



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Privado
Derecho Civil V “Responsabilidad Extracontractual”
Aldo Molinari Valdés y Mónica Pérez Quintana.

Mariales de lectura control N° 1:

1. BARROS, Enrique. *“Tratado de responsabilidad extracontractual”*. Capítulo 1. *Introducción a la responsabilidad extracontractual*. Pp. 15–62.
2. DOMINGUEZ, Carmen. *“Los principios que informan la responsabilidad en el Código Civil: versión original y mirada al presente”*. Pp. 13-43.
3. CLERD-RENAUD, Laurence. *“El principio de reparación integral confrontado con las funciones de la responsabilidad civil: Origen, fundamento y valor constitucional”*. Pp. 65–82.
4. CORTÉS, Édgar. *“Breve nota sobre el concepto de culpa como elemento de la responsabilidad civil”*. Pp. 265–281.

Control programado para el lunes 19 de agosto de 2019.

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN A LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

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

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

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

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

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

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

¹ Kelsen 1934 83, Kelsen 1960 125.

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

⁶ Inst. Gayo 3.88.

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹³ Sobre la lógica económica de tales acuerdos, Coase 1960 83, Calabresi 1970 145.

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

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

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

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

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

¹⁶ Kaser 1971 I 592 y II 421, Zimmermann 1990 838.

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

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

¹⁹ Weinrib en Birks 1997 44.

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

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

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

§ 2. MODELOS DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD Y RIESGOS

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

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

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

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

Los modelos de atribución de responsabilidad, que tradicionalmente han coexistido en todos los sistemas jurídicos, son el de *responsabilidad por culpa o negligencia*, que hace responsable al tercero que causa el daño a condición de que haya actuado con culpa o dolo, y el de *responsabilidad estricta u objetiva*, que establece la obligación de reparar todo daño que se produzca en el ejercicio de cierta actividad, cualquiera sea la diligencia empleada (de manera similar a lo que en el derecho contractual se conocen como obligaciones de garantía).

c) La *responsabilidad civil no es la única manera de enfrentar los riesgos de daño*. En verdad, sólo una parte menor de los daños corporales, morales o patrimoniales a que estamos expuestos pueden ser cubiertos por las reglas de la responsabilidad patrimonial. Por eso, parece preferible referirse a este ordenamiento como un derecho de responsabilidad por daños, y no simplemente como un 'derecho de daños'; este es un concepto mucho más amplio, que comprende otros regímenes legales de cobertura de riesgos, como son la seguridad social y el seguro privado voluntario u obligatorio.²²

d) El *seguro privado obligatorio* por daños a terceros procura la reparación de la víctima sobre la base de un deber legal de asegurarlos. Como condición para realizar una actividad, la ley impone el deber de contratar un seguro que cubra los riesgos de accidentes conexos a su desarrollo (el empleador respecto de los trabajadores, el propietario de un vehículo motorizado respecto de las víctimas de accidentes del tránsito).

El seguro puede tener alternativamente por objeto cubrir el riesgo que genera la actividad, con independencia de las reglas de responsabilidad civil, en cuyo caso es técnicamente un *seguro de daños* a favor de un tercero; o bien, garantizar la responsabilidad de quien desempeña la respectiva actividad, caso en el cual es propiamente un *seguro de responsabilidad civil* (*infra* N^{os} 856 y 869).

En un sistema de seguros obligatorios, la reparación se rige por las normas de los contratos, pues la obligación de la compañía de seguros de indemnizar a la víctima del accidente emana del contrato de seguro. Sin embargo, el seguro es una especie de garantía forzosa impuesta por la ley en favor de las víctimas potenciales, de modo que no sólo cede en beneficio de quien lo contrata (como es usual en un contrato voluntario de accidentes), sino, muy especialmente, de la víctima del accidente (*infra* N^o 867). El sistema de seguro obligatorio permite que el costo de los accidentes sea finalmente distribuido entre todos los candidatos a víctima, mediante un aumento del costo del bien o servicio en la proporción necesaria para cubrir el precio del seguro, que en derecho se conoce como *prima* (Código de Comercio, artículo 513). En definitiva, el seguro obligatorio es resultado de una política pública que persigue obtener grados óptimos de seguridad y de dispersión del costo de los accidentes, cuyo instrumento es el seguro privado.

²² Por cierto que es legítimo tratar sistemáticamente los instrumentos legales de compensación de daños, pero ello supone asumir una perspectiva más general que la de la mera responsabilidad civil (ejemplar en este sentido, Cane/Atiyah 1999 4 y *passim*).



En consecuencia, la obligación de asegurar los daños a terceros no debe ser confundida con el seguro de responsabilidad civil: su objeto no es cubrir el riesgo de incurrir en responsabilidad, sino cualesquiera daños que se produzcan a consecuencias del ejercicio de una cierta actividad.²³ A su vez, usualmente el seguro de daños no cubre todos los perjuicios que resultan indemnizables bajo el estatuto de la responsabilidad civil, de modo que si el empleador o conductor cubierto por el seguro desarrolla la actividad sin cumplir con los deberes de cuidado que ella exige, se aplican las normas generales de responsabilidad contractual o extracontractual, según el accidente se produzca en el ámbito contractual, como en el caso del contrato de trabajo (*infra* § 51), o de relaciones espontáneas no sujetas a contrato, como ocurre con los accidentes causados por vehículos motorizados (*infra* § 52).

e) Funcionalmente análogos a los seguros privados obligatorios de daños son los *regímenes de seguridad social* (tengan la forma de seguros públicos o privados) y los *seguros voluntarios que cubren los daños del propio asegurado*. En ambos casos el objeto de la cobertura es el daño sufrido por la víctima, de modo que es irrelevante que el daño haya sido causado casual o negligentemente por un tercero, como ocurre con los seguros de daños a terceros y de responsabilidad civil. El antecedente de la reparación es simplemente el hecho de que el asegurado sea víctima de un daño, cualquiera sea su causa. El asegurado y beneficiario es directamente la víctima del daño, a diferencia de los seguros que cubren los riesgos de cierta actividad, donde quien toma el seguro es quien la desarrolla, pero en beneficio de las víctimas potenciales (como ocurre con el empresario respecto de sus trabajadores o con el propietario del vehículo motorizado respecto de las víctimas de accidentes del tránsito). En este caso, el seguro protege a la persona respecto de sus propios daños (por eso, en la práctica de seguros anglosajona es llamado *first party insurance*).²⁴ Los seguros voluntarios o forzosos contra los riesgos generales de sufrir daños son crecientemente considerados como los más eficientes instrumentos de protección frente a los riesgos de accidentes y enfermedades (*infra* N° 859).²⁵

f) Uno de los mayores problemas que enfrenta el derecho de la responsabilidad civil es la oscuridad acerca de sus fronteras con los sistemas de seguro y de seguridad social.

En este libro, por razones que son explicables a la luz de los principios del propio derecho privado, se asume una posición más bien expansiva respecto de las condiciones de la responsabilidad civil (como se muestra en el énfasis en la objetividad de la culpa y en las presunciones de culpabi-

²³ Las áreas más importantes de seguro obligatorio en el derecho nacional son el seguro de daños personales causados por vehículos motorizados, establecido por la ley N° 18.490 (*infra* N° 542) y el seguro de accidentes del trabajo, establecido por la ley N° 16.744 (*infra* N° 496); en general, sobre los seguros obligatorios, *infra* N° 869.

²⁴ Problemas de concurrencia de indemnizaciones se suelen presentar cuando los seguros concurren con acciones de responsabilidad civil (*infra* § 58 g).

²⁵ Chabas 1993 88, Atiyah 1997 192.

lidad). Sin embargo, el enfoque intenta conservar la dimensión del derecho civil, esto es, atiende a la relación entre la víctima y el autor del daño. Así, se asume que el objeto esencial del derecho de la responsabilidad patrimonial es corregir el daño que una parte injustamente provoca a la otra.²⁶ En el fondo, una confusión acrítica de las áreas del derecho privado y del derecho social arriesga conflictos de valoraciones innecesariamente entrecruzadas, con el efecto de que se pierda el correcto discernimiento de las diversas tareas que cumple cada ordenamiento y se debiliten las funciones estructurales del derecho privado.²⁷

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

Dependiendo de la extensión que tengan los regímenes de seguridad social y los seguros obligatorios para el ejercicio de ciertas actividades, el sistema de responsabilidad civil puede tener un rol más bien residual o complementario, como ocurre en la práctica con la responsabilidad por accidentes del trabajo (*infra* § 51 c); o puede ser un mecanismo de atribución de costos entre compañías de seguros. Aun así, es conveniente que mantenga su especificidad como orden que atiende a la relación de derecho privado entre el autor del daño y la víctima (*infra* N° 859).

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

A la responsabilidad por culpa o negligencia se refieren los artículos 2284, 2314 y 2329 del Código Civil, y a ella estará dedicada la mayor parte

²⁶ En general, la jurisprudencia parece compartir esta idea. Así, se ha fallado que “la reparación del daño es el principal efecto que nuestro legislador asigna a la responsabilidad delictual o cuasidelictual civil” (Corte de Santiago, 10.7.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2ª, 83); y que “del conjunto de preceptos que rigen las indemnizaciones provenientes del daño, se desprende que su procedencia, si bien lo presupone para quien lo experimente o sufre, respecto de la obligación de indemnizarlo para el que lo produce, cabe sólo como consecuencia de un delito o cuasidelito” (Corte de Santiago, 14.10.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2ª, 132); en igual sentido, Corte de Santiago, 31.12.2002, GJ 274, 212.

²⁷ Bydlinski 2004 348.



de este libro, atendido su carácter de estatuto general y supletorio. El análisis de este modelo de atribución de responsabilidad también permitirá comprender el régimen de responsabilidad estricta u objetiva, que si bien prescinde del requisito de la culpa, está sujeto a las demás reglas y requisitos del estatuto de responsabilidad por culpa.

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

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

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

Atendida la enorme plasticidad y variedad de la conducta humana, así como la cantidad de riesgos que impone la vida en sociedad, la mayor parte de los deberes de cuidado no pueden ser definidos con exhaustividad por la ley, quedando entregada su determinación a los jueces. En la materia existe una decisiva diferencia entre la responsabilidad civil y la penal, donde el requisito de tipicidad excluye la posibilidad de que el ilícito sea definido en alguna instancia judicial, sin la existencia de una ley anterior que describa y sancione la conducta.

d) La responsabilidad por culpa supone una valoración de la conducta del demandado, porque la obligación de reparar el daño causado sólo nace si aquel no ha observado un estándar de conducta debida. Esta exigencia suele llevar a error acerca de la naturaleza de la responsabilidad. Se acostumbra decir que la responsabilidad por culpa es *subjetiva*, en oposición a la responsabilidad estricta u objetiva. Lo cierto, sin embargo, es que desde el derecho romano *el juicio acerca de la culpa civil es objetivo*, en el sentido de que no atiende a las peculiares circunstancias personales del autor del daño, sino a la conducta que de éste puede esperarse según las circunstancias en que se encontraba.

Por lo mismo, la calificación de la conducta como negligente no constituye un juicio de reproche moral a la persona del demandado. La responsabilidad por culpa, como también la estricta, exige que el hecho sea imputable subjetivamente como *su* hecho al demandado; por eso, es con-

dición de la responsabilidad civil que el demandado sea capaz y que la acción pueda ser calificada de libre, en el sentido más elemental de que esté bajo su control (*infra* §§ 7 y 8). Pero allí se agota el aspecto subjetivo de la responsabilidad, porque el juicio jurídico de culpabilidad atiende a la conducta externa, que es valorada según un patrón objetivo de conducta debida (*infra* N^{os} 42 y siguientes).

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

Desde el punto de vista *moral*, la responsabilidad queda limitada a las conductas que infringen los deberes de cuidado que nos debemos en el ejercicio de nuestra libertad. De este modo, establece un marco razonable al incesante esfuerzo por lograr nuestros propósitos en un mundo necesariamente imperfecto, de conocimientos y destrezas limitadas. La culpa proporciona un criterio para juzgar la relación entre el autor del daño y la víctima en la dimensión de la justicia correctiva. Aunque desde el punto de vista de la justicia correctiva haya casos en que se justifique establecer estatutos de responsabilidad estricta (*infra* N^o 308), la ventaja de la culpa reside en la generalidad con que puede ser invocada como criterio justo para resolver el conflicto: cada vez que el daño se deba a dolo o negligencia hay una razón suficiente para atribuir responsabilidad civil.

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

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

En este sentido, la responsabilidad estricta presenta una analogía con las denominadas *obligaciones de garantía* del derecho contractual (como la obligación de saneamiento que el vendedor tiene a favor del comprador en la compraventa), pues se asegura a las potenciales víctimas que todo

daño ocasionado en un cierto ámbito de riesgo deberá ser reparado por quien lo crea.

b) En el derecho contemporáneo también se han desarrollado modelos de *responsabilidad estricta calificada* por el resultado, que presentan analogía con la responsabilidad por culpa. Aunque no es el caso en el derecho chileno, este tipo de responsabilidad se ha expandido en el derecho comparado respecto de los productos defectuosos. Bajo un estatuto de responsabilidad por culpa se requiere que el daño producido por un producto se deba a un proceso de fabricación que no ha observado los estándares de debido cuidado; bajo uno de responsabilidad estricta pura, bastaría que el daño sea consecuencia del uso o consumo del producto. La idea de producto defectuoso se diferencia de la culpa en que no se atiende al proceso de fabricación, sino al resultado objetivamente defectuoso del producto; y se distingue de la responsabilidad propiamente estricta, en que no basta la causalidad para dar por establecida la responsabilidad, sino que es necesario un juicio de disvalor respecto del producto que ha intervenido causalmente en el daño (*infra* N° 302).

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

En general, los regímenes de responsabilidad estricta están enfocados en el derecho comparado a ciertos riesgos típicos: accidentes del trabajo, productos defectuosos, algunos daños ambientales, energía nuclear, aviación comercial (*infra* N° 308).²⁸ No existe, sin embargo, uniformidad. Así se muestra, por ejemplo, en una materia tan importante como los accidentes del tránsito, pues mientras en el derecho europeo rigen generalmente estatutos especiales de responsabilidad estricta, en el derecho americano se suele seguir el estatuto general de responsabilidad por culpa; el derecho chileno adopta un camino intermedio, asumiendo en la materia un régimen de responsabilidad por culpa del conductor, con una obligación de garantía del propietario del vehículo por actuación negligente del conductor (*infra* § 52).

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

²⁸ Un caso excepcional de responsabilidad estricta establecida bajo un supuesto de aplicación bastante general surgió de una interpretación que la Corte de Casación hizo del artículo 1384 del Código francés, que establece una regla de responsabilidad por el hecho de las cosas y personas que están bajo el cuidado (*garde*) de un tercero, en cuya virtud se da lugar a una responsabilidad de ese tipo cada vez que en el accidente intervenga causalmente una cosa detentada por ese tercero (Mazeaud/Chabas 1998 559). Es probable que esta interpretación *de lege ferenda* de esa norma haya determinado la enorme expansión, mayor que en cualquier otro sistema jurídico, de la responsabilidad en el derecho francés.

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

El establecimiento de estatutos de responsabilidad estricta ha sido justificado por razones de justicia correctiva (especialmente desde una perspectiva radicalmente individualista, que atiende a la lesión de un derecho como razón suficiente para imponer responsabilidad),²⁹ de justicia distributiva (en la medida que toda víctima queda indemnizada con independencia de la conducta del responsable),³⁰ de eficacia preventiva (en la medida que atribuye la responsabilidad a quien tiene el control del riesgo)³¹ y de disminución de los costos administrativos del sistema de responsabilidad (porque evita juicios y, cuando se producen, reduce la prueba al daño y la causalidad).³² El análisis comparativo de la responsabilidad estricta y por negligencia a la luz de los fines de la responsabilidad civil se efectuará en el capítulo dedicado a la responsabilidad estricta (*infra* § 36).

Entretanto, conviene reiterar que la vida en sociedad conoce múltiples acciones que causan perjuicios, y que, sin embargo, estamos dispuestos razonablemente a soportar como cargas de la convivencia o, incluso, como condiciones justas y eficientes para el progreso (como ocurre con los daños puramente económicos que ocasiona la competencia en los mercados), aunque ello signifique que algunos tengan que asumir turbaciones o fracasos. Un ordenamiento que adopte la responsabilidad estricta como regla general transformaría por completo la forma como nos relacionamos en sociedad, porque son pocos los daños que no pueden ser atribuidos a alguna acción u omisión de otros (¿es responsable el ciego del accidente sufrido por quien lo ayuda a atravesar la calle?).

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

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

²⁹ La más brillante exposición de esta doctrina en Epstein 1973 151.

³⁰ Honoré en Owen 1995 83.

³¹ Calabresi 1970 145.

³² Ídem 45 y 288.

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

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

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

c) Una de las mayores dificultades de la responsabilidad por culpa reside en las exigencias de *prueba*. Ellas suelen ser abordables con cierta facilidad cuando se trata de accidentes sencillos, donde el deber de cuidado infringido está a la vista. Por el contrario, hay ocasiones en que la prueba plantea un desafío mayor, a veces inabordable, para el demandante; o puede ocurrir que las circunstancias del accidente hablen por sí mismas, en orden a que *prima facie* el daño sea atribuible a culpa del demandado. En estas situaciones es frecuente que el derecho altere el *onus probandi*. Las presunciones de culpa por el hecho propio (artículo 2329)³³ y por el hecho ajeno (artículos 2320 y 2322)³⁴ son un importante correctivo a la desventaja estratégica en que puede encontrarse la víctima, pues coloca al demandado en la situación de descargarse probando la diligencia. La diferencia con la responsabilidad estricta reside en estos casos precisamente en que la prueba de diligencia resulta admisible.

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

³³ *Infra* § 14.

³⁴ *Infra* §§ 17 y 18.

§ 3. FINES Y VALORES EN LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL³⁵

9. El sentido de la pregunta por los fines y valores. a) La pregunta por los fines y valores de la responsabilidad civil tiene dos caras, que suelen confundirse. Ante todo, puede referirse a un método para *comprender* la lógica interna del régimen de responsabilidad civil; pero también suele ser planteada para *proponer* los fines que el ordenamiento debiera perseguir, lo que usualmente va asociado a razones para preferir uno u otro modelo de atribución de responsabilidad civil. Desde el primer punto de vista, los fines ayudan a la tarea hermenéutica de discernimiento práctico del derecho a efectos de su aplicación; desde el segundo, forman parte del discernimiento de políticas públicas en materia de responsabilidad (sea que su ejecución se atribuya al legislador o a los propios jueces).³⁶

Tratándose de un ordenamiento complejo, que dispone de una base normativa compuesta por unas pocas reglas generales en el Código Civil, es inevitable que la pregunta por los principios y valores que subyacen tras el sistema de responsabilidad tenga un significado práctico determinante en el desarrollo *interno* de esta área del derecho de obligaciones. Los fines y valores son el elemento dinámico del sistema de responsabilidad, pues permiten discernir la regla correcta en el contexto institucional de una práctica doctrinaria y judicial. Por eso, en razón de esta lógica interna, no es un despropósito afirmar que una decisión es conforme a derecho aunque el caso no pueda subsumirse en una regla ya formulada.³⁷ De modo consistente con esta premisa, las instituciones judiciales están diseñadas para maximizar la posibilidad de que todo elemento relevante del caso judicial pueda ser objeto de un análisis que atienda a todas sus circunstancias.³⁸

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

b) En estas dos perspectivas analíticas se muestra el principal contraste de la filosofía moderna, entre la moral de lo *correcto*, que atiende a lo que

³⁵ Parte esencial de esta sección fue expuesta en Barros en Varas/Turner 2005.

³⁶ Sobre esta distinción, que resulta decisiva para discernir las principales doctrinas acerca de los fines del derecho de la responsabilidad patrimonial, Coleman en Postema 2001 183.

³⁷ Wittgenstein *Investigaciones filosóficas* 199; respecto de esta forma de descubrir en el derecho privado una regla no positivada de antemano, Barros 1984 78.

³⁸ Atria 2005 132.



se *debe* hacer en consideración a exigencias de justicia, y la moral *pragmática*, que atiende a los resultados de la acción para discernir lo que es más conveniente en el balance de costos y beneficios. Si se revisa la extensa literatura contemporánea acerca de los fines de la responsabilidad civil, se comprueban nítidamente estas dos líneas de argumentación.³⁹

c) Aunque se adopte una perspectiva de derecho privado, que tiende a concebirlo como un ordenamiento que posee una lógica interna, cuestión bien explicada por la idea de justicia correctiva, es un error práctico y conceptual asumir que el conjunto de fines y valores que orientan una institución compleja conforma necesariamente un sistema coherente y cerrado.⁴⁰ Los fines y principios son directivas que permiten sopesar las diversas normas que pueden ser planteadas para resolver un conflicto y son criterios para el desarrollo jurisprudencial del derecho que suelen operar argumentativamente en diversas direcciones (como se muestra, por lo demás, en la naturaleza dialéctica del proceso judicial).

El ordenamiento de la responsabilidad civil se sostiene en normas legales de gran generalidad (artículos 2284, 2314, 2320 y 2329), que dejan entregado su desarrollo subsecuente a la jurisprudencia y a la doctrina. El ordenamiento de la responsabilidad civil ha crecido en innumerables institutos más concretos, que se muestran en una práctica judicial y dogmática que ha devenido progresivamente en más compleja (como se intenta mostrar en este libro). Un supuesto de racionalidad exige que esa práctica sea suficientemente autorreflexiva y abierta a los principios prácticos y valorativos que la orientan. Sólo así puede aspirar a ser inteligible y mínimamente coherente, aun estando conscientes de que siempre se trata de un estado de cosas provisorio y revisable.

d) En las secciones siguientes se intentará ordenar los fines de la responsabilidad civil a partir de dos ideas reguladoras. La primera persigue com-

³⁹ La discusión se ha desarrollado preferentemente en el medio jurídico de habla inglesa, aunque tiene sus raíces en las doctrinas de Aristóteles y de la escolástica sobre la justicia, en el personalismo ético de Kant y en el empirismo pragmático anglosajón (D. Hume, J. Bentham). En circunstancias que este no es un libro de filosofía del derecho, no pretendo aventurarme con originalidad en estos terrenos, de modo que me limito a hacer algunas referencias bibliográficas que me han resultado particularmente importantes. Entre ellas, me parecen relevantes en la afirmación del derecho privado como un orden fundado en la idea de justicia correctiva, Coleman 1992, Fletcher 1972, Gordley en Owen 1995 y Weinrib 1995; en el análisis instrumental (económico) de la responsabilidad, Holmes 1923, Calabresi 1970, Epstein 1999 (con la ventaja de ser un libro que desarrolla una exposición completa sobre el derecho de *torts*), Posner 1992 y Shavell 1987; las mejores exposiciones generales del derecho de la responsabilidad desde una perspectiva funcional me parecen Fleming 1985 y Kötz/Wagner 2006 (en este libro se sigue especialmente la edición anterior, Kötz 1991); para un enfoque pluralista, que asume que el estatuto de la responsabilidad cumple diversos fines (aunque críticos de algunas premisas ingenuas del enfoque económico), Cane 1996, Honoré en Owen 1995 y Honoré 1999. Véanse también las notas siguientes.

