte de Santiago, 12.10.1909, RDJ, t. IX, sec. 2ª, 25). Sobre la misma materia pueden consultarse además las siguientes sentencias: Corte de Santiago, 1.8.1923, confirmada por CS [cas. fondo], 11.1.1924, RDJ, t. XXII, sec. 1ª, 912; y CS, 14.12.1923, RDJ, t. XXII, sec. 1ª, 785, que califica el choque de trenes como "inexcusable".

<sup>122</sup> En materia de accidentes de tránsito, se ha fallado que "el legislador al establecer la responsabilidad solidaria y objetiva en el artículo 174 [actual artículo 169] de la Ley N° 18.290, ha tenido presente el disvalor que se genera cuando fallece un ciudadano o se ve afectado en su integridad corporal, en términos que altera sustancialmente el desarrollo de la vida y en la mayoría de los casos le frustra sus principales proyectos, como consecuencia de una colisión o choque donde participa un vehículo motorizado. Por ello, la ley ha hecho responsable objetivamente a quien detente la titularidad del derecho de dominio del vehículo", Corte de Antofagasta, 15.12.2001, GJ 273, 95.

<sup>123</sup> CS, 27.11.1965, RDJ, t. LXII, sec. 1ª, 445. En un caso similar, se señaló que hay culpa de parte de la empresa de fumigación que aplica un producto altamente volátil en un predio contiguo a otro en el que existe una viña, con viento desfavorable, no pudiendo menos que prever que podía causar daño a este último predio (Corte de Chillán, 5.10.1970, RDJ, t. LXVII, sec. 2ª, 85).

había producido un amago de incendio.<sup>124</sup> Aunque no se exprese, la probabilidad de que ocurra el accidente es decisiva en el juicio de negligencia en casos como los reseñados.<sup>125</sup>

En definitiva, el riesgo de una actividad es función de la intensidad del daño y de la probabilidad de que ocurra. Por eso, lo usual es que ambos factores actúen conjuntamente para determinar el deber de conducta.

En la jurisprudencia nacional es frecuente que la determinación de la culpa resulte del riesgo, aun cuando no se mencionen los factores de intensidad y probabilidad del daño en forma expresa. Muchos casos se refieren a accidentes debidos a la exposición de productos tóxicos o a la intervención de máquinas, trenes y automóviles.<sup>126</sup> Pero también estos criterios resultan

<sup>124</sup> Corte de Santiago, 17.7.1998, RDJ, t. XCV, sec. 2ª, pág. 48. En otro caso, aplicando este criterio a un accidente con consecuencias mortales, la Corte Suprema sostuvo que "lo cierto es que el accidente a que se refiere esta causa, así como sus lamentables consecuencias, fue el resultado de un conjunto de faltas del cuidado que podía exigirse a todos quienes, tanto separada como conjuntamente, se encontraban implicados en una situación generadora de riesgos considerables, cada uno de los cuales contaba con la posibilidad de haber intervenido para controlar el peligro, evitando así el desgraciado desenlace". CS, 30.9.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 4ª, 268.

<sup>125</sup> Para casos en que la probabilidad del daño parece ser el criterio relevante en la determinación de los deberes de cuidado, pueden consultarse las siguientes sentencias: CS, 22.3.1902, G. de los T., 1902, 1er sem., N° 258, 273; CS, 29.3.1901, G. de los T. 1901, 1er sem., N° 263, 229; CS, 11.10.1902, G. de los T., 1902, 2º sem., N° 259, 965; CS, 24.7.1905, RDJ, t. III, sec. 1ª, 60, en la que se señala que hay negligencia de parte del ejecutante que consiste en el embargo después de habersele dado a conocer con insistencia la verdadera propiedad de las especies; un caso similar al anterior en sentencia de la Corte de La Serena, 21.10.1907, RDJ, t. VI, sec. 2ª, 3; Corte de Tacna, 4.9.1905, RDJ, t. IV, sec. 2ª, 8; Corte de Valparaíso, 29.9.1916, confirmada por CS [cas. fondo], 1.8.1919, RDJ, t. XVII, sec. 1ª, 375; CS, 13.1.1922, RDJ, t. XXI, sec. 1ª, 529, señalando que hay "negligencia inexcusable e imprudencia temeraria" en confiar el manejo de un carretón a un niño que por su edad no puede dirigirlo con acierto; CS, 30.11.1923, RDJ, t. XXII, sec. 1ª, 681; CS, 20.10.1924, RDJ, t. XXXII, sec. 1ª, 93; CS, 5.10.1929, RDJ, t. XXVII, sec. 1ª, 557; CS, 7.1.1931, RDJ, t. XXVIII, sec. 1ª, 461; CS, 13.8.1931, RDJ, t. XXVIII, sec. 1ª, 747; Corte de Iquique, 16.11.1932, confirmada por CS [cas. forma y fondo], 20.5.1933 y 1.6.1935, RDJ, t. XXXII, sec. 1ª, 382; Corte de Santiago, 10.9.1940, confirmada por CS [cas. fondo], 23.8.1941, RDJ, t. XXXIX, sec. 1ª, 203; Corte de Santiago, 10.1.1953, RDJ, t. L, sec. 2ª, 11; CS, 8.8.1956, RDJ, t. LIII, sec. 1ª, 217; Corte de Concepción, 8.7.1974, RDJ, t. LXXI, sec. 4ª, 226; CS, 23.1.1975, F. del M. 194, 292; CS, 12.8.1981, RDJ, t. LXXXVIII, sec. 4ª, 12, en un caso bien extremo de valoración del riesgo; Corte de Concepción, 7.11.1985, RDJ, t. LXXXII, sec. 4ª, 288, estimando que actúa culpablemente quien olvida cerrar una llave de paso luego de un corte de agua, omisión que horas más tarde al retornar el suministro, provoca una inundación que causa daños al piso inferior; Corte de Concepción, 4.11.1997, confirmada por CS [cas. fondo], 3.11.1998, F. del M. 481, 2600; CS, 2.7.1998, RDJ, t. XCV, sec. 4ª, 95, también publicado en F. del M. 476, 1141; CS, 11.11.1998, F. del M. 480, 2356; Corte de Santiago, 10.11.1998, RDJ, t. XCV, sec. 2ª, 78; Corte de Santiago, 7.12.1998, GJ 222, 196; CS, 28.1.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 4ª, 71; CS, 30.9.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 4ª, 268; Corte de Santiago, 28.12.1999, GJ 234, 63; Corte de Santiago, 17.4.2002, GJ 262, 81; Corte de Copiapó, 28.6.2002, GJ 268, 133; Corte de Santiago, 2.7.2002, GJ 265, 85; Corte de Santiago, 9.7.2002, GJ 275, 227; CS, 13.11.2002, GJ 269, 39; Corte de Santiago, 22.4.2003, GJ 274, 281; CS 20.12.2016, rol N° 73.778-2016; y Corte de Santiago, 18.10.2017, rol N° 12.286-2016.

<sup>126</sup> Véanse, por ejemplo, Corte de Santiago, 23.10.1929, confirmada por CS [cas. forma y fondo], 8.11.1930 y 14.7.1937, RDJ, t. XXXIV, sec. 1ª, 389; CS, 3.7.1930, RDJ, t. XXVIII, sec. 1ª, 117; Corte de Santiago, 19.11.1934, RDJ, t. XXXII, sec. 2ª, 46, que señala que hay culpa en

relevantes en materia de responsabilidad profesional. Así, en el caso de un anestesista que abandonó a su paciente luego de suministrar la anestesia, ausentándose por el tiempo suficiente para que este sufriera un daño cerebral irreversible a consecuencia de un paro cardíaco, se dio por acreditado que el paro cardíaco era un riesgo típico del período anestésico; ello fue suficiente para estimar que un facultativo diligente debió permanecer junto a la paciente hasta que la anestesia terminase de producir sus efectos, de modo que al no hacerlo incurrió en culpa que lo hizo responsable.<sup>127</sup>

conducir un tranvía a 40 km/hr si la línea está húmeda y los frenos se encuentran en mal estado; CS, 12.8.1953, RDJ, t. L, sec. 1ª, 288, que refiere que es culpable "quien maneja un vehículo en un pavimento humedecido, en forma de no poder detenerlo sino a condición de lanzarse sobre la zona del camino destinada a los peatones, exponiéndose a atropellar a los transeúntes que caminan por ella"; CS, 9.8.1944, RDJ, t. XLII, sec. 1ª, 244, que señala que hay imprudencia temeraria de parte del conductor de un camión que, transitando a una velocidad exagerada, pretende adelantar a otro vehículo que permanece detenido esperando pasajeros, en circunstancias que la proximidad de un tranvía hacia previsible el accidente supuesto el ancho de los vehículos y el de la calzada; CS, 11.1.1960, RDJ, t. LVII, sec. 4ª, 7, donde se resuelve que hay culpa del conductor de un vehículo que intenta adelantar al que le precede en una curva, y que al chocarlo hace que este pierda su dirección y se estrelle con un muro, situación que debió ser prevista al ejecutar la acción; CS, 3.8.2016, rol N° 20.172-2015, donde se tiene como constitutiva de culpa la suspensión de un servicio de barreras en la intersección entre una carretera y una línea de tren, al que los conductores que circulaban por el cruce respectivo se encontraban habituados, pese a que el servicio de barreras no era exigido por la regulación aplicable. Otros casos de accidentes de tránsito en los que reciben aplicación los criterios de probabilidad e intensidad del daño, pueden encontrarse en las siguientes sentencias: Corte de Santiago, 9.8.1960, RDJ, t. LVII, sec. 4ª, 229; Corte de Santiago, 3.6.1968, RDJ, t. LXVI, sec. 4ª, 21; Corte de Concepción, 27.5.1969, confirmada por CS [queja], 4.9.1969, RDJ, t. LXVI, sec. 4ª, 203; 2º Juzg. Civ. de San Fernando, 2.11.1992, confirmada por CS [queja], 9.6.1994, F. del M. 427, 344; CS, 22.4.1998, F. del M. 473, 342; CS, 16.11.1998, F. del M. 480, 2334; CS, 12.4.1999, GJ 226, 131; Corte de San Miguel, 19.7.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 2ª, 66, también publicado en GJ 229, 153; Corte de Copiapó, 6.8.1999, confirmada por CS [cas. forma y fondo], 22.12.1999, GJ 234, 95; CS, 14.10.1999, GJ 232, 118; Corte de Valdivia, 25.6.2001, confirmada por CS [cas. fondo], 6.5.2002, GJ 263, 120; Corte de Santiago, 31.12.2002, confirmada por CS [cas. fondo], 30.4.2003, GJ 274, 212; Corte de San Miguel, 18.6.2003, GJ 276, 176; y Corte de Santiago, 8.9.2004, GJ 291, 238. Asimismo, la Corte Suprema ha señalado que una conducta riesgosa de un servicio público puede ser calificada como funcionamiento deficiente y, por lo tanto, como una falta de servicio. Este fue el caso en que el Servicio de Salud de Arica colocó importantes cantidades de residuos tóxicos en un lugar situado a escasos metros de una población. La corte consideró que "[l]o anterior supone que la autoridad, en pleno conocimiento de la existencia en las inmediaciones de Quebrada Encantada [el lugar donde fueron puestos los residuos] de un centro poblacional, decidió sin embargo asumir el riesgo de asentar en ese lugar importantes cantidades de elementos peligrosos para la salud humana" (CS, 30.10.2014, rol N° 11.857-2014). Otro caso de argumentación implícita sobre la base del riesgo es el de una señora que concurrió a un supermercado y encontrándose en el estacionamiento subterráneo cayó a un hoyo existente en el lugar, considerándose que había culpa en "no mantener los espacios donde circula el público en buenas condiciones con el fin de evitar accidentes como el sufrido por la actora", Corte de Concepción, 17.10.2001, rol N° 1.641-2001, confirmada por CS [cas. fondo], 24.12.201, rol N° 4.491-2001; para un caso análogo, Corte de Santiago, 4.5.2005, GJ 299, 184.

<sup>127</sup> Corte Suprema, 4.10.1984, RDJ, t. LXXXI, sec. 4ª, 206.

c) La probabilidad e intensidad del daño son características comunes a los ejemplos de culpa presumida por el hecho propio del artículo 2329 (*infra* N° 94). Quienes disparan un arma de fuego, remueven las losas que cubren una acequia o cañería en una calle o son responsables de la construcción o reparación de un acueducto o puente que atraviesa una calle o camino y lo mantienen en mal estado, realizan acciones que con significativa probabilidad pueden causar severos daños. La conjunción de ambos factores lleva al legislador, siguiendo a las Siete Partidas, a presumir que actúa negligentemente quien realiza esas u otras acciones que envuelven riesgos excesivos.<sup>128</sup>

d) La circunstancia que la probabilidad del daño sea uno de los criterios que permiten al juez determinar los deberes de cuidado, permite además confirmar que la *previsibilidad* es un elemento inseparable de la culpa (*supra* N° 48). Con todo, como se ha expresado, existe una diferencia entre ambos conceptos: la previsibilidad del daño es independiente de la magnitud y de la probabilidad. Para que el daño sea previsible basta que el riesgo sea real, cualquiera sea su magnitud.<sup>129</sup> La probabilidad, por el contrario, es un criterio cuantificable que es decisivo para apreciar el grado de cuidado que habría empleado una persona diligente.

e) Finalmente, conviene advertir que la información acerca de la probabilidad e intensidad del daño es relevante en caso que la víctima decida asumir voluntariamente el riesgo, y el autor pretenda con posterioridad beneficiarse de este consentimiento como causal de justificación (*infra* N° 81). Para que pueda configurarse esta excusa, la buena fe contractual exige que el autor del daño haya informado suficientemente a la víctima sobre ambos aspectos. La información es crecientemente importante en el derecho contemporáneo de la responsabilidad civil, en especial en materias de responsabilidad profesional, de relaciones con consumidores, en los mercados de valores, atendidas las asimetrías de información que existen entre las partes<sup>130</sup> (*infra* N°s 63 y 81 c).

**61. Valor de la acción que provoca el daño.** a) Para la definición del cuidado debido es relevante el valor de la actividad que genera el riesgo de daño. La razón es estrictamente prudencial; expresado en términos económicos, hay riesgos que están justificados por el beneficio que produce a la comunidad la actividad que los genera y, a la inversa, los riesgos inútiles carecen de justificación.

El objeto de la valoración está constituido, por una parte, por los intereses jurídicos que se ven afectados por la acción que causa el daño, y por la otra, por el valor moral o la utilidad que tiene esa actividad generadora

<sup>128</sup> Para los antecedentes legales de la presunción de culpa por el hecho propio establecida en el artículo 2329, *infra* N° 91.

<sup>129</sup> Fleming 1992 115.

<sup>130</sup> Para los deberes de información en el ámbito profesional, *infra* N° 466; y en particular del consentimiento informado en responsabilidad médica, *infra* N° 483; un análisis de la responsabilidad por infracción a deberes positivos de información en *infra* § 67 f; para la responsabilidad por información falsa o engañosa, *infra* § 67 g.

de riesgo.<sup>131</sup> En el extremo, resulta justificado establecer respecto de riesgos creados por actividades inútiles un estatuto de responsabilidad estricta, como el que establece el Código Civil respecto de los animales fieros que no reportan utilidad para la guarda o servicio de un predio (artículo 2327).

b) Si la actividad es particularmente valiosa, una persona razonable, prudente o diligente estará dispuesta a asumir riesgos proporcionalmente mayores. Es lo que ocurre con el ejercicio de la libertad de información, que atendida su función constitutiva para la cautela de otras libertades tiende a ser especialmente protegido en la tradición del constitucionalismo democrático.<sup>132</sup>

<sup>131</sup> Restatement/Torts II 291, Wright en Owen 1995 264. Una aplicación implícita de esta idea puede verse en el criterio para juzgar abusivo el ejercicio de una potestad jurídica. Así, en el caso de una persona procesada por estafa y luego absuelta de dicho cargo, que demandó la responsabilidad civil de los querellantes, los que en definitiva fueron absueltos, se falló que fuera de los casos en que el ejercicio de la acción penal pública impone responsabilidad civil, y que se encuentran expresamente mencionados en la ley, "los tribunales, atendido el interés público vinculado a la persecución y castigo de los delitos, y la gravedad de las causales que, según el Código de Procedimiento Penal, acarrearán responsabilidad por el ejercicio abusivo del derecho de entablar la acción penal pública, deben aplicar un criterio particularmente estricto al estudiar y ponderar las actuaciones procesales en que se hace consistir el cuasidélito civil a que pudiera dar origen el ejercicio [de la acción] que confiere el artículo 15 del mencionado Código", CS, 6.9.1952, RDJ, t. XLIX, sec. 1ª, 305. De forma similar, procediendo de modo especialmente exigente, se ha aplicado este criterio para juzgar la imprudencia de los jueces en el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los casos de responsabilidad del Estado por error judicial, según se puede constatar, entre otros, en los siguientes fallos: CS, 6.10.1998, RDJ, t. XCV, sec. 4ª, 203; CS, 28.8.1998, F. del M. 477, 1504; CS, 15.12.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 5ª, 193, también publicado en GJ 234,119; CS, 26.1.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 4ª, 56; CS, 11.5.1999, GJ 227, 134; CS, 15.12.1999, GJ 234, 123; CS, 5.6.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 4ª, 134, también publicado en GJ 240, 164; CS, 9.8.2000, GJ 242, 148; CS, 26.9.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 4ª, 265; CS, 25.4.2001, GJ 250, 164; CS, 23.9.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 5ª, 172; CS, 6.6.2002, F. del M. 500, 1568; y CS, 14.8.2002, F. del M. 501, 1969; CS, 6.6.2018, rol N° 44.656-2017; CS, 22.5.2018, rol N° 41.971-2017; CS, 3.4.2017, rol N° 100.739-2016; y CS, 7.7.2015; rol N° 3.075-2015. Sobre la materia, *infra* N° 363.

<sup>132</sup> En distintas jurisdicciones se ha fallado que el valor constitutivo que tiene la libertad de expresión respecto de otras libertades públicas exige que los medios de difusión solo respondan por los daños que causan a la honra de las personas cuando se actúa con completa desaprensión respecto de la verdad de lo informado (estándar de culpa grave). Estas ideas fueron formuladas en el caso *New York Times v. Sullivan*, fallado en 1964 por la Corte Suprema de Estados Unidos, que estableció una doctrina que ha sido relevante también en otras jurisdicciones. El periódico *The New York Times* informó erróneamente que un jefe de policía de Alabama había participado en la brutal represión de una manifestación en favor de los derechos de las minorías. Los tribunales estatales de Alabama dieron lugar a una acción de perjuicios en contra de la empresa periodística. La Corte Suprema federal declaró inconstitucional las normas del derecho común que sancionaban civilmente la difamación, porque establecían una carga excesiva sobre la libertad de expresión, fijando el umbral de culpa grave al que se ha hecho referencia (*New York Times v. Sullivan*, 376 US 254). En Alemania se ha fallado por el Tribunal Constitucional que el derecho a la honra tiene preferencia en caso de informaciones conocidamente falsas o que carecen de todo sustento razonable; en caso contrario, habiendo interés público, la libertad de información hace excusable el error (Palandt/Heinrichs 2003, § 823 189 A). En todo caso se reconoce que el fin de la información es decisivo para efectos del sopesamiento de bienes que exige el juicio de responsabilidad (Kötz 1991 224, con referencias a jurisprudencia constitucional y civil). Al respecto, la Corte

De este modo, la protección civil de la honra y de la privacidad tiene su límite en el valor que el ordenamiento otorga a la información, lo que plantea delicadas preguntas acerca de los resguardos exigibles para evitar el error en la información y respecto de los límites de la privacidad y la honra (*infra* §§ 44 y 45).

Algo semejante ocurre con los daños producidos en el ejercicio de las libertades, conexas entre sí, de contratar, emprender y competir: es de la naturaleza de la autonomía privada y de los mercados competitivos que cada cual pueda legítimamente perseguir su propio interés, de modo que el límite a partir del cual se responde por daños ocasionados en el ejercicio de esa libertad está dado por la omisión de deberes positivos de información (*infra* § 67 f) y por la mala fe en el otorgamiento de información falsa o engañosa (*infra* § 67 g), y no por consideraciones de mera diligencia. Así ocurre, por ejemplo, en materia de libre competencia, donde resulta civilmente lícito adquirir participaciones significativas de mercado, pero no lo es abusar de la posición dominante (*infra* § 57 a); o en materia de competencia desleal, donde es admisible mostrar las ventajas relativas del propio producto o servicio, pero da lugar a responsabilidad hacerlo sobre la base de información falsa o inductiva a error (*infra* § 57 b); o en el mercado de valores, donde cada cual puede utilizar en su beneficio la información relativa a una empresa cuyos valores, acciones u obligaciones se comercian en público, pero no puede aprovecharse de información privilegiada que haya sido obtenida en ejercicio de una función fiduciaria, como director o abogado de la sociedad, por ejemplo (*infra* § 67 h). En estos casos la responsabilidad civil se entrecruza con las valoraciones básicas del sistema jurídico en su conjunto, de modo que usualmente se exige algo más que la mera negligencia para que haya lugar a la responsabilidad (*infra* N° 100).<sup>133</sup>

Europea de Derechos Humanos ha señalado que una distinción fundamental debe realizarse entre la difusión de hechos relativos a políticos en el ejercicio de sus funciones que contribuye a un debate democrático y la difusión de hechos de un individuo que no dicen relación con el ejercicio de un cargo público (Von Hannover v. Alemania [2005] EHRR1). Una orientación análoga parece haber tomado la Cámara de los Lores británica (en la actualidad reemplazada por la Corte Suprema), tradicionalmente proclive a proteger comparativamente el honor, luego de que en 1998 se incorporara al derecho interno la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (Jones 2002 546). En otros términos, el valor de la libertad de informar es de tal modo significativo en un Estado constitucional, que su ejercicio en materias de interés público solo impone responsabilidad en casos de negligencia inexcusable. La libertad de expresión se sostiene en una valoración de la importancia de la palabra en una sociedad que pretende hacer valer otras libertades, de modo que aun considerando los riesgos que ella envuelve, una expresión solo genera responsabilidad civil bajo condiciones especialmente rigurosas. En Chile, los precedentes en la materia son más bien en sede de recursos de protección, donde se ha tendido a valorar la amenaza a la honra por encima de la libertad de expresión (*infra* N° 373). Sin embargo, también ha surgido esta discusión en casos de responsabilidad civil (CS, 14.6.2016, rol N° 2.657-2015). En un régimen de libertades públicas naturalmente debe haber un razonable equilibrio entre ambos derechos, en términos que no restrinjan en exceso el derecho a estar informado sobre asuntos de interés general.

<sup>133</sup> Refiriéndose a estas exigencias adicionales a la culpa en los casos en los que se demanda la indemnización de un daño puramente patrimonial (típicamente, en el ámbito de la libre competencia), Schopf 2014.

Más allá de estas situaciones caracterizadas por un conflicto de bienes jurídicos en juego, el valor de la acción emprendida es un elemento relevante para determinar la diligencia en toda área de actividad. Ello se muestra en ejemplos cotidianos de asunción social de riesgos. Así, el derecho no toleraría la circulación de vehículos motorizados si los accidentes estadísticamente inevitables no tuvieran como contrapartida un aumento generalizado del bienestar (e, incluso, no se pudieran evitar muchas otras desgracias por su intermedio).<sup>134</sup>

c) También influye en la valoración de la acción emprendida si los beneficiarios de la actividad son solo quienes la practican, como ocurre con la caza deportiva y con otras aficiones riesgosas respecto de terceros, o si, por el contrario, ella favorece en proporciones significativamente equivalentes, tanto a las víctimas como a los autores del daño. Por cierto que el grado de cuidado debe ser mayor en el caso de actividades que no generan *ventajas sociales recíprocas*, porque ellas suponen una especie de apropiación unilateral de los beneficios que de ellas se siguen.<sup>135</sup>

d) Por último, a la inversa de lo que ocurre con las actividades que solo producen beneficio a quien las desarrolla, este criterio permite también justificar un menor grado de cuidado cuando el demandado produce el daño con ocasión de una *acción gratuita*, actuando como el buen samaritano. En el derecho anglosajón estos casos son genéricamente denominados *rescate*. Lo cierto es que en estas situaciones hay cercanas analogías con el grado de cuidado exigido en sede contractual cuando solo resulta beneficiado el acreedor (artículo 1547). Así, el médico que interviene espontáneamente en ayuda de la víctima de un accidente de tránsito en plena vía pública, el vecino que causa daños evitables a la propiedad ajena con ocasión de un incendio, quien se lanza al agua para auxiliar a alguien que se ahoga, serán juzgados con un rigor atenuado si su propósito se frustra por su error de conducta (que, de lo contrario, sería calificado de culpable), precisamente en atención al valor intrínseco de su acción.<sup>136</sup>

<sup>134</sup> En este sentido, se ha sostenido 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", CS, 12.11.2003, GJ 281, 155, también publicada en F. del M. 516, 3253.

<sup>135</sup> Así, el influyente argumento de Fletcher 1972 537.

<sup>136</sup> Fleming 1985 53. En Chile, en un caso en que un trabajador falleció al efectuar una acción de rescate, la Corte de Concepción, al evaluar la culpa o imprudencia del trabajador, que era la víctima, sostuvo (siguiendo a Alessandri 1943 622) que aun aceptando la víctima el riesgo del daño, no ha incurrido en culpa, y, por consiguiente, la responsabilidad del demandado subsiste íntegra; se trata de los 'salvadores', de las personas que, por abnegación se exponen a un peligro: corren el riesgo de ser alcanzadas para impedir que el daño afecte a terceros; desconociendo el trabajador que el límite permisible de presencia de ácido sulfhídrico era superior al permitido y que la bodega presentaba un nivel de agua de dos metros, ante la urgencia de prestar ayuda al trabajador que se encontraba en peligro, no se le podía exigir otra conducta que la de acudir de inmediato a su socorro, sin perder tiempo en buscar elementos protectores (Corte de Concepción, 20.5.2002, confirmada por CS [cas. forma y fondo], 9.12.2002, GJ 270, 160).

En principio, el mismo criterio debiera ser aplicado en materia de transporte benévolo.<sup>137</sup>

**62. Costo de evitar el accidente.** Otro criterio prudencial para determinar los deberes de cuidado es el costo de prevención del daño. Si el daño pudo evitarse a un costo razonable, el cuidado exigible es precisamente incurrir en las medidas necesarias para evitarlo.<sup>138</sup>

<sup>137</sup> La errónea técnica aseguradora hace cambiar en algunos sistemas jurídicos la lógica de la responsabilidad en estos casos; así se explica que en el derecho francés se permita a las víctimas de transporte benévolo prevalerse de las normas sobre responsabilidad estricta por el hecho de las cosas, solución estimulada por la creación del seguro civil obligatorio, que rige para los accidentes del tránsito (Viney/Jourdain 1998 619). En Chile, en un antiguo caso de 'transporte de favor', en que resultó muerto el pasajero de un vehículo de transporte colectivo, se argumentó implícitamente sobre la base de una obligación de seguridad; señala la sentencia que "la circunstancia de que el señor Marín Vicuña hiciera el viaje sin que mediaran un contrato de transporte o necesidades del servicio, no basta para enervar la culpa por omisión, imputable al empresario según lo expuesto en el considerando anterior, por cuanto es un hecho de la causa que el señor Marín había sido invitado o por lo menos autorizado para hacer ese viaje, de donde debe concluirse que lo realizó con la voluntad del empresario, antecedente que basta para crear la obligación de este de transportar a aquel indemne de todo daño o perjuicio previsible", Corte Suprema, 29.9.1942, RDJ, t. XL, sec. 1ª, 212. Véase también, CS, 18.1.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 4ª, 3.

<sup>138</sup> Hace un siglo, la fuerza pública que custodiaba un puerto arrojó al mar cajones de cerveza de propiedad de un particular para impedir que cayeran en poder de unos huelguistas; la Corte de Santiago señaló que "el deber de la autoridad de mantener ante todo el orden público, no la faculta para adoptar el primer medio que se le presente, ni la exime de la obligación de recurrir entre varios, a los que menos daños ocasionen al derecho de los particulares", Corte de Santiago, 11.1.1908, RDJ, t. V, sec. 2ª, 55. Si bien la sentencia citada no razona explícitamente sobre la base del 'costo' de evitar el daño, subyace a ella una lógica económica similar a la que inspira el criterio anotado. Puede citarse además el caso de un protesto de cheque practicado con evidente descuido, ocasionando perjuicios al titular de la cuenta, quien la había cerrado voluntariamente para ausentarse del país, dando aviso a la institución sobre el extravío de su último talonario de cheques; durante su ausencia, uno de los cheques extraviados fue presentado a cobro y posteriormente protestado invocándose la causal de giro contra cuenta cerrada; en circunstancias que el cuentacorrentista se vio expuesto a un proceso criminal iniciado en su contra, demandó a la institución bancaria, la que fue condenada; al discurrir sobre la culpa, la Corte Suprema hizo especial énfasis en la circunstancia de que la firma puesta en el cheque aparecía "ostensiblemente diversa a la auténtica" y "visiblemente disconforme", dando a entender así que para evitar el daño se requería la adopción de elementales medidas de resguardo y que, en consecuencia, la institución librada actuó culpablemente al omitir cuidados que no suponían costos exorbitantes (CS, 20.10.1954, RDJ, t. LI, sec. 1ª, 509). En el mismo sentido, razonando implícitamente en torno al limitado esfuerzo de evitar el daño, se ha estimado culpable la conducta de la entidad bancaria que omite comprobar la exactitud del domicilio que da el cuentacorrentista al abrir la cuenta corriente, producto de lo cual no es posible la notificación de los protestos de los cheques y se produce la pérdida de las acciones para obtener su cobro, CS, 4.9.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 1ª, 186; y CS, 26.1.2004, GJ 283, 121. También, a efectos de establecer las debidas medidas de prevención a cargo de organismos públicos que tienen a su cuidado a los potenciales afectados por un siniestro, como fue el terremoto del 27 de febrero de 2010, la Corte Suprema ha atendido a la factibilidad de implementar de esas medidas y su utilidad (CS, 17.4.2018, rol N° 18.225-2017).