⁴⁰ Un análisis de los fines encontrados de la responsabilidad civil en Deutsch 2002 b; en general, acerca de la pluralidad de principios en el derecho civil, Esser 1956 113, Auer 2005 10.

prenderla como una práctica de adjudicación de responsabilidad que resulta inteligible a la luz de la antigua categoría aristotélica de la justicia correctiva, en tanto atiende a la relación entre dos partes que son tenidas por iguales, como es característico del derecho privado. La segunda asume una perspectiva instrumental y pragmática, típicamente de las políticas públicas, que entiende las reglas de responsabilidad civil como instrumentos de dirección de la conducta a efectos de obtener consecuencias deseables (en especial, la prevención de los accidentes en un grado socialmente óptimo).

El camino más tentador es asumir que ambas dimensiones son relevantes para la comprensión y desarrollo del derecho de la responsabilidad. Esa actitud suele ser ingenua, porque se trata de una discusión filosófica que durante siglos ha mostrado no tener puntos de compromiso.⁴¹ Y aun aceptando que los hubiese, es difícil discernir cuáles preguntas deben ser respondidas en atención a un criterio de justicia y cuáles pragmáticamente. La experiencia muestra, sin embargo, que la radicalidad de la disputa *filosófica* acerca de la naturaleza del deber de indemnizar no se transmite a la práctica *jurídica*. Pareciera que es preferible una actitud pragmática en el sentido más general, porque si bien su estructura básica puede ser comprendida a la luz de la idea de justicia correctiva, en su desarrollo más detallado en materias críticas (como son la determinación del cuidado debido, de los daños por los cuales se responde, de la cercanía que debe haber entre el hecho del demandado y daño), se aceptan con naturalidad argumentos que atienden a las consecuencias que supone adoptar una u otra decisión.

En definitiva, todo indica que la *justicia correctiva establece una condición que debe satisfacer toda decisión en materia de responsabilidad*; sin embargo, con frecuencia decisiones alternativas son compatibles con criterios de justicia, lo que justifica un análisis pragmático, que atiende a las consecuencias.⁴²

⁴¹ Ejemplar en este sentido, la crítica deontológica de Coleman 2003 a los supuestos normativos del análisis económico de Kaplow/Shavell 2002.

⁴² En la práctica del derecho asumimos que siempre es posible efectuar un sopesamiento de bienes y usualmente cometemos el error de pensar que ello no plantea problemas lógicos significativos. Las dificultades de una elección en que participan preferencias concurrentes de distintas personas fueron esencialmente mostradas en Arrow 1963; dificultades análogas pueden plantearse cuando se trata de conceptos valorativos concurrentes para comprender una institución jurídica. Por eso, parece correcta la percepción de Weinrib 1995 95, en orden a que la argumentación debe adoptar una estructura unitaria, que él entiende que sólo puede provenir de la idea de justicia correctiva. En conciencia de estas dificultades, en este libro se asume que el derecho de la responsabilidad patrimonial *debe* ser coherente con postulados de justicia correctiva (porque, de lo contrario, abandona su pretensión justificatoria más elemental), sin perjuicio de que preguntas abiertas (que suelen ser muchas) requieran un análisis consecuencialista (como ocurre, por ejemplo, con la determinación en concreto de los deberes de cuidado). Sobre las dificultades de un pluralismo metódico en el derecho de la responsabilidad, incluyendo proposiciones para manejarlas, Chapman en Postema 2001 280. El enfoque aquí adoptado, que no es infrecuente en el derecho penal, supone que algunos principios operan como condiciones para atribuir responsabilidad (justicia correctiva) y otros como fines (disminuir las conductas indeseables); un desarrollo lúcido de esta idea en Honoré en Owen 1995 90.



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁴ *Infra* §§ 7 y 8.



ma debe quedar indemne de todo daño, con independencia de la gravedad del ilícito (*infra* N^{os} 163 y 200).

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

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

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

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

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

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

⁴⁶ Kötzt/Wagner 2006 25.

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

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

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

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

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

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

⁴⁹ Viney 1997 335.

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



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

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

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

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

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

⁵² Aristóteles *Ética Nicomaquea* 5.4,1132 a.

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

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

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

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

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

⁵⁴ Weinrib 1995 142, Coleman en Postema 2001 184.

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

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

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

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

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

⁵⁶ Kelsen 1957 132.

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

⁵⁸ Coleman en Postema 2001 184.

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

b. *Concepto instrumental de la responsabilidad patrimonial*

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

Desde un punto de vista instrumental, el derecho de la responsabilidad civil puede ser visto como un conjunto de incentivos (y desincentivos) que permiten orientar el comportamiento hacia fines socialmente deseables por medio de la amenaza de sanciones coactivas. Esta dimensión es consistente con los postulados más fuertes del positivismo jurídico, especialmente de Kelsen, para quien “considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada”.⁵⁹

Mientras para el positivismo jurídico la naturaleza técnica del derecho está abierta a la consecución de cualesquiera fines, las doctrinas instrumentales que se sustentan en la economía de bienestar dan contenido a esos fines y construyen una propuesta normativa (Kelsen diría ‘política’) para orientar su desarrollo.⁶⁰

⁵⁹ Kelsen 1934 72.

⁶⁰ No es extraño el tardío descubrimiento que partidarios del análisis económico han hecho de Kelsen (Posner 1995 250), porque la doctrina jurídica positivista concibe al derecho de una manera radicalmente instrumental, pero, a la vez, vacía de contenido. De este modo, se abre el espacio para redefinir la orientación política del derecho, de la mano de la única doctrina instrumental que tiene relevancia práctica en este tiempo (el análisis económico basado en la economía de bienestar). El positivismo jurídico aparece, por un lado,

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

En un análisis de este tipo, el *concepto de riqueza* que debe ser maximizado se extiende a todos los bienes patrimoniales y no patrimoniales, esto es, tengan o no valor económico. El instrumento para obtener este fin de maximización es el conjunto de reglas coactivas que crean los incentivos para que las personas, en la prosecución coordinada de sus propios intereses provoquen efectos positivos para el bienestar general.⁶¹

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

La teoría económica pretende ser, ante todo, una disciplina *positiva*.⁶² Algunos de los más significativos especialistas en la disciplina del análisis económico del derecho sostienen que el derecho privado ha desarrollado reglas eficientes, que se pueden explicar genealógicamente a la luz de la racionalidad económica. En el fondo, intentan explicar el desarrollo jurisprudencial del derecho (al menos en el *common law*) a la luz de la economía, bajo el supuesto explícito de que los jueces usarían intuitivamente conceptos económicos desde mucho antes de que se formulara una doctrina sistemática en la materia.⁶³ En este libro se mostrará que esta hipótesis parece correcta en algunos institutos claves de la responsabilidad civil

como antídoto contra la tradición que hace inteligible el derecho privado a la luz de la doctrina no instrumental de la justicia correctiva, y, por otro, como una teoría instrumental pero vacía respecto del derecho, que deja espacio para el proyecto político del movimiento de *Law & Economics*. Sobre esta sorpresiva (pero explicable) simbiosis entre el análisis económico del derecho y el positivismo jurídico de Kelsen, *infra* N° 21.

⁶¹ Particularmente lúcido es el desarrollo de estos conceptos en Posner 1990, capítulos 12 y 13.

⁶² La teoría económica persigue ser una ciencia positiva del comportamiento en la medida que pretende una explicación de la conducta de las personas sobre la base de un modelo básico de decisión racional. El trasfondo de la capacidad predictiva de la teoría está dado por el modelo del sujeto racional, que persigue satisfacer sus intereses en el mayor grado y al menor costo posibles. Pero no es este el sentido en que aquí resulta relevante la pretensión positiva de la teoría económica; se trata de explicar el derecho privado vigente a la luz de directivas que responden a una racionalidad económica.

⁶³ Esta teoría es desarrollada particularmente en Landes/Posner 1987. A la hipótesis subyace la idea de que seguimos ciertas prácticas que son valiosas (porque aumentan el bienestar), aunque usualmente por malas razones (porque las tenemos por conformes con algún ideal de justicia); particularmente ácido en criticar este trasfondo teórico, Coleman en Postema 2001 189 y, muy especialmente, Coleman 2003 37.

(por ejemplo, en la construcción judicial del modelo de diligencia y en la presunción de culpa en la responsabilidad por el hecho propio).⁶⁴

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

d) La diferencia del enfoque económico con el de la justicia se muestra en la manera como se mira la relación entre el autor del daño y la víctima. Para el análisis económico, lo ya ocurrido representa económicamente ‘costos hundidos’, que no son socialmente recuperables; mal que mal, la indemnización de perjuicios es una mera transferencia de riqueza.⁶⁵ Su atención esencial está puesta hacia adelante, porque el propósito es influir en que la regla que se formule a nivel legislativo o judicial establezca los incentivos correctos de conducta. En esencia, lo determinante del instrumento (técnico) del derecho radica en la eficacia de la sanción indemnizatoria para la orientación futura del comportamiento, porque impone un costo implícito a todos quienes desarrollen una actividad, lo que influirá en la manera como las personas decidirán en adelante sus cursos de acción.

17. Nivel óptimo de prevención de daños. El fin más inmediato del derecho de la responsabilidad civil es la *óptima prevención de accidentes*. La complejidad de la definición de este óptimo de prevención deriva de que la vida humana tiene fines múltiples, ninguno de los cuales puede ser considerado sin relación con los demás. Por eso, desde un punto de vista instrumental, la finalidad de las reglas de la responsabilidad civil no es evitar a toda costa que se produzcan accidentes, sino impedirlos en la medida que los costos que producen esos accidentes excedan los costos asociados a su prevención.⁶⁶ Por eso,

⁶⁴ La hipótesis parece también verificarse en la norma del artículo 2327 del Código Civil, sobre responsabilidad por el hecho de animales fieros, proveniente del derecho romano.

⁶⁵ En ello radica una diferencia esencial con el enfoque de la justicia correctiva (Coleman en Postema 2001 186).

⁶⁶ Calabresi 1970 35. Calabresi distingue tres grupos de costos de los accidentes: el más esencial es el *costo primario*, representado por los daños que sufren las víctimas (daños corporales del herido en un choque, incendio de una plantación por las chispas que saltan de una máquina de ferrocarril); si se ha fracasado en prevenir el costo primario, el fin prevalente de la responsabilidad civil será reducir el *costo secundario*, cual es proveer a la compensación de las víctimas (sobre la compensación como fin de la responsabilidad a la luz de la justicia correctiva, *supra* N° 12); finalmente, un sistema racional de responsabilidad civil debe hacerse cargo de la tarea de disminuir los *costos terciarios*, consistentes en los costos administrativos asociados al sistema de responsabilidad (costos de información, profesionales, de transacción para llegar a acuerdos contractuales y otros semejantes). Los costos de prevención son esencialmente los dirigidos a evitar los costos primarios.

no tiene sentido en nuestra sociedad establecer una regla de prevención de accidentes que excluya la posibilidad de que éstos lleguen a ocurrir; ello sería a costa de privaciones de beneficios de la vida cotidiana que no estamos dispuestos a asumir.

En la medida que la interrogante no es por la prevención a secas, sino por el *óptimo de prevención*, se plantea la pregunta por los niveles de riesgo que estamos dispuestos a tolerar, y por las herramientas legales de prevención general y especial más eficientes para alcanzar dichos niveles. Así, si en materia de tránsito el número de accidentes que estamos dispuestos a soportar fuera cercano a cero, entonces el óptimo de prevención exigiría prohibir el uso de los automóviles o restringir la velocidad máxima permitida a 20 km/hora, por ejemplo. Todo indica, sin embargo, que ese nivel de prevención resultaría intolerable para la sociedad actual.⁶⁷

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

18. Prevención general y especial de los accidentes. a) El derecho dispone de dos técnicas diferentes de prevención, que son conocidas como prevención especial y prevención general. La primera pertenece típicamente al derecho administrativo, mientras que respecto de la segunda cumple una función relevante el régimen de responsabilidad civil.⁶⁸

b) Lo característico de la *prevención especial* es que el legislador o la administración actúan mediante la regulación de actividades riesgosas. Estas regulaciones pueden adoptar formas muy diversas: autorizaciones previas para el ejercicio de la actividad en cuestión (como ocurre, por ejemplo, con los proyectos industriales que tienen potenciales efectos adversos en el medio ambiente); revisiones administrativas o por expertos de los estándares de calidad de bienes riesgosos (como ocurre con las revisiones técnicas de los automóviles y con el control de productos farmacéuticos); fijación

⁶⁷ Siguiendo esta línea argumental, la Corte Suprema ha considerado que “la conducción de cualquier vehículo motorizado crea un riesgo, el cual, sin embargo, el ordenamiento jurídico permite, en atención a los beneficios sociales que implica el empleo de esos medios de transporte. Tal autorización, sin embargo, reconoce límites impuestos por el cuidado debido e implica la observancia de una serie de regulaciones tendientes a evitar que se excedan dichos márgenes de tolerancia. Cuando esto último ocurre, el hecho ha de considerarse socialmente intolerable” (CS, 12.11.2003, CJ 281, 155, también publicada en F. del M. 516, 3253).

⁶⁸ El desarrollo más influyente de los conceptos de prevención y de sus respectivos instrumentos, en Calabresi 1970, capítulos 5 y 6.

de reglas de funcionamiento de la actividad (como ocurre con la velocidad máxima de circulación en calles y caminos o con las reglas sobre ruidos molestos). En el extremo, la prevención especial se logra prohibiendo el ejercicio de una cierta actividad; es lo que racionalmente debiera ocurrir, por ejemplo, respecto de actividades cuyos daños asociados exceden en cualquier hipótesis los beneficios correlativos (como ocurre con el uso de sustancias altamente tóxicas sustituibles por otras más inocuas).

c) Desde un punto de vista económico, la responsabilidad civil es entendida como una *técnica de prevención general*, en la medida que sus reglas dan señales de cuidado preventivo que constituyen un mercado autorregulado de incentivos. Bajo el modelo de racionalidad económica que maximiza su utilidad, la responsabilidad civil establece costos asociados al desarrollo de una actividad. En efecto, quien desarrolla una actividad generadora de riesgos conoce las condiciones que determinan su deber de indemnizar a las víctimas de los daños que provoque. De esta manera, se establece implícitamente un desincentivo al descuido (porque se debe asumir el costo de los daños subsecuentes) y un incentivo a los gastos en prevención.

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

Bajo estos supuestos, las reglas de responsabilidad civil actúan como directivas de prevención general, pues están dirigidas a todos los creadores de riesgo, estableciendo una regla de atribución de costos de los accidentes asociados a sus actividades. El estatuto de responsabilidad civil no da órdenes, como las regulaciones administrativas, sino que se limita a establecer las reglas del juego, que sirven de trasfondo a las decisiones de innumerables actores. A su vez, el ordenamiento civil actúa como un mecanismo descentralizado de control, porque es la propia víctima quien debe velar por su derecho a ser indemnizada.⁶⁹ Así, la tarea del Estado se limita a establecer las reglas de responsabilidad y a proporcionar los medios procesales necesarios para hacerlas valer, creándose, de este modo, un régimen descentralizado de incentivos que propende a un óptimo de bienestar.

d) El sistema de prevención general está con frecuencia en interacción con las normas legales o administrativas de prevención especial. En materia de medio ambiente, por ejemplo, la prevención especial de accidentes está a menudo asociada a la exigencia de que se elabore y apruebe un estudio de impacto ambiental y a que se obtengan autorizaciones administrativas, que la ley establece como condición previa para desarrollar ciertas

⁶⁹ Prosser/Kecton *et al.* 1984 7.



actividades industriales riesgosas y, una vez que el proyecto está funcionando, quede sujeto a las regulaciones pertinentes. Si de la infracción a estas regulaciones se sigue daño, la responsabilidad civil actúa como mecanismo de prevención general al imponer un costo indemnizatorio o de restitución del medio ambiente dañado (*infra* § 55).

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

Algunos estiman que es más eficiente un sistema de responsabilidad por culpa.⁷⁰ Destacan que la negligencia supone la inobservancia del cuidado debido, esto es, aquel cuidado que podemos exigir de quien desarrolla una actividad; a su vez, ese debido cuidado no puede ser concebido sino en función del nivel óptimo de prevención. Por eso, una regla que atribuye la responsabilidad por hechos culposos sería, por definición, la regla más eficiente socialmente, porque la noción de culpa reconduce al nivel óptimo de cuidado. La culpa, bajo este enfoque, es la variable decisiva para definir precisamente el grado de prevención socialmente deseable. De ello se sigue que la actuación diligente, en observancia del cuidado debido, cumpliría por definición con el nivel de prevención que conduce a un equilibrio óptimo entre el costo de evitar los accidentes (medidas de prevención o costos precautorios) y los riesgos que la actividad supone (costos del daño accidental provocados por la respectiva actividad).

Según otra corriente, que parece dominante, las razones económicas hablan por el establecimiento de estatutos de responsabilidad estricta en áreas más bien amplias de la actividad humana, porque radica la responsabilidad en quien está en mejores condiciones de evitar los daños.⁷¹

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

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

⁷⁰ Posner 1992 156.

⁷¹ El texto más característico y la justificación más comprensiva de esta posición es Calabresi 1970; el análisis más simple en Shavell 2004 179, 184.

20. Excurso: Funcionalidad económica de un concepto no instrumental del derecho privado. a) La disciplina de derecho y economía o análisis económico del derecho es generalmente asociada al concepto pragmático e instrumental del derecho, que se ha reseñado esquemáticamente en los párrafos anteriores. La fuente del análisis económico ha sido la teoría del bienestar, que juzga todas las decisiones públicas desde el punto de vista de las consecuencias que de ellas se siguen para la maximización de la riqueza, entendida como la suma del valor de los bienes económicos y no económicos afectados por la decisión.⁷² Y el modelo de comportamiento implícito que subyace al sistema de estímulos jurídicos es el *homo oeconomicus*, que se expresa en el individuo racional y maximizador de su propio bienestar.⁷³

Hay, sin embargo, también una dimensión más amplia para juzgar las relaciones entre la economía y el derecho privado. En oposición a la doctrina instrumental, podría hablarse de una doctrina social que concibe al *derecho como la estructura básica que da forma al orden espontáneo del mercado*.⁷⁴ Según Hayek, para que el derecho cumpla su función esencial en el desarrollo progresivo de la economía, debe ser concebido como un orden normativo que no persigue fines externos a la relación de derecho privado entre las partes. La idea de justicia correctiva aparece en una nueva dimensión: no sólo es un criterio de justificación interna de la decisión judicial, sino es el criterio funcional que permite al derecho cumplir su tarea de dar un marco normativo a las interacciones al interior de la sociedad civil. Sólo de ese modo el derecho puede cumplir la función insustituible de hacer posible el desarrollo espontáneo de un orden social que aprovecha al máximo las capacidades y el conocimiento dispersos en la sociedad.⁷⁵

La interacción fluida entre el derecho y la 'gran sociedad' civil no es compatible con normas que impongan una cierta dirección a la conducta, lo que plantea la prioridad funcional de las reglas que se limitan a estable-

⁷² Sobre esta idea de maximización de la riqueza, Posner 1990, capítulos 12 y 13; una breve reseña en Posner en Owen 1995 99; una reseña de las dificultades que plantea el supuesto asumido por el enfoque económico de que el bienestar es un bien analíticamente simple en Coleman 2003 20.

⁷³ No es el lugar para discutir la crítica que la ciencia empírica del comportamiento económico formula al modelo de racionalidad del *homo oeconomicus* y de su importancia en el derecho privado; al respecto, una referencia más precisa en *infra* N° 67.

⁷⁴ El origen de esta doctrina se encuentra en la fructífera interacción de economistas y juristas (especialmente Ludwig von Mises y Franz Böhm) en la llamada escuela austriaca, cuya ruta fue proseguida especialmente por Friedrich von Hayek y Ernst Mestmäcker. Son pensadores europeos que vivieron el desafío del totalitarismo y desconfían del Estado como agente instrumental de dirección social. Rechazando el utilitarismo, que sirve de antecedente a la moderna economía de bienestar, estos autores invocan la tradición de Adam Smith, que enseñaba derecho y economía, y cuyo mayor aporte ven precisamente en haber descubierto la interacción entre la mano oculta del mercado y la muy visible mano ordenadora del derecho (Mestmäcker 1986 59).

⁷⁵ Un apasionado desarrollo de estas ideas en Hayek 1973/79 I 1.

cer lo que una persona debe hacer cuando su conducta puede dañar a otros. Son reglas de justicia que no necesariamente han sido formuladas, pero que son discernibles en el contexto de una relación interpersonal⁷⁶ y que permiten determinar los límites de lo lícito y definir las consecuencias que se siguen de su infracción. En definitiva, un discernimiento de la lógica del desarrollo espontáneo de la sociedad civil supone evitar un concepto puramente instrumental del derecho, y atender, por el contrario, a criterios de justicia, entendidos como predicados de las acciones humanas y no del orden social en su conjunto.⁷⁷

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

Para Hayek, el positivismo jurídico es el camino a la pérdida de la tradición del derecho civil, porque lo transforma en un instrumento de políticas públicas impuestas por actos de decisión (*taxis*); se trata de un concepto de derecho que inevitablemente afecta el funcionamiento fluido del orden espontáneo, porque lo interfiere mediante decisiones oportunistas. Las normas que resultan de estas intervenciones son adoptadas en un marco de información necesariamente imperfecto, con el resultado de que no se pueden prever sus efectos indeseables (externalidades negativas). Pero, más allá de esta cuestión epistemológica (referida a los límites del conocimiento), el concepto instrumental de la norma jurídica subvierte el principio jurídico de la libertad, que tradicionalmente ha caracterizado al derecho privado y le permite desarrollar la función ordenadora, pero no impositiva (*nomos*), a que se ha hecho referencia.⁷⁸

En contraste, Posner ha descubierto en Kelsen la teoría del derecho que mejor se aviene al radical instrumentalismo de la escuela de *law and economics*.⁷⁹ En la medida que el concepto positivista de derecho es libre de todo contenido y carece de vinculación con una idea de valor, deja abierto el camino para una adjudicación judicial pragmática. De ese modo, se abre espacio para una forma de pensar instrumentalista en el ámbito judicial (que es la preocupación práctica esencial de Posner). El complemen-

⁷⁶ Hayek 1973/79 II 33.

⁷⁷ En uno de sus textos más penetrantes, Hayek sostiene que el test propio del derecho (privado) es el de la *injusticia*, porque aunque carecemos de criterios positivos para valorar lo justo, sí los tenemos para juzgar lo injusto. La idea de injusticia permite, en su opinión, el desarrollo progresivo del derecho sobre la base de correcciones al derecho hasta ahora vigente, desarrollándose, de este modo, un cuerpo de reglas progresivamente más complejo, que está sujeto a un proceso continuo de revisión crítica. Hayek vincula esta idea a la doctrina kantiana (donde se acepta el test de injusticia como complemento del principio formal del imperativo categórico) y al principio de 'falibilidad' de K. Popper (Hayek 1973/79 II 42).

⁷⁸ Hayek 1973/79 II 48.

⁷⁹ Posner 1995 250.

to natural de la racionalidad económica en el derecho es una teoría del derecho que abandone toda pretensión de que exista una forma propiamente 'jurídica' de pensar. Así, queda entregada al juez la responsabilidad de decidir sobre los problemas legales sin referencia a misteriosas formas de razonamiento legal.⁸⁰ Al asumir que esta racionalidad debiera ser instrumental, Posner termina calificando a Kelsen como un 'positivista pragmático', cuyo mayor infortunio habría sido vivir antes que el movimiento de *law and economics* descubriera el camino, que antes permanecía cerrado, para completar el vacío que dejaba una teoría pura de lo jurídico.⁸¹

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

En la práctica, la actividad jurisdiccional es mediadora entre la universalidad de la ley y el caso particular al cual esa ley deba ser aplicada⁸². Por eso, la disputa de paradigmas que ha sido referida en este párrafo se produce en la práctica de una manera menos dramática. El derecho privado, mal que mal, es un orden de convivencia cuya estructura básica tiene ya más de dos mil años y, como plantea Hayek, ha cumplido su función de ser el sustento de una sociedad que se funda en el respeto recíproco y en la libertad. En gran medida, la función social del derecho privado es la parte sumergida del iceberg, que hace posible el florecimiento superficial de la sociedad civil. Por eso, la pretensión de la escuela de *law and economics* de refundar radicalmente los supuestos del derecho privado, a partir de una racionalidad instrumental, que ignora conscientemente el deber judicial de observancia de la ley y la forma histórica de *pensar* el derecho, tiene mucho de ingenuidad y pesadilla.

Sin embargo, este escepticismo respecto de lo que hace algunos años Tullock llamó el 'imperialismo económico',⁸³ no impide mirar el derecho privado como un orden abierto a la influencia del medio ambiente social y político y sujeto a la prueba de la razón (incluso instrumental, como típicamente se muestra en la legislación). El resultado no será tan puro como quisiera el formalismo, que entiende al derecho privado como un ordenamiento autorreferente, construido sólo a partir de la idea de justicia correctiva; pero se hará cargo de que la conformación del orden más básico de la sociedad (como el que cotidianamente rige las relaciones entre las personas) sea una empresa en la que intervengan consideraciones de dife-

⁸⁰ Kelsen 1934 171.

⁸¹ Posner 1995 265, 270.

⁸² Atria 2005 141, asumiendo que "esa idea contiene la promesa más admirable del derecho: que podemos gobernarlos a nosotros mismos *en la medida que el legislador deriva su potestad de los ciudadanos* y al mismo tiempo tratarnos como fines, no como medios".

⁸³ Tullock 1980.



rente naturaleza.⁸⁴ En verdad, la idea de justicia correctiva recorre el derecho de la responsabilidad civil, pero difícilmente puede explicar reglas de responsabilidad cuyo fin sea el logro de ciertos bienes institucionales, como ocurre con la libertad de expresión (*infra* N° 373) u otras metas sociales, como ocurre, por ejemplo, con las reglas legales y administrativas que persiguen la protección ambiental (*infra* N° 578).

c. Fines distributivos de la responsabilidad patrimonial

21. Instrumentos distributivos del riesgo de daño. a) El concepto de justicia distributiva tiene su origen también en Aristóteles, en uno de los pasajes más oscuros de su *Ética a Nicómaco*.⁸⁵ Según Aristóteles, la justicia distributiva se relaciona con la proporción que existe entre el todo y cada una de sus partes. Su perspectiva, por consiguiente, es más general que la justicia correctiva, pues mientras ésta atiende a la relación entre la víctima y autor del daño, la justicia distributiva atiende a la desproporción entre la víctima afectada por el accidente y quienes están en una situación análoga de riesgo y no soportan daño alguno. Esta diferente estructura muestra de qué manera la justicia distributiva es esencialmente un problema de derecho público, cuya función es precisamente la relación entre el todo (la sociedad) y sus partes (las personas).⁸⁶

A la luz de la justicia distributiva, la responsabilidad civil debe corregir la aleatoriedad con que se distribuye la carga de ser víctima de un accidente, poniendo el acento en la forma más equitativa de hacer dicha distribución entre todos los candidatos a sufrir el daño. En tal sentido, esta especie de justicia invoca la solidaridad para con las víctimas de accidentes, corrigiendo la suerte con que se distribuyen los daños. Su fundamento, por consiguiente, es el mérito: bajo consideraciones de justicia distributiva se atiende a la relación de la víctima con un conjunto de personas que no resultan afectadas por daño alguno, a pesar de tener el mismo mérito para haber sufrido el accidente.

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

⁸⁴ Particularmente interesantes, y prometedoras de desarrollos posteriores, me parecen a este respecto las observaciones de Deakin en Birks 1997 294.

⁸⁵ Aristóteles *Ética Nicomaquea* 5.3,1131 b.

⁸⁶ El derecho público dispone de medios (subsidios, expropiaciones) para que las políticas distributivas o de interés general soporten los estándares constitucionales de la proporcionalidad y de la exigibilidad; aunque el derecho privado cumple una función distributiva muy básica sus instrumentos para la consecución de intereses generales son limitados (Leuschner 2005 245).

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

c) La mayor *dificultad* con que tropieza la definición de la responsabilidad civil a la luz de la justicia distributiva es que tiende a contradecir lo que exige la justicia correctiva para la relación entre el autor del daño y la víctima. En efecto, a la luz de la justicia correctiva la pregunta es ‘¿por qué el demandado debe correr con costos que no le son atribuibles en su relación con la víctima?’.

En verdad, los modelos más directamente dirigidos a la distribución del costo de ciertos riesgos, son el seguro social y el seguro privado obligatorio. Éstos conducen derechamente a la *socialización del riesgo*, sea por vía pública, como ocurre cada vez que las víctimas son indemnizadas por el Estado con recursos recolectados por medio de impuestos, o por vía privada, mediante el establecimiento de la obligación de contratar un seguro de daños a terceros para desarrollar determinada actividad, como es el caso de la circulación de automóviles.

En el extremo, el sistema de seguros puede ser de tal modo comprensivo de los riesgos, que en la práctica llegue a excluir el sistema de responsabilidad civil. Es lo que ocurrió en Nueva Zelanda, donde en 1975 se instauró un sistema estatal de seguros para los accidentes de tránsito, que se hace cargo de los daños con absoluta prescindencia de la idea de responsabilidad.⁸⁷ Los inconvenientes de un sistema de esta naturaleza son los inherentes al alejamiento de los principios normativos del derecho privado que caracterizan al estado de bienestar. Se debilita el sentido de que cada cual debe prevenir los propios riesgos. Es la suave domesticación paternalista que desplaza a la responsabilidad personal, a que se refieren algunos antropólogos,⁸⁸ cuyo efecto es la funcionalización del riesgo que aleja del discernimiento de lo correcto y produce efectos preventivos adversos.⁸⁹

⁸⁷ Kötzt 1991 71; para un análisis crítico, desde el punto de vista de la prevención óptima, del seguro de daños independiente de la culpa en el derecho neozelandés, J. David Cummins, Richard D. Phillips y Mary A. Weiss, “The Incentive Effects of No-Fault Automobile Insurance,” en *Journal of Law and Economics* 2001 427.

⁸⁸ Gehlen 1973 76.

⁸⁹ Honoré en Owen 1995 93.



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

§ 4. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS

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

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

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

⁹⁰ Honoré 1999 93.

⁹¹ Kaser 1971 I 135 y 503.

⁹² Fleming 1985 2.

⁹³ Evans-Pritchard 1940 162.

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

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

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

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

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

⁹⁴ Dinesen 1937, capítulo 2.

⁹⁵ Por ejemplo, §§ 195-197, 229, 230.

⁹⁶ Por ejemplo, §§ 198, 199, 231, 232.

⁹⁷ XII Tablas 8.2-6.

⁹⁸ XII Tablas 8.2.

⁹⁹ Kaser 1971 I 498.

¹⁰⁰ Ídem 612.

¹⁰¹ Coing 1985 I 504.

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

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

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

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

¹⁰² Ídem 506.

¹⁰³ Inst. Gayo 3.211.

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

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

¹⁰⁶ Coing 1985 I 506.

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

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

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

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

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

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

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

¹⁰⁹ Proyecto de 1853, artículo 2478.

¹¹⁰ Fleming 1985 19.

¹¹¹ Rabin en Rabin 1983 44, Epstein 1982 280.

¹¹² Zweigert/Kötz 1996 598.



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹¹⁴ *Infra* §§ 14, 17 y 18.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹¹⁶ Larenz/Canaris 1994 352.



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

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

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

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

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

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

1. LOS PRINCIPIOS QUE INFORMAN LA RESPONSABILIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL: VERSIÓN ORIGINAL Y MIRADA DEL PRESENTE*

CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO

1.1. INTRODUCCIÓN

Ninguna duda cabe que la responsabilidad civil constituye, por doquier, sino la, una de las materias más estudiadas en el derecho civil del presente. Su sorprendente evolución en los sistemas jurídicos más desarrollados en este tópico ha desencadenado, en un mundo globalizado como en el que nos toca vivir y ante la multiplicidad de riesgos a los que los individuos se ven expuestos en la vida moderna, una transformación en la conciencia de los ciudadanos, que se resisten a soportar en silencio los daños que de ellos derivan. Las razones que determinan la enorme trascendencia adquirida por la responsabilidad son variadas y presentan ciertas particularidades en cada país, pero, con todo, en general, ellas se reconducen, en primer término, a la mayor exposición a los riesgos a que se ven expuestos los ciudadanos en la vida moderna y el consiguiente aumento de los perjuicios. En segundo término, a ello se añade el desarrollo de una conciencia resarcitoria en el perjudicado. Todo lo anterior ha determinado un aumento de las demandas indemnizatorias y de los montos de las condenas a niveles insospechados y sorprendentes. En síntesis, como gráficamente lo ha expresado Yzquierdo Tolsada, hoy se asiste a una verdadera “fiebre” de la responsabilidad¹.

* El presente capítulo corresponde a la versión actualizada de aquel publicado en DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2005), “Los principios que informan la responsabilidad en el Código Civil: versión original y mirada del presente”, en MARTÍNIC, María Dora, y TAPIA, Mauricio (dir.). *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*, Santiago, AbeledoPerrot-LegalPublishing, pp. 817-838.

¹ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (1989), *La responsabilidad civil del profesional liberal. Teoría general*, Madrid, Reus, p. 1.

Mirado ahora el derecho chileno de la responsabilidad desde esa perspectiva, lo primero que debe resaltarse es que estamos lejos de haber alcanzado tal evolución. Muchos factores confluyen en ello; entre ellos, pueden señalarse la situación económica de Chile², la ausencia de esa desarrollada conciencia del perjudicado³ antes referida, la existencia de importantes obstáculos a la litigación (costo de tiempo y de dinero que importa el acceso a la justicia) y la sujeción de la cátedra a las doctrinas clásicas de la responsabilidad civil. Por último, incide de modo relevante el que no tenemos una industria del seguro desarrollada en la materia, lo que está ciertamente determinado por el hecho de que las condenas pecuniarias se mantienen en niveles en general prudentes o, en otros casos, como acontece con el daño moral, sus montos son inciertos.

Con todo, también es cierto que este tópico ha cobrado un creciente interés, como puede advertirse en las nuevas obras que se han escrito y en el alto nivel de participación que tienen todos los cursos o seminarios que se imparten en la materia. La responsabilidad civil se constituye día a día en un tópico de preferente análisis por la relevancia práctica que tiene para el mundo jurídico en general. Las demandas de responsabilidad han aumentado —notoriamente en materia de responsabilidad médica— y así también las sentencias condenatorias y los montos otorgados. De este modo, persistentemente empieza a observarse una tendencia hacia el aumento en la litigación que genera, obviamente, un renovado interés por la responsabilidad civil y por las soluciones que ésta contiene.

Todo lo anterior determina que el sistema jurídico chileno asista a un progresivo desarrollo en materia de responsabilidad, lo que ha ido produciendo una revisión doctrinal⁴ o jurisprudencial de los principios que la

² Somos un país en vías de desarrollo con una situación económica más estable que la mayor parte de los países latinoamericanos, pero latinoamericano al fin, con todo lo que ello importa.

³ Ciertamente es que la conciencia resarcitoria está en clara evolución en Chile. Con todo, ello es más evidente en las nuevas generaciones, pero no en las mayores, que todavía optan más bien por soportar el perjuicio antes que reclamar por él.

⁴ Así, merecen ser destacadas, en materia aquiliana, BARROS, Enrique (2006), *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile; CORRAL, Hernán (2013), *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Santiago, Thomson Reuters; RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2010), *Responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile. En materia contractual, últimamente la doctrina ha tenido un gran desarrollo, siguiendo el denominado “nuevo derecho de la contratación” y, al respecto, considerando la

informan desde la codificación. De hecho, la doctrina reciente especializada en materia de responsabilidad civil es frecuentemente citada por las sentencias en términos que se ha ido produciendo un diálogo entre doctrina y jurisprudencia que hasta hace poco era muy reducido.

A resaltar esas revisiones, entonces, dirigiremos esta introducción.

1.2. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO CHILENO

Ninguna duda cabe, ni en Chile ni en los demás sistemas jurídicos de codificación decimonónica, de que a la pregunta sobre cuál es el fundamento de la responsabilidad civil regulada en esos cuerpos legales, debe responderse que la culpa, o en su caso en el dolo, esto es, un comportamiento subjetivo determinado del ofensor.

En tal sentido, la doctrina general, encabezada por Alessandri⁵, repetida hasta hoy en la cátedra chilena, sostiene que el fundamento de la responsabilidad civil es la existencia de un determinado comportamiento subjetivo en el eventual responsable —doloso o culposo—, dejando de lado, claro está, las hipótesis de responsabilidad objetiva, por lo demás, escasas en nuestro sistema originalmente.

La responsabilidad civil, según se sostiene tradicionalmente desde la época en que fue dictado el código, nace de la culpa en que ha incurrido el autor del daño. Afirmación con la cual, conviene resaltarlo, nuestra doctrina no hace sino recepcionar la concepción subjetiva de la misma, proclamada en el derecho comparado, en especial en aquellos sistemas como el francés, en los que se inspiró nuestra codificación.

En efecto, debe recordarse que nuestras reglas de responsabilidad civil fueron tomadas esencialmente del derecho francés y español en su tradición antigua o vigente en Chile, en su caso, y no del derecho romano, que,

indemnización de perjuicios como una más de las alternativas de las que dispone el acreedor ante el incumplimiento contractual. Al respecto, véanse los trabajos en DE LA MAZA, Íñigo; MORALES MORENO, Antonio-Manuel, y VIDAL, Álvaro (2014) —(dirs.), *Estudios de derecho de contratos*, Santiago, Thomson Reuters; CONTARDO, Juan Ignacio (2015), *Indemnización y resolución por incumplimiento*, Santiago, Thomson Reuters; CÁRDENAS, Hugo, y REVECO, Ricardo (2018), *Remedios contractuales*, Santiago, Thomson Reuters.

⁵ ALESSANDRI, Arturo (1943), *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 93.

tema de seguros sociales y que, con el tiempo, determinará, por una parte, una proliferación de hipótesis legales de responsabilidad objetiva y, por otra, una revisión de ciertos aspectos de la culpa por vía jurisprudencial. En todo ello hemos seguido, entonces, las dos vías de objetivación seguidas en el derecho comparado.

1.2.1. Objetivación por vía legislativa

Como viene de resaltarse, los accidentes del trabajo generarán el primer reconocimiento legislativo de la responsabilidad objetiva en nuestro derecho.

A partir de ello, ese reconocimiento experimentará una extensión progresiva hacia actividades empresariales muy diversas, pero estrechamente vinculadas por su carácter esencialmente riesgoso y, por tanto, fuente potencial de daños con gran repercusión social y económica.

Ejemplo de ello es, en el área de la navegación, la responsabilidad sin culpa del dueño, armador, u operador de una nave o artefacto naval que produce el derrame o descarga de hidrocarburos u otras sustancias contaminantes¹³.

Otro caso se recoge en la producción y uso de la energía atómica, donde, producto de numerosas convenciones internacionales, se ha consagrado en la Ley de Seguridad Nuclear la responsabilidad objetiva del explotador de una instalación o establecimiento nuclear¹⁴.

Y lo mismo acontece en el ámbito de los transportes, donde la objetivación ha sido acogida en distintas hipótesis. Así, la responsabilidad por daños causados por vehículos motorizados, impuesta por el artículo 170 de la Ley N° 18.290 al propietario de los mismos, es una responsabilidad solidaria con el conductor del vehículo de la que no puede excusarse acreditando la falta de culpa, sino sólo demostrando que el vehículo fue usado sin su conocimiento o autorización. También lo ha sido en el caso de los transportistas aéreos a título oneroso por los daños causados por las aeronaves a los pasajeros, la carga o terceros en la superficie.

¹³ Artículo 144 de la Ley de Navegación, Decreto Ley N° 2.222 de 1978.

¹⁴ Artículos 49 y siguientes, Ley N° 18.302, Ley de Seguridad Nuclear, de 2 de mayo de 1984.

Luego tenemos, en el área de los daños en la construcción, la responsabilidad objetiva del propietario primer vendedor por los perjuicios que provengan de fallas o defectos de la construcción¹⁵. Con todo, este primer responsable puede repetir contra el constructor o profesional que haya causado anomalía constructiva.

Por último, otra forma de objetivación puede encontrarse en materia de daños causados por medios de comunicación social a los propietarios, editores, directores y administradores de los mismos cuando se haya cometido un delito contra la honra o la vida privada de la persona. La Constitución establece que la libertad de emitir opinión e informar sin cesura previa se entiende "sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, de conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado" (art. 19, N° 12, de la Constitución). La ley de quórum calificado a la que se refiere el texto constitucional es la Ley N° 19.733, de 2001, sobre Libertad de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo. En materia de autoría, la ley considera como coautor al director del medio (no al propietario) o al que lo reemplace legalmente (art. 39.2, Ley N° 19.733), presumiéndose la culpa de éste y permitiendo, sin embargo, probar que no se obró con negligencia¹⁶.

1.2.2. Objetivación por vía jurisprudencial

La segunda vía de objetivación que se ha dado en todos los sistemas, la jurisprudencial, tampoco ha estado ausente en el derecho chileno. En principio, ello pareciera imposible, o al menos incoherente, desde que nuestra jurisprudencia ha sostenido, en ciertos casos, que "*la responsabilidad objetiva no puede establecerse con una interpretación extensiva de las normas legales, pues por ser de carácter excepcional, debe establecerse de forma expresa*"¹⁷. De este modo, para que exista responsabilidad sin culpa se requeriría de expresa norma legal, sin que pueda el tribunal deducirla por analogía o por vía interpretativa.

¹⁵ Decreto con Fuerza de Ley N° 458, de 1975, modificado por la Ley N° 19.472, de 16 de septiembre de 1996.

¹⁶ Al respecto, véase CORRAL (2013), pp. 279-280.

¹⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, 31 de enero de 1992 (RDJ, tomo LXXXIX, sección 2ª, p. 13).

No obstante, en la práctica observamos que ella misma se ha desentendido de su doctrina, pues, en varios casos, la objetivación encuentra su origen en una nueva comprensión judicial.

Es lo que ha acontecido de un modo notable en materia de responsabilidad del empresario por el hecho del dependiente. En efecto, originalmente se entendía que el artículo 2320 del Código Civil, inciso 4º, que la establece, sólo contenía una presunción de culpa basada en la teoría de la culpa *in vigilando* o *in eligendo*. Ello ha sido descartado progresivamente por un sistema intermedio de objetivación como el de la responsabilidad vicaria o por la teoría del riesgo de empresa, en conformidad al cual la responsabilidad civil no sólo ha de constituir una sanción para el culpable, sino que debe ser un efectivo mecanismo de distribución del costo económico del daño al mayor número posible de sujetos. Ello determina que, evidentemente, deba responder el empresario por el daño causado, pues, por su posición, era quien se encontraba en mejor posición para prevenir el riesgo y, una vez, producido, repartirlo.

Esta evolución —producida en otros países— no es absolutamente ajena a nuestro sistema en la medida en que nuestra jurisprudencia más reciente en la materia, como lo ha demostrado desarrolladamente entre nosotros ZELAYA¹⁸, permite advertir una progresiva objetivación de cada uno de los elementos de básicos de ese supuesto de responsabilidad: a) de la naturaleza de la responsabilidad del empresario que, de entenderse como una culpa propia y personal, ha pasado a ser más estricta por efecto de interpretaciones que le hacen muy difícil recurrir a la prueba liberatoria que consagra el mismo artículo 2320, inciso 5º, consagrando más bien una cierta “culpa anónima”, esto es, que no es necesario para que el empresario resulte responsable el que deba identificarse al dependiente que específicamente causó el daño; b) de la exigencia de una relación de dependencia o de vínculo de subordinación entre empresario y dependiente, que antes se leía como estrictamente referida a que existiera un contrato de trabajo, hoy se ha ampliado hasta entender que se configura por todo vínculo de pertenencia a una organización empresarial del civilmente responsable;

¹⁸ ZELAYA, Pedro (1993), “La responsabilidad civil del empresario por el hecho del dependiente”, en *RDJ*, tomo XC, N° 3, p. 119. También DIEZ SCHWERTER, José Luis (2005), “La culpa del empresario por accidentes del trabajo: modernas tendencias jurisprudenciales”, en Baraona, Jorge, y Zelaya, Pedro (edits.). *La responsabilidad por accidentes del trabajo. Cuadernos de Extensión Jurídica*, N° 10, Santiago, Universidad de los Andes, pp. 73-98.

c) de la limitación de la responsabilidad del empresario a los perjuicios que su dependiente haya causado en el ejercicio de sus funciones dentro de su jornada de trabajo se ha pasado a extender la misma para incorporar los daños producidos “con ocasión” del ejercicio del encargo que se le ha hecho o por el abuso de las facultades que le fueron concedidas para desempeñar sus funciones.

En síntesis, el derecho chileno también avanza —aunque lentamente— por el camino de la objetivación. Con todo, la evolución futura de esta tendencia está ciertamente condicionada al desarrollo creciente del seguro. Por otra parte, es de esperar que, en ello, se aprenda de la experiencia extranjera y se advierta que no se trata de sustituir de un modo absoluto a la responsabilidad por culpa por la objetiva, sino que la solución pasa por un estudio global de los accidentes que permita dilucidar justamente en qué áreas se justifica la subsistencia o no de la responsabilidad clásica y en cuáles, en cambio, corresponde entrar a una nueva regulación. En otros términos, en nuestra opinión, debe entrarse derechamente a regular uno u otro sistema, pues el mecanismo de la deformación de uno para conseguir el otro sólo conduce a la inseguridad y, a la larga, a la injusticia, denostando el loable y, aún más, deseable anhelo de protección integral de la persona que se perseguía inicialmente o en cuyo nombre se ha actuado.