Por más que se tengan reservas fundadas respecto del análisis puramente económico de la culpa (*infra* N° 67),<sup>139</sup> el costo de eliminar o disminuir el riesgo de accidentes es relevante a la luz del estándar de la persona diligente y razonable. Por cierto que los accidentes del tránsito se podrían disminuir sustancialmente si se eliminaran los cruces de calles al mismo nivel, si todas las carreteras tuvieran doble pista, si las curvas pronunciadas se evitaran con túneles, y así sucesivamente. Y también pueden eliminarse muchos daños personales si todos los automóviles estuviesen provistos de *airbag* y de frenos con dispositivo *ABS*. El día de mañana puede ocurrir que los vehículos robotizados sean más seguros, pero habrá que ver si es razonable exigir su uso. En otras palabras, las precauciones pueden ser exorbitantes. Su costo dificultaría que se completara la red de carreteras e impediría a muchas personas acceder al automóvil. Mal puede estimarse entonces negligente la conducta de los concesionarios viales o de los fabricantes de automóviles que omiten esos resguardos.

Lo mismo vale para otros resguardos que no son valorizables directamente en dinero, pero que tienen un costo de oportunidad implícito. Es lo que ocurre con la velocidad que se tiene por prudente. Si se decide elevar de 50 km/hr a 60 km/hr la velocidad permitida en zonas urbanas, se está asumiendo por la autoridad un mayor riesgo, sobre la base de consideraciones de ese tipo; al contrario ocurre si se da luego el paso inverso,<sup>140</sup> porque resulta evidente que si el propósito fuese eliminar o disminuir drásticamente los riesgos no se habrían aumentado las velocidades toleradas, a pesar de los adelantos tecnológicos de los vehículos motorizados y de la mejor condición de las carreteras. Sin embargo, se ha valorado como superior el beneficio que trae la posibilidad de desplazarse a mayor velocidad que el aumento marginal de accidentes que esa nueva regla puede provocar. El tiempo tiene valor y es un costo implícito de una regla más restrictiva (aun sin considerar otros costos sociales, como consumo de combustibles, congestión y contaminación).

Consideraciones de este tipo son también determinantes cuando el juez debe fijar el nivel de cuidado debido, porque, en definitiva, la persona diligente y razonable actúa atendiendo a los hechos relevantes, de modo que la negligencia se expresa en "la presentación de una dificultad, que puede subsanarse por un hombre prudente".<sup>141</sup> La consideración de los costos reitera el principio práctico de que no todo riesgo debe ser prevenido, sino solo aquel que ordena la prudencia.

**63. Tipo de relación entre el autor del daño y la víctima.** Hay ciertos casos en que el tipo de relación entre el autor del daño y la víctima contribuye

<sup>139</sup> Una ya clásica crítica al análisis económico de la culpa, Weinrib 2012 147 (*infra* N° 66). El análisis económico, que pone atención en los costos de prevención del accidente para determinar el cuidado debido, en vez de estar dirigido a lograr la justicia correctiva entre la víctima y el autor del daño, tiene por objetivo maximizar el bienestar neto de todos los afectados positiva o negativamente por la actividad generadora del riesgo (*idem* 148).

<sup>140</sup> La Ley N° 21.103 (DO 4.8.2018) rebajó el límite máximo de velocidad de 60 km/hr a 50 km/hr para que vehículos de menos de 3.860 kilogramos y motocicletas transiten por zonas urbanas.

<sup>141</sup> Corte de Concepción, 7.11.1985, RDJ, t. LXXXII, sec. 4ª, 288.

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

Ya se ha mencionado el rescate como un caso típico en que la posición relativa de la víctima frente al autor del daño contribuye a disminuir el cuidado exigible. A la inversa, ocurrirá que, según sea su naturaleza, una cierta relación previa puede dar origen a deberes de cuidado más intensos, como ocurre típicamente con las relaciones que se generan dentro de la familia.<sup>142</sup> Aunque más débiles que los anteriores, también la negociación de un contrato puede imponer deberes de lealtad recíprocos, aunque por definición las partes de una negociación no tengan obligación de llegar a un acuerdo (*infra* § 67 c).<sup>143</sup> Las mismas relaciones de confianza y lealtad, incluso respecto de terceros desconocidos, son determinantes de la mayoría de los deberes de cuidado que impone la Ley de valores, respecto del público que invierte en valores de oferta pública (*infra* N° 826) y la Ley de sociedades anónimas, en protección de los accionistas respecto de actos ilícitos de directores y gerentes (*infra* § 56 d).

En el derecho chileno (como en la mayoría de los sistemas jurídicos romano-germánicos, incluido el francés) no es necesario que exista un deber de cuidado específico respecto de la víctima para que haya lugar a la responsabilidad.<sup>144</sup> Con todo, para quien administra una piscina pública, un andarivel en la nieve o un parque de diversiones, no solo surgen deberes contractuales, sino también deberes generales de cuidado relativamente

<sup>142</sup> Sobre la procedencia de la indemnización con ocasión de daños producidos en el contexto de relaciones paterno-filiales, con referencias al derecho comparado, Bravo 2013.

<sup>143</sup> Corte de Santiago, 25.8.1948, RDJ, t. XLVI, sec. 2ª, 48; y reconociendo estos deberes de lealtad en la fase precontractual, aunque con un lenguaje equívoco respecto de su finalidad, Corte de La Serena, 15.3.2016, rol N° 1.028-2015.

<sup>144</sup> El principio contrario rige en el *common law*, que exige la infracción de un deber de cuidado respecto de la víctima (Fleming 1988 36, Weir 2002 29). Es obvio que en la mayoría de los casos el deber se tiene respecto de conjuntos amplios de personas (como ocurre con los deberes del tránsito, por ejemplo). Sin embargo, hay hipótesis de accidentes en que la víctima no pertenece al ámbito del cuidado del autor del daño. Un famoso caso norteamericano se refiere al accidente provocado por un funcionario de ferrocarriles que ayudó, contra los reglamentos, a un pasajero para que subiera a un tren en marcha, con el infortunio de que cayó al andén un paquete con fuegos artificiales que llevaba el pasajero, los que se activaron con el golpe y salieron disparados, hiriendo seriamente a una persona que se encontraba en la estación. El tribunal de Nueva York denegó la acción indemnizatoria porque el funcionario no tenía un deber de cuidado respecto de la víctima (Palsgraf v. Long Island Railroad, 1928, 248 NY 339, 162 NE 99, en Keeton/Keeton 1977 332). En el Reino Unido, sobre la base de consideraciones semejantes la Cámara de los Lores ha desechado acciones indemnizatorias interpuestas por víctimas de shocks nerviosos producidos por presenciar un accidente (Fleming 1988 37). Casos de este tipo pueden calificarse entre nosotros en sede de causalidad, bajo la pregunta acerca de si es directo el daño sufrido por la víctima, lo que es expresivo de la flexibilidad que tienen los instrumentos doctrinarios para construir los casos en el derecho de la responsabilidad civil.

precisos respecto de aquellos que están expuestos a riesgo por hacer uso de las instalaciones, aunque no exista propiamente contrato.<sup>145</sup>

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

La regla de negligencia es suficientemente flexible para hacerse cargo de las circunstancias objetivas en que el demandado realiza su actividad (*supra* N° 44). Esa mirada en concreto de las circunstancias provoca inevitablemente que las expectativas del público acerca del cuidado sean mayores en actividades sujetas a especiales requerimientos profesionales (*supra* N° 47 c). Es el caso, por ejemplo, de productos de uso o consumo masivo, de servicios de utilidad pública o de medios de transporte colectivo, cuya especial competencia damos por supuesta. En circunstancias que los deberes de cuidado están determinados por las expectativas normativas, relativas precisamente a los deberes de cuidado que requiere cada tipo de actividad, el grado de profesionalismo asociado a su ejecución es también relevante en la determinación del cuidado exigible.<sup>146</sup>

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

La lógica interna de la responsabilidad por culpa plantea el estándar de una persona que no es especialmente heroica, pero sí respetuosa. Ese estándar exige que nadie haga soportar a los demás riesgos que superen lo que exigen las circunstancias. Por eso, la construcción de los deberes de cuidado específicos tiene más de prudencial que de exacto, pues importa

<sup>145</sup> Según un reiterado criterio jurisprudencial, las instalaciones abiertas al público deben encontrarse en las condiciones adecuadas para su uso normal. Así, en el caso de un menor que sufrió un golpe en la cabeza, que le causó la muerte, a resultas de la caída de un mástil ubicado en un parque (Corte de Concepción, 31.3.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 5ª, 59); en el accidente que ocurre en un estadio municipal deportivo debido al mal estado de los tabloneros en las graderías, a consecuencias de lo cual se produce la caída de un espectador al vacío (Corte de Concepción, 28.11.2002, confirmada por CS [cas. forma y fondo], 4.4.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 5ª, 77; y Corte de Valdivia, 20.10.2014, rol N° 634-2014); el mismo criterio para juzgar la conducta de quien administra un parque de diversiones en CS, 15.11.1999, F. del M. 492, 2600; y para quien administra una piscina pública, en Corte de Santiago, 14.1.2002, confirmada por CS [cas. fondo], 7.1.2003, GJ 271, 96.

<sup>146</sup> Estas conclusiones son coincidentes con la temprana evolución de la responsabilidad por actividades industriales bajo una regla de negligencia, según muestra el espléndido estudio de casos del siglo XIX en los estados norteamericanos de Schwartz 1981 b.

ponderar los bienes e intereses jurídicos en conflicto en el contexto de la acción. En consecuencia, criterios generales para apreciar la diligencia debida, como los desarrollados en este capítulo, solo son puntos de vista, cuyo mérito es que por lo general resultan relevantes para efectuar en concreto esa determinación prudencial.

e. *Análisis económico de la culpa*

**66. La conducta socialmente óptima como criterio de diligencia.** a) El análisis económico de la responsabilidad por culpa busca establecer los criterios socialmente óptimos de prevención de accidentes, para lo cual no resulta racional un nivel excesivo de cuidado. Este nivel excesivo estaría dado por costos de prevención que exceden los daños que se evitan. Vinculando el criterio del costo de prevención con la magnitud del riesgo, el juez norteamericano Learned Hand elaboró en 1947 una fórmula aritmética para determinar la culpa, según la cual una persona actúa en forma negligente si el costo de evitar un accidente es menor que el daño susceptible de ser producido por la actividad de que se trata multiplicado por la probabilidad de que ocurra.<sup>147</sup>

En el fondo, esta fórmula define la culpa como un umbral de eficiencia determinado por la comparación del costo de prevención con el costo del daño accidental. A su vez, como se ha visto, el costo del daño accidental es función del riesgo, medido sobre la base de la intensidad del daño previsible (*supra* N° 59) y la probabilidad de que este ocurra (*supra* N° 60). Así, si con cada unidad adicional de gasto en prevención se ahorran costos del daño accidental superiores a esa unidad, es exigible que se incurra en ese costo. Habrá, sin embargo, un punto en que la unidad marginal de gasto preventivo tendrá por efecto una disminución de los daños inferior a ese gasto. En este umbral la inversión en prevención deja de ser eficiente y no resulta exigible respecto de quien desarrolla la actividad. La tabla siguiente resulta ilustrativa de lo expresado:<sup>148</sup>

TABLA DE ÓPTIMO CUIDADO

Costo prevención	Costo accidentes	Costo Social total
0	60	60
5	30	35
10	20	30
15	17	32
20	15	35

<sup>147</sup> La fórmula proviene del caso *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947), y aparece citada en Posner 1992 156. La expresión simbólica de la fórmula es que hay negligencia cuando  $p \times i > c$  (donde  $p$  es la probabilidad que ocurra el accidente;  $i$  la intensidad del daño que el accidente supone y  $c$  el costo de prevención).

<sup>148</sup> Modelo explicativo tomado de Kötz 1991 47.

En el ejemplo, si un industrial que desarrolla un producto invierte 5 en prevención, actúa culpablemente, porque los daños esperados de 30 suponen un costo social de 35, que es superior al óptimo de 30; por el contrario, si invierte 15, está actuando más allá del cuidado debido, porque el costo total es de 32, que, por la razón inversa, también es superior al óptimo de 30. Se comprueba que este análisis de la negligencia asume los supuestos marginalistas y de eficiencia que subyacen tras el análisis económico del derecho: "los costos esperados y los costos reales de los accidentes deberán compararse en el margen, midiendo los costos y los beneficios de pequeños incrementos de la seguridad y dejando de invertir en más seguridad en el punto en que otro peso gastado genere solo un peso o menos de seguridad adicional".<sup>149</sup>

b) El enfoque económico de la culpa (como de la responsabilidad civil en general) reclama para sí un mayor grado de precisión de las premisas necesarias para una decisión racional. En efecto, la fórmula de Hand, con las correcciones que sean aconsejables,<sup>150</sup> otorga un esquema analítico que permite hacer conmensurables los factores que determinan el nivel racional de cuidado. Aunque los elementos de la ecuación resultan unilaterales desde el punto de vista de la víctima, se podría decir que la economía permite una cierta *aritmética de la prudencia*. Además, el análisis económico tiene la ventaja del discernimiento incremental (esto es, marginal) del cuidado, que permite juzgar la racionalidad de las medidas de cuidado adicionales, que podrían haber impedido el accidente, en vez de confiar en juicios globales e imprecisos acerca del cuidado debido.<sup>151</sup>

**67. Límites del análisis económico de la culpa.** a) A pesar de sus aportes, los límites del análisis económico surgen ya en el terreno conceptual: el enfoque del derecho civil atiende a lo que a cada cual corresponde en la relación privada entre partes. Por eso, no es menor el cambio de transformar institutos como la culpa a la luz de una racionalidad que atiende a fines sociales generales y a los medios apropiados para obtenerlos (*supra* N° 16). En la perspectiva de la relación de derecho privado entre las partes, concebir la responsabilidad como una técnica social significa desatender que "el núcleo estructural del derecho de la responsabilidad civil está representado por el

<sup>149</sup> Posner 1992 157.

<sup>150</sup> Por ejemplo, Cooter/Ulen 1997 400.

<sup>151</sup> Sobre la base de un sistema de responsabilidad estricta, en que basta la relación de causalidad para la atribución del daño, los criterios aportados por el análisis económico del derecho cobran la mayor utilidad para juzgar la racionalidad de las medidas de prevención de riesgos adoptadas por una empresa determinada. Una empresa invertirá en prevención de accidentes en la medida que cada unidad invertida represente un costo menor que la reparación del daño que causaría de no haber realizado dicha inversión. Sin embargo, en un sistema de responsabilidad por culpa, donde no existe este deber de internalizar todos los costos derivados de la actividad que se lleva a cabo, los daños provocados por la actividad no siempre se traducen, desde el punto de vista del agente, en un costo que pueda ser comparado *ex ante*, con el costo de prevenir dichos daños. Al respecto, Díez-Picazo 2000 175. A lo anterior se suma la cifra negra de daños no indemnizados que es más significativa en la responsabilidad por culpa, a causa de las mayores dificultades probatorias; un cálculo económico de diligencia por el agente de daño internaliza esos accidentes que no dan lugar a reparación.

juicio caso a caso en que la víctima específica persigue reparación de ciertos perjuicios de parte de aquel que ella estima responsable".<sup>152</sup>

Por lo mismo, no parece justo que la diligencia debida iguale aritméticamente los costos de prevención a los costos que la actividad irroga a las víctimas, en particular en situaciones en que no existe reciprocidad en los riesgos (*supra* N° 16). La fórmula del juez Hand, desde esta perspectiva, es radicalmente unilateral, porque supone que quien realiza la actividad tiene el derecho a comparar el valor que atribuye a su acción con el riesgo que provoca solo en razón de los costos de precaución, de modo que ignora (como es usual en el análisis económico de la responsabilidad) la relación de bilateralidad entre el autor del daño y la víctima.<sup>153</sup> En otras palabras, la fórmula fracasa porque es injusta, al no hacerse cargo de la asimetría de riesgos y beneficios entre el autor del daño y la víctima. A ello se suma la dificultad de comparar costos propiamente económicos con valores no patrimoniales, como la vida, la privacidad o la libertad.<sup>154</sup>

En verdad, desde el punto de vista de la justicia correctiva, puede argumentarse que la existencia de un riesgo anormalmente elevado es razón suficiente para estimar negligente la conducta, cualesquiera sean los costos para reducir el riesgo, lo que explica que las actividades en extremo riesgosas estén sujetas a regímenes de responsabilidad estricta o a presunciones de culpa muy difíciles de contrarrestar.<sup>155</sup>

b) Finalmente, el análisis económico parece en especial pertinente en actividades donde predomina el cálculo racional (como, por ejemplo, en la responsabilidad en el ámbito de los negocios), pero es difícil que dé cuenta de la realidad práctica allí donde las decisiones son instantáneas o simplemente rutinarias.<sup>156</sup> En verdad, uno de los más interesantes cuestionamientos se refiere al modelo abstracto del sujeto racional que persigue maximizar su propio bienestar.<sup>157</sup> A diferencia del *homo oeconomicus*, la persona de carne y hueso suele actuar sobre la base de información sesgada: tendemos a dar relevancia a datos que son coincidentes con nuestros intereses y principios (lo que produce una especie de disonancia cognitiva); tendemos a considerar la información 'a la mano', lo que nos lleva a ignorar algunos hechos relevantes. En sede de culpa ello se muestra en la dificultad para juzgar *luego del accidente* las provisiones racionales que debió adoptar *ex ante* el demandado. A ello se agregan las dificultades para procesar información acerca de las actividades generadoras de riesgo, en especial cuando ella es excesiva.

Por otro lado, no solo en relación con la información requiere de correctivos el modelo del *homo oeconomicus*. Tampoco el proceso de decisión se

<sup>152</sup> Coleman 2001 16.

<sup>153</sup> Coleman en Postema 2001 206, y Weinrib 2012 148.

<sup>154</sup> Fleming 1992 119.

<sup>155</sup> Weinrib 2012 187, Coleman 1992 368.

<sup>156</sup> Kötz 1991 50, Gordley en Owen 1995 151.

<sup>157</sup> Un lúcido análisis de los correctivos que la economía de las instituciones y el estudio de las conductas efectivas introducen al modelo del *homo oeconomicus*, con referencias al derecho de obligaciones, en Eidenmüller 2005 a 216.

corresponde con un concepto universal de racionalidad, en razón del conservadurismo asociado a la aversión al riesgo y al apego a lo que ya se tiene. Aunque esta racionalidad limitada es especialmente relevante en materia de contratos, también lo es en materia de culpa extracontractual, porque la persona razonable actúa en un marco deliberativo que incluye prácticas y valoraciones que no responden a un concepto radical de racionalidad instrumental.

c) Aunque las consideraciones anteriores nos permiten tomar distancia crítica frente al análisis económico más ideologizado, conviene tener presente que un enfoque pragmático de la responsabilidad tiene la ventaja de dar en el centro de la responsabilidad por negligencia, en la medida que nos alerta sobre algo que sabemos con naturalidad en la vida corriente, como es "que para obtener una cosa debemos renunciar a otra, y nos enseña a comparar lo que obtenemos con lo que perdemos y a discernir qué estamos haciendo cuando decidimos".<sup>158</sup> Pareciera que esta forma de pensar no es ajena a la prudencia de la persona diligente. Aunque esta última parece ser más sensible al contexto de la acción que a modelos puramente cuantitativos, los esquemas de análisis desarrollados por la economía permiten descomponer las variables constitutivas del cuidado debido, contribuyendo a un control racional de la argumentación (que, al contrario, suele ser solo intuitiva).<sup>159</sup>

## § 11. CULPA POR OMISIÓN

### a. Planteamiento

#### 68. Diferencias entre la acción y la omisión como fuentes de responsabilidad.

a) Cuando la ley habla del daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona (artículo 2329) o del hecho culpable cometido sin intención de dañar (artículo 2284 IV), incluye, sin distinciones, tanto la culpa por acción como por omisión. En consecuencia, la negligencia que genera responsabilidad puede expresarse en haber actuado imprudentemente o en no haberlo hecho cuando existía el deber de hacerlo.

b) La acción y la omisión pertenecen genéricamente a la categoría de los actos libres. En tal sentido, acción y omisión pueden ser incluidas dentro del concepto genérico de la acción humana (*supra* N° 35).

<sup>158</sup> Holmes 1897 474.

<sup>159</sup> Es extraño que en el desarrollo del modelo de la persona diligente y razonable no se haya explorado más profundamente la virtud de la prudencia, que precisamente tiene que ver con la sabiduría práctica, esto es, con la capacidad de considerar en la decisión las circunstancias de la acción (Aristóteles *Ética Nicomaquea* 6.5; Tomás de Aquino *Suma Teológica* 49.4 y 54.2). En parte, este olvido de Aristóteles y Tomás de Aquino puede deberse al excesivo énfasis en una moral de reglas, especialmente en la tradición eclesial postridentina, Kerr 2002 122. La idea jurídica de negligencia, tal como tiende a ser construida por los jueces en las más diversas jurisdicciones, parece más comprensible a la luz de esa antigua tradición de la filosofía práctica (Gordley en Owen 1995 145).

Así y todo, es correcta la intuición de que existe una diferencia significativa entre el sentido normativo de la actividad y de la inactividad. Una omisión consiste en *no hacer algo*, pero no todo no hacer algo es una omisión culpable, porque esta exige un juicio normativo: no hacer aquello que *debía* hacerse. En otras palabras, uno solo puede omitir cuando las circunstancias llaman a hacer algo.<sup>160</sup> De esta manera, las omisiones negligentes son necesariamente más restrictivas o excepcionales que las acciones negligentes.

Otra razón fundamental radica en que mientras la acción genera por sí misma el riesgo de un daño, la omisión se refiere a la posibilidad de evitar un riesgo cuyo origen es independiente del pretendido responsable.<sup>161</sup> Sobre esta base, se ha planteado una diferencia moral entre las acciones y las omisiones, en el sentido de que estas últimas tienen umbrales mucho más altos para ser tenidas por negligentes.<sup>162</sup> Con esta reserva, la omisión tiene los mismos efectos que la acción: un padre que intencionalmente deja morir a su hijo por inanición parece tan reprochable como aquel que lo mata envenenándolo.<sup>163</sup> A ello se suma el principio normativo de libertad, que es en especial importante en el derecho privado. La libertad se expresa esencialmente en reglas que establecen límites negativos a nuestra acción, pero que no nos prescriben positivamente deberes de conducta para evitar el mal o procurar el bien de los demás. Por otra parte, un sistema jurídico que impusiera el deber de ocuparnos de evitar el mal que pueden sufrir los demás exigiría establecer un aparato compulsivo formidable, que resulta incompatible con la libertad personal. Desde esta perspectiva, el papel esencial del derecho civil es establecer reglas de responsabilidad por las consecuencias que se siguen de nuestros actos conforme a la justicia correctiva, pero no deberes positivos para asegurar el bienestar de los demás (según un concepto de justicia distributiva).

Así se plantea, en principio, una diferencia fundamental entre la benevolencia moral del buen samaritano y el ámbito más limitado de los deberes legales. Como lo expresó un célebre juez inglés, "la regla de que usted debe amar a su vecino, deviene en el derecho en que usted no debe molestar a su vecino".<sup>164</sup> Esta consideración expone ejemplarmente las diferencias

<sup>160</sup> Honoré 1999 41.

<sup>161</sup> Deutsch/Ahrens 2002 19, quienes estiman, además, que en el caso de las omisiones está en juego un problema de causalidad, porque frente a cualquier daño el conjunto de los inactivos que pudieron impedir el hecho tiende hacia el infinito (ídem 22), *infra* N° 245.

<sup>162</sup> En el plano de la filosofía moral, se ha estimado que dañar es moralmente más reprochable que no ayudar (Kamm 2007). Al efecto, se ha argumentado que las omisiones son menos culpables que las acciones que llevan al mismo resultado, pues mientras las últimas suponen intervenir en el mundo, las primeras consisten en la falta de intervención (Honoré 1999 41). En el plano jurídico, la Corte Suprema también ha asumido una tesis que encuentra diferencias normativas sustantivas entre las acciones y las omisiones, afirmando que "existe una diferencia significativa entre el sentido normativo de la actividad y de la inactividad. La razón fundamental radica en que mientras la acción genera por sí misma el riesgo de un daño, la omisión se refiere a la posibilidad de evitar un riesgo cuyo origen es independiente de la persona pretendidamente responsable" (CS, 23.3.2018, rol N° 21.652-2017).

<sup>163</sup> Honoré 1999 41.

<sup>164</sup> Donoghue v. Stevenson (1932) a.C. 562, donde, paradójicamente, luego se hace refe-

entre las virtudes morales más exigentes, que aspiran a la perfección, y las más elementales exigencias de justicia correctiva, que son características del derecho civil.

Sin embargo, existen situaciones en que el derecho ordena actuar, de modo que se sigue responsabilidad de la omisión. Ante todo, la distinción entre acción y omisión no resulta simple en el caso de acciones complejas, donde la omisión se plantea, en verdad, como un defecto de la acción (*infra* N° 69). Despejada esa cuestión más bien lógica de la omisión en la acción, se analizarán grupos de casos en que la omisión propiamente tal puede ser fuente de responsabilidad (*infra* N°s 70 y siguientes).

#### b. Omisión en la acción

**69. La negligencia como descuido en la acción.** a) Hay omisión en la acción cuando esta se produce en el ámbito más extenso de una acción positiva, es decir, cuando quien ejecuta la acción omite tomar las precauciones necesarias, exigidas por las circunstancias, para evitar el daño.<sup>165</sup> Podría decirse que la omisión en la acción es la negligencia en sentido estricto, consistente en omitir el cuidado debido cuando se realiza una acción (a diferencia de la negligencia en sentido amplio, que es sinónima de culpa).

Cuando uno conduce un automóvil está sujeto a innumerables deberes positivos de conducta que se relacionan con la acción de conducir: se deben señalar los giros; se debe detener el automóvil ante un disco *Pare*; se debe disminuir la velocidad en ciertas zonas preestablecidas o donde existe una situación de peligro, y así sucesivamente. En verdad, es usual que la culpa en la acción este asociada a omisiones negligentes de quien ha emprendido la actividad.<sup>166</sup>

b) La omisión en la acción es una forma típica de negligencia. Así, se ha resuelto que actúa en forma negligente quien no coloca señales para prevenir el peligro que representan los hoyos abiertos en la vía pública con motivo de las reparaciones que ejecuta, ni cierra el sitio en que estas se practican;<sup>167</sup> quien olvida reponer la tapa de un pozo en el que efectúan reparaciones, que además carecen de señales que prevengan de su existencia;<sup>168</sup> el dueño de un edificio dañado por un temblor que omite efectuar en él las repara-

rencia indistinta a las acciones y omisiones que deben ser evitadas porque presumiblemente pueden dañar al vecino, Fleming 1985 35.

<sup>165</sup> Alessandri 1943 199.

<sup>166</sup> Ídem.

<sup>167</sup> Corte de Valparaíso, 20.4.1908, confirmada por CS [cas. fondo], 21.4.1909, RDJ, t. VI, sec. 1°, 393. En la jurisprudencia más reciente sobre responsabilidad del Estado, especialmente de los municipios, es frecuente encontrar referencias a supuestos de omisión en la señalización del peligro que implica transitar por las vías públicas en razón del mal estado de las mismas o de la realización de reparaciones (Ley del tránsito, artículo 169 V; al respecto, *infra* § 52 d).

<sup>168</sup> Corte de Valparaíso, 3.12.1948, confirmada por CS [cas. fondo], 4.8.1952, RDJ, t. XLIX, sec. 1°, 281.

ciones necesarias;<sup>169</sup> el anestesista que abandona a su paciente mientras está haciendo efecto la anestesia, por el tiempo necesario para que sufra un daño cerebral irreversible a consecuencia de un paro cardíaco;<sup>170</sup> el encargado de la vigilancia que permite que extraños muevan dos carros de ferrocarril ocasionando un accidente.<sup>171</sup> En todos estos casos existe un defecto de la acción y, por lo tanto, no hay delito o cuasidelito de omisión sino de acción. Tanto la negligencia (entendida en sentido estricto como omisión en la acción), como la impericia y la imprudencia (esto es, los defectos positivos de la acción emprendida), son meras formas de manifestación de una falta del debido cuidado en la acción.

### c. Omisión propiamente tal

**70. Fuentes de los deberes positivos de actuar.** a) Existe omisión propiamente tal cuando frente a un riesgo autónomo, independiente de la conducta del agente, este no actúa para evitar el daño o para disminuir sus efectos, pudiendo hacerlo. Como se ha visto, la persona meramente prudente y diligente no tiene el deber genérico de actuar para evitar daños a terceros. Mientras el cuidado en la acción es siempre exigible, el deber positivo de actuar requiere de una regla que así lo exija. El derecho civil no establece un deber general de actuar en beneficio de los demás. En consecuencia, la omisión acarrea responsabilidad civil solo de manera excepcional en aquellos casos en que existe una razón especial que obliga a actuar.

b) Pueden discernirse tres fuentes de responsabilidad por omisiones. En primer lugar, la omisión dolosa, que, si bien pertenece a la culpa intencional,

<sup>169</sup> En este caso se aplica además la presunción del artículo 2323 del Código Civil. Corte de Santiago, 10.9.1940, confirmada por CS [cas. fondo], 26.8.1941, RDJ, t. XXXIX, sec. 1<sup>a</sup>, 203. Véase también un caso en que se estableció la responsabilidad del propietario de una terraza de un edificio que al omitir efectuar las reparaciones necesarias causó perjuicios a los locales que se encontraban en los pisos inferiores, Corte de Santiago, 16.3.1998, GJ 213, 102.