1.3. LA FUNCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: DE UNA CONCEPCIÓN TRIPARTITA A UNA UNITARIA, BÁSICAMENTE REPARADORA

La construcción de una responsabilidad civil basada en la culpa como la que se recoge, en general, en las codificaciones civiles decimonónicas y, por cierto, en la nuestra, corresponde a una elección de los legisladores de la época fundada en que ése es el único modo de que ella puede cumplir con las funciones que le corresponden. En efecto, se entendía que la culpa, o, en su caso, el dolo, justificaban, en primer lugar, la reparación del perjuicio causado a la víctima y, en segundo lugar, el reproche o castigo que la condena pecuniaria importa. Con ello, por último, se producía el desincentivo en otros a la repetición futura de la misma conducta. La responsabilidad tenía, entonces, en su concepción original, una función reparadora, punitiva y preventiva.

Más tarde, la necesidad de asegurar una indemnización a la víctima determinará el abandono paulatino de la responsabilidad por culpa, desde que la exigencia de un determinado comportamiento subjetivo en el

ofensor se revelará como el principal obstáculo a remover por la víctima. El principio *pro damnato*, que se erigirá como el criterio rector de todo el moderno derecho de daños, conducirá, por una parte, a un debilitamiento de la responsabilidad subjetiva y, por otra, a un pleno reconocimiento del principio de reparación integral del daño, cuyo objetivo es conceder a la víctima una plena indemnización del perjuicio sufrido, en toda su intensidad, idea que suele sintetizarse en el principio de que “*todo el daño y nada más que el daño*” debe ser resarcido.

De este modo, la evolución habida conducirá, en los sistemas jurídicos más desarrollados en esta materia, a una nítida acentuación de la finalidad puramente reparadora de la condena pecuniaria y a una consiguiente reducción, y aun supresión íntegra, de las otras funciones, punitiva y preventiva. Es indudable que la aceptación del seguro de responsabilidad civil constituirá el punto de inflexión en este aspecto de la referida evolución.

El sistema chileno, pese a que, en numerosos otros aspectos, sigue anclado en las concepciones clásicas, se ha decantado, en el tiempo, por un acento puramente resarcitorio. En otros términos, nuestra teoría de la responsabilidad del presente la concibe con una función estrictamente reparadora, dejando fuera la punitiva y la de mero reconocimiento de derechos infringidos de la víctima que se traduce en condenas simbólicas que, desde antiguo, son admitidas en el *Common Law* y han sido recepcionadas, en la práctica, en algunos sistemas pertenecientes a nuestra familia romano-germánica en los últimos tiempos¹⁹.

Así, se declara permanentemente tanto por la jurisprudencia como por la doctrina en Chile, en términos que, salvo por algunas sentencias aisladas, la cuestión relativa a su función aparece nítida. No obstante, varias observaciones deben hacerse sobre esta conclusión.

¹⁹ En este sentido, DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2006), “Algunas consideraciones en torno a la función de la responsabilidad civil en Chile”, en VV. AA., *Estudios de derecho civil*, Santiago, LexisNexis, p. 599.

La jurisprudencia ha razonado de esta forma. Así, Corte Suprema, 26 de julio de 2013, rol N° 7562-2011, Westlaw CL/JUR/1639/2013: “[...] resulta exigido por la función resarcitoria que a la responsabilidad corresponde y que determina que la única medida de la reparación deba ser la magnitud del perjuicio sufrido sin consideración a ningún otro criterio o elemento, en especial aquellos que puedan esconder una finalidad punitiva”. En análogo sentido, Corte Suprema, 21 de marzo de 2016, rol N° 31061-2014, Westlaw CL/JUR/1909/2016; Corte Suprema, 2 de mayo de 2018, Westlaw CL/JUR/2006/2018.

Una dice relación con que la mirada exclusivamente resarcitoria ha sido producto de una evolución, en el sentido de que, como viene de resaltarse, la responsabilidad civil fundada en la noción de culpa que recoge el Código Civil chileno –y todos los códigos civiles decimonónicos– no sólo apuntaba a ella, sino también a una función punitiva (la condena constituía un reproche general dirigido a la conducta del responsable) y a una preventiva (su establecimiento constituía un desincentivo). De este modo, el principio *pro damnato*, que ha marcado todo su sorprendente desarrollo en el derecho comparado, ha sido, al menos formalmente, recepcionado en Chile.

La segunda ha de apuntar a la tensión que existe en nuestro sistema entre la proclamación abierta y defendida de una función puramente reparadora con una consagración mayoritaria de una responsabilidad subjetiva y un incipiente y reducido número de seguros de daños contratados²⁰. En efecto, el principio pro víctima –que está detrás de un deber de reparar que lo justifica únicamente en la existencia del perjuicio– ha constituido, por doquier, una de las causas de la objetivación de la responsabilidad. Esta última, desencadena, a su vez, una expansión notable de los mecanismos de aseguramiento tanto individuales como colectivos, que son el único modo de garantizar que las condenas pecuniarias sean efectivamente pagadas a la víctima. En Chile, en cambio, se defiende una concepción resarcitoria desde hace años, pero ello no ha generado los otros efectos recién descritos.

La tercera observación debe centrarse en que se trata del principio formalmente declarado, pero no del que en el fondo resulta evidente en nuestro sistema, y esto de varios modos. Uno, desde la propia legislación civil, que, como sucede en el ámbito de la responsabilidad contractual, específicamente de la letra del artículo 1558 del Código Civil, ordena expresamente tener en cuenta la gravedad de la culpa para determinar la extensión del deber de indemnizar. A idéntica conclusión se arriba a partir de ciertas prácticas recurrentes en nuestros tribunales; por ejemplo, en materia de daño moral, donde el recurso a criterios punitivos es frecuente, determinando que la suma que se concede a la víctima tenga más bien un rol de sanción o castigo²¹.

²⁰ Sin embargo, ello ha tenido un lento pero paulatino incremento. Desde 154.080 pólizas de seguro de responsabilidad civil en 2006 a 292.758 pólizas del mismo tipo en 2018. ASOCIACIÓN DE ASEGURADORES DE CHILE A.G., *Boletines Estadísticos*. Disponible en: <https://portal.aach.cl/Estudios.aspx?M=7>.

²¹ En tal sentido, DOMÍNGUEZ HIDALGO (2006).

Por último, una cuarta observación debe apuntar a resaltar que, aunque este principio rige tanto en la familia de origen romano-germánico como en el *Common Law*, está revestido de algunas peculiaridades en este último caso, pues allí la condena pecuniaria no cumple en esa familia jurídica un rol estricto y exclusivamente resarcitorio, como sucede en Chile²².

1.4. LA DISTINCIÓN ENTRE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL: LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN CHILE SE CONSTRUYE SOBRE UNA VISIÓN DUALISTA

Bien es sabido que la *summa divisio* de la responsabilidad civil la constituye la distinción entre su esfera contractual y la extracontractual, delictual o aquiliana.

Esta distinción fue propuesta por primera vez en 1884 en Francia por SAINCTELETTE²³, ante la evidencia de que el *Code* contenía, al igual que nuestro Código Civil, una normativa distinta para ambas especies de responsabilidad. De aquí que el autor francés elaborara, a partir de la comparación entre una y otra, una larga lista de diferencias existentes entre ellas, consideradas como fundamentales y que, por lo mismo, impedirían todo tratamiento conjunto. Incluso se propondrá una distinta denominación para cada una: garantía, para la contractual, y responsabilidad, exclusivamente para la aquiliana.

Cierto es que, con posterioridad, LEFEBVRE, en 1886²⁴, vendrá a cuestionar la referida distinción, sosteniendo que ella no se justifica ni desde un punto de vista teórico ni desde el propio tenor de los textos legales, que no la reconocen en parte alguna. Antes bien, toda la responsabilidad civil encuentra su fundamento en la violación de derechos creados por la ley. La única diferencia es que, en el caso de la responsabilidad contractual, esos derechos son creados por la propia ley, pero a través de la voluntad, y las reglas de derecho positivo sólo se imponen en la medida que, por medio de la voluntad, ellas han sido aceptadas y adoptadas.

²² Vid. al respecto, con mayor detalle, nuestro libro DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2000). *El daño moral*, tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 99 y ss.

²³ SAINCTELETTE, Charles (1884), *De la responsabilité et de la garantie*, Bruxelles, Bruylant.

²⁴ LEFEBVRE, A. F. (1886), "De la responsabilité, délictuelle, contractuelle", en *Revue critique de législation et de jurisprudence*, año 35, tomo XV, pp. 485 y ss.

En adelante, la polémica en este punto dividirá a los estudiosos entre monistas y dualistas. Sin embargo, forzoso es reconocer que la mayoría de la opinión doctrinal y jurisprudencial efectuará todo razonamiento a partir de la referida distinción que se presentará como una esencial, proponiéndose y aceptándose, en todos los sistemas de origen romano-germánico y aun en el *Common Law*, donde es clásica la distinción entre *contracts* y *torts*, una larga serie de diferencias entre los dos ámbitos de la responsabilidad. Estas últimas, importarán, en el fondo, la existencia de dos estatutos jurídicos distintos para la víctima; dependiendo del origen del mismo, la respuesta jurídica ante el daño será diametralmente distinta.

Ello generará, en todos los sistemas, un claro favor por la responsabilidad extracontractual, en cuanto la víctima se encuentra mejor protegida en ese ámbito. En especial, ello viene determinado por la diferente extensión que puede alcanzar la reparación en una y otra esfera en virtud de lo dispuesto en la regla equivalente a nuestro artículo 1558 del Código Civil. Así, si no hay contrato, la reparación de la víctima es integral. Si lo hay, ella es parcial y su monto será menor. Ello encuentra su justificación, en principio, en la idea de que, como hay convención, las partes han tenido la ocasión de "verse las caras" y asumir, tomar conciencia, de los riesgos que les suponen las obligaciones prometidas. En consecuencia, ellas han podido agravar, limitar o modificar su responsabilidad. Y, en síntesis, según resulta del artículo 1558, sólo se responde en sede contractual por ciertas consecuencias.

Todo lo anterior determina una diferencia capital. En el clásico ejemplo, si una persona sufre un daño como consecuencia de ser atropellada por un bus, siguiendo esta distinción clásica, tendrá derecho a la indemnización de todos sus perjuicios directos, sin distinción, ya sean materiales o morales. Por el contrario, si esos mismos daños se producen mientras viaja como pasajero en un autobús que colisiona con otro accidentalmente, sólo tendría derecho a la indemnización de los perjuicios directos previstos.

La pregunta, entonces, ante tal variedad de soluciones surgirá de un modo ostensible: ¿es justa la solución? Y la respuesta, vista en la perspectiva actual de un derecho cuyo norte es la tutela de la persona, resultará igualmente evidente, pues parece indudable que no lo es. En verdad, no debe olvidarse que el artículo 1558 se edificó sobre la idea de que la gravedad del resarcimiento va en proporción directa a la gravedad de la conducta del responsable (del deudor). En cambio, el artículo 2314 determina una indemnización de todo daño, por mínimo que sea.

Son, entonces, esta índole de observaciones las que han determinado en el extranjero un severo cuestionamiento de la distinción y, por lo mismo, una marcada tendencia hacia una aproximación de las respuestas resarcitorias, por varios motivos que, siguiendo a YZQUIERDO TOLSADA²⁵, pueden ser agrupados en torno a razones de orden sustantivo o de pura justicia material, de orden sistemático y de orden práctico. En apretada síntesis, ellas razonan sobre la idea de que las diferencias se justificaban en el seno de economías poco desarrolladas, pero no en unas como las actuales, donde existe una proliferación de los riesgos y, por consiguiente, un aumento de los accidentes y daños, fenómeno que aboga por una mayor protección de la persona. Por lo mismo, no se justifica, en el presente, que la propia idea de reparación tenga un contenido distinto, si se considera que, en ambos casos, la indemnización supone, y ha de suponer, dejar a la víctima o acreedor en la misma situación en que se encontraba antes de que se causara el daño. Como bien resaltaron los MAZEAUD, ya hace años, “*existen—entre ambas especies de responsabilidad—diferencias en lo accesorio, pero no en los principios rectores*”²⁶. En tal sentido, la noción de culpa es la misma y, aún más, la realidad del daño también, y la defensa de la persona no justifica tamañas diferencias.

Esta suerte de razonamientos, en cambio, están lejos de haber sido debatidos. En efecto, ninguna duda cabe en cuanto a la plena recepción original de las tesis dualistas en ellos. Antes bien, ha sido escasamente cuestionada²⁷. Ello se debe probablemente a que la evolución en materia extracontractual está sujeta a la recepción jurisprudencial de las nuevas tendencias doctrinales, lo que se ha producido en ciertas áreas, pero no

²⁵ YZQUIERDO TOLSADA, Ricardo (2001), “Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual”, Madrid, Dykinson, pp. 82-85.

²⁶ MAZEAUD, Henry y León, y TUNC, André (1963), *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, tomo I, Volumen I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, pp. 114-115.

²⁷ Véase, al respecto, DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2008), “La concepción dualista de la responsabilidad civil en Chile: panorama general”, en *Anales Derecho UC*, N° 3, pp. 73-89. También PIZARRO, Carlos (2017), “Responsabilidad contractual y extracontractual: desde el problema de la opción al dilema del derecho común y especial”, en Barría, Rodrigo; Ferrante, Alfredo, y San Martín, Lilian (edits.), *Presente y futuro de la responsabilidad civil*, Santiago, Thomson Reuters, pp. 49-60, y SCHOPF, Adrián (2017), “Las diferencias funcionales entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual”, en *ibidem*, pp. 61-86.

en todas. En cuanto a la contractual, su cuestionamiento resulta aún más difícil si se tiene presente que ella no ha sido generalmente concebida entre nosotros como una especie de responsabilidad, sino más bien como un efecto de la obligación ante el incumplimiento.

De este modo, nuestro sistema sigue reproduciendo una concepción dualista, pues, en general, se mantienen intactas todas las diferencias entre la responsabilidad contractual y extracontractual planteadas en la versión clásica por la teoría dualista.

No se ha producido una revisión general a la situación en la que queda la víctima y, por tanto, a la justicia o lógica de la existencia de dos regímenes resarcitorios tan distintos. Antes bien, subsiste entre nosotros una larga lista de diferencias de régimen, que determinan que la respuesta sea radicalmente distinta. Así, se mantienen aquellas existentes en materia de culpa tanto en cuanto a la prueba de la misma²⁸ como en cuanto a la graduación de la culpa²⁹ y a la extensión del deber de indemnizar³⁰. Del mismo modo, subsisten las diferencias relativas a las formas de exoneración de la responsabilidad, desde que en la responsabilidad extracontractual se admiten ciertas formas de exoneración que no son admisibles en materia³¹.

²⁸ En el ámbito aquiliano, se entiende que la culpa debe ser probada por la víctima; en cambio, en el contractual, por aplicación del artículo 1547 del Código Civil, se presume culpable todo incumplimiento y, en consecuencia, si el responsable quiere liberarse, tiene que probar su diligencia, caso fortuito o culpa de tercero.

²⁹ En la responsabilidad contractual, la culpa admite graduaciones (artículo 1547 en relación con el artículo 44 del Código Civil); en cambio, en la extracontractual, no se admite: toda culpa es sancionada por mínima que sea (artículos 2314 y 2329 del Código Civil).

³⁰ En la aquiliana es plenamente aplicable el principio de reparación integral del perjuicio: de todo daño y de la forma más absoluta; en la responsabilidad contractual, en cambio, el referido principio sólo recibe una consagración parcial, pues la reparación únicamente alcanza a los daños directos previstos si se actuó con culpa. Sólo es integral, por lo tanto, completa, en el caso de dolo, como resulta del artículo 1558, pues se debe responder de los perjuicios directos previstos e imprevistos.

³¹ En la responsabilidad extracontractual, se admiten ciertas formas de exoneración por parte del principal en los casos de responsabilidad por hecho ajeno. Por ejemplo, en el artículo 2320, inciso quinto (pero cesará la obligación de esas personas si, con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho). Así, en especial, el empleador puede liberarse de la responsabilidad por el hecho del dependiente si demuestra que actuó con la debida diligencia (artículos 2320, inciso 5°, y 2322). La responsabilidad contractual, en cambio, es siempre incondicionada, pues el deudor no tiene cómo liberarse de la misma.

La especie de responsabilidad que surge en caso de pluralidad de autores es también distinta. En la responsabilidad extracontractual, ella es solidaria en virtud de lo dispuesto por el artículo 2317 del Código Civil. En la responsabilidad contractual, en cambio, es simplemente conjunta o mancomunada, dado que no existe regla legal³². Lo mismo acontece con la capacidad exigida en el responsable, pues, si en la responsabilidad aquiliana el deber de indemnizar puede darse respecto de ciertas personas normalmente consideradas como incapaces, tales como los mayores de siete años y menores de dieciséis que han obrado con discernimiento o simplemente mayores de dieciséis³³, para la responsabilidad contractual, en cambio, la capacidad de ejercicio constituye un requisito imprescindible para que ella surja, pues ésta es la exigida para poder contratar y, por tanto, para que el deudor pueda contraer alguna obligación.

Por último, subsiste también la diferencia relativa a los plazos de prescripción de la acción de indemnización de perjuicios, que siguen siendo distintos³⁴.

Del mismo modo, las modificaciones convencionales del deber de responder son perfectamente posibles en el ámbito contractual; las partes son libres para introducir cláusulas modificatorias de la responsabilidad (agravar o atenuar la responsabilidad; artículos 1547 y 1558 del Código Civil). No así, en cambio, en la responsabilidad extracontractual, al no existir oportunidad previa para acordar nada, pues, como bien lo expresa la fórmula, "*las partes se conocen las caras por el hecho ilícito*".

Con todo, algunas señas de incipiente giro pueden encontrarse, notablemente a través de la recepción de la reparación del daño moral en sede

³² En la responsabilidad extracontractual, ella es solidaria en virtud de lo dispuesto por el artículo 2317 del Código Civil. En la responsabilidad contractual, en cambio, es simplemente conjunta o mancomunada, dado que no existe regla legal que imponga la solidaridad. Bien es sabido que ésta es la regla general en cuanto a obligaciones con pluralidad de sujetos: la solidaridad tiene que ser pactada. Así resulta de lo dispuesto en los artículos 1511, inciso 1º, y 1526, inciso 1º, del Código Civil.

³³ Artículo 2319 del Código Civil.

³⁴ En la responsabilidad contractual, el referido término es de cinco años desde que la obligación se hizo exigible, que normalmente corresponde a la celebración del contrato, al ser pura y simplemente como se desprende de la regla general de prescripción de las acciones personales ordinarias, contenida en el artículo 2515, inciso 1º. La extracontractual, por el contrario, prescribe a los cuatro años, contados desde la perpetración del acto según lo ordena expresamente el artículo 2332 del Código Civil.

contractual, principio ya sentado por la Corte Suprema en una doctrina jurisprudencial contundente y sólida. De ese modo, una de nuestras mayores diferencias de régimen, que hacía plenamente procedente de la indemnización de esta partida de perjuicio en sede extracontractual³⁵, pero no en la contractual³⁶, ha desaparecido en términos tales que al menos esa parte del principio de reparación integral ha sido recepcionada entre nosotros. En otras palabras, se trata esta última de una distinción que puede hoy sostenerse suprimida. Ello constituye un evidente progreso de nuestro sistema en la defensa de la persona.

Por otra parte, quizás sea éste el inicio de una revisión general de la distinción que parece imprescindible. Incluso, puede encontrarse algún cuestionamiento más reciente a la distinción en ciertos fallos, como resulta de una sentencia de nuestra Corte Suprema, precisamente aquella que ha terminado por sentar el principio de admisibilidad de la reparación por daño moral en el ámbito contractual: "Que aceptar un distinto tratamiento en sede contractual y extracontractual en la materia que nos ocupa, conduce a situaciones absurdas, como sucede en los casos de responsabilidad profesional médica, en que no resulta equitativo que si no existe vínculo contractual entre el médico y su paciente proceda la indemnización del daño moral, pero no si esa relación existe, cuando se ha contratado por éste los servicios de aquél. El citado artículo 1556 del Código Civil, como ya quedó establecido precedentemente, no limita la reparación en materia contractual al daño emergente y al lucro cesante, desde que no excluye al daño moral. Procede, entonces, en la responsabilidad contractual la reparación del daño extrapatrimonial cuando está ligado a un daño material y, si como sucede en la especie, se trata de un daño moral puro, esté dicho daño acreditado, tenga un nexo causal con el incumplimiento contractual y

³⁵ Desde el año 1917, esa especie de perjuicio es plenamente reparable en sede aquiliana por interpretación amplia de las expresiones "*todo perjuicio*", contenidas en el artículo 2317 del Código Civil.

³⁶ Por una interpretación restrictiva del artículo 1556, inciso primero, del Código Civil, que sólo alude como contenido de la indemnización al "*daño emergente y al lucro cesante*". Para más detalle, *vid.* DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2006), "La reparación del daño moral derivado de contrato en el derecho civil chileno: realidad y límites", en VV. AA., *Cuadernos de Análisis Jurídico. Colección de Derecho Privado*, Universidad Diego Portales, N° 3, Temas de contratos, Santiago, Ediciones UDP, pp. 227-244.

que el deudor, al incumplir su obligación, haya podido preverlo o actuado con dolo o culpa grave³⁷.

Con todo, a excepción de esta área de aproximación, las diferencias se mantienen; en especial aquellas que parecen de mayor incidencia en la situación de la víctima, tales como la extensión del deber de indemnizar y la prescripción³⁸.

1.5. LA CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDADES

De este modo, la cuestión de la concurrencia de responsabilidad, o del mal denominado "cúmulo" de responsabilidades, sigue siendo una cuestión vital en la que nuestro derecho sigue respondiendo del modo clásico³⁹.

En efecto, siguiendo a MONATERI, un verdadero problema de concurrencia nace sólo cuando ambos remedios resarcitorios —el contractual y el extracontractual— son notoriamente distintos, de forma que la sujeción a uno resulta mejor para la víctima que el otro⁴⁰. En el derecho chileno, esa oposición de regímenes sigue siendo nítida, pues, en general, como viene de resaltarse, se mantienen intactas todas las diferencias clásicas entre la responsabilidad contractual y extracontractual.

Lo anterior determina que el problema práctico que existe tras la concurrencia de responsabilidades y que se plantea cada vez que a la víctima le es más conveniente situarse en uno u otro ámbito, atendidas las diferencias de régimen resarcitorio, sea todavía de fundamental interés.

No existiendo en nuestro sistema una regla que resuelva la procedencia o no de la concurrencia, la respuesta ha quedado entregada a la jurisprudencia y esta última se ha pronunciado desde siempre por el rechazo a la

³⁷ Corte Suprema, 5 de noviembre de 2001, *Gaceta Jurídica* 257, año 2001; Corte Suprema, 20 de octubre de 1994, *RDJ*, tomo 91, N° 3, sección 1°; Corte Suprema, 5 de noviembre de 2001, *RDJ*, tomo 98, sección 1°.