<sup>170</sup> CS, 4.10.1984, RDJ, t. LXXXI, sec. 4<sup>a</sup>, 2006. En el mismo ámbito, se ha fallado que una clínica actúa culpablemente si causa daños "por no realizar actividades o gestiones que le obligan a una mantención continua y periódica del equipo utilizado en la operación de la víctima", Corte de Iquique, 9.1.2002, confirmada por CS [cas. fondo], 2.4.2003, GJ 274, 194; o que hay responsabilidad por los daños derivados de la "omisión en efectuar un diagnóstico diferenciado y derivar o recurrir a un médico especialista en ginecología" (Corte de Temuco, 9.10.2014, rol N° 1.181-2013).

<sup>171</sup> Corte de Santiago, 12.1.1988, RDJ, t. LXXXV, sec. 2<sup>a</sup>, 1. Entre los innumerables casos de culpa por omisión en la acción pueden verse las siguientes sentencias: CS, G. de los T., 1901, 1er sem., N° 263, 229; CS, 8.8.1906, RDJ, t. III, sec. 1<sup>a</sup>, 402; CS, 22.7.1913, RDJ, t. XII, sec. 1<sup>a</sup>, 300; CS, 4.8.1933, RDJ, t. XXX, sec. 1<sup>a</sup>, 524; CS, 29.9.1942, RDJ, t. XL, sec. 1<sup>a</sup>, 212; Corte de Santiago, 10.1.1953, RDJ, t. L, sec. 2<sup>a</sup>, 11; CS, 21.1.1988, t. LXXXV, sec. 4<sup>a</sup>, 1; Corte de Santiago, 28.1.1993, GJ 151, 54; Corte de Concepción, 4.11.1997, confirmada por CS [cas. fondo], 3.11.1998, F. del M. 481, 2600; Corte de Santiago, 17.7.1998, RDJ, t. XCV, sec. 2<sup>a</sup>, 48; Corte de San Miguel, 19.7.1999, GJ 229, 153; Corte de Santiago, 28.12.1999, GJ 234, 63; Corte de Santiago, 2.7.2002, GJ 265, 85; Corte de Antofagasta, 13.12.2002, GJ 270, 183; Corte de Santiago, 22.4.2003, GJ 274, 281; Corte de Temuco, 9.10.2014, rol N° 1.181-2013; CS, 4.3.2015, rol N° 2.024-2014; y CS, 6.8.2018, rol N° 34.224-2017.

será referida brevemente en este capítulo (*infra* N° 71). Enseguida, la ley suele imponer deberes positivos de conducta, de modo que también existe una culpa infraccional por omisión (*infra* N° 72). Por último, a falta de ley, se discute bajo qué circunstancias excepcionales el juez debe construir un deber de cuidado, en atención a la particular relación que existe entre la víctima y quien debió actuar en prevención del daño y permaneció inactivo (*infra* N° 73).

Como caso especial de deberes positivos de cuidado a favor de terceros, se analizarán, en una sección especial, los principios que rigen los deberes de información, que han adquirido particular importancia en el tráfico negocial contemporáneo (*infra* § 67 f).

**71. Omisión dolosa.** a) Ante todo, la abstención genera responsabilidad cuando está fundada en la intención positiva de dañar, en virtud del principio de que es un ilícito *per se* querer y producir el mal ajeno (*infra* N° 98).<sup>172</sup>

Formulado con esta generalidad, la regla no genera controversia alguna. Los casos en que se logre probar que una omisión *solo* tuvo por finalidad causar daño a otro corresponden, en verdad, a la forma más general e indiscutida de abuso de derecho (*infra* N° 446).<sup>173</sup>

b) Lo decisivo, sin embargo, es que en materia de abstención el dolo solo da lugar a responsabilidad bajo la forma del dolo directo, que corresponde a la estricta definición del artículo 44, esto es, cuando a la omisión subyace la intención positiva de causar un daño injusto a otro. En efecto, el principio de que no existe un deber general de conducta positiva en favor de terceros conduce a que la sola representación de un mal para el tercero (bajo la forma de dolo eventual o de culpa grave) no puede dar lugar a responsabilidad por este concepto. De hecho, si se aceptara el principio inverso, la caridad y, en general, toda conducta motivada por la compasión podría transformarse en un deber jurídico, lo que supondría igualar la justicia a la caridad (no hay deber jurídico de amar al prójimo). Por eso, la relevancia de la culpa intencional en materia de abstenciones es excepcional y solo se refiere a situaciones más bien patológicas, en que quien se niega a actuar carece de interés legítimo y la acción no le supone carga alguna, de modo que resulta claro que su inactividad solo tiene por fundamento la intención de causar daño al tercero.

**72. Culpa infraccional por omisión.** a) Atendidas las reservas del derecho civil para admitir ilícitos por omisión, corresponde especialmente al legislador definir los deberes positivos de cuidado. Del mismo modo como ocurre cuando el daño es producido por una acción, la infracción a un deber legal de actuar es suficiente para dar por acreditada la culpa (*supra* N° 53). En otras

<sup>172</sup> En opinión de Carbonnier 2000 404, este es el único caso en que la omisión pura y simple acarrea indubitadamente responsabilidad.

<sup>173</sup> En el derecho francés se suele remitir al caso de una pareja judía divorciada, donde el marido se resistía, sin interés personal alguno, en entregar la carta de repudiación, que permitiría a la mujer contraer nuevo matrimonio (cass. civ. 2e, 1972, citado por Viney/Jourdain en Ghestin 1998 336; Carbonnier 2000 417).

palabras, hay culpa infraccional por el solo hecho de no haberse ejecutado un acto ordenado por la ley.<sup>174</sup>

b) A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, donde no existe deber de actuar como buen samaritano, ni siquiera en situaciones extremas,<sup>175</sup> el derecho chileno establece ciertos deberes positivos de auxilio. Dos situaciones de abandono y necesidad dan lugar a deberes de actuación en favor de un tercero, cuya infracción es tipificada como falta por el Código Penal: el que encuentra perdido o abandonado a un niño menor de siete años tiene el deber de entregarlo a su familia, recogerlo o ponerlo en lugar seguro, dando aviso a la autoridad en estos últimos casos (artículo 494 N° 13); y el que encuentra en despoblado a una persona herida, maltratada o en peligro de perecer debe socorrerla y auxiliarla cuando pueda hacerlo sin detrimento propio (artículo 494 N° 14). Esas normas imponen un deber de socorro en ciertas situaciones de extrema necesidad de la víctima, y en circunstancias, además, que quien está en posición de auxiliar no asume con ello riesgo o costo significativo alguno.<sup>176</sup> Queda pendiente la pregunta, que se analizará en el párrafo siguiente, respecto de si estos ilícitos penales pueden ser extendidos por analogía, en sede de responsabilidad civil, a otras situaciones que respondan al mismo principio.

c) Más allá de estas situaciones extremas de vulnerabilidad de la víctima, la legislación establece deberes positivos de conducta con fines protectores de terceros, en materias tan diversas como las urbanísticas, ambientales, de salubridad pública, de información a los pacientes en su atención en salud o de información en los mercados. En cada caso, la omisión da lugar a una culpa infraccional que puede generar responsabilidad por los daños causados por la omisión según las reglas generales antes analizadas (*supra* N° 53).<sup>177</sup>

d) De particular interés en el derecho contemporáneo son los *deberes de información* que la ley ha establecido para prevenir daños derivados de injustificadas asimetrías entre las partes que negocian un contrato. La omisión de la información puede dar lugar a obligaciones indemnizatorias derivadas de la *culpa in contrahendo*. En circunstancias que se trata de daños que no emanan del incumplimiento de un contrato, sino se producen en

<sup>174</sup> Alessandri 1943 201.

<sup>175</sup> Es el caso del *common law*, aunque con algunas calificaciones (Jones 2002 50, Epstein 1999 287).

<sup>176</sup> Es posible que el buen samaritano de los evangelios, de acuerdo con la segunda de esas normas, hubiese cumplido un deber legal: ¿era un despoblado, en circunstancias que ya otras dos personas habían pasado por el lugar? (Lucas 10, 29-37).

<sup>177</sup> Sobre la culpa por omisión infraccional en la acción puede consultarse una sentencia que considera que una sociedad anónima incurre en culpa cuando no cumple los deberes que le impone la Ley de sociedades anónimas y su reglamento, autorizando trasposos de acciones, pero omitiendo verificar, examinar y comprobar los aspectos formales de los mismos (Corte de Santiago, 14.7.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 2ª, 58). Análogamente, en el ámbito bancario se conocen casos en que los bancos omiten cumplir con las reglas sobre comprobación de domicilio e identidad al momento de abrir cuentas corrientes, lo que por distintas vías termina por causar daños a terceros; sobre la materia, CS, 4.9.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 1ª, 186; Corte de Santiago, 1.9.2003, GJ 281, 104 CS, 26.1.2004, GJ 283, 121; y Corte de Santiago, 28.4.2008, rol N° 11.542-2003.

la fase previa de negociación o de celebración, están sujetos a las reglas de la responsabilidad extracontractual; pero, por razones prácticas, su estudio en detalle usualmente se realiza al tratar la formación del contrato. Por tratarse, sin embargo, de una materia de creciente interés práctico, en que ha habido una expansión de los deberes positivos de conducta, se hará una breve referencia al tratar de los ilícitos precontractuales en el capítulo sobre responsabilidad contractual y extracontractual (*infra* § 67 f).

**73. Construcción judicial de la culpa por omisión: deber especial de protección respecto de la víctima.** a) Aunque excepcional, la culpa por omisión del ilícito civil no está sujeta al principio penal de legalidad. Por consiguiente, en principio, la responsabilidad por abstenciones puede ser construida por el juez sobre la base del estándar general de la persona prudente y diligente. El problema radica, sin embargo, en descubrir los criterios de ilicitud, atendidas las limitaciones prácticas con que tropieza, en general, construir una responsabilidad civil por omisiones.<sup>178</sup>

b) En atención a que el derecho civil no está sujeto a las limitaciones de tipicidad que son propias del delito penal, se podría construir un principio general a partir de la norma penal que establece el deber de socorro respecto de quien está en despoblado herido, maltratado o en peligro de perecer y que puede ser auxiliado sin detrimento de quien lo hace. Una regla de este tipo ha sido objeto de intensa discusión en el ámbito del *common law*, que como se ha visto, ha sido tradicionalmente reticente a establecer deberes positivos de colaboración. Para reconocer un deber de este tipo se ha argumentado precisamente a la luz de supuestos equivalentes a los del artículo 494 N° 14 del Código Penal chileno: el mínimo requerimiento de solidaridad que debiere exigir el derecho civil es reconocer un deber de socorrer a quien está en riesgo de morir, en circunstancias que el auxilio no es carga para quien está en situación de prestarlo y no hay otras personas en condiciones de ofrecerlo (*duty of easy rescue*).<sup>179</sup> El derecho civil establecería

<sup>178</sup> En el derecho francés se suele decir que la culpa por omisión está esencialmente sujeta a los mismos requerimientos que la culpa en la acción, invocando al efecto el modelo de la persona diligente (Viney/Jourdain en Ghestin 1998 338, Mazeaud/Chabas 1998 488). Se suele citar una decisión de 1951 en que se declaró ilícita la conducta de un historiador que rehusaba citar un nombre célebre, con fundamento en un 'deber de objetividad de la ciencia' (caso Branly, cass. civ., 1951, citado por Viney/Jourdain en Ghestin 1998 339); sin embargo, la decisión, además de extremadamente discutible en su propio mérito, no resulta compatible con la libertad de expresión, de modo que no ha sido sostenida en casos posteriores (*idem*). A juzgar por la jurisprudencia que se acostumbra citar, y más allá de casos aislados, los jueces parecen ser más reflexivos que la doctrina acerca de las dificultades de aceptar a la bandada deberes positivos de cuidado; así, por ejemplo, se ha fallado que no cabe hacer responsable por omisión al propietario que no esparce arena en la vereda colindante con su inmueble, sobre cuya superficie congelada cayó un peatón, a pesar de que un aviso municipal hacía referencia a este deber, porque no era posible invocar norma legal o reglamentaria que lo estableciera (cass. civ., 2000, Méga Code § 1383 22).

<sup>179</sup> Una vigorosa argumentación desde las perspectivas de la filosofía práctica y de la moral utilitarista, en Weinrib 1980 con referencia a los argumentos de J. Bentham; una justificación a la luz de la teoría moral kantiana, en Wright en Owen 1995 271; véase también Cane/Atiyah

de este modo una función distributiva básica, en el punto en que la moral se impone al derecho.<sup>180</sup>

A pesar de lo correcto que parece intuitivamente el principio que subyace a una aplicación extensiva de la regla del Código Penal en materia civil, conviene tener presentes los argumentos planteados en contra de una regla de ese tipo: ¿por qué puede verse en situación de asumir responsabilidad quien no tiene injerencia causal en el accidente?; ¿cómo se identifica a la persona que tiene el deber, si, como en el caso bíblico, son varios los que están en condiciones de prestar socorro?; ¿es necesario transformar la benevolencia en regla de derecho?; ¿no se amenaza la libertad si el derecho comienza a establecer deberes indeterminados de conducta en protección de terceros?<sup>181</sup>

Todo indica, sin embargo, que la regla penal chilena tiene calificaciones suficientes para evitar que el deber de socorro se expanda sin control, aunque se admita en derecho civil una aplicación extensiva a casos análogos; como el del médico de una zona carente de servicios que rehúsa sin justificación atender un paciente grave, el cual conocidamente requiere urgente atención, o el hotelero que se niega a recibir a un viajero gravemente amenazado por condiciones climáticas extremas.<sup>182</sup> Más allá de estas situaciones extremas, no puede asumirse un deber general de cuidado que tenga por objeto prevenir que un daño sea causado a terceros.<sup>183</sup>

c) De lo anterior se sigue que la responsabilidad por omisiones solo procede, además de los casos en que la ley establece un deber positivo de conducta, cuando existe una *razón especial para que el responsable deba cuidar de la víctima*. Estas razones se refieren esencialmente a una especial relación entre la víctima del accidente y quien omite el cuidado que habría evitado

1999 63. Críticos del establecimiento de una regla general de socorro, con argumentos económicos, Landes/Posner 1987 143, Epstein 1999 287. En Kamm 2000 655, una defensa de por qué la distancia es moralmente relevante para definir deberes de rescate.

<sup>180</sup> Coleman 1992 313.

<sup>181</sup> Sobre los fundamentos éticos y jurídicos del deber de socorro, Varona 2005.

<sup>182</sup> Alessandri 1943 200, citando a los hermanos Mazeaud. Un interesante caso de responsabilidad médica por omisión de servicio, fallado con fundamento en el artículo 490 N° 1 del Código Penal, se refiere a un médico de turno en el Hospital de Constitución, quien al llamado de un paramédico ante una urgencia se negó a asistir al hospital durante la noche y visitado en su casa por los padres del menor enfermo también rehusó atenderlos, con la consecuencia de que una enfermedad médicamente tratable produjo la muerte del niño (CS, 28.1.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 4°, 71). En el caso parece determinante que el condenado por la omisión estaba de turno en el hospital; descartada esa circunstancia, ¿hasta dónde llega la privacidad de los médicos?; ¿está un médico obligado a atender cualquiera urgencia?; ¿establece su profesión deberes jurídicamente exigibles de servicio universal? Es interesante constatar que las Siete Partidas tendían a contestar negativamente estas preguntas, porque solo hacían responsable al médico una vez que este había comenzado a medicinar a la persona o animal (Siete Partidas 7.15.9).

<sup>183</sup> Así fue formulada la regla por Lord Goff en un caso en que se reclamaban perjuicios del propietario de un teatro que estaba cerrado y a la espera de su demolición, por no haber cuidado que se introdujeran pandilleros que luego provocaron un incendio causante de daños a los vecinos (Smith v. Littlewoods Organisation Ltd., 1987, 1 All ER 710, citado por Jones 2002 52).

el daño. Desde luego que no se trata de una relación contractual, porque en tal caso la responsabilidad estaría sujeta a otras condiciones. Se trata de vínculos que no dan lugar a relaciones obligatorias, pero que generan un especial deber de respeto hacia los intereses del tercero.<sup>184</sup>

Los casos más obvios son las relaciones de analogía contractual, como los deberes que tiene el propietario de una casa o de un establecimiento de comercio respecto de quienes acceden a ellos como servidores o clientes; quien realiza negociaciones contractuales respecto de la otra parte; el fabricante de un producto que luego de ponerlo en el mercado descubre un defecto que puede provocar daño a los consumidores; el capitán de un barco con los pasajeros invitados; el administrador de un centro deportivo respecto de los niños que lo visitan.

Especiales deberes de cuidado que se traducen en deberes de actuación se dan al interior del núcleo familiar o entre quienes comparten una estrecha comunidad de vida. También vínculos de especial cercanía, como la amistad, pueden generar deberes especiales de cuidado, como ocurre cuando dos amigos son asaltados y uno de ellos omite los cuidados razonables que impidan la muerte del otro.

Asimismo, se tiene por razón suficiente para un deber de protección haber intervenido sin imprudencia en un accidente que deja a uno de los participantes en grave estado. En este caso, es el propio comportamiento que genera un riesgo a terceros la fuente del deber positivo de impedir que ese riesgo se materialice en daños, de un modo análogo a la figura de garantía por injerencia en el derecho penal.<sup>185</sup> Aunque no haya habido culpa en la

<sup>184</sup> En el *common law* se ha formulado un test que consta de dos fases para determinar la existencia de un deber de cuidado (Anns v. Merton London Borough Council [1978] AC 728). Precisamente, la primera fase de este test se enfoca en la relación de proximidad entre el autor del daño y la víctima; la segunda, en razones instrumentales de políticas públicas que pueden derribar el deber construido prima facie. Aunque este test ha sido abandonado en el derecho inglés, en Canadá ha sido aplicado para determinar la (in)existencia de culpa en la omisión. En un caso fallado el 2006, la Corte Suprema canadiense descartó que los organizadores de una fiesta tuvieran el deber positivo de prevenir que sus invitados conduzcán ebrios de regreso a casa y así eviten causar daños a terceros. Entre otros argumentos, la sentencia señala que organizar una fiesta en la que se sirve alcohol no supone establecer un grado de proximidad suficiente para dar lugar a un deber de cuidado de los invitados a favor de terceros usuarios de autopistas (Childs v. Desormeaux, [2006] 1 SCR 643 2006 SCC 18). Por el contrario, la sentencia identifica como típicas relaciones en que sí existe una proximidad suficiente aquellas en que alguien intencionalmente atrae o invita a otro a exponerse a un riesgo creado o que controla el primero, relaciones paternalistas de supervisión y control, y relaciones que envuelven el ejercicio de un cargo público o involucrarse en un negocio que incorpora responsabilidades a favor del público en general.

<sup>185</sup> Como ya se ha señalado, la regla general es que las personas tengan deberes recíprocos negativos o de no interferencia, de modo que cada cual debe procurar que su propio círculo de organización no produzca daños en los círculos de organización de otros. Pero hay casos especiales en que, además de estos deberes negativos, surgen deberes positivos de mejorar el estado del círculo de organización de otro. En el caso de una posición de garante por injerencia, lo que fundamenta este deber positivo de ayuda es la previa infracción de un deber negativo de no interferencia. Jakobs 1999 17 a 19.

generación del riesgo, se entiende que existe un deber de socorro que surge de las especiales circunstancias.

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

Lo típico en estos casos es la existencia de una especial relación, aunque no esté fundada en un contrato, que confiere la expectativa legítima de la víctima de ser debidamente protegida. Puede decirse que existen deberes positivos de cuidado al interior de relaciones concretas, que generan una expectativa especial de protección que no puede hacerse valer como regla general en el ámbito de la gran sociedad.<sup>186</sup>

**74. Deberes positivos de información con ocasión de la celebración de un contrato.** a) La autonomía privada tiene su ámbito más fecundo de aplicación en materia contractual. Ello se muestra en que, mientras no haya consentimiento, no hay contrato, ni obligaciones recíprocas entre las partes. El principio de libertad negativa, que autoriza para contratar, pero no obliga a hacerlo, es dominante en la doctrina jurídica del contrato. En principio, el derecho de los contratos sanciona con la rescisión la acción dolosa y la fuerza, incluido el abuso de posición, orientados positivamente a obtener el consentimiento.<sup>187</sup>

b) La doctrina tradicional del contrato fue reticente a reconocer deberes positivos de conducta durante la negociación de un contrato. Sin embargo, la antigua doctrina de los vicios redhibitorios establece un formidable fundamento en esa dirección (artículos 1858, 1861, 1932, 1933, 1934, 2192, 2203). Uno de los más importantes desarrollos del derecho de las obligaciones reside precisamente en la definición de deberes positivos de conducta durante la negociación contractual. Atendida la importancia de la materia en el derecho de obligaciones, en una sección especial se hará una breve reseña de esta responsabilidad precontractual, incluidos los deberes positivos de información (*infra* § 67 f).

## § 12. CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN

### a. *Justificación e ilicitud*

**75. Causales de justificación y juicio de ilicitud.** a) En general, las causales de justificación tienen la función de excluir la antijuridicidad del acto. Como se ha señalado, en el ámbito civil la culpa cubre los requisitos objetivos que debe cumplir el acto del demandado para que haya lugar a la responsabili-

<sup>186</sup> Fleischer 2001 574. Véase respecto de los criterios de cercanía para determinar los deberes, Palandt/Heinrichs 2003, § 249 84, Deutsch/Ahrens 2002 18, Restatement/Torts II 314 A, Epstein 1999 295, Franklin/Rabin 2001 139, Jones 2002 59.

<sup>187</sup> La fuerza y su evolución a la luz de la revisión contemporánea de la doctrina voluntarista del contrato lo traté en Barros 2016; un análisis doctrinario y jurisprudencial de la fuerza económica y el abuso de posición, en Barros 2017.

dad (infracción a un deber de cuidado). Por eso, quien dice que un acto es culpable, dice también que es antijurídico, y viceversa. Y en circunstancias que las causales de justificación han sido construidas como defensas, que puede hacer valer quien ha cometido una conducta que es ilícita en principio, su lugar sistemático más correcto en el derecho civil es precisamente como factores excluyentes de la culpa.<sup>188</sup>

A efectos de claridad conceptual, es conveniente precisar que en nuestro derecho el solo daño a un bien ajeno no es aún indicio de responsabilidad, a menos que de sus circunstancias se pueda presumir la culpa (pero esta es una cuestión relativa a la prueba de la culpa, por completo diferente de la pregunta por los elementos de la responsabilidad civil). Por consiguiente, tiene poco sentido práctico construir la culpa y la antijuridicidad como requisitos diferentes entre sí. Por lo demás, no es sensato detenerse en conceptualizaciones que en otros sistemas jurídicos, donde sí tienen un fundamento legal expreso, no se han mostrado fructíferas para discernir los problemas prácticos que plantea la responsabilidad civil (*supra* N° 51).

Por eso, mientras en materia penal las causales de justificación excluyen la antijuridicidad del hecho típico, en sede civil actúan sobre la culpa, porque esta se confunde con el juicio de ilicitud (*supra* N° 50). Su función, por tanto, es servir de defensa razonable para el hombre prudente.

b) Las causales de justificación no están reguladas por la ley civil, como ocurre en el derecho penal (Código Penal, artículo 10). En verdad, su reconocimiento se desprende de los principios generales de nuestro derecho, según los cuales solo se responde de los daños causados con dolo o culpa.<sup>189</sup> En el ámbito del derecho civil, sin embargo, debe considerarse que las causales de justificación no excluyen la pena, sino la obligación indemnizatoria, con el efecto de que es la víctima quien debe soportar el daño sin derecho a reparación. Esta diferencia es relevante, tanto en cuanto a la configuración en concreto de las causales, como a sus efectos.

**76. Justificación de la conducta y sopesamiento de bienes jurídicos.** a) Las causales de justificación permiten neutralizar el juicio de ilicitud de la conducta: si bien la conducta parece infringir un deber objetivo de cuidado (y, por consiguiente, en principio es culpable), quien ha actuado de ese modo tiene una razón poderosa que permite excluir la responsabilidad. En el fondo, las causales de justificación se fundan en un sopesamiento de bienes jurídicos: es cierto que no se debe causar daño a la persona de otro disparando un arma de fuego, pero es admisible hacerlo si se es objeto de un asalto; es contrario a derecho destruir la propiedad ajena, pero puede ser permisible si la acción tiene por fin salvar una vida humana; es ilícito privar a otro de la libertad, pero no lo es si se actúa en cumplimiento de un deber.

b) Ocurre, sin embargo, que también es propio del juicio de culpabilidad realizar ese sopesamiento, como lo muestran los criterios que sigue una

<sup>188</sup> Por eso, quien se defiende explicando su aparente negligencia, en verdad, más que justificarse o excusarse, niega haber sido negligente, Goldberg 2015.

<sup>189</sup> Alessandri 1943 598, Larenz/Canaris 1994 363.

persona diligente y razonable para dirigir su conducta. Precisamente porque la libertad de expresión tiene un valor significativo, su ejercicio en materias de interés público solo es ilícito para el derecho civil cuando se incurre en una contravención lo suficiente grave a las buenas prácticas informativas. Algo análogo ocurre con la administración de justicia, donde la protección de la honra cede, salvo dolo o culpa grave, en beneficio del interés público comprometido en la obtención de la verdad en el proceso. O en materia de competencia comercial, donde el daño patrimonial que sufre un empresario por actos de un competidor, incluso voluntarios, solo por excepción da lugar a reparación. O cuando un médico maneja en inobservancia proporcionada de las reglas del tránsito para atender a un paciente que ha sufrido una crisis cardíaca. En general, la prudencia supone sopesar los *pro* y los *contra* de la acción emprendida.

Sin embargo, desde un punto de vista práctico, conviene mantener el concepto de causales de justificación como criterio excluyente de la ilicitud en el caso de conductas que son ilícitas *per se*, esto es, sin consideración a las circunstancias de la acción. El ilícito *per se* suele existir en hipótesis de culpa infraccional (*supra* N° 53), pero también en casos en que la lesión a un bien ajeno es *prima facie* indicio de ilicitud, como suele ocurrir con los atentados a la privacidad ajena (*infra* N° 381). En estos grupos de casos, es conveniente atender a que las causales de justificación operan precisamente como excepciones justificatorias de una conducta que *per se* puede ser tenida por ilícita. El efecto no altera el lugar donde la pregunta se plantea (cuál es la culpa o ilicitud), pues se limita, en la práctica, a invertir el peso de la argumentación y de la prueba (como en el caso de las presunciones de culpa).

El sopesamiento de bienes e intereses opera al tratar la ilicitud de la conducta de una manera muy semejante a las causales de justificación: una conducta que *prima facie* puede parecer ilícita, es tenida por correcta atendidos los otros bienes o intereses en juego. En verdad, la diligencia, que es la principal y más general de las excusas, expresa un sopesamiento de razones para actuar de una u otra manera. Las causales de justificación no son sino defensas típicas que el derecho acepta porque las valora como superiores al juicio de reproche, que de lo contrario recaería sobre la acción.<sup>190</sup>

**77. Prueba.** En circunstancias que las causales de justificación actúan como excepciones al juicio de ilicitud que tendría lugar a falta de tales excusas, corresponde probar los antecedentes de hecho en que se funda a quien las alega, conforme a la regla general de la carga de la prueba en materia civil (artículo 1698).

<sup>190</sup> Recurriendo expresamente al sopesamiento de razones, en un caso de responsabilidad extracontractual del Estado, en que un policía dio muerte con un disparo a una persona que inició actuaciones destinadas a escapar de la policía, la Corte de Santiago declaró que "los tribunales, sobre la base de los bienes jurídicos en juego, han privilegiado la vida al calificar la racionalidad del proceder de la policía, rechazando el empleo de armas para el solo objeto de evitar la fuga de detenidos", Corte de Santiago, 19.6.2003, GJ 276, 111. En el mismo sentido, CS, 6.8.2012, rol N° 4.558-2011.

b. *Análisis de las causales de justificación*

**78. Enumeración.** En los párrafos siguientes se analizarán brevemente las causales especiales de justificación de común aceptación por la doctrina: la ejecución de actos autorizados por el derecho (conexo a lo cual se hará una referencia a la responsabilidad por abuso de derecho); el consentimiento de la víctima; el estado de necesidad, y la legítima defensa.<sup>191</sup>

**79. Actos ordenados o autorizados por el derecho.** a) En circunstancias que la culpa es ilicitud, los *actos expresamente permitidos u ordenados por la ley* no pueden ser culpables. Ello vale tanto respecto de potestades jurídicas, como de derechos reconocidos por la Constitución o la ley.

En el primer sentido, no suele haber responsabilidad cuando se ejercen potestades discrecionales, en el ámbito privado o público: los directores de una sociedad anónima pueden ser hechos responsables por haber aprovechado ilícitamente su posición en perjuicio de la sociedad, pero no pueden serlo por tomar decisiones de negocios equivocadas en el ámbito de sus facultades de administración discrecionales; igual regla se aplica a quienes administran asuntos de Estado.<sup>192</sup> En definitiva, el ejercicio de un derecho potestativo excluye la ilicitud de la acción.<sup>193</sup> Con mayor razón no incurre en culpa quien causa daño en cumplimiento de un deber legal.<sup>194</sup> Tal es el caso del agente de policía que priva de libertad al detenido, o del receptor judicial que traba un embargo.

<sup>191</sup> En la doctrina chilena se han incluido, además, las eximentes de caso fortuito o fuerza mayor, la violencia física o moral, la culpa exclusiva de la víctima y el hecho de un tercero (Alessandri 1943 599). Sin embargo, si bien las circunstancias señaladas efectivamente excluyen la responsabilidad, no lo hacen por la vía de excusar la ilicitud, sino actuando preferentemente sobre otros elementos de la responsabilidad, como son la voluntariedad o libertad del acto, en el caso de la fuerza física o moral (*supra* N° 35), o la relación causal en el caso fortuito o fuerza mayor, el hecho de un tercero y la culpa de la víctima, en la medida que sean suficientemente intensas como para ser consideradas las únicas causas normativamente relevantes (*infra* N°s 270 y 290); véase Ducci 1936 215.

<sup>192</sup> Cane 1996 238. Especialmente clara respecto de la distinción entre potestad discrecional y deber de servicio del órgano público y su relevancia en la determinación de la responsabilidad patrimonial, CS, 29.9.2004, GJ 291, 61; para una explicación de la distinción en el ámbito público, *infra* N° 351; en el ámbito privado, *infra* N° 609.

<sup>193</sup> Aplicando esta causal de justificación, la jurisprudencia nacional ha señalado que "el mero ejercicio de una acción judicial, aunque los tribunales no la acojan en definitiva, no constituye injuria o daño por sí solo", Corte de Santiago, 1.1.1925, confirmada por CS [cas. fondo], 3.3.1927, RDJ, t. XXV, sec. 1ª, 117; en un sentido similar, Corte de Santiago, 28.7.1936, confirmada por CS [cas. fondo], 3.11.1937, RDJ, t. XXXV, sec. 1ª, 173. Para un caso en que el ejercicio de una acción judicial fue considerado abusivo, por ejercerse de forma extremadamente imprudente, véase, Corte de Coyhaique, 9.5.1997, confirmada por CS [cas. fondo], 28.5.1998, RDJ, t. XCV, sec. 1ª, 57; en general, sobre la responsabilidad por abuso de derecho, *infra* § 48. Sobre la base de este principio, también, las cortes han rechazado demandas de responsabilidad civil por ruptura de negociaciones contractuales (*infra* N° 814), reconociendo, sin embargo, límites en la buena fe (CS, 10.10.2014, rol N° 579-2014).

<sup>194</sup> Ducci 1936 67, Alessandri 1943 604.

En el segundo sentido, el ejercicio de un derecho subjetivo en sentido estricto (como, por ejemplo, el derecho de libre expresión o a desarrollar una actividad económica) usualmente excluye la ilicitud. De este modo, la justificación de actuar en ejercicio de un derecho influye ya al momento de juzgar la negligencia, porque la persona diligente no solo considera el riesgo que su acción provoca a los demás, sino también el valor de su propia acción (*supra* N° 61).

b) En definitiva, el ejercicio de una actividad autorizada o de una potestad conferida por el derecho es usualmente calificable como ejercicio de un derecho subjetivo. Así, el propietario que actúa en el marco de su derecho de dominio reconocido por la Constitución (artículo 19 N° 24) y por la ley (artículo 582) no comete ilícito al excluir a terceros del goce de la cosa; y quien tiene la potestad de administrar una sociedad según su juicio prudencial, como ocurre con el directorio de una sociedad anónima, no tiene que responder por el mérito de sus actuaciones (Ley de sociedades anónimas, artículos 31 y 40). El límite está dado, sin embargo, por el *abuso de derecho*, esto es, por la actuación que en la forma está amparada por un derecho, pero que materialmente es antijurídica; el abuso de derecho excluye la justificación de estar actuando conforme a derecho (*Capítulo IX*).

c) La ilicitud en materia civil también se refiere a aquello que es en general considerado como impropio. De este modo, en principio queda también excluida la culpa cuando la conducta da cuenta de *usos o prácticas que son tenidos comúnmente por correctas* (*supra* N° 56). Por eso, la incisión que hace el médico al operar al paciente conforme a las prescripciones de su *lex artis*, o las lesiones que ocasiona el futbolista que ejecuta una acción violenta, pero tolerada por las reglas del juego,<sup>195</sup> no constituyen hechos ilícitos.<sup>196</sup> En estos casos, el límite de licitud está dado por los deberes de cuidado que rigen cada tipo de actividad. Por eso, solo la infracción a esos deberes, y no la lesión producida, será indicativa del ilícito civil.<sup>197</sup>

**80. Obediencia debida.** a) Más compleja es la justificación de haber observado órdenes emanadas de autoridad competente (*obediencia debida*), porque estas no actúan *per se* como eximentes de responsabilidad. Por regla general, la

<sup>195</sup> Carbonnier 2000 426.

<sup>196</sup> Aquí se muestra que no es necesario introducir en el derecho civil un concepto de antijuridicidad distinto a la culpabilidad. En general, una de las razones para incluir la antijuridicidad como un requisito autónomo de la culpa en materia de responsabilidad civil es precisamente para excluir de la ilicitud casos como el del médico que provoca una herida. Que ese análisis se haga antes o después del resto del juicio de ilicitud (esto es, de culpabilidad) no es razón suficiente para separar en dos conceptos el juzgamiento civil de la licitud de la conducta, que atiende a todos los aspectos relevantes (incluido, como en el caso del médico, que la conducta sea socialmente aceptada como legítima). Ello resulta necesario en el derecho penal en atención a la función limitada que tiene la culpa en la construcción jurídica del hecho ilícito (*supra* N° 45).

<sup>197</sup> En verdad, en estos ejemplos se muestra cómo en nuestra tradición jurídica la antijuridicidad es inseparable de la ilicitud de la conducta: el ejercicio proporcionado de un derecho forma parte de juicio de valor relativo a la conducta, que es constitutivo de la culpa civil (*supra* N° 76).

circunstancia de actuar en cumplimiento de una orden de autoridad opera como causal de justificación, pero a condición de que dicha orden no sea evidentemente contraria a derecho. En otros términos, el límite está dado por la "ilegalidad manifiesta de la orden".<sup>198</sup> Quien actúa en cumplimiento de una orden que está dotada de apariencia de legalidad o cuyo contenido antijurídico no es discernible con toda evidencia por el subordinado, actúa bajo una apariencia de juridicidad. En estos casos, la obediencia a la orden puede ser concebida como una presunción de error inimputable.<sup>199</sup>

b) En particular delicada es la situación de quien recibe una orden manifiestamente ilegal, que, sin embargo, se ve en la necesidad de obedecer. Si ha operado, atendidas las circunstancias, una fuerza irresistible, o se ha puesto al subordinado en situación de inexigibilidad,<sup>200</sup> la acción no es imputable, porque no puede ser subjetivamente atribuida como un acto libre de quien causa el daño.<sup>201</sup> Descartada esa hipótesis de fuerza irresistible, todo parece indicar que quien ejecuta una acción ilegal que afecta severamente un derecho ajeno no puede excusarse en razón de la obediencia, salvo que haya agotado los medios que el derecho administrativo le concede.<sup>202</sup> Hasta dónde llega la fuerza irresistible es una cuestión de hecho que debe ser evaluada en concreto.

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

<sup>198</sup> Así, Alessandri 1943 604: "el funcionario público o municipal, y aun el simple particular, que ejecuta un acto en cumplimiento de órdenes emanadas de la autoridad administrativa o judicial, por ilegales que ellas sean, no responde del daño que así cause, a menos que la ilegalidad o ilicitud del acto sea tal que un hombre prudente se habría abstenido de ejecutarlo o que el daño provenga de la forma como se cumplió la orden, por ejemplo, causándolo o agravándolo innecesariamente o con manifiesto descuido o negligencia".

<sup>199</sup> Bustos 1989 224.

<sup>200</sup> Cury 2005 460.

<sup>201</sup> En materia penal es excusa aceptable que quien resulte responsable material del delito cometido por funciones públicas haya obrado por orden de sus superiores a quienes debe obediencia disciplinaria (Código Penal, artículo 159). La Corte Suprema, en fallo dividido, ha declarado que esa norma debe interpretarse de modo que excluya órdenes manifiestamente ilegales; el interesante voto de minoría declara que debe aplicarse de manera estricta la eximente, sin perjuicio de razonar que esa norma es injusta porque atenta contra los deberes que su condición impone a los funcionarios (CS, 29.3.2000, GJ 249, 113). En circunstancias que el principio de legalidad no rige en materia civil del modo que en el derecho penal, todo indica que la representación y la negativa de cumplir, en su caso, es un deber de conducta, salvo circunstancias extraordinarias o disposición legal expresa.

<sup>202</sup> El Código de Justicia Militar dispone que queda exculpado el militar que cumple una orden de servicio que supone un hecho punible si ha suspendido su ejecución y ha representado previamente al superior la ilegalidad (Código de Justicia Militar, artículo 214).

b) Cuando la víctima potencial voluntariamente *acepta el riesgo* que supone la ejecución de un acto de tercero que puede causarle daño, realiza un acto de disposición, que está sujeto a los límites establecidos por las reglas generales que rigen la validez de los actos jurídicos. Así, el consentimiento no puede validar un acto ilegal o contrario a las buenas costumbres (artículo 1461). En consecuencia, la autorización no puede importar condonación de dolo futuro (artículo 1465);<sup>203</sup> y no puede significar la renuncia a derechos indisponibles (como la vida o la integridad física), en virtud de lo dispuesto en el artículo 12 del Código Civil.

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

c) Marginalmente diferentes a la aceptación del riesgo (donde hay una voluntad específica) son los casos de *asunción voluntaria de un riesgo*. Así ocurre respecto de quien participa de actividades deportivas. En verdad, el deporte riesgoso es hoy un área especial de la responsabilidad, precisamente porque combina por naturaleza el placer hedonista con el peligro.<sup>204</sup> Como se ha expresado, los riesgos asumidos en el deporte son aquellos que surgen de las reglas del juego. Sin embargo, la mera infracción a la regla no parece ser suficiente para dar por establecida la culpa, precisamente porque quien participa en un deporte riesgoso asume el riesgo de desviaciones que razonablemente se pueden esperar en el marco de la competencia o del desafío personal (*supra* N° 79).

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

En definitiva, la asunción de un riesgo por la víctima supone considerar el efecto que tiene su acto voluntario en el resultado dañoso, de modo que

<sup>203</sup> En el mismo sentido Alessandri 1943 636, con referencia a la equivalencia de la culpa grave con el dolo.

<sup>204</sup> Carbonnier 2000 426.

si también ha intervenido un hecho de tercero, el problema es típicamente de causalidad concurrente del hecho de la víctima y del tercero cuya negligencia se invoca (*infra* N° 294).

d) En materia de aceptación y asunción de riesgos son particularmente relevantes los *deberes de información* acerca de la entidad del riesgo (esto es, acerca de su probabilidad e intensidad), cuando hay asimetría entre el conocimiento de quien ofrece o facilita la actividad riesgosa y el conocimiento que se puede esperar de quien la realiza (*infra* N° 825). No puede entenderse que se asume en forma voluntaria un riesgo quien conocidamente no está en situación de medirlo. Por el contrario, quien está en conocimiento de un riesgo que es desconocido para las potenciales víctimas, puede incurrir en responsabilidad si no lo informa.<sup>205</sup>

e) De particular importancia es el *consentimiento presunto* cuando la víctima no estaba en condiciones de prestarlo. Es una situación típica en materia de responsabilidad médica. Puede asumirse en la materia una regla de razonabilidad pasiva: se trata de una modalidad de la pregunta acerca de la conducta hipotética de una persona razonable y prudente, que está referida a cómo habría decidido respecto de la asunción del riesgo, si hubiese estado en condiciones de hacerlo, atendidas las circunstancias.<sup>206</sup>

**82. Estado de necesidad.** a) En virtud del principio del sopesamiento prudencial de los bienes e intereses en juego que caracteriza al juicio de diligencia, actúa sin culpa quien ocasiona un daño para evitar otro mayor.<sup>207</sup> El estado de necesidad es una excusa que se basa en la desproporción de los bienes comprometidos por la acción: la víctima soporta un daño que es substancialmente menor al daño actual o inminente que el autor pretende evitar.<sup>208</sup>

Además de la notoria desproporción de los bienes y la actualidad o inminencia del peligro, la doctrina agrega los requisitos de que el peligro que se trata de evitar no tenga su origen en una acción culpable del que alega la justificación y que no hayan estado disponibles medios inocuos o menos dañinos para evitar el daño.<sup>209</sup> En el primer caso, el daño es causalmente

<sup>205</sup> La regla es de gran importancia en materia de responsabilidad por productos defectuosos, especialmente cuando se trata de productos peligrosos (*infra* N°s 550 y 552).

<sup>206</sup> Sobre el consentimiento del riesgo en materia médica, *infra* N°s 483 y 485.

<sup>207</sup> Alessandri 1943 610.

<sup>208</sup> Un ejemplo de aplicación de esta excusa es la del funcionario policial que ante la falta de agua y con temor de que un incendio se propague a los inmuebles vecinos, derrama el contenido de unas pipas de aguardiente que se hallan al interior de uno de esos inmuebles; demandado por el dueño del aguardiente, el policía fue declarado exento de responsabilidad por haber actuado destruyendo "la propiedad privada de un individuo para salvar la de muchos" (Corte de Santiago, 21.10.1890, G. de los T., 1890, 2° sem., N° 4135, 999).

<sup>209</sup> Alessandri 1943 611. En relación con el segundo de los requisitos mencionados, se ha fallado que el Fisco es responsable de los daños ocasionados por la fuerza policial que, para evitar que cayesen en manos de unos huelguistas, arrojó al mar unos cajones de cerveza que se hallaban en el muelle, toda vez que la autoridad no está eximida de "la obligación de recurrir entre varios [medios], a los que menos daños ocasionen al derecho de los particulares", y

atribuible a la culpa; en el segundo, el estado de necesidad está descartado en razón de que la desproporción del medio empleado muestra que no había propiamente una necesidad.

b) Conviene tener presente que el estado de necesidad puede justificar tanto una *agresión* que se hace a un bien ajeno (por ejemplo, cuando se destruye una plantación del vecino para combatir un incendio), como un acto de *defensa* frente a un riesgo provocado por una cosa ajena (como ocurre cuando se dispara a un perro que amenaza a un menor).<sup>210</sup>

c) Por último, el estado de necesidad excluye la acción propiamente indemnizatoria de la víctima por el daño ocasionado, pero no obsta al ejercicio de la *acción restitutoria* del daño producido para obtener un provecho propio o ajeno, pues el derecho no puede amparar el enriquecimiento injusto de quien salva un bien propio con cargo al patrimonio de otro.<sup>211</sup>

**83. Legítima defensa.** La legítima defensa opera en el derecho civil de modo análogo que en el penal. Así, actúa en legítima defensa quien ocasiona un daño obrando en defensa de su persona o derechos, a condición de que: *i*) la agresión sea actual e ilegítima;<sup>212</sup> *ii*) no haya mediado provocación suficiente por parte del agente;<sup>213</sup> *iii*) la defensa sea necesaria y proporcionada al ataque;<sup>214</sup> *iv*) se dirija contra el agresor; y *v*) el daño se haya producido a consecuencia del acto de defensa.

tampoco se acreditó que este fuese el "medio necesario y único de impedir su apropiación" (Corte de Santiago, 11.1.1908, RDJ, t. V, sec. 2ª, 55).

<sup>210</sup> En el derecho alemán, donde el estado de necesidad está regulado en el BGB, son más fuertes los requisitos para el estado de necesidad agresivo (peligro actual), que para el defensivo (peligro que amenaza); §§ 904 y 228 del BGB, respectivamente.

<sup>211</sup> Así también P. Rodríguez 1999 157, pero calificando la acción como indemnizatoria. Los daños a la propiedad ajena causados en estado de necesidad han sido calificados en el *common law*, como un privilegio incompleto de interferir en la propiedad ajena, Ripstein 2007. Es incompleto porque, si bien su titular es libre de invadir la propiedad de otro cuando se encuentra en estado de necesidad, debe pagar por los perjuicios resultantes de su acción. Una interpretación alternativa afirma que estos casos responden a la aplicación de una regla que limita la facultad de exclusión de un propietario a una regla de razonabilidad, pero que a la vez suponen la comisión de un *torit de trespass* (hipótesis de responsabilidad estricta), Goldberg 2015 103. Una posición similar a esta última ha sido defendida en Wilenmann 2017 286, donde sostiene que los casos de interferencia en la propiedad ajena en estado de necesidad responden a un arreglo distributivo.

<sup>212</sup> Desde el punto de vista de la culpa es suficiente que la agresión sea putativa, esto es, que la defensa esté basada en la creencia de un peligro, sin que en ello medie negligencia (Deutsch 2002 b, 47). En el derecho penal la defensa frente a una agresión aparente da lugar a un error sobre los presupuestos fácticos de la causal de justificación, que puede excluir la ilicitud (Roxin 1994 826); esas hipótesis pueden ser consideradas sin más como justificaciones en el derecho civil, sin perjuicio de las acciones restitutorias que proceden (de modo análogo a lo que ocurre con los efectos del estado de necesidad).

<sup>213</sup> Como ocurre si se golpea físicamente a quien fuma en un sector restringido de un restaurante (Deutsch 2002 b 47).

<sup>214</sup> Sobre ausencia de proporcionalidad entre el ataque y el medio empleado para defenderse, véase CS, 8.1.1979, F. del M. 244, 33 y CS, 4.4.2001, GJ 250, 151.

Salvo el requisito de daño, que es propio de la responsabilidad civil, las demás condiciones de la causal de justificación son las que se reconocen en el derecho penal (Código Penal, artículo 10 N° 4). Por consiguiente, lo discurrido por la doctrina penal es también aplicable en materia civil. Sin embargo, en la medida que el demandado oponga la legítima defensa como causal eximente de responsabilidad penal, en el juicio en que se investigue dicha responsabilidad, la absolución no producirá efectos de cosa juzgada en materia civil, en virtud de lo dispuesto en el artículo 179 del Código de Procedimiento Civil (*infra* N° 776).

### § 13. PRUEBA DE LA CULPA

**84. Objeto de la prueba.** En el proceso civil, se plantean dos cuestiones diferentes respecto a la prueba de la culpa. Ante todo, el demandante debe probar el hecho (acción u omisión) del demandado. Si este hecho es calificado como ilícito por la ley, ello bastará para dar por establecida una culpa infraccional; en ese caso, solo surgirán nuevos problemas probatorios si se argumenta una justificación o surgen preguntas respecto a la causalidad. Pero si la ley no califica de ilícito el hecho, la prueba comprende, en segundo lugar, todas las circunstancias que permitan al juez formular un juicio acerca de la diligencia o negligencia del demandado. Con ese fin, es necesario que el juez califique normativamente su conducta efectiva, para lo cual esta es comparada con un estándar de comportamiento debido.

Esta calificación plantea a menudo importantes cuestiones probatorias: ¿actuó con negligencia el médico que no aplicó un cierto coagulante, que podría haber salvado la vida del paciente?; ¿o el fabricante que entrega al mercado un producto farmacéutico que produce un efecto colateral inesperado en cierto tipo especial de consumidores?; ¿o el auditor que no atiende a un antecedente no reflejado en la contabilidad y que le habría permitido descubrir un fraude? Los casos más difíciles en el ámbito de la responsabilidad civil plantean un amplio horizonte probatorio, que no solo comprende el hecho que causa el daño, sino, muy especialmente, las circunstancias que permiten aplicar en la práctica los criterios de diligencia (*supra* N° 58).

**85. Carga de la prueba: principio y excepciones.** a) Atendidas las tareas que puede plantear la prueba de la culpa, es decisivo, desde un punto de vista estratégico, a quién corresponde el peso o carga de la prueba. Las reglas que establecen cargas atribuyen riesgos y la regla general es que el riesgo probatorio pertenece a quien demanda como víctima.

b) El principio general es que *el hecho culpable debe ser probado* por quien lo alega, por aplicación de la regla del artículo 1698 del Código Civil, toda vez que la culpa es uno de los supuestos de la obligación de indemnizar.<sup>215</sup>

<sup>215</sup> "La prueba de la culpa cuasidelictual o aquiliana corresponde al demandante, y la

El mismo principio rige respecto del daño (*infra* N<sup>os</sup> 169, 170 y 214) y la causalidad (*infra* N<sup>o</sup> 271). El principio probatorio se funda en la idea de que lo es correcto aplicar a alguien la obligación de indemnizar solo si se acreditan los hechos que acreditan la infracción de un deber.<sup>216</sup>

Desde un punto de vista lógico, la prueba de la culpa envuelve una ambigüedad: por un lado, se requiere la prueba del hecho ocurrido; por otro lado, se exige un juicio normativo, como es probar que ese hecho es ilícito. Es evidente que si ese ese hecho infringe una norma legal es ilícito *per se* y solo habrá que probar el supuesto de hecho de la norma que se pretende infringida. Pero si se debe recurrir a un concepto general de culpa, entendida genéricamente como negligencia o imprudencia, será necesario allegar al proceso evidencias que permitan al juez concretizar el concepto normativo e indeterminado de 'culpa' en relación al hecho relevante. En estos casos, la infracción es a usos normativos (N<sup>os</sup> 58-67, 87), o a una regla implícita que solo puede construirse sobre la base de las circunstancias y a la luz del estándar de diligencia que resulta exigible en la actividad que ha provocado el daño (N<sup>os</sup> 58-67, 88). En estas situaciones, la tarea del juez es descubrir la regla de conducta que debió observar el autor del daño (*infra* N<sup>os</sup> 88, 90).

c) En la práctica, en el juicio de responsabilidad ambas partes colaboran en la prueba de los hechos. La disputa acerca de la negligencia se traduce en una demostración que intenta hacer el demandante de la falta de cuidado y en la prueba inversa que pretende producir el demandado. Si se discute sobre la conducta del calculista de un edificio que ha colapsado a consecuencia de un terremoto de intensidad previsible, el demandante intentará mostrar de qué manera ha faltado a las reglas de la profesión y el ingeniero pretenderá excusarse alegando que la falla no se debió a sus

de irresponsabilidad o atenuación corresponde al demandado" (CS, 16.10.1954, RDJ, t. LI, sec. 1<sup>a</sup>, 488); en el mismo sentido, se ha resuelto que "tratándose de la responsabilidad extracontractual, el caso de la prueba recae en la víctima, de manera que debe acreditar cada uno de los presupuestos de hecho necesarios para que esta surja" (CS, 29.9.1998, RDJ, t. XCV, sec. 1<sup>a</sup>, 157); asimismo se ha fallado que "el artículo 1698 del Código Civil, en la especie, hace de cargo del demandante probar la existencia de la obligación de reparar, y del demandado acreditar su extinción" (CS, 26.9.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 1<sup>a</sup>, 169); también que "el daño no genera responsabilidad sino a condición de que sea imputable a dolo o culpa, la que debe ser demostrada por el que la alega" (CS, 16.10.2000, GJ 244, 61, también publicada en F. del M. 503, 3477); finalmente, se ha sostenido que "es la víctima que reclama la correspondiente indemnización quien debe probar el hecho doloso o culpable que imputa al demandado, salvo que la ley presuma la culpabilidad de este" (Corte de Concepción, 20.5.2002, confirmada por CS [cas. forma], 29.10.2002, GJ 268, 93). Véanse también CS, 13.1.1922, RDJ, t. XXI, sec. 1<sup>a</sup>, 529; CS, 21.9.1923, RDJ, t. XXII, sec. 1<sup>a</sup>, 481; CS, 8.10.2001, GJ 256, 232, publicada también en F. del M. 503, 3385; Corte de Valdivia, 15.5.2002, confirmada por CS [cas. fondo], 4.9.2002 y 24.7.2003, GJ 277, 99; y CS, 21.8.2002, F. del M. 501, 1890; CS, 10.5.2011, rol N<sup>o</sup> 1.839-2009; y CS, 18.1.2012, rol N<sup>o</sup> 3.391-2009. Asimismo, tratándose de la culpa de la víctima, se ha fallado que la exposición imprudente al daño por parte de esta exige culpa en su actuar, la que debe ser probada por el demandado que la alega, Corte de San Miguel, 15.5.2015, rol N<sup>o</sup> 114-2014.

<sup>216</sup> Fleming 1985 147.

cálculos erróneos o que el sismo tenía características imprevisibles.<sup>217</sup> La prueba es un diálogo entre las partes.<sup>218</sup>

En ese diálogo puede ocurrir que el demandado tenga el control de los antecedentes de hecho necesarios para calificar su conducta, en cuyo caso deberá ponerlos a disposición de la otra parte. Ese será generalmente el caso, por ejemplo, en juicios contra fabricantes por defectos de diseño o de información en productos que se ofrecen al público. Si la demandada *omite* entregar los antecedentes que ella controla, por razones de buena fe procesal, es el demandado quien carga el riesgo de que la prueba respectiva se entienda verificada en su perjuicio.<sup>219</sup> Se invierte la carga subjetiva de aportar antecedentes. El principio que obliga a proporcionar la prueba que el demandado controla está recogido por el artículo 273 N<sup>os</sup> 2<sup>o</sup> a 4<sup>o</sup> del Código de Procedimiento Civil.<sup>220</sup>

d) Una de las tareas más delicadas del derecho de la responsabilidad civil ha sido establecer correcciones, como las indicadas al principio, de que es el demandante quien carga con el peso de la prueba. El principio de la culpa probada pone con frecuencia a la víctima en una importante desventaja estratégica frente al autor del daño. A veces, el demandante carecerá de acceso a los instrumentos probatorios que están en poder del demandado; y en los casos más complejos, difícilmente estará en condiciones de probar cuál era el deber de cuidado que correspondía observar. En consideración a estas dificultades, el sistema procesal tiende a exigir a las partes que entreguen los antecedentes probatorios que cada cual controla, definiendo así la *carga subjetiva de la prueba*, y el derecho sustantivo de la responsabilidad civil contempla *presunciones de culpabilidad*, cuyo efecto es invertir el riesgo probatorio en favor de la víctima.

El Código Civil establece presunciones de culpa referidas al hecho propio (artículo 2329), al hecho de las cosas (artículos 2323, 2324, 2326, 2327 y 2328) y al hecho ajeno (artículos 2320 y 2322). En los tres casos, de ciertos hechos se infiere que el daño es atribuible a un hecho culpable del demandado: sea porque se presume que el hecho del propio demandado es culpable (*infra* § 14); sea porque se presume que no ha empleado el cuidado debido con las cosas que están bajo su control (*infra* § 19); sea, finalmente, por no haber

<sup>217</sup> Demostrativa del carácter compartido de la prueba en el juicio de responsabilidad es una sentencia de la Corte Suprema dictada en un juicio de supuesta negligencia hospitalaria, en que una menor falleció producto de un TEC; se resolvió "que no se acreditó que el TEC, principal causante del deceso, haya sido producto de un acto doloso o culposo de persona determinada o indeterminada por quien responde la demandada, ni que reúna las características adecuadas para ocultar negligencia médica (...) y, en cambio, que se probó que las atenciones brindadas a la menor fueron oportunas y adecuadas y que corresponden a acciones realizadas conforme a la 'Lex Artis' Médica, en todas las diversas etapas de tratamiento de la menor", CS, 29.9.1998, RDJ, t. XCV, sec. 1<sup>a</sup>, 157.

<sup>218</sup> Flour/Aubert 2011 142.

<sup>219</sup> Medicus 2003 b 402.

<sup>220</sup> Surge la pregunta por los límites que puede tener esta carga subjetiva de la prueba, en especial bajo el argumento de la confidencialidad; la pregunta puede contestarse usualmente interrogándose si esa excusa debe ponderarse como superior al interés procesal de conocer los antecedentes y si está planteada de buena fe.

sido diligente en la prevención de daños provocados por otras personas que están bajo su dependencia o cuidado (*infra* § 17). En cada caso se trata de presunciones simplemente legales, que solo invierten la carga probatoria y que pueden ser desvirtuadas con prueba en contrario.

**86. Prueba de la culpa infraccional.** Si el deber de conducta se encuentra definido por una norma legal o reglamentaria, al demandante le bastará probar su infracción. A falta de una excusa, la sola contravención expresa la culpabilidad. Así, se ha fallado que “habrá culpa por el solo hecho de que el agente haya ejecutado el acto prohibido o no haya realizado el ordenado por la ley o el reglamento, pues significa que omitió las medidas de prudencia o precaución que se estimaron necesarias para evitar un daño”.<sup>221</sup>

Con todo, ello no significa que la culpa así establecida sea irrefutable. Técnicamente la culpa infraccional es una presunción de culpabilidad, porque admite las excusas que se analizaron en su momento (*supra* N° 53).<sup>222</sup> La prueba, sin embargo, recae en hechos que muestren la diligencia del demandado, lo que usualmente solo tendrá éxito si se muestra la imposibilidad de cumplir la regla infringida o alguna causal de justificación.

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

La noción de usos profesionales se refiere a las reglas de la buena práctica de un oficio o profesión que son reconocidas por lo general como válidas. Esas prácticas tienen la característica de discriminar de un modo más o menos espontáneo entre la conducta correcta e incorrecta. La conducta profesionalmente incorrecta de acuerdo con dichos usos infringe el estándar

<sup>221</sup> Corte de Valdivia, 9.11.1988, confirmada por CS [cas. fondo], 3.5.1990, GJ 119, 72. Asimismo, se ha fallado que “es dable inferir que el que se ha venido en denominar como ‘estado contravencional’ –la vulneración de la norma reglamentaria– responde o se debe al actuar poco diligente o carente de prudencia por parte del infractor” (CS, 12.4.1999, GJ 226, 131). En el mismo sentido, Corte de Santiago, 28.12.1961, RDJ, t. LVIII, sec. 4ª, 374; Corte de Iquique, 13.8.1963, RDJ, t. LX, sec. 4ª, 374; Corte de Santiago, 10.11.1998, RDJ, t. XCV, sec. 2ª, 78; Corte de Santiago, 24.5.1999, GJ 227, 138; Corte de Copiapó, 6.9.1999, confirmada por CS [cas. forma y fondo], 22.12.1999, GJ 234, 95; CS, 15.9.1999, RDJ, t. XCVII, sec. 1ª, 158; Corte de Valdivia, 25.6.2001, confirmada por CS [cas. fondo], 6.5.2002, GJ 263, 120; Corte de Antofagasta, 10.10.2002, GJ 268, 115; y CS, 13.11.2002, GJ 269, 39; y CS, 3.10.2013, rol N° 4.033-2013, donde se indica que “la infracción a una regulación legal [normativa ambiental] que causa un daño indemnizable es tenida, en principio, por culpable y da lugar a responsabilidad civil de acuerdo a las reglas generales”.