³⁸ Esa diferencia en los plazos de prescripción no es, con todo, tan sideral como en otras legislaciones, aunque bien es sabido que un día de diferencia puede importar un mundo para la víctima.

³⁹ Para más detalle, *vid.* DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2007), "La concurrencia de responsabilidades o el mal denominado cúmulo de responsabilidades en el derecho chileno: estado actual", en VV. AA. *Estudios de derecho civil III*, Westlaw CL/DOC/741/2011.

⁴⁰ MONATERI, Pier Giuseppe (1989), *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (Analisi comparata di un problema)*, Padua, Cedam, p. 5.

concurrencia o acumulación, sosteniendo, entonces, la imposibilidad que tiene el perjudicado para eludir el régimen contractual si los daños que reclama se han producido por la infracción de un contrato debidamente suscrito.

El recurso a la responsabilidad extracontractual sólo es factible cuando entre víctima y autor del daño no existe una previa relación obligatoria o cuando, existiendo, los perjuicios invocados no provengan de su incumplimiento.

En otros términos, nuestra jurisprudencia ha acogido la teoría de la absorción o incompatibilidad, fundándose en la idea de que la existencia de dos regímenes resarcitorios en la ley determina que la acción ejercida en conformidad a uno de ellos comprenda una pretensión absolutamente distinta de la que resulta de la otra. Del mismo modo, la doctrina ha adherido a la opinión de ALESSANDRI, que sostenía que "la infracción de una obligación contractual, cuasicontractual o legal da origen a la responsabilidad contractual únicamente: el acreedor cuyo deudor viola su obligación no podría demandarle perjuicios por esta violación con arreglo a los artículos 2314 y siguientes del Código Civil. Admitir que el acreedor pueda prescindir del contrato y perseguir la responsabilidad del deudor fuera de sus términos, con arreglo a los artículos 2314 y ss., sería destruir la fuerza obligatoria de la convención"⁴¹.

La respuesta a la cuestión de la concurrencia es ciertamente mayoritaria. Con todo, en algunas sentencias pronunciadas en materia de accidentes del trabajo y de responsabilidad médica, se asiste a una tímida recepción de la teoría de la opción; esto es, que la víctima tiene libertad para elegir el cauce reparador, aunque ello no ha sido formulado expresamente, sino en contadas ocasiones⁴². Con todo, su impacto en la comprensión general

⁴¹ ALESSANDRI, Arturo (1943), p. 84. La asimilación de la responsabilidad cuasicontractual y legal a la contractual se explica en la comprensión que este autor tiene en el sentido de que el régimen de derecho común en materia de responsabilidad en el código sería el contractual.

⁴² Así, en sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de enero de 1993, *Gaceta Jurídica* N° 151, p. 54, que resuelve que la existencia de una relación contractual no impide "que el actor (pueda) acogerse a las disposiciones relativas a la responsabilidad extracontractual para lograr la satisfacción de las pretensiones formuladas en la demanda". En forma expresa, empero, recientemente se ha pronunciado la sentencia "*Fernández con Arinovich*", de la Corte Suprema, 21 de marzo de 2016, Westlaw CL/JUR/1909/2016, considerando octavo: "Que en este escenario no se vislumbra razón jurídica alguna para que pueda privarse a la víctima, el

que de este problema tienen la doctrina y la jurisprudencia ha sido escasa, por no decir nula, lo que se explica por su ausencia de fundamentos a la lectura que defiende. En cuanto a la teoría del concurso de normas, que entiende que, ante los supuestos fronterizos de responsabilidad, corresponde al tribunal decidir la cuestión, en conformidad al principio *iura novit curia*, sin estar ligado por la calificación que de ellos haga la víctima, permanece prácticamente desconocida en la jurisprudencia⁴³.

Por otra parte, desde la óptica dogmática, ello no parece cuestionable, en la medida en que esa solución es la única que permite mantener la coherencia interna del régimen dualista de reparación de los daños que se defiende. No obstante, si la cuestión se enfrenta desde la óptica de la víctima y de la esencia de los perjuicios que ha sufrido, que no se ven alterados por el hecho de que ellos emanan de un incumplimiento contractual o de un hecho ilícito, el recurso a teorías que permitan salvar el inconveniente práctico planteado por la distinción resulta también explicable.

1.6. EN MATERIA DE DAÑOS: DEL RECHAZO A LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES A SU PROGRESIVA RECEPCIÓN

La tendencia general en el derecho civil actual, de conceder la mayor tutela posible a la persona, ha generado en el ámbito de la responsabilidad

derecho de optar por el estatuto que utilizará para reclamar la reparación que pretende a modo de indemnización de perjuicios, es decir, de elegir o escoger, entre el ejercicio de la acción por responsabilidad contractual o el de la acción por responsabilidad delictual, al presentarse como en el caso de autos, tanto un incumplimiento a una obligación contractual y a una obligación legal, las que tienen un mismo objeto”.

⁴³ En este sentido, sin embargo, puede citarse la sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua, 28 de diciembre de 2018, Westlaw CL/JUR/7157/2018 que señala: “7° En todo caso, a la luz de lo que viene planteando el recurrente, es ineludible hacer mención a un principio fundamental que rige el quehacer jurisdiccional, a saber, el denominado *iura novit curia* [...] 9°. En la especie, dado el cariz que encierra la presente controversia, un trabajador con una invalidez permanente producto de una enfermedad ocupacional que no obtuvo la protección comprometida a raíz de la no contratación de un seguro de muerte e incapacidad por parte de un tercero con el cual no tenía relación contractual alguna ni laboral ni civil, permite al juzgador en virtud del principio invocado, elegir la normativa pertinente y decidir cuál estatuto de responsabilidad pareciera ser el mejor a efectos de aliviar el perjuicio que se le ha inferido y obtener la reparación integral que se persigue con las acciones indemnizatorias, cualquiera sea su naturaleza [...]”.

una progresiva ampliación de la categoría de daños que se consideran deben ser reparados. Así, de una indemnización dirigida a reparar sólo los daños patrimoniales o con contenido patrimonial, como parece haber sido la idea de los códigos decimonónicos, se admite en la actualidad, sin lugar a dudas, que ella debe extenderse a los llamados daños extrapatrimoniales o morales. De este modo, se ha producido una progresiva ampliación de la categoría de daños que se considera que deben ser reparados y, en particular, se ha llegado al reconocimiento del daño moral en plenitud.

A esta evolución no ha permanecido ajeno el derecho chileno, y aún más, siguiendo las mismas etapas perceptibles en todos los países de derecho civil codificado donde esa especie de reparación se encuentra ampliamente aceptada en todos los ámbitos de la responsabilidad civil: una primera, que puede resumirse en una aceptación de las consecuencias pecuniarias del daño extrapatrimonial en materia aquiliana, esto es el llamado “daño moral impropio”. Una segunda, en la que se ha admitido para la misma esfera de responsabilidad el resarcimiento del “daño moral puro”, esto es, de aquel perjuicio que no afecta ni aun indirectamente al patrimonio de la víctima. Y la tercera, marcada por la recepción del principio de su pleno resarcimiento en toda la responsabilidad y, por ende, tanto en materia extracontractual como contractual, sin distinción.

1.6.1. Principios que orientan la reparación del daño moral en Chile

a) Plena admisibilidad del daño moral en materia contractual y extracontractual

En efecto, un examen de nuestra jurisprudencia revela que la admisión del daño moral como perjuicio susceptible de ser indemnizado es bastante antigua, a pesar de que el Código Civil no la comprendía expresamente.

Ella se inicia en el ámbito delictual, y se ha desarrollado de forma admirable si consideramos que, en el siglo XIX, a partir de la vigencia del código, en 1857, no figuraban en los repertorios jurisprudenciales casos de tal indemnización. Cuando se trataba de accidentes, preferentemente causados por tranvías o por el ferrocarril, con resultado de muertes o lesiones, se ordenaba la indemnización de la pérdida causada a la víctima o a los parientes cercanos que dependían de ella. No se trataba, sin embargo, sino de una forma de daño patrimonial, tal como lo era la pérdida del sustento que la víctima obtenía o procuraba a sus deudos.

En el año 1907, y sin especiales consideraciones doctrinales, aparece el daño moral en las sentencias bajo la forma del dolor o aflicción que causa la muerte o lesiones⁴⁴. En sentencias posteriores, el reconocimiento se manifiesta claramente, decidiéndose directamente por la Corte Suprema que los artículos 2314 y 2329 del Código Civil, que ordenan indemnizar “todo daño”, comprenden también el daño moral⁴⁵.

A partir de entonces, la admisión de esta especie de perjuicios en casos de responsabilidad extracontractual es tan clara que sería imposible citar sentencias que la objeten. Por lo demás, parece difícil sostener, en el presente, una tesis contraria a su reparación dentro del contexto del ordenamiento jurídico chileno. En efecto, el marco constitucional favorece toda interpretación amplificadora de la tutela personal, al consagrar, como primera garantía, en el artículo 19, “el derecho a la vida y a la integridad física o psíquica de la persona” (Nº 1) y el “respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia” (Nº 4), a cuyo respeto están obligados todos los ciudadanos, todos los poderes del Estado y, por ende, todos los tribunales. Ésta es una conclusión que se impone a partir del artículo 6º de la Constitución, que consagra lo que algunos denominan el principio de legalidad, en conformidad con el cual toda autoridad ha de obedecer primeramente la norma constitucional y ha de someterse a ella.

Un caso concreto de aplicación de este principio es el que, ante la violación de alguna de las esferas de la personalidad a que se refiere la norma constitucional (honor, integridad física o psíquica, intimidad, etc.), los tribunales deban conceder la adecuada reparación de los perjuicios a que ello ha dado lugar, como única forma de garantizar la efectiva protección de tales aspectos. Y esa reparación puede comprender sin problema alguno los daños morales, puesto que el texto constitucional no lo impide en esta materia, a diferencia de otras, donde ha limitado expresamente la reparación a los daños patrimoniales⁴⁶.

La reparación del daño moral constituye, entonces, un principio resarcitorio básico de la responsabilidad extracontractual. Más aún, dadas

⁴⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, 27 de julio de 1907, *RDJ*, tomo 4, sección 2ª, p. 19.

⁴⁵ Entre otras, así lo decide una sentencia de la Corte Suprema de 16 de diciembre de 1922, *RDJ*, tomo 21, sección 1ª, pp. 1053 y ss.

⁴⁶ Así resulta en el artículo 19, Nº 24, inciso 3º.

tanto la frecuencia como la facilidad con que esta especie de perjuicio se concede, bien puede sostenerse que ésta es una categoría cuya mera invocación abre las puertas a un resarcimiento⁴⁷. Y ello por motivos sobre los que volveremos más abajo.

En materia contractual, en cambio, la admisibilidad del daño moral es reciente. En efecto, amparados única y exclusivamente en una lectura restrictiva del artículo 1556 —una de las reglas que regulan el contenido de la indemnización—, los tribunales se negaron sistemáticamente a acoger su procedencia, sosteniendo que “la indemnización del daño moral fundada en el incumplimiento contractual no ha tenido acogida en la jurisprudencia nacional fundada en que de acuerdo al texto del artículo 1556 del Código Civil, relacionado con la materia, la indemnización de perjuicios proveniente de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente o haberse retardado su cumplimiento, sólo comprende el daño emergente y el lucro cesante...”⁴⁸. La doctrina, liderada por Alessandri nuevamente y Gatica Pacheco, se sumará a esa lectura.

No se trataba, por cierto, y así conviene destacarlo, de un criterio novedoso, sino de uno clásico, propuesto en Francia, recepcionado e invocado en todas las codificaciones civiles inspiradas en el *Code* desde su promulgación hasta mediados del siglo XX. Interpretación ésta que se entendía fundada en los precedentes tanto romanos como de derecho antiguo o intermedio, y en las opiniones defendidas por sus propios redactores.

Resaltemos, además, que la negativa sólo se amparaba en ese argumento, de suerte que las cuestiones relativas a una pretendida patrimonialidad de la prestación contenida en la obligación jamás fueron invocadas en Chile, lo que es de agradecer, pues ello sólo habría implicado importar un debate estéril, dado que la visión patrimonialista de la prestación carece de apoyo en nuestro código, que guarda silencio sobre este punto.

A partir de los años 50, los tribunales admitirán sin problema alguno la reparación del daño moral, pero sólo para ciertos contratos: el de transporte y el de trabajo. En el primer caso, mediante el expediente de entenderlo incluido dentro de los daños previsibles, cuya indemnización ordena el

⁴⁷ En tal sentido, DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (1990), “Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, Nº 188, pp. 155.

⁴⁸ Corte Suprema, 27 de agosto de 1990, *Gaceta Jurídica* Nº 122, p. 131.

artículo 1558 cuando se trata de incumplimiento negligente. En el segundo, por simple aplicación del artículo 69 de la Ley N° 16.744⁴⁹, que establece expresamente el derecho a su reparación.

Nuestra jurisprudencia más reciente ha tenido precisamente el mérito de sumarse a la tendencia comparada, al admitir ahora –para todo contrato– la admisibilidad del daño moral. Este giro se inicia con un fallo de la Corte Suprema de 1994⁵⁰, que ordena indemnizar el daño moral causado a una abogada⁵¹, repetido posteriormente en varias decisiones de tribunales inferiores y refrendado, finalmente, por otro fallo de nuestro máximo tribunal, en 2001. En ellos, se reinterpreta el artículo 1556 antes referido sosteniendo que “desde luego, al decir el artículo 1556 que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, no excluye de un modo forzoso la reparación del daño meramente moral, comoquiera que no se ha dicho allí que la indemnización sólo comprenda o abarque los señalados rubros, caso en que quedaría marginada cualquiera otra consecuencia lesiva, derivada de un incumplimiento o del incumplimiento perfecto de deberes emanados de un contrato”.

Asimismo, se han agregado otros tres fundamentos, en mi opinión los más importantes. Uno, que la interpretación sistemática de nuestro ordenamiento jurídico encabezado por la Constitución contiene un principio de reparación integral de los perjuicios. El segundo ha incidido en el origen jurisprudencial del daño moral, creación moderna cuya regulación, por tanto, no puede buscarse en textos como el Código Civil, que indudablemente razonaban sobre un daño material, en razón de que el concepto que hoy se tiene de daño moral no estuvo en la mente de Bello ni en la de los legisladores del Código Civil francés⁵². No puede afirmarse, por consiguiente, que las nuevas tendencias sobre reparación de perjui-

⁴⁹ Ley N° 16.744, relativa al Seguro Obligatorio contra Riesgos de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales.

⁵⁰ Corte Suprema, 20 de octubre de 1994, *RDJ*, tomo XC1, N° 3, 1994, sección 1ª, pp. 100 y ss.

⁵¹ Se trataba del daño moral ocasionado a una abogada, por el incumplimiento por parte de un banco del deber de otorgar talonarios de cheque sólo a quien exhiba poder emanado del librador y que había permitido que un tercero girara varios cheques que, al ser cobrados, no pudieron ser pagados por falta de fondos; ello se tradujo en varios protestos incorporados al boletín comercial.

⁵² *Vid.* nuestra obra DOMÍNGUEZ HIDALGO (2000), tomo I, p. 347.

cios extrapatrimoniales o daño moral surgidas después, provenientes de incumplimiento de obligaciones contractuales, se entendieran excluidas de la referida disposición por haberlo querido así su creador. El tercero, antes resaltado, apunta a la injusticia que supone el dejar a la víctima sin reparación del mismo daño por encontrar éste su fuente en la infracción de un contrato y, en cambio, indemnizarlo íntegramente si tuvo la suerte de que se produjese de modo accidental.

En síntesis, atendido lo anteriormente expuesto, el giro jurisprudencial en la materia ya se ha producido y no podemos sino alegrarnos por ello. Con todo, el desafío actual del derecho chileno en la materia está en centrar adecuadamente el daño moral en materia contractual y evitar que ello conduzca a una indebida ampliación del ámbito del contrato que pueda conducirnos a verdaderas fantasías contractuales. En tal sentido, no se trata ciertamente de conceder esta índole de reparación por consecuencias no económicas remotas que de ninguna manera han podido entrar en el cálculo de riesgos del deudor. La infracción del contrato supone siempre molestias o desagradados, pero ello no significa que éstos puedan y deban ser indemnizados como daño moral. Por el contrario, sólo debe ser resarcido por vía contractual el perjuicio extrapatrimonial producido a resultas del incumplimiento, y no ocasionalmente por él, pues, de otro modo, podría llegarse a la exageración de conceder este tipo de reparación, como irónicamente han advertido MALAURIE y AYNES, por el dolor que experimenta un agricultor por la pérdida de la lechuga a la que se encontraba tan atado, producida por un insecticida defectuoso⁵³.

b) Problemas pendientes de la reparación por daño moral en Chile

Si la recepción de la categoría del daño moral dentro del perjuicio resarcible ha sido una admirable conquista en la batalla dispensada por el derecho chileno por mejorar la tutela personal, ello no significa que no existan en nuestra teoría del daño moral una serie de problemas cuya solución aún no es nítida. Entre ellos, debe resaltarse la ausencia de un concepto nítido del daño moral y la extrema relatividad y facilidad con que se resuelven las cuestiones relativas a su evaluación y prueba.

⁵³ MALAURIE, Philippe, y AYNES, Laurent (1990), *Droit Civil. Les obligations*, París, Éditions Cujas, p. 247.

b.1) El concepto de daño moral

Hasta hace pocos años, la idea más difundida por nuestras sentencias y nuestra doctrina, a quienes debemos remitirnos, pues no existe texto legal alguno que lo defina, era que el daño moral consistiría en “el dolor, la aflicción, el pesar que causa en los sentimientos o afectos el hecho ilícito, ya sea en la víctima o en sus parientes más cercanos”⁵⁴.

En otros términos, el daño moral comprendería exclusivamente el sufrimiento que el hecho ilícito le causa, esto es, el conocido *pretium doloris*. En ello se acoge la noción inicialmente adoptada por los distintos sistemas al abrir paso a una reparación de este concepto.

Esa comprensión representa un freno a la evolución del daño moral. En efecto, no permite explicar las indemnizaciones que, en concepto de perjuicio moral, se conceden ante la violación de los derechos de la personalidad (tales como el honor, imagen, intimidad privada o familiar). En estos casos, en verdad, la reparación se concede porque significan un quebranto de los atributos de la personalidad que el derecho tutela, con independencia de que produzcan o no una repercusión psíquica en el perjudicado. En otras palabras, el solo menoscabo efectivamente acreditado de esos bienes genera el derecho a obtener una reparación por parte del perjudicado, al margen de sus consecuencias espirituales. Estas últimas interesan más bien a efectos de determinar el *quantum* de la indemnización.

Tampoco permite incluir la reparación de los menoscabos extrapatrimoniales ocasionados a las personas jurídicas, desde que obviamente no pueden padecer dolor, cuando, si efectivamente constituyen sujetos de derecho, merecen igual defensa, claro está, en aquellos aspectos de la personalidad de los que pueden, por su naturaleza, estar revestidos: notoriamente el prestigio y la reputación.

Por último, impide un pleno resarcimiento del impacto causado a la persona en toda su dimensión. En tal sentido, dado que el concepto es simple, ello ha determinado que en Chile no se hayan desarrollado categorías de daños como las que reconoce el derecho comparado (perjuicio de agrado o daños en la vida de relación, perjuicio estético, perjuicio sexual, entre otros). De este modo, muchas veces la suma concedida –normalmente una indemnización en globo– o bien no cubre todo el impacto causado en la

⁵⁴ Corte de Apelaciones de San Miguel, 20 de junio de 1989, *Gaceta Jurídica* 108, pp. 83.

persona, en toda su amplitud, o bien puede resultar exagerada frente a las verdaderas secuelas.

No obstante, esta concepción ha sido abandonada, pues en la medida en que se ha adquirido conciencia de qué es lo que constituye en esencia a la persona, el *pretium doloris* resulta ser un concepto estricto, que entraba la utilización de esta forma de reparación como un medio adecuado y especialmente idóneo para su protección. De ahí que, en muchos sistemas, se haya avanzado hasta concebir el daño moral como una categoría que engloba todos los perjuicios de orden extrapatrimonial y no solo el dolor o sufrimiento producto del daño.

Así, en nuestro país, la concepción de identificar el daño moral con el *pretium doloris* ha sido cuestionada por la doctrina⁵⁵ y la jurisprudencia más reciente, especialmente en tribunales superiores. Así, la Corte Suprema ha señalado que: “Respecto del daño moral, si bien no existe un concepto unívoco, su acepción más restringida se relaciona con el pesar, dolor o aflicción que experimenta la víctima y que se conoce como *pretium doloris*. Sin embargo, esta visión ha dado paso, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, a considerar una concepción más amplia de tal concepto, a fin de reparar todas las especies de perjuicios morales y no sólo el *pretium doloris*, toda vez que en cada una de ellas hay atentados a intereses extrapatrimoniales diversos”⁵⁶. En el mismo sentido, se resolvió que: “La noción del daño moral ha avanzado a una comprensión más amplia que el mero padecimiento psicológico o *pretium doloris*, debiendo entenderse a partir de la fractura al proyecto de vida de la persona en razón del accidente lo que impacta en la esfera de la personalidad de la víctima. De ahí que a partir de la autodeterminación de la persona a trazar su propio proyecto de vida merezca reparación la afectación a las diversas facetas de su existencia. Esto permite ampliar la noción del daño moral y recoger como daños específicos la pérdida de agrado, el perjuicio corporal, el daño fisiológico, estético u otros”⁵⁷. Finalmente, los términos en los que se

⁵⁵ Al respecto, véase DOMÍNGUEZ HIDALGO (2000), tomo I, pp. 83-84, seguida por BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo (2008), “Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del *pretium doloris*”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 35 N° 1, pp. 85-106.

⁵⁶ Corte Suprema, 25 de abril de 2017, rol N° 34836-2016, Westlaw CL/JUR/2454/2017.

⁵⁷ Corte Suprema, 27 de diciembre de 2016, rol N° 33990-2016, Westlaw CL/JUR/8712/2016. En análogo sentido, Corte Suprema, 7 de diciembre de 2016, rol N° 8118-2016, Westlaw CL/JUR/8237/2016.

manifiesta la Corte de Apelaciones de Concepción son lúcidos al respecto: “Considerar el daño moral sólo como un dolor psíquico no es correcto, porque el dolor es una afección, es la forma como es conmovida la persona por la disconformidad de un estímulo sentido, por lo que no toda afección se queda en el sufrimiento y ello es importante porque daño y dolor no son lo mismo, pues hay daños que no se sienten, como el deterioro que puede producir silenciosamente un cáncer o sustancias nocivas contaminantes”⁵⁸.

b.2) Los problemas de evaluación y prueba

A lo anterior se unen los problemas que derivan de los criterios y principios que en Chile gobiernan la prueba y evaluación del daño moral. En tal sentido, hasta hace poco no existía en nuestra jurisprudencia ninguna exigencia en la acreditación de este perjuicio –contrariamente a lo que acontece con el daño material, en que la prueba es exigente– ni una fundamentación de su evaluación, desde que, por antigua doctrina jurisprudencial, se entiende, por un lado, que “el daño moral por el carácter espiritual que reviste no debe ser fundamentado ni probado correspondiéndole al Juez apreciarlos prudencialmente de acuerdo al mérito del proceso y a las reglas de equidad”⁵⁹. Por lo mismo, era imposible saber con exactitud cuándo existe daño moral o no y por qué se le cifra en tal o cual suma. El resultado, como es fácil imaginar, se traducía en una falta absoluta de uniformidad en las decisiones y arbitrariedad, con los consiguientes peligros de injusticias e inseguridad jurídica que ello acarrea. Con todo, los excesos no llegan a los existentes en algunos países más desarrollados económicamente, por el hecho de que los montos condenatorios son más bien bajos.