<sup>222</sup> Sobre culpa infraccional por contravención a la Ley del tránsito, siguiendo una norma legal expresa en la materia (actual artículo 167), se ha fallado que “las infracciones referidas en el motivo que precede, constituyen presunción de responsabilidad del conductor en los accidentes en que intervinieren”, Corte de Santiago, 31.12.2002, confirmada por CS [cas. fondo], 30.4.2003, GJ 274, 212. Asimismo, se ha fallado que “[e]n los casos típicos, como los accidentes de tránsito, esta prueba [la de la culpa del demandado] es sencilla, pues basta probar la infracción a la regla del tránsito que ocasiona el daño” (Corte de Santiago, 7.6.2018, rol N° 12.488-2017). Sobre la prueba de la culpa en los accidentes del tránsito, *infra* N° 518.

dar profesional de debido cuidado (*lex artis*) y, en consecuencia, puede ser calificada *per se* como culpable.<sup>223</sup>

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

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

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

<sup>223</sup> Recurriendo a la noción de usos profesionales y a las reglas de la buena práctica de la profesión médica, se ha fallado que para que surja la responsabilidad médica extracontractual es menester que el causante del daño sea médico y que “el hecho se haya ejecutado intencionalmente o con imprudencia o negligencia, lo que se expresa a través de la infracción a la *lex artis*” (CS, 29.9.1998, RDJ, t. XCV, sec. 1ª, 157). Sobre el alcance de las reglas de la buena práctica de la profesión médica y la actividad hospitalaria en la jurisprudencia, véanse, entre otras: CS, 16.3.1998, GJ 213, 112; CS, 2.7.1998, RDJ, t. XCV, sec. 4ª, 95, también publicada en F. del M. 476, 1141; CS, 28.1.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 4ª, 71; Corte de Santiago, 28.12.1999, GJ 234, 63; Corte de Concepción, 10.8.2000, confirmada por CS [cas. forma y fondo], 24.1.2002, GJ 259, 38; Corte de Santiago, 10.10.2000, GJ 245, 169; Corte de Santiago, 23.3.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 2ª, 24; Corte de Iquique, 9.1.2002, confirmada por CS [cas. fondo], 2.4.2003, GJ 274, 194; Corte de Concepción, 6.3.2002, confirmada por CS [cas. fondo], 30.4.2002, GJ 274, 59; Corte de Copiapó, 25.3.2002, confirmada por CS [cas. fondo], 8.7.2002, GJ 265, 127; y Corte de Copiapó, 28.6.2002, GJ 268, 133; Corte de Concepción, 10.12.2013, rol N° 729-2013, confirmada por CS [cas. forma y fondo], 25.6.2014, rol N° 6.146-2014; CS, 17.7.2014, rol N° 10.438-2013; CS, 18.5.2015, rol N° 23.871-2014; CS, 25.4.2017, rol N° 38.151-2016; y CS, 29.12.2017, rol N° 89.635-2016. En general, sobre la responsabilidad médica, *infra* § 50. En relación con la actividad de los notarios, se ha fallado que “la actividad de Notario, como profesional del Derecho, no aparece ajena a estos postulados y a las exigencias de desempeñar adecuadamente la función, de modo que su actuar debe ajustarse a la *lex artis* notarial, cuyo contenido debe considerar las características de su función y al ‘facere típico’ del Notario, para determinar si se ejecutó adecuadamente su ministerio de acuerdo a los estándares normativos vigentes” (CS, 24.10.2016, rol N° 14.317-2016).

en consecuencia, el conjunto de hechos más o menos complejos que permitan apreciar cómo se habría comportado una persona razonable en tales circunstancias (*supra* N° 58).

**89. Medios de prueba y valoración.** a) Para probar la culpa pueden emplearse todos los medios probatorios previstos por la ley. A diferencia de lo que ocurre en materia de contratos, no rige la limitación de la prueba testimonial contemplada en los artículos 1708 y siguientes del Código Civil.<sup>224</sup> La ley solo establece límites cuando el actor estuvo en condiciones de procurarse *ex ante* una prueba escrita, lo que solo puede ocurrir tratándose de los actos jurídicos.

b) La prueba es valorada por el juez de acuerdo con las reglas generales (Código Civil, artículos 1700 y siguientes; Código de Procedimiento Civil, artículos 355, 384, 398 y siguientes, 408, 425, 426 y siguientes y 429). Dentro del marco de eficacia probatoria que la ley otorga a cada medio de prueba, el juez tiene una facultad prudencial para sopesar la prueba rendida (Código de Procedimiento Civil, artículo 428). En consecuencia, salvo que se incurra en el error jurídico de dar por acreditado un hecho por un medio que la ley estima insuficiente, la valoración de la prueba de los hechos brutos discutidos no es objeto de control por medio del recurso de casación.<sup>225</sup>

**90. Naturaleza jurídica del juicio de culpabilidad.** a) El juicio de culpabilidad se refiere a la conducta infractora de un deber de cuidado. A su vez, la determinación judicial del cuidado debido se apoya en consideraciones empíricas, como el riesgo de la acción, el costo de evitar el accidente o los estándares de debida práctica profesional admitidos como obligatorios. La prueba de estos hechos corresponde a la víctima, a menos que resulte aplicable alguna presunción de culpabilidad o una inversión subjetiva de la carga de proveer prueba (*supra* N° 85).

b) Por el contrario, el juicio que se pronuncia acerca de si el demandado actuó en infracción a un deber de cuidado es eminentemente normativo, pues supone enunciar la regla de conducta que el demandado debía observar, que expresa, a su vez, el estándar que le resultaba exigible. Aun en presencia de normas sociales espontáneas que contribuyan a la determinación del deber de cuidado, el juicio de culpabilidad exige del juez que discrimine entre las *meras prácticas* y los *usos propiamente normativos*. En definitiva, cada vez que el juez declara que ciertos hechos constituyen negligencia o diligencia actúa en aplicación de uno de los conceptos normativos más importantes de la ley civil, como es el de culpa (artículos 44, 1437, 2284, 2314 y 2329 del Código Civil).

<sup>224</sup> Así, Alessandri 1943 515, Corral 2013 213; en el mismo sentido, CS, 5.10.1929, RDJ, t. XXVII, sec. 1ª, 557.

<sup>225</sup> La Corte Suprema ha resuelto sistemáticamente que no es admisible el recurso de casación en el fondo si "el recurrente intenta la modificación de los hechos establecidos en el fallo recurrido, toda vez que pretende la irresponsabilidad de su parte por la inexistencia de culpa atacando la valoración de la prueba, modificación que no puede prosperar por esta vía", CS, 6.9.1998, GJ 219, 168; véase también CS, 1.6.2000, GJ 240, 147; CS, 27.12.2011, rol N° 5.848-2009; CS, 16.5.2013, rol N° 7.930-2012.

La calificación del juicio de culpabilidad como una cuestión de derecho, susceptible de control por la Corte Suprema, se justifica también desde el punto de vista del desarrollo armónico del derecho de la responsabilidad civil. Atendida la generalidad del concepto legal de culpa y su referencia a un estándar abstracto de conducta, el derecho comparado muestra que es una importante tarea de la jurisprudencia superior definir progresivamente el contenido de los deberes de cuidado en situaciones típicas.

La doctrina nacional se manifiesta en forma unánime por estimar que la *calificación de una conducta como culpable* es una cuestión normativa, susceptible de ser revisada por la Corte Suprema mediante el recurso de casación en el fondo.<sup>226</sup>

c) La tendencia inicial de la jurisprudencia nacional fue a considerar el juicio de culpabilidad como una cuestión de hecho.<sup>227</sup> En la actualidad no existe un criterio uniforme en la materia, aun cuando es frecuente que la Corte Suprema entre a calificar los hechos de la causa a efectos de valorar normativamente la conducta como culpable.<sup>228</sup>

<sup>226</sup> "Los jueces del fondo establecen soberanamente los hechos materiales de donde se pretende derivar la responsabilidad delictual o cuasidelictual civil. La Corte Suprema no podría alterarlos o modificarlos, a menos que se hubieran violado las leyes reguladoras de la prueba. Pero la apreciación de estos hechos, determinar si constituyen o no dolo o culpa, si revisten o no los caracteres jurídicos de un delito o cuasidelito y si engendran, por lo mismo, responsabilidad, es materia que cae de lleno bajo la censura de la casación" (Alessandri 1943 204); en el mismo sentido, Ducci 1936 84, Meza 1988 258, y Abeliuk 2014 276-277.

<sup>227</sup> Así, se falló que "la existencia o no de culpa o dolo en un acto determinado es materia que corresponde apreciar exclusivamente a los jueces de la instancia, salvo que ese acto haya sido reputado culpable o doloso por la ley y ello porque siendo facultad del tribunal de casación únicamente la de juzgar si la ley ha sido correctamente aplicada, está imposibilitado para emitir juicio si no hay ley aplicable a la materia decidida por el tribunal de alzada", CS, 13.6.1946, RDJ, t. XLIII, sec. 1ª, 495; véanse también, entre otras, CS, 21.4.1909, RDJ, t. VI, sec. 1ª, 393 y CS, 11.1.1960, RDJ, t. LVII, sec. 4ª, 7.

<sup>228</sup> Según Alessandri 1943 208, se habría mostrado un cambio jurisprudencial a partir de 1939, cuando el tribunal de casación, calificando los hechos determinados por los jueces del fondo, señaló que "si se atiende a que la caída del menor y el atropello que la siguió se debieron a la velocidad repentina impresa al tranvía, es evidente que hubo culpa de parte del maquinista, porque el hecho de que se trata fue el resultado de un acto consciente y deliberado de su parte cometido sin malicia o dolo; pero con manifiesto descuido o negligencia que acarrear consigo la responsabilidad civil por el daño causado a la víctima, conforme lo disponen los artículos 2314 y 2329 del Código Civil" (CS, 15.4.1939, RDJ, t. XXXVI, sec. 1ª, 544). Con todo, puede encontrarse una sentencia de 1910 de la Corte Suprema, que ya se refiere a la culpa como juicio normativo, señalando que "estos hechos que da por establecidos esa sentencia constituyen jurídicamente el cuasidelito civil a que se refiere el art. 2284 del Código Civil, por cuanto son actos ejecutados con culpa o mera negligencia que infieren daño a otro sin intención de causarlo; y de consiguiente, al declararse su existencia y las responsabilidades que origina (...) el fallo reclamado ha ajustado su decisión a lo dispuesto en dicho artículo y en los 2314, 2320 y 2339 del mismo Código" (CS, 28.7.1910, RDJ, t. VII, sec. 1ª, 454). Asumiendo que el juicio de culpabilidad supone una cuestión de derecho, se ha fallado que "la culpa, es una materia esencialmente de carácter jurídico, puesto que tiene un significado técnico y preciso que le atribuye la ley; de consiguiente, su apreciación cae de lleno bajo el control de la Corte de Casación" (CS, 7.4.1958, RDJ, t. LV, sec. 1ª, 35). No es fácil establecer una regla general respecto de la actual posición de la Corte Suprema, porque con

## § 14. PRESUNCIÓN DE CULPABILIDAD POR EL HECHO PROPIO

a. Origen y argumentos en favor de la presunción<sup>229</sup>

**91. Antecedentes legales de la presunción de culpa por el hecho propio.** a) La presunción general de culpabilidad por el hecho propio ha sido construida en el derecho chileno a partir de la norma del artículo 2329.

La regla se compone de dos partes. La primera expresa que "todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser indemnizado por esta" (2329 I). La segunda señala tres conductas típicas en que esa regla recibe especial aplicación: el que dispara imprudentemente un arma de fuego; el que remueve las losas de una acequia o cañería en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que transitan por allí de día o de noche; el que, obligado a la construcción o reparación de un acueducto o puente que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por él (2329 II).

b) Según las notas de Bello al Proyecto de Código Civil de 1853, esta norma tiene su origen en Las Siete Partidas.<sup>230</sup> Es interesante tener presentes algunos de los ejemplos de responsabilidad enunciados en las reglas referidas en esa nota: se hace responsable de los daños causados a hombres o animales domésticos por trampas (cavas, foyas o cepos) colocadas en lugares donde circulen usualmente hombres y rebaños; de los perjuicios que producen rebaños en estampida; y, de los incendios producidos por la quema de paja o de madera "en tiempo de viento", entre otras circunstancias. En cada caso se trata de daños que la experiencia enseña que se deben a la acción u omisión de un tercero y que pudieron ser evitados si se empleara el debido cuidado.

**92. Evolución de la doctrina y la jurisprudencia.** a) Inicialmente, la doctrina consideró que el artículo 2329 solo era una reiteración de la norma del artículo 2314, cuya única peculiaridad consistía en citar algunos ejemplos

frecuencia el pronunciamiento sobre la materia se produce al declararse la inadmisibilidad del recurso de casación (en la medida que el juicio de culpabilidad es tenido por una mera cuestión de hecho, el recurso de casación en el fondo puede ser declarado inadmisibile en cuenta, según lo dispuesto por el artículo 781 II del Código de Procedimiento Civil). Sin embargo, hay un significativo número de fallos en que se entra a analizar la culpa como juicio normativo, siguiendo la tendencia de la doctrina y jurisprudencia comparadas; véanse, por ejemplo, CS, 2.7.1998, RDJ, t. XCV, sec. 4ª, 95; CS, 28.1.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 4ª, 71; CS, 30.9.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 4ª, 268; CS, 26.1.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 1ª, 36. La tendencia a calificar como cuestión de derecho la falta de servicio de órganos públicos parece consolidada; véase, por ejemplo, CS, 23.1.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 5ª, 13 y CS, 3.5.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 5ª, 87. Sobre la naturaleza jurídica del juicio relativo al funcionamiento debido de los servicios públicos, *infra* N° 354.

<sup>229</sup> Una síntesis de esta sección fue presentada como ponencia al Congreso Internacional en celebración del Sesquicentenario del Código Civil chileno, Santiago 2005.

<sup>230</sup> Proyecto de 1853, artículo 2493, con referencia a las Siete Partidas 7.15.6 y siguientes.

o casos de aplicación del principio general de responsabilidad por culpa probada.<sup>231</sup>

b) La primera explicación del artículo 2329 bajo una hipótesis de presunción de culpa fue formulada por Carlos Ducci en 1936, quien concluyó que la norma establecía una presunción de culpabilidad cuando el daño proviene de actividades caracterizadas por su especial peligrosidad.<sup>232</sup> Así parece haberlo entendido con anterioridad alguna jurisprudencia, que, de manera más bien intuitiva, hizo aplicación de la idea de peligrosidad de la acción como demostrativa de culpa.<sup>233</sup>

Alessandri, siguiendo a la doctrina francesa y especialmente a autores colombianos que postulaban una interpretación más amplia del artículo 2356 del Código Civil de ese país, extendió el ámbito de la presunción de culpa por el hecho propio, señalando que el artículo 2329 establece "una presunción de culpabilidad cuando el daño proviene de un hecho que, por su naturaleza o por las circunstancias en que se realizó, es susceptible de atribuirse a culpa o dolo del agente", con la consecuencia, por ejemplo, de que se presume culpable un choque de trenes, pues "los trenes deben movilizarse en condiciones de no chocar".<sup>234</sup>

<sup>231</sup> Así, se falló que "el [artículo] 2329 en su inciso primero se limita, en verdad, a repetir en otra forma pero en términos más absolutos, la regla que se contiene en la primera parte del artículo 2314" (CS, 3.8.1932, XXIX, sec. 1ª, 549). En el mismo sentido, CS, 24.7.1905, RDJ, t. III, sec. 1ª, 60.

<sup>232</sup> Ducci 1936 134; más adelante el autor expresa que la peligrosidad es un indicio de culpabilidad (Ducci 1971 99).

<sup>233</sup> Aplicando la idea de peligrosidad de la acción pero sin referirse explícitamente al artículo 2329 del Código Civil, una sentencia declaró que los daños provenientes de un incendio que se origina en una propiedad vecina, en la que los dueños almacenan ciertos productos combustibles "deben imputarse a negligencia" de estos últimos "por la situación de peligro en que mantenían su establecimiento respecto de las propiedades vecinas", Corte de Santiago, 4.8.1928, confirmada por CS [cas. forma y fondo], 7.3.1929 y 20.10.1934, RDJ, t. XXXII, sec. 1ª, 93. Otros casos de aplicación implícita del mismo concepto, pueden encontrarse en las siguientes sentencias: Corte de Tacna, 21.3.1905, confirmada por CS [cas. forma], 22.9.1905, RDJ, t. III, sec. 1ª, 125, que señala que "permitir o no impedir que los trabajadores transiten al lado de los cachuchos de salitre hirviendo, cuando estos no están defendidos por rejas protectoras, importa negligencia de parte del dueño de la oficina o de su administrador"; Corte de Tacna, 4.9.1905, confirmada por CS [cas. fondo], 27.11.1907, RDJ, t. V, sec. 1ª, 144, que expresa que "la negligencia de parte de la Compañía y del capitán del buque de mantener a bordo aparatos para la carga y descarga que no ofrecen seguridad al trabajador, les hace responsable del cuasidelito y de la indemnización correspondiente"; y, más explícitamente, Corte de Valparaíso, 1.5.1918, confirmada por CS [cas. forma y fondo], 22.7.1919 y 5.11.1919, RDJ, t. XVIII, sec. 1ª, 126, que señala que "la operación que se ejecutaba [cargar y descargar carbón] es por su naturaleza peligrosa para los obreros que se ocupan en ella (...) y que por regla general los daños que puedan imputarse a malicia o negligencia de una persona deben ser reparados por esta". La doctrina habría sido formulada con anterioridad a la tesis de Ducci por la jurisprudencia colombiana, sobre la base de una norma idéntica al artículo 2329 (Código Civil colombiano, artículo 2356).

<sup>234</sup> Alessandri 1943 292. Ejemplos de aplicación de la presunción en materia de accidentes ferroviarios como los que señala Alessandri, pueden verse en las siguientes sentencias: Corte de Santiago, 12.10.1909, RDJ, t. IX, sec. 2ª, 25, que haciendo expresa referencia al artículo 2329, señala que "el hecho de que choquen dos trenes de la misma Empresa no solo

Esta interpretación es la que mejor se aviene con el sentido del artículo 2329.<sup>235</sup> Además, resulta coherente con la evolución del derecho comparado en esta materia.<sup>236</sup>

c) La jurisprudencia coincide en señalar que la regla del artículo 2329 I es general y que la enumeración del segundo inciso no es exhaustiva.<sup>237</sup> Así, por ejemplo, ha considerado como reveladores de negligencia los derrumbes que durante la demolición de un edificio causan daños a terceros,<sup>238</sup> la muerte de un transeúnte causada por una línea eléctrica extendida en condiciones peligrosas,<sup>239</sup> el accidente provocado por un pozo descubierto sin señales de prevención,<sup>240</sup> el empleo de explosivos contraviniendo las reglas fijadas por la autoridad competente<sup>241</sup> y el volcamiento de un carro de ferrocarril por mal estado de la vía férrea.<sup>242</sup>

manifiesta que sus empleados no han cumplido sus obligaciones, sino también que no han usado la menor prudencia, pues, como lo dice el art. 186 del Reglamento General de 1884, 'nada justifica el choque de dos trenes'; en un caso similar al anterior, Corte de Santiago, 1.8.1923, confirmada por CS [cas. fondo], 11.1.1924, RDJ, t. XXII, sec. 1ª, 912; CS, 14.12.1923, RDJ, t. XXII, sec. 1ª, 785, que califica el choque de trenes como "inexcusable"; y, Corte de Santiago, 9.1.1928, RDJ, t. XXVII, sec. 1ª, 240; también se falló que la responsabilidad de la empresa solo se excluiría por caso fortuito, con lo cual la sitúa en el límite con la responsabilidad estricta (CS, 11.8.1932, RDJ, t. XXIX, sec. 1ª, 570).

<sup>235</sup> La doctrina chilena posterior a Alessandri 1943 disiente en la materia. Meza 1988 266 sostuvo que el artículo 2329 I contendría el principio general de la culpa probada, mientras que el inciso segundo sería una enumeración de casos específicos en que regiría una presunción de culpabilidad; nada parece justificar, sin embargo, que el inciso primero del artículo 2329 sea leído con independencia de los ejemplos del inciso segundo. En sentido análogo, P. Rodríguez 1999 211. Corral 2013 225-226, asume que la interpretación del artículo 2329 como una presunción envuelve una especie de tautología, porque la presunción operaría cuando hay antecedentes para construir una presunción judicial (*infra* N° 97); por el contrario, estima que la norma puede ser construida como una presunción de causalidad (*infra* N° 272 e).

<sup>236</sup> Zweigert/Kötz 1996 655, Rohe 2001 134, Fleming 1985 148, Restatement/Torts II 328 D.

<sup>237</sup> Así se ha fallado que "este precepto no solo cabe aplicarlo a los tres casos que enumera, pues estos están señalados solo a vía ejemplar y sin excluir otras situaciones", Corte de Concepción, 25.1.2002, confirmada por CS [cas. fondo], 7.5.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 5ª, 104; Corte de Concepción, 18.10.2012, rol N° 541-2012.

<sup>238</sup> CS, 13.1.1937, RDJ, t. XXXIV, sec. 1ª, 201.

<sup>239</sup> CS, 14.6.1945, RDJ, t. XLIII, sec. 1ª, 26.

<sup>240</sup> Corte de Valparaíso, 3.12.1948, confirmada por CS [cas. fondo], 4.8.1952, RDJ, t. XLIX, sec. 1ª, 281.

<sup>241</sup> Corte de Concepción, 18.10.2012, rol N° 541-2012.

<sup>242</sup> Corte de Santiago, 17.6.1941, confirmada por CS [cas. forma y fondo], 27.8.1942 y 3.12.1943, RDJ, t. XLI, sec. 1ª, 430. Asumiéndose esta interpretación se ha fallado que "el citado artículo 2329 no se limita a dogmatizar acerca de la necesidad de los elementos subjetivos de malicia o negligencia para imponer responsabilidad, sino que se anticipa a dar por establecida la concurrencia de los elementos necesarios para imponer dicha responsabilidad cada vez que una persona sufra un daño que constituya la razonable consecuencia de haberse ejecutado un hecho o dejado de cumplir un deber y tal acción u omisión es susceptible de perjudicar a terceros", Corte de Valparaíso, 3.12.1948, confirmada por CS [cas. fondo], 4.8.1952, RDJ, t. XLIX, sec. 1ª, 281.

**93. Argumentos para sostener que el artículo 2329 establece una presunción de culpa por el hecho propio.** La tesis de que el artículo 2329 establece una presunción de culpabilidad por el hecho propio se sostiene en argumentos que son fuertes y consistentes entre sí.

a) Desde un punto de vista exegético, son ilustrativos: *i*) la ubicación del artículo 2329, inmediatamente después de las normas que establecen presunciones de culpabilidad por el hecho ajeno (artículos 2320 y 2322) y por el hecho de las cosas (artículos 2323 a 2328), y *ii*) el enunciado inicial de la norma, que hace referencia a una regla general que puede ser entendida como una regla de clausura del sistema de presunciones que contempla el Código Civil. Esta es, por lo demás, la única forma de dar sentido y utilidad a la disposición, pues de lo contrario habría que aceptar que se trata de una innecesaria repetición de la regla del artículo 2314.<sup>243</sup>

b) El texto avala esta interpretación. La norma no se refiere a todo daño que haya sido causado por malicia o negligencia, sino a 'todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona'. La forma gramatical subjuntiva se refiere a una conducta cuya descripción ya incluye *en principio* una valoración de negligencia.<sup>244</sup> Los ejemplos del artículo 2329 también contribuyen a esta interpretación, pues se refieren a hechos que por sí solos son expresivos de culpa. Así, en el caso del disparo imprudente de un arma de fuego, la circunstancia que permite inferir la culpabilidad es disparar un arma en una situación de peligro; y en la remoción de las losas de una acequia o cañería en una calle o camino, sin que haya evidencia de las precauciones necesarias, así como en el mal estado de mantención de un puente o acueducto que atraviesa un camino, son hechos que por su sola ocurrencia denotan *prima facie* negligencia.<sup>245</sup>

<sup>243</sup> Se ha fallado que "tal disposición [artículo 2329] no puede constituir una repetición de la regla general contenida en el artículo 2314 del Código Civil, tanto porque ello supondría una redundancia poco frecuente en la obra del legislador civil, cuanto porque la norma se encuentra precisamente inserta al final de las presunciones de responsabilidad por el hecho ajeno y por el hecho de las cosas, lo que sugiere que ella ha querido instituir la regla general en materia de presunción de responsabilidad por el hecho propio" (Corte de Santiago, 7.9.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 2ª, 65). Conforme a un estudio de los orígenes históricos de los artículos 2314 y 2329 del Código Civil, estas normas se diferenciarían en que mientras en la primera Bello habría hecho referencia a los delitos y cuasidelitos penales, en la última a hechos culposos que causan daño, pero que no constituyen un delito o cuasidelito penal (J. Barrientos 2009 21 y siguientes). Más allá del sustento histórico de esta tesis, el criterio de diferenciación propuesto no tiene un valor significativo para el derecho privado. Para el derecho de la responsabilidad extracontractual, que imputa una obligación reparatoria al autor de un daño a favor de la víctima, resulta irrelevante si la culpa civil es calificada al mismo tiempo de delito o cuasidelito penal (más allá de ciertos aspectos procesales, como el tribunal competente para conocer de la acción o ciertos efectos de cosa juzgada que pudiera tener una sentencia penal en la calificación de una acción como culpa en un juicio civil, *infra* § 64). Por lo mismo, hoy no hace sentido afirmar que solo en el artículo 2329, y no en el 2314, estaría establecida la regla general de responsabilidad por negligencia.

<sup>244</sup> Contra esta interpretación, J. Barrientos 2009 59 y siguientes.

<sup>245</sup> Así, se ha fallado que "al utilizarse por el legislador la expresión subjuntiva 'pueda', se está queriendo aludir, en general, a cualquier daño que sea posible, probable o racional de

c) La interpretación resulta coincidente también con la experiencia y la razón. En principio, se atribuye responsabilidad a otro cuando la experiencia indica que el daño provocado en tales circunstancias se debe usualmente a culpa o dolo de quien lo causa. Es lo que en el derecho anglosajón se conoce con la expresión latina *res ipsa loquitur* ('dejad que las cosas hablen por sí mismas').<sup>246</sup>

d) La presunción de culpa por el hecho propio se justifica por razones de justicia y de economía procesal, pues resulta justo hacer cargar al demandado el riesgo probatorio si los indicios permiten inferir que lo más probable es que el daño se deba a su negligencia, aunque técnicamente resulten insuficientes para construir una presunción judicial según los artículos 1712 III del Código Civil y 426 II del Código de Procedimiento Civil. El resultado usual es que la carga de la prueba se atribuye a quien tiene un mayor control de los antecedentes probatorios.

#### b. Sentido y alcance de la presunción

**94. Condiciones de aplicación de la presunción.** La presunción de culpabilidad por el hecho propio del artículo 2329 del Código Civil reconoce dos grupos de casos: ante todo, las actividades particularmente peligrosas, según la interpretación original de la regla; y, además, aquellos en que las circunstancias indican *prima facie* que el daño ha sido causado por negligencia.<sup>247</sup>

**95. Primera hipótesis: peligrosidad desproporcionada de la acción.** a) Aun cuando la interpretación postulada por Ducci haya sido superada por una doctrina posterior, que es más general, la inusual peligrosidad de la acción sigue siendo un elemento decisivo para aplicar la presunción de responsa-

imputar a malicia o negligencia (...) los ejemplos que contiene la misma disposición, todos los cuales se refieren a hechos que suponen la característica antes anotada, en el sentido de que todos ellos alteran el comportamiento normal con el que se ha de proceder en cada una de las circunstancias descritas en cada ejemplo" (Corte de Santiago, 7.9.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 2ª, 65).

<sup>246</sup> En el derecho inglés es líder el caso de un barril que cayó desde la ventana superior de un comerciante de harina, aplastando a un transeúnte: del hecho que ocurre un accidente de ese tipo se sigue la culpa del empresario (Byrne v. Boadle, 1863, 2 H & C 722, 159 ER 299, citado por Epstein 1999 171).

<sup>247</sup> Se ha argumentado que la adopción de una presunción de culpa por el hecho propio, más allá de los casos de actividades peligrosas, puede resultar en incertidumbre e infracción al principio de igualdad, e incluso, en la consagración encubierta de un sistema de seguros. Conforme a esta opinión, el uso de términos jurídicos indeterminados, como es el *res ipsa loquitur*, afectaría la certeza y la igualdad (Tapia 2009 689). Por cierto, el riesgo de incerteza jurídica es inminente a la aplicación descuidada de cualquier concepto jurídico indeterminado. El mismo temor podría tenerse del principio de buena fe. Sin embargo, ese riesgo no es una razón suficiente para descartar su aplicación. El rol de la jurisprudencia y de la doctrina es, precisamente, dotar de contenido y delimitar con prudencia los conceptos jurídicos indeterminados para así evitar el vulgarismo jurídico.

bilidad en caso de accidentes.<sup>248</sup> Quien actúa en ámbitos particularmente riesgosos está obligado a adoptar extremos resguardos para evitar que ocurra un accidente que amenaza un daño intenso y probable. Así se explica, por ejemplo, la jurisprudencia referida que tempranamente dio por establecida la culpa por el solo hecho de ocurrir un choque de trenes.

En el derecho comparado es usual que ciertas actividades peligrosas estén sujetas a un estatuto de responsabilidad estricta. En el propio derecho chileno muchos de los casos de responsabilidad estricta establecidos por la ley tienen por antecedente la peligrosidad natural de la actividad desplegada por el agente del daño (*infra* § 37). Son especialmente sugestivas las condiciones que la jurisprudencia comparada ha establecido para aceptar una responsabilidad estricta en este tipo de casos;<sup>249</sup> en esencia, tales condiciones guardan relación con los criterios para determinar el nivel de cuidado exigible (*supra* N° 58): mientras mayor sea el peligro y la probabilidad de un accidente y menor la utilidad que presenta para los demás (a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre con los accidentes del tránsito o con las intervenciones médicas), más cerca se encuentra la cosa o actividad de estar sujeta al régimen especial de responsabilidad sin culpa.<sup>250</sup>

<sup>248</sup> Así, conociendo de un caso en que una compañía de gas no adoptó los resguardos necesarios para evitar filtraciones que terminaron por causar la muerte a tres personas, se falló que "la jurisprudencia de nuestros Tribunales ha sido reiterativa en cuanto a establecer una verdadera presunción de responsabilidad en el desarrollo de actividades peligrosas, concordando con la opinión de los tratadistas, como es el caso del profesor Ducci, y por ello el artículo 2329 es aplicable cada vez que una persona sufre un daño que constituye la razonable consecuencia de haberse dejado de cumplir un deber (como en el caso en estudio) y que tal omisión es susceptible de perjudicar a terceros" (Corte de Concepción, 4.11.1997, confirmada por CS [cas. fondo], 3.11.1998, F. del M. 481, 2600). En un sentido similar, Corte de Concepción, 18.10.2012, rol N° 541-2012. En el caso de un accidente en la ciudad de Concepción debido a un hoyo profundo, contiguo a un colector de aguas lluvia, no existiendo protección ni señalización que advirtiera del peligro a los transeúntes, la Corte Suprema sostuvo que "para rechazar el recurso bastaría tener en cuenta que la sentencia de primera instancia, que el fallo recurrido hizo suya al confirmarla, ha dado por establecida, a partir de los hechos referidos, una presunción de culpabilidad de la demandada por su hecho propio, según el artículo 2329 del Código Civil, que se infiere de la circunstancia de haber tenido la municipalidad la acera en estado de causar peligro a quienes transitaban por ella (...). Sin embargo, el recurso no dio por infringida esa norma legal, de lo que ha de concluirse que aun sin perjuicio de las consideraciones siguientes relativas a las normas que se invocan como infringidas, el fallo recurrido puede ser sostenido subsidiariamente en el referido artículo 2329 del Código Civil" (CS, 7.5.2001 RDJ, t. XCVIII, sec. 1ª, 88).

<sup>249</sup> El caso que estableció la jurisprudencia inglesa en la materia tuvo su antecedente en daños causados por el agua que los dueños de una fábrica habían almacenado en un depósito construido en su propiedad. El agua se filtró y escurrió a través de una mina abandonada hasta la mina en actual operación del demandante, haciendo imposible su explotación. El tribunal supremo declaró que el uso anormalmente peligroso del agua por el demandado lo hacía responsable de los daños con independencia de su diligencia (Fletcher v. Rylands, 1866, LR 1 Ex. 265, analizado por Prosser/Keeton *et al.* 1984 545, Fleming 1992 334).

<sup>250</sup> Restatement/Torts II §§ 519, 520 y 520 A. De particular interés es el § 520, que define 'actividades anormalmente peligrosas': "Para determinar si una actividad es anormalmente peligrosa se deben considerar los siguientes factores: a) existencia de un alto grado de riesgo de causar algún daño en la persona, tierra o demás bienes de otro; b) probabilidad de que el

b) En nuestro derecho se responde sobre la base de una culpa presumida, porque la circunstancia de que el peligro excesivo se haya materializado en daño permite inferir que se ha actuado con negligencia, según el artículo 2329 I. El primer ejemplo del artículo 2329 II es ilustrativo de un caso de peligrosidad en que concurren todos los factores que aumentan el deber de cuidado y, correlativamente, conducen a la aplicación de este primer criterio de operación de la presunción: disparar un arma de fuego en condiciones que pueden dañar a otro es peligroso, porque el daño puede ser muy intenso, la probabilidad no es insignificante y, además, la acción usualmente se realiza en el solo beneficio de quien la ejerce. Los otros ejemplos muestran antiguos casos de peligro, que hoy han devenido en situaciones sujetas a un régimen de responsabilidad por falta de servicio presumida de la Administración Pública (*infra* N° 370). Siguiendo esta línea se ha fallado que una quema autorizada puede presumirse culpable si el fuego se expande al predio vecino por efecto del viento, en una zona donde es usual que este se levante y atendido el peligro que ello significaba para los predios forestales colindantes.<sup>251</sup>

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

a) La regla de presunción de culpa por el hecho propio tiene su antecedente más general en una máxima fundada en la experiencia: el solo hecho del accidente puede ser indicio *prima facie* de la culpa de quien desarrolla la actividad. La máxima latina *res ipsa loquitur*, dejad que las cosas hablen por sí mismas, que se emplea en el *common law*,<sup>252</sup> es expresiva de la condición de aplicación más general de la presunción: la experiencia enseña que en ciertos casos el daño puede ser más bien atribuido a negligencia que a un hecho que escapa al cuidado del agente.<sup>253</sup>

b) Para que se aplique la presunción bajo este concepto resulta necesario, ante todo, que la cosa o la actividad hayan estado bajo el control del

daño resultante sea significativo; c) imposibilidad de eliminar el riesgo mediante el ejercicio de cuidado razonable; d) que la actividad no sea de ejercicio generalizado; e) impropiedad del lugar donde se desarrolla la actividad; y f) extensión en que el beneficio a la comunidad es sobrepasado por los peligros de la actividad". Sobre la responsabilidad por actividades peligrosas en el *common law*, Fleming 1992 338, Jones 2002 394, Epstein 1999 171. En el derecho francés la evolución fue más radical: a partir de una norma que se refiere a las presunciones de culpabilidad (Código Civil francés, artículo 1384), la jurisprudencia ha establecido una regla general de responsabilidad estricta por el hecho de las cosas (Mazeaud/Chabas 1998 555, Carbonnier 2000 460, Flour/Aubert 2011 321, Viney/Jourdain en Ghestin 1998 601). En Alemania e Inglaterra no se ha establecido un régimen general de responsabilidad estricta, sino solo estatutos legales específicos, pero la jurisprudencia ha establecido un conjunto de presunciones de culpabilidad, como en el caso chileno (Kötz/Wagner 2006 197).

<sup>251</sup> Corte de Concepción, 23.7.1993, referido por Baraona 2003 a 376.

<sup>252</sup> Fleming 1985 148, Prosser/Keeton *et al.* 1984 242, Markesinis/Deakin *et al.* 2012 215.

<sup>253</sup> En el derecho alemán se habla en estos casos de 'prueba por apariencia' (*Anscheinbeweis*), y en el francés de culpa virtual (Deutsch/Ahrens 2002 238; Mazeaud/Chabas 1998 465, con referencia a los incumplimientos contractuales por obligaciones de medios que hacen presumir la culpa; la regla es aplicable, por las mismas razones, a la responsabilidad extracontractual).

*demandado*, pues no puede presumirse la culpa si el daño ocurre fuera de su ámbito de cuidado. De hecho, uno de los campos contemporáneos de mayor importancia en la aplicación de la presunción son los daños resultantes de procesos industriales o provocados por cosas sujetas al control del demandado (como en el caso británico del barril que cae de la ventana superior de un establecimiento de comercio o de un producto defectuoso que causa daño a un consumidor).<sup>254</sup> En el caso de las empresas que desarrollan actividades complejas, aunque no se conozca individualmente a quien incurrió en la culpa, puede asumirse que el control se radica en la organización en su conjunto (como puede ocurrir con la muerte producida en un hospital por la inoperancia de un sistema de información clínica acerca del paciente).

Por otro lado, la idea de control es decisiva en un sentido diferente, porque la regla tiene usualmente la función de desviar el peso de la prueba hacia la parte que está en mejor condición de explicar las causas precisas del accidente. Mientras el demandado no demuestre que el accidente se debió (o pudo razonablemente deberse) a una causa distinta a su propia culpa, su negligencia puede ser presumida. La presunción puede evitar a la víctima una *prueba diabólica*, en circunstancias que la otra parte tiene el control de los hechos.<sup>255</sup>

c) Sin embargo, el control del riesgo por el demandado no es suficiente para asumir la culpa, porque bien puede ocurrir que en el daño haya sido incontrollable, de modo que no sea atribuible a culpa alguna del demandado. Por eso, además del control que el demandado debe tener sobre la actividad o la cosa que provoca el accidente, es necesario que se cumpla el requisito, destacado desde los orígenes de la doctrina, de que *el accidente sea de aquellos que en el curso ordinario de los acontecimientos no ocurren en ausencia de negligencia*.<sup>256</sup>

<sup>254</sup> Son notorias las analogías con las condiciones para que opere la responsabilidad estricta por el hecho de las cosas en el derecho francés, donde se exige que el responsable tenga objetivamente el uso, la dirección y el control sobre la cosa que interviene en la producción del daño: "es necesario que el custodio tenga el poder de supervigilar y dominar todos los elementos de la cosa (incluyendo, tal vez, sus secretos internos), porque solo así está en condiciones de prevenir el daño" (Carbonnier 2000 463).

<sup>255</sup> En verdad, en estos casos la cuestión más significativa es de distribución de la carga de aportar antecedentes probatorios. Es interesante el caso líder alemán, donde a falta de una regla como la contenida en el artículo 2329 del Código Civil, en un caso de vacunación de las aves del demandante, que murieron masivamente en el tiempo subsiguiente, asumiéndose que ello ocurrió por un defecto indeterminado de las vacunas, se estimó que "el que ha causado el daño más que quien lo sufrió se encuentra en la situación de explicar cómo pudo producirse el resultado sin que interviniera su propia culpa" (BGH 51, 91, 1968, citado por Medicus 2003 a 60). La jurisprudencia posterior ha extendido la presunción a la responsabilidad por emisiones dañinas (*idem* 62). Sobre la función estratégica de la presunción en materia de accidentes atribuibles a empresas, en atención a la dificultad de la víctima de probar el hecho preciso que provocó el accidente, Shavell 1987 56 y Fleming 1985 319 y 322.

<sup>256</sup> Lüke 2002 278. Es interesante a este respecto el concepto de daño desproporcionado que ha desarrollado la jurisprudencia española para inferir la culpa (Vicente en Reglero 2002 a 204). Aplicando este criterio, en Chile se ha fallado que "cualquier perjuicio que provenga de haberse alterado el normal, rutinario y consecuencial desenvolvimiento de un determinado quehacer, trabajo o actividad, debe presumirse que proviene de dolo o culpa del agente; en materia de excavaciones profundas que se realizan para la construcción de edificios en

Si se analizan los ejemplos del artículo 2329 II se constata que ambos requisitos son comunes al disparo de un arma de fuego, a la calle o camino cuya acequia o cañería amenaza a los que la transitan y al puente en mal estado que atraviesa un camino haciéndolo susceptible de causar daño.<sup>257</sup> Un caso típico de aplicación de la presunción en el derecho comparado ocurrió a propósito de la responsabilidad por productos defectuosos: acreditado el daño y el defecto del producto, se puede presumir, en principio, que la causa del daño fue el defecto del producto (*infra* N° 556) y que el defecto se debió a culpa del fabricante o productor.<sup>258</sup> Sobre la base de argumentos semejantes

zonas urbanas, sobre todo en los suelos adyacentes a una construcción, la normalidad está constituida por el hecho de que no se produzcan daños en las construcciones colindantes con la excavación y la anormalidad está constituida por la producción de dichos daños (...). De esta manera, es posible presumir, al tenor de la norma descrita [artículo 2329], que si se produjo daño en la construcción de la demandante, es debido a que la Constructora demandada no actuó con la debida diligencia, debiendo ella probar que se adoptaron las medidas adecuadas según lo habría hecho aquel que debe imprimir a su actuar aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios" (Corte de Santiago, 7.9.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 2ª, 65).

<sup>257</sup> Además de la jurisprudencia citada en notas anteriores, se estimó aplicable la presunción en un caso en que los empleados de la municipalidad olvidaron reponer la tapa de un sumidero de aguas en el que efectuaban reparaciones, y que además carecía de señales para prevenir a los transeúntes, que se "hallan grave y constantemente expuestos atendida la ubicación de dicho sumidero"; la sentencia señala que a la corporación demandada "le afecta la presunción de culpa resultante del artículo 2329 del Código Civil", agregándose que el citado artículo "se anticipa a dar por establecida la concurrencia de los elementos necesarios para imponer dicha responsabilidad cada vez que una persona sufra un daño que constituya la razonable consecuencia de haberse ejecutado un hecho o dejado de cumplir un deber y tal acción u omisión es susceptible de perjudicar a terceros" (Corte de Valparaíso, 3.12.1948, confirmada por CS [cas. fondo], 4.8.1952, RDJ, t. XLIX, sec. 1ª, 281); así también en un caso de incendio de una viña situada en los márgenes de la línea férrea, donde a la Corte le bastó que "la Empresa no ha justificado que la locomotora llevara canastillo en condiciones de evitar que las chispas cayeran más allá, donde pudieron ocasionar perjuicios" (CS, 5.10.1929, RDJ, t. XXVII, sec. 1ª, 557); un antiguo caso similar en Corte de Santiago, 5.10.1904, RDJ, t. II, sec. 2ª, 86; en el mismo sentido, en un fallo pronunciado en contra de la Municipalidad de Concepción, en que una persona tropezó con las baldosas de la acera de una calle que sobresalían varios centímetros, se resolvió que "en relación a las características, ya anotadas, de la acera en que acaeció el accidente del demandante, resulta indefectible que el hecho de haber mantenido la citada arteria en mal estado y sin resguardo alguno, es una circunstancia que por su naturaleza ínsita es susceptible de atribuirse a lo menos a culpa del agente, porque con un razonamiento medio no puede sino concluirse que el mismo estaba en situación de provocar caídas de los peatones y, por ende, denota sin duda culpabilidad del autor, o, lo que es lo mismo, se trata de un hecho de aquellos que provienen ordinariamente de negligencia. Esto no significa otra cosa, entonces, que en el caso sub júdice procedería aplicar la presunción de culpabilidad que establece el artículo 2329 del Código Civil" (Corte de Concepción, 25.1.2002, confirmada por CS [cas. fondo], 7.5.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 5ª, 104). De este fallo, así como de los citados en el párrafo precedente, se comprueba que la actual tipificación de estos casos bajo la forma de una falta de servicio (*infra* N° 349) no constituye en la práctica un cambio demasiado radical respecto de estas decisiones construidas en la forma de presunciones de culpabilidad.

<sup>258</sup> En Chile, en un caso de responsabilidad empresarial por falta de medidas de precaución, se ha fallado que "la no adopción de tales medidas mínimas de precaución es constitutiva

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

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

**97. Naturaleza de la presunción.** a) La presunción construida a partir del artículo 2329 presenta ciertas particularidades que suelen ser desatendidas. Para analizarlas conviene partir de la doctrina jurídica sobre las presunciones.

Las presunciones consisten en inferencias de hechos que se pretenden probar a partir de otros hechos conocidos. En las presunciones legales la inferencia está realizada por la ley, que expresa la consecuencia probatoria que se sigue *ipso iure* del antecedente de hecho que la propia ley describe. En las judiciales, por el contrario, el juez debe construir un razonamiento basado en la experiencia y articulado lógicamente, que le permita establecer la relación entre dos hechos, uno conocido y otro que es inferido de aquel.

Aunque, por lo general, la construcción de las presunciones judiciales es calificada como una cuestión de hecho, existen fallos que han establecido la doctrina, que me parece ser correcta, de que el juez solo puede inferir hechos de otros hechos a condición de que muestre razonadamente que se cumplen los requisitos legales de gravedad (probabilidad alta), precisión (claridad) y concordancia (coherencia) que la ley exige (Código Civil, artículo 1717; Código de Procedimiento Civil, artículo 426 II).<sup>259</sup>

de culpa de la sociedad demandada, sin que sea necesario que la demandante acredite la existencia de acción u omisión alguna de los dependientes de la demandada. No estamos aquí en presencia de un caso de responsabilidad del amo por actos de sus dependientes, sino en presencia de un caso de responsabilidad por omisión propia, en el que la sociedad demandada, a través de sus órganos societarios, debió adoptar las medidas de precaución pertinentes y no lo hizo" (Corte de Santiago, 17.7.1998, RDJ, t. XCV, sec. 2ª, 48). El mismo criterio se ha aplicado a la negligencia médica y hospitalaria cuando se trata de servicios de atención médica empresarialmente organizados; así, se ha dicho que "la jurisprudencia ha señalado que no es necesario que la víctima identifique y demande al concreto dependiente o agente sanitario que con dolo o culpa causó el daño respectivo. Para condenar civilmente al Hospital demandado no es necesario acreditar cuál fue el específico dependiente culpable del daño, pues basta probar que alguien dentro de la organización hospitalaria incurrió en culpa y que dicha negligencia fue la causa del daño" (Corte de Concepción, 10.8.2000, confirmada por CS [cas. forma y fondo], 24.1.2002, GJ 259, 38). Tras estos fallos tal vez se encuentre implícito el concepto de daño desproporcionado que ha desarrollado la jurisprudencia española en casos análogos para inferir la culpa (Vicente en Reglero 2002 a 204).

<sup>259</sup> Sobre el control judicial del razonamiento que lleva a la construcción de una presunción judicial de culpa, CS, 26.10.1922, RDJ, t. XXI, sec. 1ª, 947. La omisión de una argumentación razonada a partir de los hechos que permiten construir la presunción puede constituir un

b) A la luz de estos criterios generales en materia de presunciones, resulta evidente que la norma del artículo 2329 I establece una inferencia más bien indeterminada. Resulta obvio que la precisión del antecedente legal no es equiparable a otras presunciones legales. Por otro lado, tampoco se trata de reproducir las exigencias más rigurosas a que están sujetos los jueces para construir presunciones judiciales, porque con ello desaparece la función natural de una presunción legal como es evitar que se tenga que construir esa inferencia circunstanciada.

c) Atendidas estas circunstancias, en el derecho comparado se discute si la presunción referida no debe ser entendida más bien como una *prueba en principio*, consistente en la *apariencia de culpa*, que se basa en la experiencia de que tal tipo de accidentes usualmente se deben a negligencia del demandado. En tales circunstancias, la presunción solo alteraría el peso de la prueba mientras el demandado no muestre una explicación más razonable acerca de cómo pudo ocurrir el accidente por una causa distinta a su propia negligencia. Desbaratada de esa manera la presunción *prima facie*, la prueba de la diligencia correspondería al demandante, según las reglas generales; por el contrario, si el demandado no logra mostrar que hay razones para pensar que el daño ocurrió sin su culpa, resultaría responsable sobre la base de la prueba *prima facie* que permite la presunción.<sup>260</sup> La regla establece esencialmente una alteración del riesgo de la prueba: si nada nuevo se logra probar, el efecto será que el demandante habrá acreditado la negligencia.

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

Asimismo, esta interpretación establecería un adecuado equilibrio entre las partes, que resulta más apropiado al sistema de responsabilidad por culpa: ante una evidencia en principio de que el demandado es culpable, la víctima no se ve en la necesidad de enfrentar, eventualmente, una *prueba diabólica* para mostrar la culpa del autor del daño; pero si el demandado está en condiciones de desbaratar esa prueba en principio, el efecto natural es que se vuelva a la situación originaria en materia probatoria, esto es, que la prueba en adelante le corresponda a quien pretende hacer valer la responsabilidad.

incumplimiento del artículo 170 N° 4 del Código de Procedimiento Civil, que, a su vez, puede dar lugar a una casación en la forma (artículo 768 N° 5).

<sup>260</sup> Kötzt 1991 97, Jones 2002 219. Esta interpretación de la regla se hace cargo de la crítica de Corral 2013 225-226, de que la interpretación del artículo 2329 como una presunción legal tiende a caer en una tautología, pues de lo que se trata es de alterar la posición estratégica de las partes a la luz de que el hecho, bajo circunstancias ordinarias, puede ser tenido por culpable.

## § 15. DOLO O CULPA INTENCIONAL

## a. Concepto de dolo

**98. El dolo civil como intención.** a) La ley hace referencia al dolo y a la culpa como condiciones alternativas de la responsabilidad civil, dando lugar en el primer caso a delitos civiles y en el segundo a cuasidelitos (artículos 1437, 2284 y 2314). En circunstancias que en materia civil la culpa y el dolo son, por lo general, requisitos equivalentes de responsabilidad, la discusión doctrinaria acerca del concepto de dolo carece de la importancia relativa que tiene en materia penal. Aun en los casos en que haber actuado intencionalmente hace la diferencia (*infra* N° 100), la definición precisa del dolo no tiene la significación práctica que tiene para los penalistas atendida la equiparación que la ley civil hace de los efectos del dolo y de la culpa grave.<sup>261</sup>

b) El artículo 44 del Código Civil define dolo como "la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro". Si la regla es entendida literalmente su aplicación se restringiría al acto realizado con la intención precisa de causar el daño. Ese ámbito de aplicación de la regla sería muy estrecho, pues ni siquiera sería dolosa la conducta del agente que realiza conscientemente el daño como un medio para obtener un beneficio.<sup>262</sup>

Ese concepto de dolo supera incluso las exigencias que el derecho penal ha definido para el dolo directo, la forma más fuerte de intencionalidad. En efecto, desde el punto de vista del autor, el elemento volitivo del dolo penal directo se satisface cuando el resultado dañoso es un presupuesto o un estado intermedio para alcanzar la meta que el autor se propone con su acción.<sup>263</sup>

Todo indica que la definición civil de dolo no puede ser entendida de una manera tan restringida, que solo comprenda el propósito dirigido a dañar (esto es, la intención maligna basada en el resentimiento y no en el interés). A pesar de su definición tan estricta del dolo, Alessandri acepta que este se extiende a situaciones en que la intención final es el propio provecho, aunque de paso se cause un daño, incluido el fraude.<sup>264</sup> Así, es inequívocamente dolosa la conducta de quien realiza una simulación absoluta en perjuicio de

<sup>261</sup> Cury 2005 304.

<sup>262</sup> Alessandri 1943 163. Aplicando esta definición estricta de dolo, se ha fallado que este debe consistir en "actos o manifestaciones de la voluntad positivos y formalmente determinados a causar el daño que se reclama" (Corte de Santiago, 1.1.1925, confirmada por CS [cas. fondo], 3.3.1927, RDJ, t. XXV, sec. 1ª, 117). Otros ejemplos de esta especie de dolo en CS, 15.11.1927, RDJ, t. XXV, sec. 1ª, 501, donde los hechos analizados muestran con elocuencia la intención de dañar; Corte de Santiago, 21.4.1993, RDJ, t. XC, sec. 2ª, 57, donde se sanciona un caso de simulación absoluta cometida en perjuicio de un acreedor de los demandados. En hipótesis de responsabilidad civil derivadas de conductas que configuran competencia desleal, la Corte Suprema ha señalado que, si bien no es necesario acreditar el dolo del demandado, "esos elementos subjetivos, comúnmente estarán presentes al producirse la conducta desleal" (CS, 21.11.2016, rol N° 15.897-2015).

<sup>263</sup> Stratenwerth 1976 106.

<sup>264</sup> Alessandri 1943 164.

acreedores, aunque la finalidad haya sido evitar la ejecución forzada y no causar a aquellos un mal.<sup>265</sup>

Es interesante a este respecto que Bello designe a Pothier como fuente de la norma del artículo 44.<sup>266</sup> En efecto, según Pothier, el dolo civil se refiere a la conducta "maligna", que es resultado de la reflexión, pero que en ningún caso está limitada al propósito exclusivo de causar daño, sino también a la intención que se limita a aceptar el daño como consecuencia de la acción (el daño como "externalidad" negativa aceptada por el autor, diría un economista). Por lo demás, Pothier tiene claro que los límites civiles del dolo, gracias a la identificación con la culpa grave, se extienden hasta la mala fe, esto es, la conducta contraria al decoro y a las buenas costumbres que deben regir la actividad que amenaza con dañar a los demás.<sup>267</sup>

c) Lo común del dolo, entendido como culpa intencional, resulta ser la *utilización voluntaria del otro para los propios propósitos*.<sup>268</sup> En tal sentido, el concepto civil de dolo no solo comprende la intención de dañar en sentido estricto, sino la aceptación voluntaria del ilícito con conciencia de su anti-juridicidad,<sup>269</sup> donde la intención se puede referir tanto a los fines como a los medios.<sup>270</sup> Generalmente, la intención se reduce a *aceptar* el daño como consecuencia de la acción. Pero también se extiende a la simple *mala fe* (que incluye la actuación temeraria contraria a la decencia y las buenas costumbres) y al *fraude* (esto es, al engaño por acción u omisión, abusando de la autoridad o de la experiencia o proporcionando a sabiendas información falsa).<sup>271</sup>

d) Atendida la extensión del dolo civil, gracias a que encuentra sus límites en la culpa grave, tiene una importancia más bien secundaria el análisis del *dolo eventual*.<sup>272</sup> El dolo eventual plantea diversas dificultades de aplicación en

<sup>265</sup> Corte de Santiago, 21.4.1993, RDJ, t. XC, sec. 2ª, 57.

<sup>266</sup> Proyecto de 1853, nota a los artículos 42 y 43, que corresponden al artículo 44 vigente; A. Bello se refiere a las observaciones generales que Pothier formula al fin de su Tratado de las Obligaciones (Pothier 1761 N° 553).

<sup>267</sup> Pothier, en el texto citado en la nota precedente, se refiere esencialmente a la clasificación tripartita de la culpa, que A. Bello, a diferencia del Código francés, acoge en el Código chileno. Lo interesante es que cuando se refiere al dolo contractual, expresa que para los romanos el dolo "comprende no solamente la malicia y el deseo de perjudicar, sino también la falta grave, lata culpa, como está opuesta a la buena fe requerida (...) y es en ese sentido que las leyes dicen que *lata culpa comparatur dolus, lata culpa dolus est*". De este modo, la asimilación del dolo a la culpa grave permite extender el concepto de dolo desde la intención exclusiva de dañar hasta la simple mala fe, esto es, la conducta contraria a la decencia y a las buenas costumbres del tráfico (Pothier 1761 N° 554). Cuando se refiere al dolo en el cuerpo principal de su tratado, Pothier lo define, en sede contractual, como "cualquiera clase de artificio de que uno puede servirse para engañar a otro" (ídem N° 28), y en sede delictual civil, simplemente como malignidad, que asocia luego a la idea de reflexión (esto es, de conocimiento y voluntariedad), en oposición a la imprudencia usualmente irreflexiva e inconsciente.

<sup>268</sup> Finnis en Owen 1995 244.

<sup>269</sup> Palandt/Heinrichs 2003, § 276 11.

<sup>270</sup> Finnis en Owen 1995 229.

<sup>271</sup> Para un análisis del concepto y extensión del fraude civil, especialmente desde el punto de vista de los efectos de los actos fraudulentos, R. Domínguez Á. 1991.

<sup>272</sup> La Corte Suprema ha señalado que "existe dolo eventual cuando el sujeto se repre-

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

La existencia de un continuo entre la intención positiva de causar daño a otro y la temeraria desconsideración del interés ajeno se muestra ejemplarmente cuando el autor del daño ha actuado bajo un error de prohibición: un error inexcusable acerca de un deber legal o de un derecho ajeno no excluye la responsabilidad, como tiende a ocurrir en el derecho penal.<sup>273</sup>

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

También se aplica en materia extracontractual la asimilación que la misma disposición hace de la culpa grave al dolo.<sup>274</sup> En materia civil, un descuido de esta magnitud se asimila al dolo, es decir, la mala intención y la temeraria desconsideración son tratadas del mismo modo. Como se ha visto en el párrafo anterior, hay un punto donde la desconsideración respecto de los

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

<sup>273</sup> Deutsch/Ahrens 2002 58.

<sup>274</sup> Alessandri 1943 168.

demás se cruza e identifica con la intención, lo que explica, como se vio en el párrafo anterior, que Pothier la haya identificado con la mala fe.

b) Aunque sus efectos sean los mismos, la culpa grave y el dolo plantean algunas diferencias en relación con la prueba. Mientras la culpa grave es esencialmente objetiva, pues resulta de la comparación de la conducta real con el estándar de una persona negligente, el dolo exige develar la intencionalidad del autor. A efectos de dar por establecida la culpa grave, bastará acreditar la conducta efectiva y los hechos que muestran que se ha incurrido en una extrema negligencia. El dolo, por el contrario, se aprecia en concreto<sup>275</sup> y exige que el juez infiera la intención a partir de los hechos de la causa. También desde este punto de vista la identificación de la culpa grave y el dolo resulta de importancia práctica en el juicio de responsabilidad civil: la prueba objetiva de la culpa grave evita tener que penetrar en la subjetividad del autor del daño.

Con la reserva anterior, y a diferencia de lo que ocurre en materia contractual, no se plantean en sede extracontractual problemas respecto a la carga de la prueba: tanto la culpa grave como el dolo deben ser probados por quien los alega.<sup>276</sup>

**100. La intención desviada como elemento constitutivo de ciertos ilícitos en los negocios.** a) Una de las diferencias fundamentales entre la ilicitud civil y penal radica en el lugar que ocupan la culpa: mientras en el derecho penal solo excepcionalmente se responde por cuasidelitos (Código Penal, Libro II, Título X), la regla general en materia civil es que la culpa resulta suficiente. La doctrina civil tiende a generalizar esta conclusión. Sin embargo, como es usual en materia de responsabilidad, esta generalización es a veces incorrecta, porque hay grupos de casos en que sin intención o, al menos, sin conocimiento, real o presunto, de que se incurre en un ilícito, no puede haber responsabilidad.