Cierto es que esa doctrina jurisprudencial es reconocida por doquier, desde que, por su propia naturaleza, el daño moral se resiste a una acreditación semejante a la de los daños materiales o a una evaluación exacta. En España, por ejemplo, se ha resuelto reiteradamente que “la determinación del *quantum* indemnizatorio no es revisable en casación pues se trata de una cuestión de hecho entregada a los tribunales de instancia”. Del mismo

⁵⁸ Corte de Apelaciones de Concepción, 21 de octubre de 2016, rol N° 2029-2015, Westlaw CL/JUR/8010/2016.

⁵⁹ Corte de Apelaciones de San Miguel, 3 de junio de 1992, *RDJ*, tomo 89, sección 4ª, p. 158.

modo, en Francia se ha podido decir que “en materia de responsabilidad civil, los jueces del fondo tienen un poder soberano de apreciación en la fijación de los daños y perjuicios”⁶⁰. Y en todos los sistemas, aun en los más desarrollados, las críticas hacia la arbitrariedad son un lugar común.

Sin embargo, el reconocimiento de esa doctrina no supone ni ha de suponer una autorización para el abuso que repugna a la conciencia jurídica. De otro modo, resultarían ciertas las tesis que abogan por una limitación o incluso abrogación de esta categoría de daños ante los excesos a que ellas conducen, reclamo que alude a una serie de prácticas bastante frecuentes en los tribunales: conceder una indemnización por daño moral cuando no se han logrado probar los perjuicios materiales, fijar una suma cuantiosa por este concepto cuando la indemnización por el daño material es reducida o cuando la conducta del responsable es especialmente reprochable, entre otras.

Cierto es que se trata de una categoría de daño por esencia subjetiva. Como bien ha afirmado LAMBERT-FAIVRE en Francia⁶¹, el problema que presenta la evaluación de los daños extrapatrimoniales proviene del hecho, tan gráfico, de que, a diferencia de los perjuicios materiales que se conjugan con el verbo *tener*, en cuanto dicen relación con derechos de tipo patrimonial, el atentado a la integridad física o psíquica de la persona se conjuga con el verbo *ser*, desde que dice relación con la esencia misma de la persona de la víctima –cuerpo y alma–, cuya relevancia, en Chile, tiene jerarquía constitucional. Por lo mismo, la indemnización de estos perjuicios constituye la reparación satisfactoria del atentado a un derecho a la personalidad fundamental: la integridad del ser. De este modo, es indudable que pretender objetivar su evaluación es una aspiración imposible, pues estos perjuicios, sus consecuencias, dependen de cada persona y de cada caso.

Con todo, ello no obsta que deba tenderse a lo único posible en la materia: hacer transparente las razones que conducen a reducir su reparación a una determinada suma y uniformar las decisiones judiciales ante hipótesis semejantes. Ésta es la única forma de evitar que esta partida se constituya –como en muchos sistemas y, por cierto, en el chileno– en una verdadera “lotería judicial”. De ahí que, en varios países, el esfuerzo del presente

⁶⁰ Cass. Civ., 20 de diciembre de 1996 (D. 1967, p. 669), por citar sólo una.

⁶¹ LAMBERT-FAIVRE, Yvonne (1996), *Droit du dommage corporel. Systemes d'indemnisation*, París, Dalloz, pp. 197-198.

en materia de daño moral apunta precisamente a ello. Primero, mediante el abandono de las prácticas que no hacen sino conducir a la arbitrariedad judicial, como, entre otras, de la condena en globo, que consiste en señalar una suma genérica a título de daño moral, sin especificar ni cuáles son los criterios que se han considerado para evaluarlo en ese monto ni en qué ha consistido efectivamente el daño ordenado compensar., para exigir fundamentación judicial de la indemnización concedida, abandono de los factores punitivos y progresiva apreciación legislativa de los criterios de evaluación que deben ser considerados por el tribunal. En segundo lugar, se ha fijado como regla orientadora de la indemnización la de su reparación integral; esto es, en la fórmula gráfica de los franceses “todo el daño y nada más que el daño”, que sintetiza la idea de que la reparación no debe ser insuficiente, pero tampoco excesiva. Por último, se han desarrollado, fundamentalmente en materia de daños morales derivados de atentados a la integridad corporal, algunos medios de auxilio para la difícil tarea judicial de evaluar los daños no patrimoniales: elaboración de baremos estadísticos y publicación periódica de las indemnizaciones judiciales o transaccionales acordadas para cada rubro de daño no patrimonial. De esta forma, hoy en día, pese a que la falta de certeza y uniformidad es una cuestión presente en esta partida indemnizatoria, la necesidad de acreditación ha pasado a ser una exigencia en las sentencias nacionales más recientes⁶².

En efecto, se ha entendido que el hecho efectivo de que el daño moral no puede ser probado en los mismos términos que el daño material, no significa que por ello esté exento de prueba. El daño moral, como todo perjuicio, requiere ser acreditado, pues la exigencia de prueba no proviene de la naturaleza del perjuicio, sino de principios probatorios procesales y sustantivos básicos. Todos los elementos necesarios para la procedencia de la acción civil indemnizatoria deben ser acreditados, salvo que existan presunciones legales en tal sentido. Con mayor razón si se trata del daño, que es la base sobre la que se construye la responsabilidad moderna. No cabe, entonces, introducir al respecto ninguna excepción en cuanto al daño moral so pena de transformarlo en un rubro indemnizatorio absolutamente

⁶² Al respecto, véase la evolución en DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2015), “Naturaleza, evaluación y prueba del daño moral: aspectos a desarrollar en el estado actual de su reparación”, en Vidal, Álvaro; Severín, Gonzalo, y Mejías, Claudia (eds.), *Estudios de derecho civil X*, Santiago, Thomson Reuters, pp. 907-919.

arbitrario e incluso abusivo que, puede obtenerse con sólo invocarlo y que, con ello, se hace cuestionable. En efecto, una tesis como ésta desvirtúa la propia idea de indemnización, pues, como ha sucedido en casos de nuestra realidad jurisprudencial, la pregunta que queda planteada es qué se está reparando. Así lo ha reconocido la jurisprudencia⁶³.

Cuestión distinta es que, desde luego, ha de existir una mayor flexibilidad en su apreciación y que puedan admitirse algunas presunciones, por ejemplo en materia de daño por repercusión o rebote, basadas en que normalmente los atentados sufridos por la víctima generan un perjuicio de afección en quienes tienen con ella un vínculo de parentesco; pero ello no significa que deba relevarse por principio su prueba.

⁶³ Al respecto, por vía ejemplar, Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de octubre de 2013, rol N° 2878-2012, N° LegalPublishing CL/JUR/2441/2013. En el mismo sentido, Corte de Apelaciones de Santiago, 27 de febrero de 2015, rol N° 1603-2014, N° LegalPublishing CL/JUR/1149/2015.

Con todo, se plantea un problema, que es el de la posibilidad de seguir un baremo, lo que se propugna desde una perspectiva que aspira a la igualdad en las indemnizaciones. Por una sentencia de 1 de febrero de 1995, se admitió la referencia a un baremo, aunque sólo con un carácter puramente orientativo y siempre que la suma corresponda a la extensión del daño en cuestión³⁸. Pero varias propuestas de reformas en debate hoy en Francia prevén ir más lejos. Así, informes de 2003, de 2005 y luego de 2008³⁹ proponen, en particular, establecer una única clasificación de los distintos tipos de perjuicios que pueden ser compensados a raíz de un daño corporal. Y, para cada perjuicio, se utilizaría un único baremo. Eso permitiría, según los autores de estos informes, establecer una igualdad entre las víctimas. ¡Así, se indicaría un precio para la pérdida de un brazo o de una pierna!

En síntesis, la cuestión que se plantea en el presente es la siguiente: ¿la ideología de la reparación con la que iniciamos nuestras palabras conduce realmente a una reparación ideal?

³⁸ Cass. 2º civ., 1 de febrero de 1995 (Bull. civ. 1995, II, Nº 42; Resp. civ. Et Ass. 1995, comm. Nº 126, comentario de JOURDAIN en *Revue de Référence en Droit Civil*, 1995, p. 627, Nº 2).

³⁹ Informe enviado por el Prof. SERGE GUINCHARD a la *Garde des Sceaux* el 30 de junio de 2008.

3. EL PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL CONFRONTADO CON LAS FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: ORIGEN, FUNDAMENTO Y VALOR CONSTITUCIONAL*

LAURENCE CLERC-RENAUD

3.1. INTRODUCCIÓN

Es para mí un honor presentarles, con ocasión de estas jornadas sobre responsabilidad civil, el origen, fundamento y valor normativo del principio de reparación integral, confrontado con las funciones contemporáneas de la responsabilidad civil en derecho francés.

En Francia, el derecho de la responsabilidad civil se orienta esencialmente hacia la reparación de daños. Se trata de un objetivo prioritario, la función principal de una responsabilidad civil que se aproxima cada vez más al modelo de la responsabilidad objetiva o sin falta. Dado que la finalidad de la responsabilidad es reparar, el principio de reparación integral ocupa un lugar esencial. Sin embargo, en el derecho contemporáneo (esencialmente en la doctrina) han hecho su aparición nuevas funciones: la

* El texto corresponde a la versión actualizada en lo que compete a derecho francés de la conferencia pronunciada en las Jornadas de Responsabilidad Civil, “*Los contornos de la reparación integral del daño en derecho comparado franco-chileno*”, realizadas en la Pontificia Universidad Católica de Chile, 2009, y dentro del contexto del Proyecto “*Delimitación del principio de reparación integral del perjuicio: estudio comparado de derecho chileno y francés*”, financiado por el Programa de cooperación científica con Chile Eco-Sur, Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica de Chile, Ministerio de Asuntos Extranjeros y Europeos de Francia, Ministerio de Educación Nacional, Enseñanza Superior e Investigación. Ha sido publicado en CLERC-RENAUD, Laurence (2011), “El principio de reparación integral confrontado a las funciones de la responsabilidad civil: origen, fundamento y valor constitucional”, en *Revista Anales Derecho UC*, Nº 7, pp. 215-232. Traducido del original francés por Marta Carballo Fidalgo, profesora de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela.

función preventiva y la punitiva, que, por tanto, habrán de ser confrontadas con el principio analizado.

“Hacer como si el daño no hubiese sido nunca más que un sueño”. Esta célebre expresión del decano CARBONNIER traduce el principio de reparación integral en su faceta más ambiciosa. Pero tal ambición nace quizás de la quimera o la utopía. Existen muchas situaciones en que la víctima no podrá obtener un verdadero resarcimiento del daño, que sólo la reparación *in natura* podría alcanzar, y en las que deberá conformarse con el cobro de una compensación pecuniaria. Raros son los casos en que es posible eliminar directamente el mal para hacer como si éste no hubiese sido más que un sueño (pensemos, en especial, en la reparación de los perjuicios extrapatrimoniales), aunque podamos intentar aproximarnos a tal resultado.

Éste es el principio esencial que en derecho francés domina la materia, presentado bajo expresiones diversas, que varían en función de los autores. Se habla en ocasiones del “*principio de equivalencia entre daño y reparación*”¹, del “*principio de reparación adecuada al perjuicio*”² o aun del “*principio de equivalencia cuantitativa*”³ entre el perjuicio sufrido y la reparación concedida. Sobre estos diferentes vocablos prevalece una idea: reparar íntegramente es, ante todo, conceder a la víctima la indemnización de todos los tipos de perjuicios sufridos cuya reparación se exige, sin tener en consideración la gravedad de la falta de la que tales perjuicios derivan. Es igualmente, aunque se olvide en ocasiones, no ofrecer a la víctima más que la compensación del perjuicio: la reparación no puede exceder del perjuicio efectivamente sufrido y excluye, en consecuencia, los daños e intereses punitivos. Reparar íntegramente es reparar todo el perjuicio, pero nada más que el perjuicio⁴.

¹ VINEY, Geneviève, y JOURDAIN, Patrice (2001), *Traité de droit civil, Tome II, Les effets de la responsabilité civile*, París, LGD, 2ª edición, N°s. 57 y ss.

² LE TOURNEAU, Philippe (2008-2009), *Droit de la responsabilité et des contrats*, París, Dalloz, 7ª edición, N° 2521.

³ Según la expresión de ROUJOU DE BOUBÉE, Marie-Eve (1974), *Essai sur la notion de réparation*, París, LGDJ, p. 297.

⁴ “*Tout le préjudice, mais rien que le préjudice*”, DURRY, Georges (1998), “Le préjudice: Questions choisies”, *Actes du colloque du CREDO en RCA, hors série*, mayo de 1998, pp. 32 y ss. El principio es igualmente entendido en este doble sentido por SAVATIER, René (1951), *Traité de la responsabilité civile en droit français*, tomo II, París, LGDJ, 2ª edición, N° 601, p. 177, de quien se ha tomado la emblemática fórmula jurisprudencial. *Vid.* También, en este

La aplicación del principio de reparación integral plantea, sin embargo, algunas dificultades. En primer término, desde una perspectiva semántica deben ser trazados los contornos de la reparación, a fin de comprender qué ha de entenderse exactamente por tal principio. Estamos convencidos de la necesidad de adoptar una acepción estricta, que permita distinguir la reparación de algunas nociones vecinas, como la prevención, la cesación de la situación ilícita o la punición. Reparar no es castigar, no es hacer cesar una situación contraria a derecho que está en el origen del daño ni es prevenir su producción. Sin embargo, la evolución contemporánea de la responsabilidad, a través de las proposiciones doctrinales, parece visitar ciertas funciones de la responsabilidad civil, difuminadas por la función principal de la reparación; concretamente, la función de prevención y la función de punición, que debemos confrontar con el principio de reparación integral.

En segundo término, ya desde una perspectiva técnica se concentran los principales problemas relativos a la reparación por equivalente. Postular el principio de equivalencia entre la importancia del daño y el *quantum* de la reparación es una cosa, y asegurar su operatividad efectiva es otra bien distinta. ¿Qué regla seguir para la evaluación de los daños y sus consecuencias? ¿Qué potestad tiene el juez a tal efecto? ¿Cómo evaluar ciertos tipos de perjuicios ligados al daño corporal (notablemente, los daños extrapatrimoniales derivados del mismo)? ¿Se adoptará un baremo de indemnización del daño corporal?

Estas dificultades, inherentes a la aplicación del principio de reparación integral en derecho positivo francés, no serán tratadas en el marco de este trabajo, concebido como simple introducción a la problemática tratada. Sin embargo, queremos al menos dedicar dos palabras⁵ a subrayar que el ordenamiento francés repara los diferentes tipos de perjuicios extrapatrimoniales, como, por ejemplo, el perjuicio estético, el *pretium doloris* (precio del dolor físico y moral), el perjuicio a la calidad de vida, el dé-

sentido, MARTY, Gabriel, y RAYNAUD, Pierre (1988), *Droit civil, Tome 2, 1er vol., Les obligations*, París, Sirey, N° 588; LE TOURNEAU (2008-2009), N° 2523; VINEY, Geneviève, y JOURDAIN, Patrice (2001), *Traité de Droit Civil*, tomo III, Les effets de la responsabilité, París, LGDJ, N° 57; FLOUR, Jacques ; AUBERT, Jean-Luc, y SAVAUX, Eric (2011), *Droit civil, Les obligations, Vol. II, Le fait juridique*, París, Armand Colin, 14ª edición, N° 387.

⁵ No puedo eludir por completo algunas cuestiones que serán más específicamente tratadas en el curso del programa franco-chileno, en el marco de las intervenciones posteriores.

ficit funcional temporal y permanente, derivados del daño a la integridad corporal, etc. Existe incluso una nomenclatura de perjuicios, conocida como “*nomenclatura Dintilhac*”⁶ (nombre del consejero de la Corte de Casación que ha dirigido los trabajos del grupo redactor), concebida como guía que el juez podrá utilizar para detallar los diferentes tipos de perjuicios resarcibles derivados del daño corporal. La nomenclatura parte de una distinción esencial, la existente entre perjuicios de la víctima directa y perjuicios de la víctima por rebote (o indirecta), para diferenciar después entre perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales, que son consecutivamente relacionados. Todos los actores de la reparación del daño corporal (jueces, compañías aseguradoras o fondos de indemnización) concuerdan hoy en aplicar la mencionada nomenclatura y en presentar una oferta de indemnización detallada conforme a la tipología que establece. Por otra parte, la ley de 21 de diciembre de 2006 obliga al juez a detallar los diferentes tipos de perjuicios, prohibiéndole la condena a indemnizar “*todos los perjuicios indiscriminadamente*” cuando se presenta un recurso de un tercero pagador, que deberá ser resuelto “*categoría por categoría*”⁷.

Debe observarse, sin embargo, que no se trata en absoluto de permitir al juez actuar por referencia a un baremo indemnizatorio, contrario a la necesaria individualización de la reparación y al principio de reparación integral. Bien es verdad que las diferentes cortes de apelación publican cada año un documento expresando en medias las sumas concedidas a título de indemnización de los diferentes tipos de perjuicios corporales. Pero este documento no puede en caso alguno vincular al juez, que mantiene su libertad para conceder una cantidad mayor o menor en función de las consecuencias del daño, diversas en cada víctima. No obstante, la existencia misma de este documento oficioso es muy contestada desde diversos ámbitos, por diferir de una corte de apelación a otra. Es por esta razón que una parte de la doctrina demanda el establecimiento no ya de un baremo rígido de indemnización, pero sí de un referencial nacional de

⁶ Informe del grupo de trabajo encargado de elaborar una nomenclatura de los perjuicios corporales, bajo la dirección de J. P. Dintilhac. El informe ha sido publicado en http://www.accidents-victimes.com/accidents_et_victimes/dintilhac.html.

⁷ Artículo 25 de la Ley N° 2006-1640, de 21 de diciembre de 2006. Se trata, por ejemplo, de la hipótesis en que una compañía de seguros por enfermedad ha pagado las prestaciones de la víctima y ejerce su recurso contra el responsable del daño corporal.

indemnización que ofrezca una horquilla indicativa de las reparaciones concedidas para cada tipo de perjuicio⁸.

Cerramos este paréntesis para dedicarnos a lo que nos preocupa sustancialmente en el marco de esta ponencia. Trataremos pues, sucesivamente, en una primera parte los orígenes, fundamento y valor normativo del principio de reparación integral (I) para analizar en una segunda parte (II) las dificultades que el principio de reparación integral presenta cuando se confronta con otras funciones secundarias de la responsabilidad (función punitiva y función preventiva).

3.2. LOS ORÍGENES, FUNDAMENTOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y VALOR NORMATIVO DEL PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL

El principio de reparación integral es susceptible de vincularse a diferentes disposiciones del Código Civil (3.2.1), pero carece de valor supralegislativo (3.2.2).

3.2.1. El principio de reparación integral en el Código Civil

Desde 1804, la existencia misma de un principio de reparación integral en derecho francés no ha sido contestada ni por la doctrina ni por la jurisprudencia. Sin embargo, ningún artículo del Código Civil lo consagra expresamente, aun cuando se vincule al artículo 1382 del código en materia extracontractual (b) y se estime con frecuencia que en el artículo 1149 se encuentra su base en materia contractual (a).

a) En materia contractual

La vinculación al artículo 1231-2 se antoja fecunda. La disposición precisa: “*Los daños y perjuicios debidos al acreedor son, como regla, los derivados de la pérdida que ha sufrido y de la ganancia de la que ha sido privado, salvo las excepciones y modificaciones que se citan a continua-*

⁸ Vid. especialmente en este sentido: LAMBERT-FAIVRE, Yvonne (2003), *Rapport sur l'indemnisation du dommage corporel*, disponible en <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/034000490-rapport-sur-l-indemnisation-du-dommage-corporel>. Fecha de consulta: 12 de abril de 2017.

ción”; es decir, el *damnum emergens* y el *lucrum cessans*. En consecuencia, es posible afirmar que el texto impone la reparación de la integridad del perjuicio, pues no debe ser inferior a la ganancia frustrada y a la pérdida sufrida. La regla es, sin embargo, anunciada a título de principio, pudiendo ser, por excepción, limitada la reparación del daño. Especialmente, tales excepciones se prevén en el artículo 1231-3, cuya originalidad radica en limitar la reparación en materia contractual a “los daños y perjuicios previstos o que hubieran podido preverse en el momento del contrato”. La restricción se justifica por la necesidad de respetar la norma contractual tal y como fue elaborada por las partes. El acreedor no deberá pretender la reparación, a título contractual, de perjuicios que no aparecían como consecuencia objetivamente previsible del incumplimiento. Por otra parte, se permite por principio a los contratantes reducir la reparación mediante cláusulas limitativas de la responsabilidad o cláusulas de reparación global. Las excepciones son, sin embargo, numerosas: en especial, se prohíbe limitar la responsabilidad en presencia de un daño corporal, en tanto que, con independencia de lo pactado, la regla de reparación integral reaparece en caso de dolo (falta intencional)⁹.

Estas especificidades en materia contractual autorizan a cuestionarse si puede realmente sostenerse la vigencia del principio de reparación integral. Así lo entienden ciertos autores, habida cuenta el carácter limitado de las excepciones, mientras otros expresan sus dudas y limitan el principio analizado a la materia extracontractual.

b) En materia extracontractual

El principio de reparación integral ha sido por primera vez consagrado en Francia por la Corte de Casación, que, en una sentencia de 28 de octubre de 1954, toma prestada una fórmula del decano Savatier¹⁰ para enunciar que “el fin de la responsabilidad civil es restablecer, de modo tan exacto

⁹ Artículo 1231-3 del *Code Civil*: “El deudor sólo estará obligado al pago de los daños y perjuicios previstos o que hubieran podido preverse en el momento del contrato, siempre que no exista dolo o falta grave en el incumplimiento de la obligación”. “*Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive*”.