A la inversa, a diferencia de lo que usualmente se ha entendido,<sup>277</sup> no siempre la intención de causar daño acarrea responsabilidad. Por cierto que hay responsabilidad cuando se atenta voluntariamente contra la vida, la integridad física o moral de las personas y en contra de la propiedad; pero, por ejemplo, no se es responsable por daños patrimoniales causados intencionalmente en ejercicio del derecho a emprender, porque un sistema de intercambios basado en el contrato supone una fuerte competencia (*infra* § 57).<sup>278</sup>

b) Estos tipos de ilícitos contradicen las ideas generales sobre el dolo (del cual, en principio, siempre se responde) y sobre la culpa (que, por lo general, es suficiente en un grado leve para generar responsabilidad), porque, en un extremo, hay ilícitos que solo tienen lugar cuando se ha obrado

<sup>275</sup> Ídem.

<sup>276</sup> Un equilibrado análisis de las semejanzas y diferencias probatorias entre el dolo y la culpa grave en materia contractual en Banfi 2004 211; véase también Abeliuk 2014 964-965.

<sup>277</sup> Alessandri 1943 164.

<sup>278</sup> Sobre la distinción lógica entre voluntad y acción, Anscombe 1963 89.

con conocimiento real o presunto de la ilicitud y, en el otro, hay situaciones en que aun la circunstancia de haberse actuado con intención de dañar no constituye *per se* al acto en ilícito.

En general, este último es el caso cuando el actor ejerce el derecho a emprender una actividad económica. La libertad para emprender y la competencia son compatibles con causar daños a los demás sin incurrir en ilícitos civiles. Quien desarrolla una actividad económica suele causar perjuicio a sus competidores. Más allá de la economía, quien gana un concurso o un lugar en la universidad deja en el camino a otros postulantes y el esfuerzo está precisamente orientado a superar el umbral de exclusión de los competidores. La práctica de la competencia comercial lleva al mismo resultado. Incluso es legítimo "atacar" un aspecto débil del competidor con una política comercial orientada solo a ese fin, a efectos de obtener una mejor posición para los propios productos.<sup>279</sup> El derecho civil es históricamente reticente a proteger la posición adquirida por quienes desarrollan actividades económicas, tanto porque ello no es compatible con las libertades ajenas de emprender y contratar, como porque conduciría a resultados ineficientes.<sup>280</sup>

En definitiva, el ejercicio del derecho a realizar una actividad económica lícita (Constitución, artículo 19 N° 23) actúa en forma usual como eximente de responsabilidad (*supra* N° 79), salvo que se haya actuado en forma abusiva. El problema, por consiguiente, es cuán extensa es esa impunidad y dónde se encuentra la frontera de lo ilícito (*infra* N° 188).<sup>281</sup>

c) El derecho contemporáneo ha establecido diversos ilícitos específicos que persiguen proteger la corrección y la honestidad en las relaciones competitivas sobre la base de hacer responsable a quien incurre *intencionalmente* en conductas que el derecho califica de antijurídicas. Es lo que ocurre en materia de libre competencia con el abuso de posición dominante (*infra* § 57 a); en el ámbito de la competencia comercial con las hipótesis de competencia desleal (*infra* § 57 b); en el mercado de valores, con el fraude por abuso de información privilegiada (*infra* § 67 h); en materia de sociedades anónimas, con las infracciones a los deberes de lealtad (*infra* § 56 d); y en materia contractual, con la intervención en contrato ajeno (*infra* § 66 b).

En estos casos la ilicitud se relaciona con algún tipo de intencionalidad o de incorrección voluntaria de los medios empleados, que se expresa al menos en el conocimiento de que se está actuando mediante engaño o de otro modo contrario a las buenas costumbres del tráfico comercial. Lo peculiar de estas situaciones radica en que la fuente de responsabilidad es la intención, entendida a lo menos como dolo eventual, y no el mero descuido o la simple aceptación como posible del daño ajeno.

<sup>279</sup> Algo semejante ocurre en materia de relaciones laborales cuando se ejerce el derecho legal a la huelga (Código del Trabajo, artículo 345). El propósito inmediato de la huelga es causar un daño al empresario, que se traduce en la imposibilidad de cumplir contratos con clientes y proveedores, en lucro cesante y en pérdida de *good will* comercial, todo lo cual es lícito, a condición de que se cumplan los requisitos legales.

<sup>280</sup> Weir 2002 173, Epstein 1999 576.

<sup>281</sup> Weir 1997 8.

d) De lo anterior se sigue una importante consecuencia práctica en cuanto a las acciones de que dispone la víctima de estos ilícitos. Ocurre que es usual que los personalmente responsables son los administradores de sociedades, que actúan, sin embargo, en beneficio de personas relacionadas (véase, por ejemplo, Ley de sociedades anónimas, artículos 44 I y 42 N<sup>os</sup> 6 y 7). En estos casos, aunque la persona relacionada no haya participado del ilícito, habrá en su contra acción restitutoria de los beneficios obtenidos del dolo ajeno (*infra* N<sup>o</sup> 727).

b. *Algunas diferencias en los efectos de la culpa intencional y la negligencia*

**101. Personas que se aprovechan del ilícito ajeno.** a) Quienes incurrir en dolo o culpa grave son personalmente responsables del ilícito y deben reparar todos los perjuicios sufridos por la víctima. Pero el derecho privado agrega una acción en el caso del dolo, cuyo fin es la restitución por terceros de los beneficios que se siguen del ilícito intencional (artículos 1458 III y 2316 II). Desde luego que el dolo ajeno debe haber sido causa del daño, porque de lo contrario tampoco tiene sustento la acción restitutoria contra quien se ha beneficiado.<sup>282</sup>

En consecuencia, el actor debe probar en el juicio restitutorio contra el tercero tanto el beneficio que ha obtenido, como la causalidad entre el ilícito y el provecho. Esta última es relevante en sus dos dimensiones: ante todo, como causalidad natural, esto es, que el beneficio haya sido obtenido precisamente a causa del dolo. Además, el beneficio debe estar en una relación de suficiente proximidad con el ilícito, lo que usualmente ocurrirá si el beneficio del demandado se obtiene del curso ordinario de acontecimientos que siguen al acto de quien defrauda.

b) Cabe preguntarse si esta pretensión restitutoria es también reconocida respecto de quien se ha beneficiado de la culpa grave ajena. Puede argumentarse que la norma del artículo 2316 II se refiere de manera exclusiva al dolo, de modo que ese efecto expansivo debe restringirse propiamente a la culpa intencional.<sup>283</sup> Sin embargo, la igualación de los efectos de la culpa grave y el dolo da también un fundamento de texto para sostener la posición diferente (artículo 44 II).

En este libro se ha optado por una amplia identificación de los efectos de la culpa grave al dolo (*supra* N<sup>o</sup> 99). Ella tiene particular justificación en el caso de la acción restitutoria, porque cuando el ilícito cede en beneficio de terceros, en razón del extremo descuido de una persona en sus deberes de cuidado o lealtad con otra, existe la misma razón para actuar contra el beneficiario que si se hubiera actuado con intención; así ocurre, por ejemplo, con quien con completa desaprensión de los deberes de lealtad para con la sociedad, aprovecha en favor de una empresa relacionada una oportunidad

<sup>282</sup> Diferente en este punto Alessandri 1943 482.

<sup>283</sup> Así, Alessandri 1943 483.

de negocios que por su origen pertenecía a la sociedad de la que es gerente o director (*infra* N<sup>o</sup> 628). De hecho, la completa desconsideración de los intereses de terceros solo se diferencia usualmente de la culpa intencional en que su prueba recurre a elementos objetivos y no es necesario escudriñar en la intención.

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

b) La doctrina tradicionalmente ha sostenido que la norma del artículo 1558 I del Código Civil no se aplica en materia extracontractual. Así, mientras el deudor contractual que ha incurrido en culpa solo responde de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse a la época del contrato, a diferencia de lo que ocurre si ha actuado con dolo o culpa grave, en materia extracontractual la responsabilidad comprendería los perjuicios previsibles e imprevisibles, se haya actuado con dolo o con culpa. Se ha argumentado a ese efecto que la norma del artículo 1558 se refiere a lo que pudo ser previsto a la época del contrato, de modo que en este ámbito se agotaría su aplicación.<sup>284</sup>

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

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

Sin embargo, también en el caso de la responsabilidad extracontractual surge la pregunta por los daños indemnizables. Asumido que la culpa supo-

<sup>284</sup> Ducci 1936 174, Alessandri 1943 552; así también, CS, 14.4.1953, RDJ, t. L, sec. 4<sup>a</sup>, 40. La misma doctrina ha sido sostenida por la jurisprudencia francesa, que también ha reducido el efecto de la imprevisibilidad a la responsabilidad contractual (Viney en Ghestin 1995 304, Viney/Jourdain en Ghestin 2001 579). En el derecho alemán, la imprevisibilidad no es relevante como factor limitante de la responsabilidad por los efectos consecuenciales del hecho; sin embargo, solo se responde de los perjuicios que están en una relación de adecuación con el hecho ilícito (y ese no suele ser el caso de los perjuicios imprevisibles). También en el derecho del *common law* la previsibilidad suele ser importante en sede de causalidad, al señalarse que solo está en relación de causa próxima con el hecho culpable el daño directo, entendiéndose por tal el perjuicio previsible (Jones 2002 267); en general, sobre la previsibilidad como criterio de imputación objetiva de los daños subsecuentes a la acción del demandado, *infra* N<sup>o</sup> 255; en relación con el criterio de adecuación, *infra* N<sup>o</sup> 257.

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

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

Usando el lenguaje del Código Civil, la pregunta deviene en buscar los criterios que permiten distinguir el *daño directo* del indirecto. Entre los conceptos utilizados para resolver esta cuestión reaparece la idea de previsibilidad. Sin embargo, la doctrina tiende a estar de acuerdo en que el requisito de que los daños sean previsibles establece un límite muy próximo a la responsabilidad, de modo que se prefiere el concepto de adecuación u otros que cumplan esa función limitante de una manera normativamente más satisfactoria (*infra* § 30, en especial N° 255).

c) En otras palabras, tanto en materia contractual como extracontractual el derecho debe poner un límite a los daños derivados de los cuales se responde; solo que en la primera, la idea de perjuicios previsibles resulta ajustada a la naturaleza de la relación, mientras que en sede de responsabilidad extracontractual otras doctrinas resultan más apropiadas.<sup>285</sup>

Por eso, aunque la norma del artículo 1558 I se aplica solo en materia contractual, se puede sostener que es una característica general de la responsabilidad por culpa que solo comprenda los perjuicios que pueden ser razonablemente imputados al hecho culpable, esto es, que pertenecen al desencadenamiento natural de los acontecimientos a partir del hecho que genera la responsabilidad (perjuicios a cuyo respecto el hecho ilícito está en relación de causa adecuada).<sup>286</sup> En otras palabras, se puede asumir que la responsabilidad por culpa solo puede ser atribuida respecto de aquellos riesgos que guarden una relación objetiva de proximidad con el ilícito del demandado (idea que en materia contractual se expresa con el requisito de

<sup>285</sup> Específicamente sobre las diferencias entre la responsabilidad contractual y la extracontractual en materia de previsibilidad de los daños indemnizables, véase también *infra* N° 795.

<sup>286</sup> Así se explica también que, en derechos pertenecientes a distintas tradiciones, como son el alemán y el *common law*, solo se responde de los llamados perjuicios puramente patrimoniales (esto es, de los perjuicios patrimoniales que no se derivan del daño a personas o cosas) en razón de culpa intencional o de la utilización de medios contrarios a las buenas costumbres. Es el caso de los atentados contra la competencia o la interferencia en contrato ajeno. Además de estar comprometida la libertad de emprendimiento (*supra* N° 100), esos daños son de tal amplitud que resultan usualmente imprevisibles.

que los perjuicios indemnizables solo son los que eran previsibles para el deudor al momento de contratar).<sup>287</sup>

d) Las explicaciones anteriores permiten replantear la pregunta por las diferencias entre la responsabilidad extracontractual por culpa y por dolo. Aunque se estime, con razón en mi opinión, que el artículo 1558 I se limita a la responsabilidad contractual, también en materia de responsabilidad extracontractual el dolo resulta influyente al momento de determinar la extensión de los perjuicios indemnizables, porque es un principio general del derecho privado que quien actúa maliciosamente tiende a hacerse responsable de todas las consecuencias de su conducta (*infra* N° 261). En efecto, "la conducta dolosa no solo es más reprochable que la descuidada, sino que ella ocupa un lugar central en la relación causal".<sup>288</sup>

**103. Importancia de la intención en la valoración del daño moral.** En la práctica jurisprudencial, la valoración de la indemnización por daño moral suele depender del juicio de valor respecto de la conducta del demandado. En otras palabras, aunque la indemnización tiene por naturaleza un fin reparador, la apreciación del daño moral incorpora aspectos punitivos, como se muestra en la consideración explícita o implícita que los fallos realizan de la gravedad de culpa. En tal sentido, el dolo y la culpa, e incluso la intensidad de esta última, suelen ser determinantes al momento de valorar el daño moral.<sup>289</sup>

## TÍTULO II

## CULPA POR EL HECHO AJENO

**104. La responsabilidad por el hecho ajeno.** a) El derecho civil distingue dos hipótesis de responsabilidad por el hecho de terceros: se responde por el hecho de personas que son incapaces de ilícito civil pero que están bajo el cuidado de otra (*infra* § 16), y por el hecho de personas que son capaces, contra las cuales se puede ejercer una acción por su propio hecho culpable, a cuya responsabilidad personal la ley agrega la responsabilidad de quien ejerce sobre ella autoridad o cuidado (*infra* § 17).

En ambos tipos de responsabilidad, el Código Civil chileno sigue el principio de que se responde por la propia culpa del demandado: la responsabilidad se funda en la falta de cuidado ejercido sobre el autor del daño y no es una responsabilidad *vicaria*, por el mero hecho de que este último esté al cuidado o bajo dependencia del tercero que responde (responsabilidad vicaria).<sup>290</sup>

<sup>287</sup> Perry en Owen 1995 321.

<sup>288</sup> Banfi 2012 b 21.

<sup>289</sup> Un análisis crítico de esta práctica en *infra* N° 198.

<sup>290</sup> Se ha fallado que el tercero civilmente responsable debe indemnizar el daño "no propiamente por el hecho ilícito ajeno, sino por su descuido personal como cuidador o empleador que debería estar vigilante de la capacidad o correcto desempeño de las labores de sus protegidos o dependientes en el ejercicio de sus actividades respectivas o en las tareas específicas que por razón del empleo se les hubiere encomendado" (CS, 29.8.1974, RDJ, t. LXXI, sec. 4°, 261); en el mismo sentido, en un caso de negligencia hospitalaria, se ha

## CONTRA UNA PRESUNCIÓN GENERAL DE CULPA POR EL HECHO PROPIO

Mauricio Tapia Rodríguez\*

### INTRODUCCIÓN

Probablemente el relativo desinterés por el estado subjetivo del agente, propio de la evolución de la responsabilidad civil desde la codificación, ha conducido al legislador, y en menor medida a la jurisprudencia, a presumir en ciertos casos el comportamiento negligente.

Las presunciones de culpa tienen una larga historia (*res ipsa loquitur*) y se han aplicado tanto en el ámbito de la responsabilidad por el hecho de las cosas (daños producidos por el manejo de armas de fuego, por ejemplo), como en el relativo a la responsabilidad por el hecho ajeno (responsabilidad por el hecho de dependientes, por ejemplo).

En materia de responsabilidad por el hecho propio, una antigua tesis (también presente en el derecho colombiano, que adoptó el Código Civil de Andrés Bello<sup>1</sup>) afirma que el artículo 2329 del Código Civil establece una presunción general de culpa por el hecho propio.

Se debe recordar que este artículo, en su primer inciso, señala: "Art. 2329. Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta". Luego, en su inciso segundo, describe tres casos: "Son especialmente obligados a esta reparación: 1º. El que dispare imprudentemente un arma de fuego; 2º. El que remueve las losas de una acera o

\* Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Chile.

<sup>1</sup> Aunque la jurisprudencia colombiana se inclina por la tesis de que el artículo 2356 del Código Civil colombiano (art. 2329 del Código Civil chileno) contiene una hipótesis de responsabilidad objetiva en caso de actividades peligrosas. V. en este sentido, el estudio de: MANTILLA ESPINOZA, F. Y TERNERA BARRIOS, F., "La interpretación *contra legem* del artículo 2356 del Código Civil colombiano", en *Temas de Responsabilidad Civil*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2004, pp. 211 y s.

caería en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transitan de día o de noche, 3º. El que, obligado a la construcción o reparación de un acueducto o puente que atraviesa un camino lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por él".

En efecto, una parte de la doctrina nacional ha insistido, hasta nuestros días, en la existencia de esta presunción de culpa por el hecho propio; en particular, desarrollando laramente argumentos en su favor, Carlos Dueci<sup>2</sup>, Arturo Alessandri<sup>3</sup> y Enrique Barros<sup>4</sup>. Para sus defensores, esta presunción de culpa no sólo se aplicaría en actividades peligrosas (como la jurisprudencia nacional parece insinuarlo), sino en todos los casos en que el daño no pueda sino ser atribuido a la acción del agente (*res ipsa loquitur*): "cuando el daño proviene de un hecho que, por su naturaleza o por las circunstancias en que se realizó, es susceptible de atribuirse a culpa o dolo del agente, por ejemplo, un choque de trenes"<sup>5</sup>.

Esta tesis ha contado con la aceptación de algunos autores<sup>6</sup>. Otros se han opuesto, no de una forma tan categórica (quizá por la relevancia histórica de la obra de su principal sostenedor, el destacado civilista Arturo Alessandri), y sobre la base de diferentes argumentos: porque la regla sería una simple repetición del artículo 2314 del Código Civil (Ramón Meza Barros<sup>7</sup>); porque su intención sería

<sup>2</sup> DUECI CARO, C., en su memoria de prueba, *Responsabilidad civil (ex-contratual)*, tesis, Santiago, El Imparcial, 1936, p. 134. Posteriormente (en verdad, 35 años más tarde), influenciado por la expansión de los casos de "accidentes de circulación" en el mundo, este autor matiza su idea original y sustenta ahora la presunción sobre la base de la "peligrosidad" y de la "responsabilidad por el hecho de las cosas", en *Responsabilidad civil. Actividades peligrosas—hechos de las cosas—circulación de vehículos*, Santiago, Editorial Jurídica, 1971, p. 99.

<sup>3</sup> V. en especial ALESSANDRI, A., "Une nouvelle interprétation de l'art. 2320 du Code civil chilien", en *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Paris, Dalloz, 1939, p. 9; y *De la responsabilité extra-contratual en el derecho civil chileno*, Santiago, Editorial Jurídica, 1943, 2005 (reimpresión), p. 212.

<sup>4</sup> BARROS BOURLE, E., *Tratado de responsabilidad civil extracontratual*, Santiago, Editorial Jurídica, 2006.

<sup>5</sup> ALESSANDRI (n. 3), p. 212. Para una descripción de estas tesis, v. LARROUCAU TORRES, J., *Culpa y dolo en la responsabilidad extracontratual. Análisis jurisprudencial*, Santiago, LexisNexis, 2007, pp. 134 y ss.

<sup>6</sup> Por ejemplo, elogiando algunos fallos que recogen esta tesis y las potencialidades que podría tener esa interpretación, aunque planteando la necesidad de una reforma legislativa para introducir tales cambios y destacando, con erudición y claridad, el estado del derecho comparado reciente sobre la materia: DIEZ SCHWERTER, J., "La culpa en la responsabilidad civil en Chile: algunos comienzos a partir de la ponencia de Fabricio Mantilla", en *Reformas en el derecho civil francés y perspectivas para el derecho chileno. Actualidad Jurídica*, Separata Revista N°16, Santiago, Ediciones Universidad del Desarrollo, 2007, pp. 35 y ss.

<sup>7</sup> MEZA BARROS, R., *Manual de derecho civil. De las fuentes de las obligaciones*, Santiago, Editorial Jurídica, 1997, 9ª ed., t. II, pp. 277 y ss.

sólo marcar la disociación entre los ilícitos civiles y penales (Pablo Rodríguez<sup>8</sup>); porque el precepto no contiene los elementos necesarios para inferir esa conclusión (René Abeliuk<sup>9</sup>); porque la regla haría referencia en verdad a una eventual presunción del vínculo de causalidad (Hernán Corral<sup>10</sup>); o, por los riegos que involucraría la aceptación generalizada de esta tesis<sup>11</sup>.

La jurisprudencia, por su parte, como se expone en esta ponencia, ha llegado a tres conclusiones sobre esta norma: en primer lugar, mayoritariamente afirma que este artículo sólo repite la norma general de responsabilidad por culpa del artículo 2314; en segundo lugar, algunas sentencias, contadas y excepcionales, han aceptado esta tesis de la presunción de culpa, pero restringiéndola en la práctica, como se intenta demostrar en este artículo, a actividades o cosas peligrosas, y en tercer lugar, que, en todo caso, la enumeración del segundo inciso no es exhaustiva.

Desde ya, cabe la pregunta de la conveniencia de insistir en establecer una presunción tan amplia en un medio jurisprudencial como el chileno, que se ha resistido a aplicar disciplinadamente las condiciones de la responsabilidad civil. Como se expone, su utilización extensiva podría incluso, al menos teóricamente, generalizar la inversión de la carga de la prueba a un extremo en que se podría preguntar si no se trata en verdad de una vía para crear una regla general de responsabilidad estricta (sin intervención legislativa), como parece insinuando la práctica del derecho colombiano sobre la materia.

Con el objeto de cuestionar esta interpretación, se analizará: (I) en primer lugar, los argumentos esgrimidos para sostener esta tesis y cuáles serían los efectos de la supuesta presunción; (II) en segundo lugar, se refutarán tales argumentos, intentando demostrar que esta presunción descansa en una precaria base teórica;

<sup>8</sup> Aunque Pablo Rodríguez también vincula el inciso primero de este artículo 2329 a un supuesto requisito de "antijuricidad". Francamente, quien escribe nunca ha entendido de dónde puede interpretarse que en nuestro sistema jurídico la "antijuricidad" configuraría una condición independiente de la responsabilidad civil. Por lo demás, no se ve en qué medida esta norma podría, como dice el autor, "cerrar el círculo" y mostrar la disociación entre ilícitos civiles y penales. V. RODRÍGUEZ GÁEZ, P., *Responsabilidad extracontratual*, Santiago, Editorial Jurídica, 2002, pp. 209 y ss.

<sup>9</sup> ABELUK MANISEVICH, R., *Las obligaciones*, Santiago, Editorial Jurídica, 2001, 4ª ed., tomo I, p. 206.

<sup>10</sup> CORRAL TALCANI, H., *Lecturas de responsabilidad civil extracontratual*, Santiago, Editorial Jurídica, 2003, p. 229. Hernán Corral esboza esta interesante idea, sobre la cual se vuelve más adelante en esta contribución.

<sup>11</sup> V. una modesta y sin duda demasiado breve (más bien, insuficientemente fundada) opinión en este sentido, en TAPIA RODRÍGUEZ, M., *Código Civil. 1855-2005. Evolución y perspectivas*, Santiago, Editorial Jurídica, 2005; y "Cento Cincuenta años de responsabilidad extracontratual en Chile", en *Responsabilidad civil. Liber amicorum a François Chabas*, Buenos Aires, Rubinzal-Culboni Editores, 2007, pp. 41 y ss.

(III) en tercer lugar, que la jurisprudencia nacional no ha dado a ese artículo el alcance de una presunción general, sino que se ha limitado a aplicarlo a ciertas actividades o cosas peligrosas; (IV) en cuarto lugar, que la aceptación de una presunción general en la materia involucraría enormes incertidumbres, al ser imposible anticipar razonablemente las condiciones en que procedería y, finalmente, (V) que, en todo caso, una eventual consagración judicial generalizada de esta presunción podría hacer bascular nuestro sistema hacia uno de responsabilidad estricta, sin la intervención de una decisión legislativa que sopesa los riesgos y costos sociales que ello envuelve.

#### I. ARGUMENTOS EN FAVOR DE LA

##### PRESUNCIÓN GENERAL DE CULPA POR EL HECHO PROPIO

Los argumentos en favor de esta posición, planteados particularmente por Arturo Alessandri, recogidos y desarrollados por Enrique Barros, pueden sintetizarse en los siguientes:

1. En primer lugar, existiría un argumento *exegético*. La ubicación del artículo 2329, inmediatamente después de las normas que establecen presunciones de culpabilidad por el hecho ajeno (artículos 2320 y 2322) y por el hecho de las cosas (artículos 2323 a 2328), y el enunciado inicial de la norma, que hace referencia a una especie de principio de alcance general ("Por regla general..."), podría ser entendida como una regla de clausura del sistema de presunciones que contempla el Código Civil.

Según sus sostenedores, ésta sería la única forma de dar sentido y utilidad a la disposición, pues de lo contrario habría que aceptar que se trata de una innecesaria repetición de la regla del artículo 2314 del Código Civil.

2. En segundo lugar, argumentan, la norma no se referiría a todo daño que haya sido causado por malicia o negligencia, sino a "todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona". La forma gramatical subjuntiva del verbo poder daría cuenta de algo posible y no de algo que sea completamente cierto. Se referiría, en consecuencia, a hechos que por sí solos pueden ser constitutivos de culpa.

3. En tercer lugar, los ejemplos del inciso segundo artículo 2329 darían cuenta de situaciones que por sí solas suponen la ocurrencia de un hecho negligente, como el que dispara un arma de fuego y hiere a alguien, o quien remueve losas sin tomar precauciones para evitar daños a terceros.

4. En cuarto lugar, la interpretación resultaría, se sostiene, coincidente con la "experiencia y la razón". Se atribuiría responsabilidad cuando el sentido común y la experiencia indiquen que el daño provocado en tales circunstancias

se debe usualmente a culpa o dolo de lo que lo causa. Es lo que en el derecho anglosajón, naturalmente con una cultura judicial bastante distinta, se conoce con la expresión latina *res ipsa loquitur* ("dejad que las cosas hablen por sí mismas").

5. Finalmente, la presunción de culpa por el hecho propio se justificaría por razones de economía procesal, pues sería preferible dar por probada la negligencia del demandado (y liberar a la víctima de esta prueba) si existen indicios que permiten inferir que lo más probable es que el daño se debe a su negligencia, aunque técnicamente sean insuficientes para construir una presunción judicial. Se evitaría así la denominada "prueba diabólica".

Según esta tesis, los efectos que se seguirían de su aplicación serían los siguientes:

a) En su formulación clásica (Arturo Alessandri), se *presumiría la culpa* en todos aquellos casos en que el daño, por su propia naturaleza o por las circunstancias en que se realizó, se pueda imputar negligencia al agente.

La víctima no debería probar la culpa, ni tampoco la relación causal, y sólo debería acreditar la existencia de un perjuicio. Esto, en opinión de ese autor, conduciría a mejorar sustancialmente la situación de la víctima.

b) En su formulación moderna (Enrique Barros), la denominada presunción de culpabilidad por el hecho propio contemplaría dos casos: las actividades particularmente peligrosas, y todos aquellos casos en que las circunstancias indican que *prima facie* el daño se debe a la negligencia de alguien.

En cuanto al primer caso, este autor lo funda en las primeras explicaciones de Carlos Ducci (el típico caso del choque de trenes), y agrega que estas hipótesis se acercan a las responsabilidades estrictas establecidas por el legislador. En estas situaciones existiría una elevada peligrosidad y probabilidad (frente a una escasa utilidad social, en varios casos) lo que conduciría a prescindir de la culpa. Así, por ejemplo, se encontrarían en este caso la hipótesis del disparo de un arma de fuego (Nº 1, art. 2329 del Código Civil), o la quema de pastizales no autorizada.

El segundo grupo emanaría de una máxima de la experiencia, y operaría cuando el solo hecho del accidente podría ser indicio *prima facie* de la culpa de quien desarrolla la actividad. Es, como se entiende, una utilización del *res ipsa loquitur* del *common law*. El fundamento causal de la presunción se encontraría en que la cosa o situación se encuentre bajo "el control del demandado". De esta forma, se agrega, la presunción evitaría la "prueba diabólica", pues el que tiene el control se encontraría en mejores condiciones de probarla. Se agrega un requisito sutil "que el accidente sea de aquellos que en el curso ordinario de los acontecimientos no ocurren en ausencia de negligencia", y se da el ejemplo de los productos defectuosos.

En todo caso, en esta formulación moderna de la tesis, se sostiene que su función sería establecer un "principio de prueba" o una "aparición de culpa", atenuando, al menos formalmente, su extensión más radical como presunción. Así, operaría mientras el demandado no dé una "explicación más razonable" acerca de la fuente del daño.

En apoyo de esta posición se utilizan algunos fallos de la primera mitad del siglo XX, relativos a actividades peligrosas, y unos contados fallos modernos, que son analizados en la tercera parte de esta exposición.

Sin embargo, este último autor reconoce que su aplicación indiscriminada podría minar las bases del régimen de responsabilidad por culpa probada, por lo que resultaría necesario que las condiciones de aplicación y sus efectos sean justificados con cuidado por la jurisprudencia.

## II. CARENCIAS DE LOS FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE ESTA TESIS

Un análisis de los argumentos utilizados por los defensores de esta tesis conduce a la conclusión que ella se funda sobre supuestos débiles.

Conviene examinar por separado cada uno de esos argumentos (revisados en la primera parte de este estudio) y exponer, respecto de cada uno de ellos, las razones que llevan a sostener lo contrario.