¹⁰ SAVATIER (1951), N° 601.

como sea posible, el equilibrio destruido por el daño y de colocar a la víctima en la situación en que se encontraría si el acto dañoso no hubiera tenido lugar”¹¹. La corte se funda, para enunciar el principio, en el artículo 1240 del Código Civil como único fundamento contemplado (b.1), incluso aunque tal fundamento encuentre sus límites (b.2), que justifican que el principio alcance hoy una cierta autonomía (b.3).

b.1) El artículo 1382 del Código Civil como fundamento

En el Código Civil, sólo el artículo 1240 hace referencia a la reparación: “Cualquier hecho del hombre que cause a otro un daño obliga a aquel cuya falta lo ha ocasionado a repararla”. Si la mera lectura del precepto no permite sostener que tal disposición constituya la consagración normativa del principio de reparación integral, sí puede pensarse que esta idea latía en la mente de los redactores del código. Así, a propósito del artículo 1240, TARRIBLE afirmaba que “esta disposición comprende en su vasta latitud todos los géneros de daño y los sujeta a una reparación uniforme que tiene por medida el valor del perjuicio sufrido”¹². Por otra parte, para persuadirse del valor del artículo 1240 como consagración implícita del principio de reparación integral por los codificadores es necesario releer a DOMAT, cuya influencia sobre la redacción del artículo 1382 es conocida: “todas las pérdidas y todos los daños que pueden producirse por el hecho de cualquier persona, sea por imprudencia, ligereza, ignorancia de lo que debe conocerse u otras faltas similares por leves que puedan ser, deben ser reparadas por aquel cuya imprudencia u otra falta ha dado lugar a aquéllas”¹³.

¹¹ Cass. 2ª Civ., 28 de octubre de 1954 (Bull. civ. T. II, N° 328, p. 222; JCP éd. G. 1955, tomo II, 8765, comentario de SAVATIER; RTDC 1955, p. 324, comentarios de Henri y Leon MAZEAUD).

¹² “Discours devant le Corps législatif, Séance du 16 pluviôse an XII”, en FENET, Pierre Antoine (1827), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome XIII (Osna-brück, Otto Zeller, reimpresión de la edición de 1827), pp. 487-488. Igualmente, Bertrand de Greuille, “No es excesivo obligar a alguien a hacer un sacrificio patrimonial para procurar la entera indemnidad de aquel a quien ha hecho sufrir por razón de su falta de prudencia e inatención” (Rapport au Tribunat) en FENET (1927), p. 474.

¹³ DOMAT, Jean (1777), *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Libro II, título VIII, sección IV (Paris, Nyon), p. 307.

Resta, para convencerse, en fin, el análisis de la jurisprudencia, que defiende el reconocimiento, por el artículo 1240 del código, del principio de reparación integral. La lectura de las sentencias de la Corte de Casación revela la frecuente mención de este artículo, sea exclusivamente para citarlo, sea para plasmar la traducción legal del principio en un considerando o en el encabezamiento de la sentencia¹⁴.

Sin embargo, la vinculación del principio al artículo 1240 presenta algunos límites.

b.2) Las insuficiencias del artículo 1240 como fundamento del principio de reparación integral

La cuestión que se plantea ahora es la de saber si resulta satisfactoria la vinculación exclusiva del principio de reparación integral al artículo 1382 del Código Civil. Por nuestra parte, estimamos que el texto no está realmente adaptado y que son muchas las dificultades que plantea.

En efecto, parece bastante restrictivo y realmente poco oportuno vincular este principio exclusivamente a una disposición del Código Civil, reduciéndolo a la responsabilidad por hecho negligente y, en consecuencia, al exclusivo ámbito del derecho común de la responsabilidad, siendo así que sirve ampliamente de base a la reparación. El principio, justificado por “la preeminencia de la función de reparación”¹⁵, deriva más de lo que pudiéramos denominar derecho común de la reparación que del derecho de la responsabilidad¹⁶. Se aplica, en defecto de disposición especial, tanto por el juego de las reglas de la responsabilidad como en materia de reparación de las consecuencias dañosas más allá de la esfera de la responsabilidad civil. Por otro lado, la mayor parte de los regímenes especiales de responsabilidad y más ampliamente de reparación aplican, salvo derogación

¹⁴ Por ejemplo, en una sentencia de 14 de junio de 1995, la sala segunda de lo civil se expresa así: “Visto el artículo 1382, considerando que el autor de un delito o de un cuasidelito está obligado a la reparación integral del daño que ha causado”. Cas. civ. 2ª, 14 de junio de 1995 (Bull. civ. II, Nº 186).

¹⁵ VINEY, Geniève y JOURDAIN, Patrice (2001), *Traité de Droit Civil*, tomo III, *Les effets de la responsabilité*, París, LGDJ, Nº 2.

¹⁶ Tesis doctoral, profesora CLERC-RENAUD, Laurence (2006), *Du droit commun et des régimes spéciaux en droit extracontractuel de la réparation* (Facultad de Chambéry), en especial Nºs. 172 y ss.

expresa, el principio de reparación integral. El legislador francés está en buena medida vinculado al principio cuando crea regímenes especiales de responsabilidad (régimen especial de las víctimas de accidentes de circulación) o fondos de indemnización (como la Oficina Nacional para la Indemnización de Accidentes Médicos, los fondos de indemnización de las víctimas del amianto, etc.). Las derogaciones al principio son limitadas: puede pensarse en la reparación global prevista en la legislación de accidentes de trabajo, derogación hoy fuertemente contestada y totalmente anacrónica, o en la existencia de topes indemnizatorios de garantía en ciertos regímenes especiales, justificados frecuentemente por la importancia excepcional de los daños a reparar, especialmente en materia de daños catastróficos, como los producidos por accidentes nucleares o por la polución del mar derivada del vertido de hidrocarburos¹⁷.

A partir de la constatación de la excepcionalidad de las derogaciones al principio de reparación integral en los diferentes regímenes especiales de responsabilidad e indemnización, parece reductivo vincular el principio de reparación integral al artículo 1240 del Código Civil, como lo es servirse de tal norma para determinar el carácter reparable o no de un perjuicio, *a fortiori*, cuando éste es consecuencia de la aplicación de un régimen especial de responsabilidad o de indemnización que, por principio, es de aplicación exclusiva¹⁸. Estos reparos están quizás presentes en la tendencia, constatable en los últimos tiempos, de defender la autonomía del principio de reparación integral.

b.3) Autonomía del principio de reparación integral

La Corte de Casación ha mostrado recientemente una tendencia hacia la consagración de la autonomía del principio de reparación integral. Y

¹⁷ Así sucede en materia de responsabilidad de quien explota una instalación nuclear (ley de 30 de octubre de 1968, artículos 4º y 5º, modificados por ley de 16 de junio de 1990, cuyos artículos 3º y 4º distinguen la limitación de responsabilidad por grandes riesgos de la limitación de la responsabilidad por las instalaciones de riesgos reducidos) o de quien explota un buque nuclear (ley de 12 de noviembre de 1965). Consultar en <https://goo.gl/LjOW2t>. Fecha de consulta: 16 de abril de 2017.

¹⁸ Pensamos, en especial, en la ley de 5 de julio de 1985, que excluye la aplicación del derecho común de la responsabilidad civil para reparar las consecuencias del accidente de circulación; *vid.*, por ejemplo, en materia de reparación de tales perjuicios: Cas. Civ. 2ª, 8 de febrero de 2006, recurso Nº 04-20145. La corte alude al artículo 1382 para afirmar que “Considerando que la reparación del perjuicio sufrido por la víctima debe ser integral [...]”.

ello de manera creciente: si inicialmente lo ha contemplado “a caballo” del artículo 1240, ha abierto después una nueva etapa consistente en sancionarlo de modo autónomo¹⁹, liberado de la tutela del citado precepto.

Por otro lado, los inconvenientes de la vinculación del principio al artículo 1240 no han escapado a los autores del anteproyecto de reforma del derecho de las obligaciones, que han creído conveniente retomar las fórmulas jurisprudenciales existentes para definir el principio de reparación integral como fundamento de las reglas establecidas de un modo más satisfactorio que el artículo 1240. El proyectado artículo 1370 dispone que “Sin perjuicio de la existencia de disposiciones o convenciones en contrario, la concesión de daños y perjuicios debe tener por objeto colocar a la víctima, en la medida de lo posible, en la situación en que se encontraría si el hecho dañoso no hubiese tenido lugar. No debe resultar para ella ni pérdida ni beneficio”.

Así, el principio de reparación integral tendrá quizás en derecho francés (si el proyecto deviene un día derecho positivo, lo que resulta por el momento prematuro) una disposición legislativa que lo consagre expresamente, aunque no pueda sostenerse su valor constitucional.

3.2.2. La ausencia de valor constitucional del principio de reparación integral

Ningún principio enunciado por la constitución francesa consagra expresamente, para todas las víctimas, el derecho a la reparación integral. Más aún: “no existe en el bloque de constitucionalidad ninguna disposición específica relativa al derecho de la responsabilidad”²⁰. Se puede afirmar, sin embargo, que el juez constitucional francés ha terminado por reconocer valor constitucional a la regla del artículo 1240, por una decisión de 22 de octubre de 1982, en la que enuncia que “considerando que, no existiendo el derecho de dañar a otro, en principio, cualquier hecho de hombre que causa un daño a otro obliga a aquel por cuya culpa se ha producido a reparar-

¹⁹ “Visto el principio de reparación integral”: Cas. civ. 2º, 11 de septiembre de 2008, 07-16340; Cas. Civ. 2º, 19 de junio de 2008, Nº 07-14865; Cas. civ. 2º, 10 de noviembre de 2009, pendiente de publicación.

²⁰ MOLFESSIS, Nicolás (1997), *Le Conseil Constitutionnel et le droit privé*, París, LGDJ, Nº 370.

lo”²¹. En consecuencia, el derecho a la reparación nacido de la existencia de culpa extracontractual tiene desde entonces valor constitucional. En la citada decisión, el Consejo Constitucional se pronunció sobre la validez de un texto del Código de Trabajo que preveía la irresponsabilidad en caso de daño causado por los asalariados o los representantes del personal por razón de un conflicto colectivo de trabajo. La disposición en causa conducía a la supresión de toda opción por parte de las víctimas de la huelga de demandar la reparación del perjuicio para ellas derivado. El precepto es declarado inconstitucional por vulneración del “principio de igualdad ante las cargas públicas”, fundamento del que deriva una doble consecuencia: de una parte, la corte no consagra la existencia de un principio autónomo que preserve el derecho a la reparación; de otra, la decisión no contempla sino la responsabilidad por culpa, por lo que sería posible *a contrario* la exclusión o limitación por el legislador del derecho a la reparación en el ámbito de la responsabilidad sin culpa. Por otro lado, tras la decisión de 22 de julio de 2005²², relativa a una disposición de la Ley de Salvaguarda de Empresas que excluye la responsabilidad derivada de los concursos culposos consentidos a una empresa en dificultades, podemos cuestionarnos la voluntad del Consejo Constitucional de otorgar un verdadero alcance constitucional al artículo 1382 del Código Civil.

Una decisión de 9 de noviembre de 1999²³, con ocasión del examen de la Ley relativa al Pacto Civil de Solidaridad (PACS), ha resuelto, de modo más sustancial, que “la reparación del perjuicio eventual (del contratante) que resulta de las condiciones de la ruptura (del pacto civil de solidaridad) debe ser garantizada”. Puede deducirse de esta decisión que el “derecho a reparación” tiene desde entonces valor constitucional, pero en caso de responsabilidad contractual. Es un derecho que no deriva directamente de una fuente constitucional y que se podría calificar de “derivado” en el sentido de que ha sido desenvuelto por el juez constitucional a partir de un texto constitucional, el artículo 4 de la Declaración

²¹ Consejo Constitucional francés, 22 de octubre de 1982: D. 1983, p. 189, nota de François LUCHAIRE; *Gaz. Pal.* 1983, I, p. 60, nota de François CHABAS.

²² Consejo Constitucional francés, 22 de julio de 2005, Nº 2005-522 DC: *Journal Officiel*, 27 de julio de 2005.

²³ Consejo Constitucional francés, 9 de noviembre de 1999, Decisión Nº 99-419 (JCP 2000, I, 280, Nº 1).

de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, conforme al cual “la libertad consiste en hacer todo lo que no daña a otro”. El Consejo Constitucional parece reconocer aquí la pertenencia del derecho de reparación al bloque de constitucionalidad, un valor que, por el contrario, no se reconoce al carácter integral de la reparación procedente²⁴.

En definitiva, el examen de la jurisprudencia del Consejo Constitucional²⁵ inclina más bien a considerar que el principio de reparación integral carece por el momento de valor supra-legislativo. En consecuencia, podrá ser descartado en determinadas circunstancias, a saber:

– En materia contractual, por cláusulas limitativas de responsabilidad o por cláusulas penales aceptadas antes de la producción del daño.

– En materia contractual o extracontractual, por las transacciones alcanzadas tras tal producción. A modo de ejemplo, la Ley de 5 de julio de 1985 prevé un régimen especial de indemnización de las víctimas de accidentes de circulación, que obliga al asegurador del conductor del vehículo implicado en un accidente a hacer una oferta de indemnización que la víctima puede aceptar mediante transacción. Se otorga así a la víctima la opción de conformarse con la proposición realizada por el asegurador, incluso cuando la indemnización no sea integral. En contrapartida, aquélla se verá dispensada de la carga de demandar al responsable del accidente. Lo esencial de la reparación está en esta materia regido por los términos de la transacción y, aun cuando ésta no exime al asegurador de reparar la integridad del daño, en la práctica la indemnización no integral puede ser aceptada por la víctima.

– Es posible, en fin, que el legislador derogue el principio estudiado mediante la fijación de un tope indemnizatorio: piénsese, especialmente, en los grandes daños derivados de la polución marítima o aun a los accidentes nucleares.

Como conclusión a esta primera parte, es obligado constatar que el principio de reparación integral, incluso careciendo de valor constitucio-

²⁴ En este sentido, COUTANT-LAPALUS, Christelle (2002), *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, Aix-en-Provence, PUAM, N° 116.

²⁵ MOLFESSIS (1997), N°s. 370 y ss.; LEHOT, Mireille (2001), *Le renouvellement des sources internes du droit et le renouveau du droit de la responsabilité civile*, Tesis, Université du Maine, N° 389; COUTANT-LAPALUS (2002), N°s. 117 y ss.; BRUN, Philippe (2009), *Droit de la responsabilité extracontractuelle*, Paris, Litec, N°s. 728 y ss.

nal, está claramente presente en el derecho positivo de la responsabilidad civil, y aun de modo más general en el derecho positivo de la reparación. Se trata ahora de confrontarlo con otras funciones secundarias que, en concurrencia con la función reparadora, pretenden asignarse hoy a la responsabilidad, a fin de valorar en qué medida son compatibles con el principio de reparación integral.

3.3. EL PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL CONFRONTADO A LAS DIFERENTES FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD

Ya se ha dicho que en derecho francés la función principal de la responsabilidad es reparar los daños causados. Sin embargo, otras funciones concurrentes con la reparación han entrado en escena en los últimos tiempos, principalmente de la mano de la doctrina. Se trata fundamentalmente de dos funciones: la función preventiva (3.3.1) y la función punitiva (3.3.2). Una y otra pueden, en confrontación al principio de reparación integral, suscitar ciertas dificultades.

3.3.1. Reparar es prevenir

Creíamos que, con el desarrollo de la responsabilidad sin culpa y la socialización de los riesgos, la responsabilidad civil había perdido todo valor normativo. En efecto, ¿cómo puede la responsabilidad jugar un rol de disuasión de los comportamientos dañosos cuando se está en presencia de un daño accidental? Igualmente, toda función normativa o de prevención del evento dañoso parece estar descartada cuando el autor del daño está asegurado, de modo que la carga de la reparación no pesará en definitiva sobre él, sino sobre un tercero extraño a la producción del daño. Sin embargo, ciertos autores desearían “reactivar” este papel normativo de la responsabilidad, consagrando, al modo de ciertas legislaciones extranjeras –en especial la de Estados Unidos–, la técnica de los daños e intereses punitivos.

Se desprende de ello la cuestión siguiente: ¿puede la responsabilidad civil, cuya función principal es reparar los daños, tener también por objeto la prevención de los mismos mediante la concesión de una indemnización de daños y perjuicios preventivos? Así parece sostenerlo una parte de la doctrina francesa reciente. Mientras que el siglo XX vivió la metamorfosis

de la responsabilidad para responder a una creciente necesidad de indemnización, el XXI sería el siglo de una verdadera revolución copernicana de la materia, que, tras volverse hacia el pasado, miraría al porvenir para hacer frente a riesgos de daños irreversibles, convirtiendo al hombre en garante de la preservación de su medio y del bien de generaciones futuras. Se debe esencialmente a THIBIERGE el desarrollo en el derecho de la responsabilidad civil de esta idea, conforme a la cual sería necesario remodelar la responsabilidad de tal manera que implique no ya exclusivamente el deber del individuo de responder de los daños causados, sino también “*de convertirse en garante del curso de los acontecimientos futuros*”²⁶. Se trataría de confiar a la responsabilidad, más allá de su misión básica de reparación, una misión nueva, de anticipación y de “evitación”, que conduciría a consagrar una responsabilidad sin daño efectivo²⁷ y sin indemnización, puesto que, por hipótesis, el daño grave e irreversible, que el principio de precaución trata de evitar, no se ha realizado aún. La teoría de la responsabilidad preventiva se ha extendido progresivamente en la doctrina con la idea de que el daño efectivamente realizado dejaría de ser una condición del derecho común de la responsabilidad, bastando con la existencia de un riesgo de daño y, por tanto, con un daño simplemente eventual²⁸.

Lo que no es por ahora sino una teoría doctrinal parece dar sus primeros pasos en la jurisprudencia. Válganos de ejemplo la cuestión de la reparación

²⁶ THIBIERGE, Catherine (1999), “Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité”, en *RTD civ.* 1999, pp. 561 y ss., en especial 574; *vid.* también THIBIERGE, Catherine (2004), “Avenir de la responsabilité, responsabilité pour l'avenir”, en *Recueil Dalloz-Sirey* 2004, p. 577. Complementariamente, MAZEAUD, Denis (2001), “Responsabilité civile et précaution”, en *La responsabilité civile à l'aube du XXIème siècle, bilan prospectif*, RCA, pp. 72 y ss. A criterio de esta autora, la puesta en marcha del principio de precaución permitiría reparar el perjuicio ecológico puro, consagrar una responsabilidad sin víctima y hacer salir al derecho francés de la responsabilidad de su relativo aislamiento.

²⁷ MAZEAUD (2001), N° 23: “De retrospectiva, la responsabilidad pasaría a ser también prospectiva, al aprehender no solamente los perjuicios causados sino también los riesgos susceptibles de crear daños graves e irreversibles”. Así, la responsabilidad permitiría declarar la responsabilidad por riesgos de daños graves e irreversibles cuya eventual producción no ha de ser admitida. THIBIERGE (1999), N° 571.

²⁸ VINEY y JOURDAIN (2006), N° 278; PRADEL, Xavier (2004), *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, París, LGDJ, N°s. 268 y ss., y en especial N° 274: “Se alimenta cierta confusión entre precaución e indemnización, en particular cuando la jurisprudencia admite que el simple riesgo de daño represente un perjuicio indemnizable”.

del riesgo de daño representado por las ondas emitidas en las inmediaciones de las antenas de telefonía móvil. Debemos, sin embargo, ser prudentes, pues sólo algunas jurisdicciones de fondo se han pronunciado y a día de hoy está pendiente de resolución de un recurso interpuesto ante la Corte de Casación. Me detendré unos instantes en la más reciente de estas decisiones, de la Corte de Apelación de Versailles, con fecha 4 de febrero de 2009²⁹. En el caso, y sobre el fundamento de la acción por inmisiones anormales de vecindad, los jueces han condenado a un operador de telefonía móvil no sólo a desmontar bajo pena de multa una antena de repetición, sino a indemnizar el perjuicio causado por este riesgo de inmisión, en especial el perjuicio moral derivado de la angustia generada por la exposición a los efectos no térmicos de las ondas electromagnéticas. Se indemniza, así, la angustia generada por un riesgo sanitario simplemente probable y del que nadie puede a día de hoy afirmar con certeza que producirá un daño. Esta decisión puede ser criticada desde dos puntos de vista: de una parte, nos parece que si el riesgo crea una inmisión, es necesario poner en marcha cuantas medidas sean necesarias para hacerla cesar, pero en el caso es discutible la orden de desmantelamiento de la antena. La reducción del riesgo habría sido suficiente para hacer cesar el problema de inmisión, permitiendo la continuidad de la actividad. El juez debiera ordenar la adopción de las medidas necesarias para reducir tal riesgo, sin obligar al desmantelamiento de la antena. En efecto, sólo el riesgo puede ser eventualmente calificado de ilícito o anormal, no la actividad. Por otra parte, sobre la medida de reparación adoptada, es discutible, por cuanto no es función de la responsabilidad indemnizar un simple riesgo de daño. Para dar derecho a la reparación, el perjuicio debe ser cierto, no simplemente hipotético o eventual. Esperamos con impaciencia la posición de nuestra jurisdicción suprema sobre esta cuestión.

En definitiva, si el objetivo es eminentemente loable, si las medidas preventivas son indispensables, es dudoso que sea competencia de la responsabilidad civil aprehenderlas³⁰. Es, por el contrario, innegable –y ello en una situación de todo punto diferente– que nos mantenemos en la lógica

²⁹ CA Versailles, Sala 14ª, 4 de febrero de 2009.

³⁰ Para una crítica de esta metamorfosis de la responsabilidad, volcada hacia el futuro, *vid.*, en especial, BRUN (2009), N° 5; JOURDAIN, Patrice (2000), *Principe de précaution et responsabilité civile*, en LPA, 30 novembre 2000, N° 239, p. 51.

de la responsabilidad cuando el no respeto a una reglamentación preventiva provoca la realización del daño que se pretende reparar³¹. Nos parece que reparar no es prevenir un daño y que es necesario distinguir las medidas de prevención de las medidas de reparación, mas también de las medidas de cesación de la situación dañosa. Es necesario velar por la preservación del futuro, pero a través de medidas específicas de prevención de daños que no entran dentro del campo de actuación de la responsabilidad civil. De otra parte, el anteproyecto de reforma del derecho de obligaciones no presenta esta función preventiva como una de las específicas de la responsabilidad civil, otorgándole un lugar discreto, bajo la cobertura de la reparación *in natura* o, lo que preferimos, de cesación de la situación susceptible de crear un daño. En efecto, el artículo 1369-1 del anteproyecto dispone que “Cuando el daño es susceptible de agravarse, renovarse o perpetuarse, el juez puede ordenar, a demanda de la víctima, toda medida orientada a evitar estas consecuencias, comprendida de ser necesario la cesación de la actividad dañosa”.

3.3.2. Reparar es castigar

La cuestión que se plantea ahora es la de saber si, sobre el fundamento de la responsabilidad civil, se puede castigar al autor de un daño otorgando a la víctima una indemnización de daños y perjuicios punitivos.