1. *Argumento exegético.* Como se señaló, los partidarios de esta tesis argumentan que la presunción se desprendería del carácter de regla general de clausura del artículo 2329, que sería la única forma de dar sentido y utilidad a la disposición, pues de lo contrario habría que aceptar que se trata de una innecesaria repetición del artículo 2314.

Al respecto, cabe preguntarse lo siguiente: ¿Es suficiente esta razón para crear una figura de la envergadura de una presunción general de culpa por el hecho propio? ¿Acaso las instituciones o reglas civiles existen o se inventan para dar coherencia a las normas de un texto?

En verdad, el derecho civil está llamado a dar cuenta y resolver un estado de cosas, y no simplemente a perfeccionar teóricamente los sistemas para satisfacer a los juristas. Varias disposiciones civiles pueden estimarse que contienen reglas repetidas, otras pierden coherencia por desuso, por innecesarias para el momento, porque cambiaron las costumbres, etcétera. Pero ello no puede justificar la invención de un instrumento tan radical como éste, simplemente para que las normas de un texto legal obtengan o recuperen coherencia.

2. *Argumento que atiende a la forma gramatical subjuntiva (pueda) del verbo poder.* Como se dijo, los sostenedores de esta tesis argumentan que norma no se referiría a todo daño que haya sido causado por malicia o negligencia, sino a "todo

daño que 'pueda' imputarse a malicia o negligencia de otra persona". La forma gramatical subjuntiva del verbo poder daría cuenta de algo posible y no de algo completamente cierto.

Sin duda, desde un punto de vista gramatical, el argumento puede tener asidero. Sin embargo, eso nada nos dice acerca de la figura jurídica que se intenta crear mediante la interpretación de esa forma gramatical de un verbo: ¿cuál es la extensión que resulta conveniente dar a esta eventual presunción? ¿en qué hipótesis proceder? ¿cuáles son sus condiciones de aplicación? ¿cuál es la extensión de sus efectos?, etcétera. La construcción de una institución de esta naturaleza no puede fundarse únicamente en la forma verbal empleada en una frase.

3. *Argumento que atiende a que los ejemplos del artículo 2329 darían cuenta de situaciones que por sí solas suponen la ocurrencia de un hecho negligente, como el que dispara un arma de fuego y hiere a alguien, o quien remueve losas sin tomar precauciones.* Este argumento puede tener un trasfondo cierto, en el sentido que en estas situaciones subyacen generalmente algunas negligencias. Sin embargo, si se analizan en detalle los ejemplos que menciona el inciso segundo de este artículo, todos ellos se refieren a actividades o utilización de cosas peligrosas (manejo de armas de fuego, excavaciones en lugares transitados y reparaciones de puentes).

Así también, otras situaciones que la jurisprudencia ha considerado comprendidas en este artículo; se refieren a actividades o utilización de cosas peligrosas: los derrumbes que durante la demolición de un edificio causan daños a terceros; la muerte de un transeúnte causada por una línea eléctrica extendida en condiciones riesgosas; el accidente provocado por un pozo descubierto sin señales de prevención; el volcamiento de un carro de ferrocarril por mal estado de la vía férrea, etcétera<sup>12</sup>.

4. *Argumento que atiende a que la interpretación resultaría, se sostiene, coincidente con la "experiencia y la razón" (res ipsa loquitur).* Puede ser, pero existen notables diferencias entre nuestros sistemas de derecho continental y el *common law*, de donde se extraen estos argumentos. Como se expone más adelante, nociones como "experiencia" y "razón" tienen sentido en sistemas que trabajan sobre la base de precedentes que dan estabilidad y seguridad acerca de qué se va considerar como razonable según la experiencia. Así, es posible determinar anticipadamente en qué hipótesis se aplicará la presunción, cuestión que en nuestra práctica parece, al menos en el estado actual, muy difícil.

<sup>12</sup> V. sobre estos casos, ver párr. III. *infra*.

5. *Argumento relativo a que la presunción de culpa se justificaria por razones de economía procesal, dando por probada la negligencia si existen indicios que permiten inferirla, evitando así denominada "prueba diabólica".* Este argumento no es lógico. En efecto, cómo podría ser "diabólica" esta prueba, si por otra parte en estos casos se nos dice que *prima facie*, a todas luces, parece existir negligencia de un tercero. Por una parte se afirma que en estos casos todo parece indicar que el daño se debe a la negligencia de un agente, y por otra, se afirma que establecer esa negligencia es extremadamente difícil, porque constituiría prácticamente una prueba diabólica.

En verdad, las dificultades probatorias se producen cuando la culpa o la relación de causalidad es difusa, situaciones que parecen no quedar comprendidas en esta presunción de culpa.

### III. APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL

Por su parte, la jurisprudencia nacional (si tomamos en cuenta los fallos de la Corte Suprema y de las Cortes de Apelaciones), ha llegado a tres conclusiones sobre esta norma.

En primer lugar, mayoritariamente, se sostiene que este artículo sólo repite la norma general de responsabilidad por culpa del artículo 2314 del Código Civil, cuya única peculiaridad consistiría en citar algunos ejemplos o casos de aplicación del principio general de responsabilidad por culpa, o en confirmar que la reparación comprende "todo daño"<sup>13</sup>.

Esto equivale a decir que la regla no tiene ninguna utilidad práctica y que la tesis de la presunción de culpa por el hecho propio sería simplemente una fantasía académica. O, como ocurre con otras normas (afortunadamente pocas), se trataría de una regla repetida; tal vez una idea (responsabilidad sobre la base de la negligencia) que Andrés Bello habría querido, con fines casi pedagógicos (una reminiscencia de la Ilustración?), acentuar.

En segundo lugar, también se ha sostenido que la enumeración del segundo inciso del artículo 2329 no es exhaustiva<sup>14</sup>, pues se ha aplicado: a derrumbes que

<sup>13</sup> Puede revisarse una sentencia reciente que ha concluido claramente en este sentido: Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de septiembre de 2000, *RDJ*, t. XCIV, sec. 2ª, p. 65.

<sup>14</sup> Así se ha fallado que "este precepto no sólo cabe aplicarlo a los tres casos que enumera pues estos están señalados sólo a vía ejemplar y sin excluir otras situaciones", Corte de Apelaciones de Concepción, 25 de enero de 2002, confirmada por la Corte Suprema, 7 de mayo de 2002, *RDJ*, t. XCIX, sec. 5ª, pp. 104 y ss.

durante la demolición de un edificio<sup>15</sup>, muerte de un transeúnte causada por una línea eléctrica extendida en condiciones peligrosas<sup>16</sup>, un pozo descubierta sin señales de prevención<sup>17</sup>, volcamiento de un carro de ferrocarril por mal estado de la vía férrea<sup>18</sup>, etcétera<sup>19</sup>.

En síntesis, como puede inferirse de esas decisiones, la jurisprudencia nacional ha aplicado este artículo a otras cosas o actividades peligrosas.

Al respecto, cabe mencionar que en las notas al Proyecto de Código Civil de 1853, Andrés Bello afirma que esta norma tendría su origen en las leyes 6, 7, 8 y siguientes del título XV, Partida VII de Las Siete Partidas. Sobre este punto, las Siete Partidas contienen los siguientes ejemplos: daños causados a hombres o animales domésticos por trampas colocadas en lugares donde circulen usualmente hombres y rebaños; perjuicios que producen la estampida de rebaños; e incendios producidos por la quema de paja o de madera "en tiempo de viento". Esto es, su antecedente histórico también se refiere a actividades o cosas que pueden estimarse peligrosas.

Finalmente, otras sentencias, conadas y excepcionales, han aceptado esta tesis, pero restringiéndola, como se argumenta a continuación, a actividades o cosas peligrosas. Por lo demás, cabe mencionar que varias de las sentencias que aceptan (aunque sea parcialmente) la tesis de esta presunción general de culpa, fueron redactadas por algunos profesores —en calidad de abogados integrantes— que han defendido en ámbitos académicos esta posición.

En efecto, los casos en que la jurisprudencia ha utilizado esta tesis, son típicamente situaciones que se dan en uso de cosas o en ejercicio de actividades peligrosas.

Una revisión exhaustiva de los contados casos en que la jurisprudencia ha utilizado el artículo 2329 como una presunción de culpa puede ilustrar esta conclusión. Para estos efectos, podemos identificar seis grupos de casos.

a) Municipalidades por mantenimiento de vías públicas. En esta materia, las Municipalidades han sido condenadas, sobre la base del artículo 2329 del Código Civil: i) Por dejar un hoyo profundo descubierta, contiguo a colector

<sup>15</sup> Corte Suprema, 13 de enero de 1937, *RDJ*, t. XXXIV, sec. 1ª, p. 201.

<sup>16</sup> Corte Suprema, 14 de junio de 1945, *RDJ*, t. XLIII, sec. 1ª, p. 26.

<sup>17</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso, 3 de diciembre de 1948, confirmada por la Corte Suprema, 4 de agosto de 1952, *RDJ*, t. XLIX, sec. 1ª, p. 281.

<sup>18</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de junio 1941, confirmada por la Corte Suprema, 27 de agosto de 1942 y 3 de diciembre de 1943, *RDJ*, t. XLI, sec. 1ª, p. 430.

<sup>19</sup> V. ésos y otros casos citados en Barrios (n. 4), p. 149.

de aguas lluvias (Corte Suprema, 7 de mayo de 2001<sup>20</sup>). ii) Por no reponer tapa de sumidero (Corte de Apelaciones de Valparaíso, 3 de diciembre de 1948, confirmada por Corte Suprema, 4 de agosto de 1952<sup>21</sup>). iii) Por mantener baldosas sueltas de la acera (Corte de Apelaciones de Concepción, 25 de enero de 2002, confirmada por Corte Suprema, 7 de mayo de 2002<sup>22</sup>). iv) Por mantener calles con forados y sin resguardo alguno (Corte de Apelaciones de Concepción, 6 de octubre de 2000, confirmada por Corte Suprema, 28 de diciembre de 2000<sup>23</sup>). v) Por no evitar que la pavimentación de calles provoque anegamiento de casas (Corte de Apelaciones de Valdivia, 20 de julio de 2000, confirmada por Corte Suprema, 3 de mayo de 2001<sup>24</sup>). vi) Por mal estado de veredas (Corte de Apelaciones de Chillán, 27 de septiembre de 2007, confirmada por Corte Suprema, 27 de diciembre de 2007<sup>25</sup>). vii) Por hoyo en la acera (Corte de Apelaciones de Rancagua, 8 de agosto de 2006, confirmada por Corte Suprema, 29 de mayo de 2007<sup>26</sup>). viii) Por baldosas sueltas en la vereda (Corte de Apelaciones de Chillán, 26 de diciembre de 2005, confirmada por Corte Suprema, 8 de junio de 2006<sup>27</sup>).

Como puede desprenderse de lo anterior, se trata de casos en que se hace responsable a entes municipales por la mala mantención o la ausencia de reparación de lugares por donde transitan peatones o automóviles. La conservación de lugares por donde transitan habitualmente personas puede estimarse que constituye una actividad peligrosa o riesgosa, pues existe una elevada probabilidad de que un daño grave a la integridad física se produzca cuando esa labor se omite o se realiza de forma deficiente.

b) Transportes-Operaciones de carga y descarga. Aun cuando se trate en general de contratos, la aplicación del artículo 2329 es posible si se daña a terceros o si (como ocurre en varias ocasiones) se plantea la discusión en el ámbito extracontractual. Así, se ha aplicado la presunción de culpa: i) Por daños atribuidos a un capitán de buque que mantiene a bordo aparatos de carga y descarga que no ofrecen "seguridad al trabajador" (Corte de Apelaciones de Tacna, 4 de septiembre de

<sup>20</sup> Número identificador LegalPublishing: 18590.

<sup>21</sup> *RDJ*, t. XLIX, sec. 1<sup>a</sup>, p. 281.

<sup>22</sup> Número identificador LegalPublishing: 24432.

<sup>23</sup> Número identificador LegalPublishing: 17821.

<sup>24</sup> Número identificador LegalPublishing: 18713.

<sup>25</sup> Número identificador LegalPublishing: 38006.

<sup>26</sup> Número identificador LegalPublishing: 36500.

<sup>27</sup> Número identificador LegalPublishing: 34542.

1905, confirmada por Corte Suprema, 27 de noviembre de 1907<sup>28</sup>). ii) Por daños a obreros atribuidos a un empresario que ejecuta operaciones de carga y descarga de carbón, que son "por naturaleza peligrosas" (Corte de Apelaciones de Valparaíso, 1<sup>o</sup> de mayo de 1918, confirmada por Corte Suprema, 22 de julio de 1919 y 5 de noviembre de 1919<sup>29</sup>). iii) Por daños atribuidos a una empresa de transporte de combustible, por constituir una "actividad riesgosa" (Corte de Apelaciones de Santiago, 31 de mayo de 2006, confirmada por Corte Suprema, 29 de enero de 2008<sup>30</sup>). iv) Por daños atribuidos a empresas cuyos trenes chocan entre sí, que son las situaciones que dieron lugar al nacimiento de esta tesis (Corte de Apelaciones de Santiago, 1<sup>o</sup> de agosto de 1923, confirmada por Corte Suprema, 11 de enero de 1924<sup>31</sup>; Corte Suprema, 14 de diciembre de 1923<sup>32</sup>; Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de enero de 1928<sup>33</sup>). v) Por daños por volcamiento de ferrocarril atribuidos a mal estado de la vía (Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de junio de 1941, confirmada por Corte Suprema, 27 de agosto de 1942<sup>34</sup>). vi) Por daños provocados porque locomotora no tenía "canasto para chispas" (Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de octubre de 1904<sup>35</sup>, y Corte Suprema, 5 de octubre de 1929<sup>36</sup>).

Estas operaciones o actividades pueden estimarse peligrosas porque el cumplimiento del contrato (transporte, operaciones de estiba, descarga, etc.) involucra necesariamente una relación directa de máquinas o cosas en movimiento con personas (pasajeros, operarios, etc.), y la utilización de elementos combustibles.

c) Almacenamiento de productos peligrosos. Aquí es evidente la peligrosidad: i) Daños por incendio atribuidos a persona que almacenaba productos combustibles en "situación de peligro" (Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de agosto de 1928, confirmada por la Corte Suprema, 7 de marzo de 1929 y 20 de octubre de 1934<sup>37</sup>). ii) Daños atribuidos al administrador de oficina salitrera que deja que

<sup>28</sup> *RDJ*, t. V, sec. 1<sup>a</sup>, p. 144.

<sup>29</sup> *RDJ*, t. XVIII, sec. 1<sup>a</sup>, p. 126.

<sup>30</sup> Número identificador LegalPublishing: 38357.

<sup>31</sup> *RDJ*, t. IX, sec. 2<sup>a</sup>, p. 25.

<sup>32</sup> *RDJ*, t. XXII, sec. 1<sup>a</sup>, p. 912.

<sup>33</sup> *RDJ*, t. XXII, sec. 1<sup>a</sup>, p. 785.

<sup>34</sup> *RDJ*, t. XXXVII, sec. 1<sup>a</sup>, p. 240.

<sup>35</sup> *RDJ*, t. XLI, sec. 1<sup>a</sup>, p. 430.

<sup>36</sup> *RDJ*, t. II, sec. 2<sup>a</sup>, p. 86.

<sup>37</sup> *RDJ*, t. XXVII, sec. 1<sup>a</sup>, p. 557.

<sup>38</sup> *RDJ*, t. XXXII, sec. 1<sup>a</sup>, p. 93.

trabajadores transiten al lado de cachuchos de salitre hirviendo sin rejas protectoras (Corte de Apelaciones de Tacna, 21 de marzo de 1905, confirmada por Corte Suprema, 22 de septiembre de 1905<sup>39</sup>).

d) Constructoras por daños a vecinos. La construcción en medio de ciudades expone a daños a los predios colindantes, y en tal sentido es una actividad potencialmente peligrosa. Así ocurre, por ejemplo, con daños por derrumbes atribuidos a empresa que demuele edificio (Corte Suprema, 13 de enero de 1937<sup>40</sup>). Mismo caso: Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de septiembre de 2000<sup>41</sup>.

e) Servicios públicos (suministros). Ciertas empresas de suministros distribuyen productos potencialmente peligrosos. De esta forma, se ha aplicado la presunción de culpa en caso de: i) Daños atribuidos a una empresa que extiende línea eléctrica en condiciones peligrosas (Corte Suprema, 14 de junio de 1945<sup>42</sup>) y; ii) Daños atribuidos a empresa de gas que no toma precauciones para evitar escapes (Corte de Apelaciones de Concepción, 4 de noviembre de 1997, confirmada por Corte Suprema, 3 de noviembre de 1998<sup>43</sup>).

f) Quema de pastizales. Esta es una actividad ya considerada peligrosa en las Siete Partidas. Se ha aplicado esta presunción por quema de pastizales, en atención a que se trata de una actividad eminentemente "peligrosa" en medio de terrenos forestales (Corte de Apelaciones de Concepción, 23 de julio de 1993<sup>44</sup>).

Estos son los casos en que la jurisprudencia nacional ha estimado que el artículo 2329 envuelve una presunción de culpa por el hecho propio.

Como puede desprenderse, se trata en esencia de cosas o actividades peligrosas, cuestión que recuerda que en el origen de esta idea se encuentra la interpretación efectuada en el derecho colombiano que hasta nuestros días estima que esta norma envuelve una presunción de culpa en tales hipótesis. En efecto, como lo ha constatado en varios estudios el profesor Fabricio Mantilla, quien ha revisado la aplicación de la norma equivalente del derecho colombiano (artículo 2356 del Código Civil), la jurisprudencia colombiana ha aplicado de forma consistente en el tiempo esta presunción, estimando de manera más bien

<sup>39</sup> *RDJ*, t. III, sec. 1<sup>a</sup>, p. 125.

<sup>40</sup> *RDJ*, t. XXXIV, sec. 1<sup>a</sup>, p. 201.

<sup>41</sup> Número identificador LegalPublishing: 21059.

<sup>42</sup> *RDJ*, t. XLIII, sec. 1<sup>a</sup>, p. 26.

<sup>43</sup> *Fallón del Mes*, N°481, p. 2600.

<sup>44</sup> *RDJ*, t. XC, sec. 2<sup>a</sup>, p. 91.

invariable cuáles actividades o cosas pueden ser consideradas "peligrosas"<sup>45</sup>. En general, en ese derecho se estiman peligrosas las actividades que involucran la utilización de máquinas y aquellas que envuelven el empleo de elementos combustibles<sup>46</sup>.

Puede, evidentemente, discutirse el concepto de actividades o cosas peligrosas. En teoría, para encontrar una respuesta, pueden utilizarse diversos criterios. Ante todo, una actividad que involucra una elevada probabilidad de daños a terceros puede ser estimada peligrosa (ejemplo, la quema de pastizales, el manejo de armas de fuego, la reparación de lugares por donde transitan habitualmente personas, la conducción de automóviles, almacenamiento y transporte de productos explosivos, etc.). Luego, existen actividades cuya probabilidad de causar daños a terceros es baja, pero que de producirse su magnitud es considerable o afectan a un gran número de personas (transporte aéreo, operaciones de carga y descarga, construcciones, etcétera).

Sin duda que el análisis del carácter "peligroso" de una actividad presenta inconvenientes en la práctica, pudiendo esta noción extender sus contornos a un punto tal que podría preguntarse qué actividad puede no ser considerada peligrosa. Sin embargo, si se analizan con detención todos los casos resueltos en Chile, invocando el artículo 2329, es posible percatarse que existe una doble constante: una probabilidad del daño elevada (municipalidades por mantenimiento de vías públicas, almacenamiento de productos explosivos, y quema de pastizales), o la amenaza de un perjuicio grave a las personas (transporte y operaciones de carga y descarga, algunos daños por servicios públicos de suministros y daños a vecinos por constructoras)<sup>47</sup>.

Por lo demás, una razón de fondo conduce a sostener que, tratándose de actividades peligrosas, es justificable la aplicación de un esquema de responsabilidad más severo: quien ejerce o se aprovecha de tal actividad debe, por su propia naturaleza, tomar resguardos mayores para evitar daños que se presentan como altamente probables o radicalmente graves.

<sup>45</sup> V. MANTILLA ESPINOZA, E., "El principio general de responsabilidad por culpa del derecho privado colombiano", en *Reformas en el derecho civil francés y perspectivas para el derecho chileno*, *Actualidad Jurídica*, Separata Revista N°16, Santiago, Ediciones Universidad del Desarrollo, 2007, pp. 17 y ss.; y MANTILLA (n. 1), pp. 211 y ss.

<sup>46</sup> MANTILLA (n. 1), pp. 211 y ss.

<sup>47</sup> El Proyecto Carala de reforma del Código Civil francés contiene precisamente una regla en ese sentido: "Art. 1362. Sin perjuicio de disposiciones especiales, el ejecutante de una actividad anormalmente peligrosa, aunque sea lícita, es obligado a reparar los perjuicios provenientes de esta actividad. Se reputa anormalmente peligrosa la actividad que crea un riesgo de daños graves que puedan afectar a un gran número de personas simultáneamente".

#### IV. INCERTIDUMBRES EN LA APLICACIÓN DE ESTA PRESUNCIÓN

Al examinar la formulación de esta tesis, se deduce que sus sostenedores se encuentran movidos por dos preocupaciones esenciales, por cierto legítimas: la primera, una medida asistencial, en orden a proteger a las víctimas de mejor manera, y la segunda, el afán de lograr una eficiente utilización de los recursos, presumiendo una culpa que se inuye en los hechos, y dejando la carga de la prueba a quien se encuentra en una mejor posición para asumirla (así, se cita el caso de los productos defectuosos).

Pero por más loables que sean tales fines, la creación de una presunción de esta envergadura no permitiría cumplirlos de buena forma, dando lugar, por el contrario, a enormes incertidumbres.

El afán de proteger a las víctimas es legítimo, pero puede conducir al desconocimiento que la responsabilidad civil es un instrumento para restablecer el equilibrio roto de manera injusta, pero no para indemnizar o reparar en todo evento. Para eso están los seguros y la asistencia (o solidaridad) nacional. Por otra parte, por más que se quiera actuar con eficiencia, es necesario, para respetar el principio de igualdad, que se sepa con certeza en qué casos esta presunción se aplicará y, por tanto, en qué casos sería necesario tomar la precaución de contratar seguros (tratándose, en especial, de actividades empresariales). Después de todo, la asunción de una presunción de esta naturaleza no es simplemente una medida "procesal" en beneficio de las víctimas, sino que también se traduce en la práctica en gravar con una responsabilidad más severa a los autores.

La formulación de una tesis de esta envergadura, para que pueda cumplir los fines que se propone, requeriría una relativa certidumbre acerca de las hipótesis en que se aplicará. En efecto, como se adelantó, nociones como "experiencia" y "razón" (sobre las cuales se funda esta presunción en su formulación moderna) tienen sentido en sistemas que trabajan sobre la base de precedentes que dan estabilidad y seguridad acerca de qué se va considerar como razonable según la experiencia.

Frente a esto, la presunción de culpa en comento pretende aplicarse en el medio jurisprudencial chileno que se resiste a la sistematización y disciplina.

En nuestro país, una presunción tan amplia como la expuesta ¿no se usaría para esconder dudas sobre la causalidad? ¿cómo se controlaría? La jurisprudencia estima que las presunciones judiciales son cuestiones de hecho, por lo que en principio escaparían al control del recurso de casación (salvo casos excepcionales: cuando falta gravedad, precisión y concordancia).

Por lo demás, en la formulación moderna de esta tesis, ¿qué quiere decir que esta norma envuelve como consecuencia un "principio de prueba"?; en definitiva, ¿es o no prueba suficiente?; ¿cómo se desvirtúa un "principio de prueba"?; ¿cuál es el alcance de la afirmación de que este artículo permitiría una "aparición de culpa"?

Los sostenedores de esta tesis afirman, en respuesta a esta crítica, que no debería tenerse una posición tan escéptica sobre este punto, pues los tribunales nacionales aun cuando justifiquen insuficientemente sus fallos, en definitiva, terminan decidiendo de forma correcta.

Eso puede ser cierto, pero lo que se olvida es que no son las decisiones sino sus argumentos y justificaciones los que construyen la jurisprudencia. Una jurisprudencia fundada en los meros resultados de las decisiones conforma un cuerpo de reglas impenetrable, una colección de fallos sin unidad sistemática.

Afortunadamente, la Corte Suprema, probablemente inuyendo los riesgos que significaría entregar a las instancias inferiores una herramienta tan incierta como esta presunción de culpa, ha optado acertadamente por restringir su aplicación a los casos en que podemos sostener que se trata de la utilización de una cosa o del desarrollo de una actividad peligrosa. De esta forma, se vuelven más previsibles las hipótesis en que se aplicará.

#### V. RIESGOS DE LA ADOPCIÓN GENERALIZADA DE ESTA PRESUNCIÓN

Efectivamente, prácticas como una presunción general de culpa provienen de sistemas habituados a conferir otros poderes a los jueces. En nuestros sistemas jurídicos, lo razonable puede oponerse al bienestar social. Y tales decisiones, en nuestros sistemas, pertenecen a los poderes políticos y no a los jueces.

En efecto, en nuestros sistemas son las reglas generales (aquellas que provienen de la ley) las que evitan situaciones injustas (que algunos carguen con una responsabilidad más severa que otros). Por lo demás, una regla general permite la internalización de los costos mediante los seguros, cuestión particularmente importante si se considera que la regla del artículo 2329 se ha aplicado esencialmente a actividades empresariales que, para ser viables en el tiempo, necesitan anticipar razonablemente el costo de los accidentes que arriesgan cometer a terceros. Por último, es el legislador quien se encuentra en la mejor posición para evaluar los costos y beneficios de una regla como ésta.

Una prueba de que estas decisiones pertenecen al legislador es que en la inmensa mayoría de los países que comparten nuestra tradición jurídica han sido precisamente leyes especiales las que han creado estatutos especiales, particularmente por cosas o actividades peligrosas, conduciéndolo generalmente a un esquema de responsabilidad estricta<sup>48</sup>.

<sup>48</sup> Ver la exhaustiva revisión que efectúa al respecto el profesor Díez (n. 6), pp. 46 y s.

El mismo argumento vale para la supuesta utilidad que este artículo podría tener en materia de productos defectuosos, relevando al consumidor-víctima de la "prueba diabólica" de una culpa desconocida o perdida en la complejidad del sistema de producción del autor.<sup>49</sup> Sin duda que ello mejoraría la posición de la víctima, ¿pero acaso esto no es una decisión que en nuestros sistemas correponde al legislador?; de otra forma, ¿cómo se cauteriaría la aplicación igualitaria de esta norma, y con ello la internalización de los costos mediante seguros, si la jurisprudencia se ha mostrado reacia a aplicar disciplinadamente las condiciones de la responsabilidad civil?

No debe olvidarse, como lo demuestra la experiencia comparada, que el paso entre una presunción de culpa y una responsabilidad estricta es muy sutil: basta que la jurisprudencia examine con particular rigor la excusa de diligencia para hacer bascular el sistema de responsabilidad civil. Prueba de ello es la experiencia francesa en materia de responsabilidad por el hecho de las cosas, que partió como una presunción de culpa y que terminó como una responsabilidad estricta y extraordinariamente severa. Más aún, es el caso también de la propia jurisprudencia colombiana que, sobre la base del equivalente del artículo 2329 (2356 del Código Civil colombiano), pasó de una presunción de culpa por actividades peligrosas a un régimen de responsabilidad estricta donde sólo cabe como excusa la causa inimpurable.<sup>50</sup>

Así, si se quiere dar algún sentido al artículo 2329, pareciera preferible reservar esta supuesta presunción de responsabilidad para actividades peligrosas, no sujetas a regímenes especiales, efectuando una aplicación cuidadosa y rigurosa de las condiciones en que se aplicará. En tal sentido, la ventaja de esta posición es que la responsabilidad por actividades o cosas peligrosas es, por decirlo de algún modo, más aprehensible, porque la responsabilidad es del dueño, de quien la utiliza, de quien construye, de quien se aprovecha de la actividad, de quien controla la cosa, etcétera. Varios de los criterios mencionados en los fallos citados (por ejemplo, el control sobre la cosa) son los criterios típicos que se usan en el derecho comparado para determinar quién es el responsable por daños provocados por una cosa, y en particular tratándose de cosas peligrosas.

Finalmente, existen naturalmente otras interpretaciones posibles para este artículo 2329. Entre ellas, la que sostiene explícita o implícitamente la jurisprudencia mayoritaria: que no tiene otro alcance que reforzar el principio de responsabilidad por culpa probada del artículo 2314, con el complemento que esta regla obliga expresamente a indemnizar "todo" daño. Otra, que también podría explorarse, es

la interpretación que insinuó en nuestro derecho Hernán Corral, en orden a que esta regla podría envolver una especie de presunción de causalidad, que en tales casos (¿en actividades peligrosas?) haría innecesaria la prueba de este requisito de la responsabilidad civil, pero no de la culpa<sup>51</sup>; criterio que parece también implícitamente recoger al menos una sentencia reciente<sup>52</sup>.

Todas estas interpretaciones parecen, en todo caso, menos riesgosas que la amplia tesis criticada en este estudio y que, de aceptarse en todas sus consecuencias (cuestión que felizmente no ha ocurrido en la práctica judicial chilena), conduciría a resultados inciertos y, muy probablemente, injustos.

<sup>51</sup> MANTILLA (n. 1), pp. 230.

<sup>52</sup> Corte de Apelaciones de Copiapó, 5 de marzo de 2008, Número Identificador Legal/Publishing: 38400.

<sup>49</sup> Como lo pretende, en particular, Barros (n. 4), pp. 750 y ss.

<sup>50</sup> MANTILLA (n. 1), pp. 211 y ss.