La represión es generalmente tratada como una función de la responsabilidad penal, no ya de la civil, pero se vislumbra una transcripción en nuestro derecho de lo que en derecho americano se ha dado en llamar daños y perjuicios punitivos. Si en ciertos ámbitos la condena del autor que obtiene de la realización de una actividad ilícita un beneficio superior al daño causado parece revelarse útil, es, sin embargo, difícil reconocer tal función a la indemnización de daños y perjuicios sin chocar de frente con el principio de reparación integral. El derecho francés no reconoce los

³¹ SAVAUX, Eric (2005), “La dilution des catégories”, en PIGNARRE, Geneviève (editor), *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations, Rétrospective et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil*, Actas del Congreso organizado por la Facultad de Derecho y Economía de Université de Savoie el 10 de diciembre de 2004, Paris, Dalloz, pp. 33 y ss., en especial N° 11: “En contrapartida, la formulación de medidas de precaución en presencia de un riesgo simplemente eventual no deriva seguramente de la responsabilidad”.

daños punitivos, aun cuando el anteproyecto de reforma del derecho de obligaciones –que no es por ahora, recordémoslo, más que una proposición doctrinal– ha intentado introducirlos “discretamente” en el artículo 1371. Esta disposición abre prudentemente la vía a la indemnización de los daños punitivos, sometiendo la procedencia de esta sanción a la prueba de “*una culpa intencionada, en especial de una culpa lucrativa*”, es decir, una culpa que genera para su autor unos beneficios que no serían neutralizadas por una simple reparación de los daños causados. Ello exige igualmente una motivación especial e impone al juez la necesidad de distinguir la indemnización punitiva de la compensatoria. En fin, se prohíbe la puesta en carga de tal indemnización a la aseguradora, lo que resulta ineludible para dar a esta condena el alcance punitivo que constituye su razón de ser.

La introducción operada por el anteproyecto es discutida en la doctrina: cuando el daño ha sido reparado por una indemnización compensatoria, otorgar daños y perjuicios punitivos a la víctima contribuiría a darle más que el perjuicio sufrido, con contravención del principio de reparación integral que, recordemos, consiste en indemnizar todo el perjuicio, pero nada más que el perjuicio. Contemplado el principio –tal y como es reconocido³²– en su doble dimensión (todo el perjuicio, pero nada más que el perjuicio), se prohíbe cualquier forma de enriquecimiento de la víctima y, en consecuencia, la introducción de los daños punitivos. Es por ello que algunos autores proponen que tales daños no sean reconocidos a aquélla, sino a un fondo de indemnización. El anteproyecto de reforma se pronuncia en tal sentido en su artículo 1371, en cuanto dispone que “*El autor de una falta manifiestamente intencionada, y en especial de una falta lucrativa, puede ser condenado, más allá de los daños y perjuicios compensatorios, a los daños y perjuicios punitivos con los que el juez puede beneficiar en parte al Tesoro Público. La decisión del juez de otorgar tales daños y perjuicios debe ser especialmente motivada y su montante distinguido de otras sumas concedidas a la víctima. Los daños y perjuicios punitivos no son asegurables*”.

Puede concluirse que, si el principio de reparación integral está sólidamente anclado en el derecho positivo francés, las nuevas funciones que se

³² Sin embargo, Coutant-Lapalus sostiene que “integral” es el carácter de lo que no puede ser disminuido, por lo que el conocido principio de reparación integral permite conceder más que la estricta reparación [COUTANT-LAPALUS (2002), N° 15].

pretenden atribuir a la responsabilidad civil suponen un ataque frontal al mismo. Ciertamente, los objetivos perseguidos por la prevención y la punición son eminentemente respetables e ineludibles: ¿quién osaría defender que nada ha de hacerse para prevenir daños que mañana pueden revelarse como catastróficos? ¿Quién se arriesgaría a sostener que es normal no disuadir a aquel que tiene interés en causar un daño porque, aun siendo condenado a la reparación, obtendrá igualmente un beneficio? Sin embargo, en aras de la coherencia de la responsabilidad civil no nos parece que sea necesario multiplicar estas funciones. Conseguir que el daño no haya sido nunca más que un sueño, ¿no es acaso un objetivo suficientemente ambicioso para la responsabilidad civil?

4. LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD Y EL PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO*

CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO

4.1. INTRODUCCIÓN

Al derecho civil se le ha llamado, con o sin razón, el derecho “clasista” o “de los ricos”, expresiones que aluden a su inclinación tradicional a los bienes o cosas, a las obligaciones y contratos y a la sucesión por causa de muerte, es decir, al ámbito patrimonial. Se añade que los libros que tratan de las obligaciones en general y de los contratos, en casi todos los códigos decimonónicos –como el nuestro– constituyen prácticamente libros de los acreedores, que son considerados por sobre los deudores. Las legislaciones civiles parecen dedicar su preocupación a todo aquello que concierne al patrimonio de las personas más que a ellas mismas, idea que pareciera corroborada por el hecho de que ni el Código de Napoleón de 1804 ni los que lo han seguido contienen una regulación sistemática de la persona y de los derechos inherentes a ella.

Para otros autores, como DE CASTRO, la omisión de tal regulación se debería a que ella no era necesaria, pues al tiempo de dictación del Código Civil francés ya estaba vigente la declaración de derechos de 1789¹.

* Este artículo recoge parte de la investigación efectuada con ocasión de nuestro Proyecto Fondecyt N° 1085221-2008. Ha sido publicado en DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2011), “Los derechos de la personalidad y el principio de reparación integral del daño”, en VV. AA., *Estudios de derecho civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil 2005-2009*, tomo IV, Abeledo Perrot-Thomson Reuters, Santiago, 2011, pp. 415-423.

¹ DE CASTRO Y BRAVO, Federico (1959), “Los llamados derechos de la personalidad. Dos estudios provisionales”, en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XII, Fasc. IV, octubre-diciembre, p. 1246.

cuidado personal del hijo de la otra pareja que ha sido inhabilitada física o moralmente. Por ello, hay que preguntarse hoy en día o en el futuro, que ya es próximo, si la consanguineidad marcará o no un paso decisivo para efectivamente afirmar que el padre biológico (o el presunto padre) debe considerarse responsable por el hecho de que su hijo.

Ahora bien, piénsese que, por las estadísticas, dependiendo del país, un tercio o un cuarto de los hijos proceden de una relación extramatrimonial frente al desconocimiento del que se cree padre (sin entrar en la cuestión de existencia de buena o mala fe de la mujer en la eventualidad de si supo o no que la fecundación efectivamente se realizó con otra persona). En el futuro próximo, ¿podrá el examen del ADN vencer la prueba de los artículos 2319 CC y siguientes? Con mirada al futuro, y suponiendo una mayor flexibilidad de las reglas de impugnación de paternidad, igual por este lado podrán ir algunas cargas probatorias, intentando desvirtuar la demanda por falta de legitimación pasiva del demandado. Hoy en día un test de paternidad puede lograrse a los pocos minutos, el único inconveniente es el elevado precio de realización. Próximamente, las nuevas tecnologías y el abaratamiento de este examen podrían fomentar la utilización de esta estrategia probatoria.

VII. CONCLUSIONES

Después de todo lo visto, en el ordenamiento chileno pueden destacarse cuatro factores que juegan diferentes roles que han cambiado a lo largo de las décadas: la patria potestad, la cohabitación, el cuidado personal y la consanguinidad. Llegar a entenderlos y enmarcarlos jurídicamente en el nuevo concepto de familia definirá quién, efectivamente, responderá en caso de ilícito del menor.

Estos elementos a veces consiguen aguantar a la evolución de la familia y a veces no, creando incoherencias profundas, incoherencias que deben ser indudablemente reajustadas o por interpretación jurisprudencial, doctrinaria o por una ley. Esto aún más si se considera que se está asistiendo a la consolidación del principio de autonomía progresiva del menor.

BREVE NOTA SOBRE EL CONCEPTO DE CULPA COMO ELEMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

ÉDGAR CORTÉS*

RESUMEN

El concepto de culpa, radicado en la tradición jurídica de Occidente, acusa el peso y la fatiga de esa misma tradición que lo ha visto cargado de contenidos morales no siempre bien entendidos. El proceso de objetivación del concepto de culpa ha tratado de superar esa dificultad, pero el subjetivismo que pretende tener en cuenta las circunstancias personales del causante del daño siempre ha estado al acecho, haciendo de la culpa un concepto que no logra, en la doctrina, y en definitiva, ser considerado como un concepto claro y preciso dentro de la técnica jurídica.

I. INTRODUCCIÓN

No cabe duda de que el estudio actual de la responsabilidad civil gira en torno del daño, sus categorías, sus límites y los modos alternativos de reparación¹, pero también es cierto que el gran debate en materia de

* Profesor de Derecho Civil, Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: edgar.cortes@uexternado.edu.co.

¹ Vid. BUSNELLI, Francesco Donato, *Il danno biologico*, Torino. Giappichelli, 2001, pp. 85 y s., donde se lee: "El daño, su concepto, sus modelos posibles y los criterios de valoración, están en el centro del debate doctrinal y jurisprudencial que alimenta la fatigosa investigación sobre las nuevas fronteras de la responsabilidad. Es ésta una tercera 'etapa' de estudios y de experiencias desde cuando la ciencia jurídica comenzó, hace ya cerca de veinte años, a prestar de nuevo atención a la responsabilidad civil, sector que había sido descuidado. Esta etapa sigue a una primera caracterizada por los intentos de superar la máxima según la cual 'no

responsabilidad durante el siglo XX, esto es la cuestión de la culpa y su alternativa frente a los regímenes de responsabilidad objetiva, fue pasado de largo, en verdad, sin haber sido resuelto.

En efecto, mientras que el estudio del daño resarcible, como elemento de la responsabilidad referido a la víctima, encontró un acomodo ideal en esa "edad de los derechos"² que se siguió al nuevo constitucionalismo y que vendría a poner a la persona en el centro del derecho privado para dejar atrás aquella concepción puramente patrimonialista propia del movimiento codificador, la cuestión de la culpa cayó en el sopor y el consecuente desgaste natural de una historia cargada de equívocos y prejuicios que impidieron abordar la materia con la distancia debida. Quizás no podía ser de otro modo, una discusión que buscaba determinar si la culpa debía ser el único criterio de imputación de responsabilidad³ o si debía ceder su lugar, irremediamente, a criterios de responsabilidad objetiva, no podía sino tener un desenlace de conveniencia, a la vez que una solución práctica, cuando se afirmó, sin más, que los sistemas actuales de responsabilidad civil son sistemas mixtos, y que por tanto ni la culpa ni el riesgo gobiernan el sistema, simplemente conviven⁴, solución que, por lo demás, resultó útil cuando los procesos de integración regional de la última parte del siglo

hay responsabilidad sin culpa' y a la identificación de criterios alternativos de imputación del daño; a una segunda 'etapa' caracterizada por el esfuerzo de ampliar el ámbito de los intereses protegidos en caso de lesión, dejando de lado la ecuación tradicional entre el aspecto de la injusticia del daño y la lesión de un derecho subjetivo absoluto, a su vez moldeado sobre el esquema original del derecho de propiedad" (traducción propia). Cfr. KOTEICH, Milagros, *La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, pp. 17 y ss.

² Cfr. RODOTÀ, Stefano, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012, pp. 41 y ss.

³ El resarcimiento por los daños causados, se dijo entonces, es la excepción, las pérdidas deben soportarlas quien las padeció, a menos que haya una razón socialmente válida para transferir la pérdida de la víctima al agente, y, claro, la única razón válida era la culpa pues sólo lo irregular de la conducta justificaba el pago del resarcimiento que hacía las veces de sanción; es la concepción del liberalismo clásico, según la cual quien realiza actividades económicas, aun riesgosas, no responde, pues se desestimularía el desarrollo económico. Vid. VINEY, Geneviève, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, Paris, LGDJ, 1995 (2), pp. 12 y ss.; ALPA, Guido, *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*, Lima, Jurista ed., 2006, pp. 381 y ss.

⁴ Vid. BUSNELLI, Francesco Donato, "La parabola della responsabilità civile", en BUSNELLI, Francesco D. y PATTI, Salvatore, *Danno e responsabilità civile*, Torino, G. Giappichelli Editore, tercera edición, 2013, pp. 147 y ss.

pasado hicieron evidente la necesidad de un derecho unificado, unificación en donde la culpa representaba una cuestión demasiado compleja como para fundar en ella tal esfuerzo⁵.

Así pues, la culpa devino un problema anacrónico⁶ frente a la vitalidad del elemento daño, lo que permitió, de paso, que la responsabilidad adoptara una nueva actitud, si se quiere más realista, más coherente económica y políticamente con la evolución y las necesidades sociales⁷, lo que le valió por fin, entre otras cosas, acreditar su "nobleza"⁸ como materia de estudio, frente a la idea tradicional de que se trataba de una cuestión de prácticos⁹.

II. LA SOBREVIVENCIA DE LA CULPA EN LAS DISCUSIONES JURÍDICAS

Así pues, si bien es cierto que con la aparición de la llamada *cuestión social*¹⁰, la crítica al carácter absoluto de la propiedad¹¹ y el consecuente afán por la protección a los sujetos débiles, la reparación de los daños dejó de ser vista como la pena o sanción que se seguía a una culpa, para convertirse en un valor en sí mismo, como función primordial de la responsabilidad¹²,

⁵ Me permito remitir a CORTÉS, Édgar, "Culpa y responsabilidad médica en Colombia y Chile", en *Roma e America. Diritto romano comune*, Roma, 21-2006, pp. 181-184.

⁶ Dice JORDANO FRAGA, Francisco, *La responsabilidad contractual*, Madrid, Civitas, 1987, p. 60: "La culpa aparece después de este análisis como un criterio connotado de anacronismo y como fruto de una política jurídica perjudicial para el dañado. Además aparece como un criterio ineficiente desde el punto de vista de la distribución del riesgo económico del daño".

⁷ Cfr. HINESTROSA, Fernando, "Devenir del derecho de daños", en *Roma e America. Diritto romano comune*, 10 (2000), pp. 31 y ss.

⁸ ALPA, G., *Nuevo tratado*, cit. (n. 3), pp. 41 y s.

⁹ Cfr. PAPAYANIS, Diego, "Introducción. Veinte años de *Riesgos y daños*", en *Derecho de daños. principios morales y justicia social*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 13 y ss.

¹⁰ CAPPELLINI, Paolo, "Códigos", en *El Estado moderno en Europa*, Madrid, Trotta, 2004, p. 122.

¹¹ Vid. MARINELLI, Fabrizio, *La cultura del code civil*, Padova, Cedam, 2004, pp. 64 y ss.

¹² En efecto, consolidado el liberalismo, surgió la duda de si en realidad se debería preferir el desarrollo de la industria a la justicia del caso concreto, esto es, la restauración de un equilibrio lesionado a favor de la víctima. La balanza terminaría inclinándose en ese último sentido cuando, con un capitalismo ya maduro (en donde la reparación de los daños puede hacer parte de los costes de la actividad económica), se llegó a observar que quien genera un riesgo, así haya obrado correctamente, esto es sin culpa, responde. Vid. ALPA, G., *Nuevo tratado*

dejando atrás el postulado del racionalismo naturalista, según el cual la culpa era razón y fundamento exclusivo de la responsabilidad civil, al punto de poderse afirmarse *pas de responsabilité sans faute* (pues nadie podía ser sancionado sino por un acto suyo moralmente reprochable¹³). Eso no hizo que la culpa desapareciera de las discusiones jurídicas, pues a pesar de que ahora se la consideraba como un elemento más que podía concurrir o no en un juicio de responsabilidad¹⁴, ella conservó su importancia al ser considerada como norma general o de cierre del sistema¹⁵.

Los valores reconocidos en las codificaciones cambiaron, “al sentimiento de individualismo y al ideal de la libertad se superpusieron y sustituyeron progresivamente, las ideas de altruismo y de solidaridad”¹⁶ y, por ende, cambiaron también los modelos que de allí salieron¹⁷, la culpa perdió centralidad cuando la atención se desplazó del estudio del comportamiento del autor del daño hacia el estudio de la víctima y su protección efectiva, pero no perdió vitalidad, pues además de ser un concepto radicado en la historia de Occidente, nunca ha dejado de ser una cuestión viva, pues, entre otras cosas y sin más, se encuentra en el día a día de las decisiones judiciales¹⁸.

cit. (n. 3), pp. 383 y ss.; VINEY, G., *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, cit. (n. 3), pp. 83 y ss.

¹³ Cfr. VISINTINI, Giovanna, *¿Qué es la responsabilidad civil?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, pp. 45 y ss.

¹⁴ Vid. MAZEAUD, Denis, “Las reformas al derecho francés de la responsabilidad civil”, en *Estudios de derecho privado. Homenaje al profesor Ramón Domínguez Águila*, Santiago, Thomson Reuters, 2015, pp. 721 y ss.

¹⁵ En el entendido que allí donde no hay norma especial que defina como objetiva una responsabilidad determinada, se deberá estar a la regla general de cierre, que es la responsabilidad por culpa. VISINTINI, G., *¿Qué es la responsabilidad civil?*, cit. (13), p. 45; BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 76; BIANCA, Cesare Massimo, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2014, pp. 565 y s.

¹⁶ MAZEAUD, Denis, “Las reformas...”, cit. (n. 14), p. 721.

¹⁷ Como bien se ha dicho, en el derecho no hay un modelo al cual llegar, ni nada se ha alcanzado ni superado definitivamente: IRTI, Natalino, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p. 97.

¹⁸ Se suele señalar con insistencia el hecho de que la responsabilidad tenga un marcado carácter jurisprudencial; por ejemplo, RODOTÀ, Stefano, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1964, p. 30.

Ahora bien, si la culpa está presente en la reflexión y en el día a día del jurista que se ocupa del derecho de daños, ¿qué se debe entender por ella? Despojada de su carácter de fundamento (moral) de la responsabilidad y libre del único ámbito en el que era analizada, esto es, el de la dialéctica constante con la responsabilidad estricta u objetiva, la culpa tuvo que ser estudiada con nuevos ojos, como un elemento más de la responsabilidad civil (al lado del daño y la relación de causalidad) y confrontada sobre todo con ella misma a fin de determinar su alcance real. En verdad, la doctrina jurídica siempre ha tenido grandes problemas para definir el concepto de culpa y no obstante la atención que se la ha prestado, el concepto sigue siendo un terreno propicio para el desacuerdo y la confusión¹⁹; las definiciones que se dan no son suficientemente rigurosas²⁰ y dan cuenta de todas las ideas que la culpa tiene la capacidad de evocar, por lo que no se tiene un concepto unívoco, lo que ha dado pie para que, por lo general, la definición de la culpa vaya de la mano con su adjetivación²¹.

En efecto, haciendo un repaso por la doctrina comparada, se ve cómo se habla de una serie de categorías que, ya de entrada, anuncian el estado de la cuestión: culpa objetiva, subjetiva, genérica, específica, en abstracto, en concreto, antijurídica, culpa negligencia, culpa impericia y otra serie de calificativos que, más allá de denotar las posibilidades dogmáticas de la cuestión, no hacen más que llenar de incertidumbre al operador jurídico que tiene que resolver el caso concreto.

III. LA CULPA Y SU RELACIÓN CON LA ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO

Pero quizás antes de ver lo que hoy se entiende por culpa en la doctrina comparada, vale la pena aclarar un punto que se discute todavía y que ha tenido desarrollo en el derecho colombiano. Si bien de un lado se dice que el concepto de culpa debe entenderse como la suma del ilícito más la imputabilidad o culpabilidad, idea que, como se verá en los numerales siguientes,

¹⁹ En ese sentido, Paul Eismen, citado por ALPA, G., *Nuevo tratado* cit. (n. 3), p. 340.

²⁰ Así, MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent, *Droit des obligations*, Paris, LGDJ, 2016 (8), pp. 41 y s. Cfr. VINEY, Geneviève, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, Paris, LGDJ, 1998 (2), pp. 320 y ss.

²¹ ALPA, G., *Nuevo tratado*, cit. (n. 3), p. 323.

ha sido superada, de otro lado se pregunta aún si el concepto de culpa debe distinguirse del de antijuridicidad: aquélla como la inobservancia del cuidado socialmente debido, y ésta como la lesión de un derecho (subjetivo), o si, por lo contrario, son lo mismo²²; doctrina autorizada, con base en el Código de Bello, afirma que “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 el daño”, por lo que no vale la pena hacer una diferenciación²³.

La Constitución colombiana de 1991 en su artículo 90 afirmó que “el Estado responderá por los daños antijurídicos que le sean imputables [...]”, y si bien el artículo se refiere a la responsabilidad del Estado, la discusión se ha dado en toda el área de la responsabilidad por daños. El punto es que se puso de presente que lo que es antijurídico es el daño y no el comportamiento del agente, como bien lo dijo en su momento la Asamblea Constituyente en las discusiones del artículo 90²⁴, y como lo han reiterado el Consejo de Estado²⁵ y la Corte Constitucional²⁶; aunque vale decir que esta precisión

²² Cfr. BARROS, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, cit. (n. 15), p. 96.

²³ En este sentido, BARROS, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, cit. (n. 15), p. 97, quien además señala que en el derecho alemán la distinción, consagrada en el Código, ha sido superada por la doctrina y que sería vano importarla al derecho chileno.

²⁴ *Gaceta Constitucional*, 112, 3 de julio de 1991, pp. 7, 8: “La noción de daño en este caso, parte de la base de que el Estado es el guardián de los derechos y garantías sociales y que debe, por lo tanto, reparar la lesión que sufre la víctima de un daño causado por su gestión, porque ella no se encuentra en el deber jurídico de soportarlo. La responsabilidad se deriva del efecto de la acción administrativa y no de la actuación del agente de la Administración causante material del daño, es decir, se basa en la posición jurídica de la víctima y no sobre la conducta del actor del daño, que es el presupuesto de la responsabilidad entre particulares”.

²⁵ Consejo de Estado, sección tercera, 26 de mayo de 2011 expediente 20097: “El concepto de daño antijurídico cuya definición no se encuentra en la Constitución ni en la ley, sino en la doctrina española, particularmente en la del profesor Eduardo García de Enterría, ha sido reseñado en múltiples sentencias desde 1991 hasta épocas más recientes, como el perjuicio provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo (...). La imputabilidad es la atribución jurídica que se le hace a la entidad pública del daño antijurídico padecido y por el que, por lo tanto, en principio estaría en la obligación de responder, bajo cualquiera de los títulos de imputación de los regímenes de responsabilidad, esto es, del subjetivo (falla en el servicio) u objetivo (riesgo excepcional y daño especial)”.

²⁶ Corte Constitucional, sentencia 333 de 1996: “[...] Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los

no es una novedad del derecho público, sino que ya la doctrina civilista (e incluso la romanista, que diferencia los conceptos de culpa y de iniuria de la *lex Aquilia*²⁷) había puesto de presente la cuestión²⁸.

En Colombia la norma general de responsabilidad del Código Civil (art. 2341) pone el acento en la conducta dolosa o culposa del agente (que produce un daño), pero deja de lado el aspecto que se refiere a la intromisión de ese agente en la esfera jurídica ajena, de manera tal que cuando se realiza un comportamiento ilícito se viola una norma, y de rebote, por decirlo gráficamente, se afecta un interés ajeno, que es justamente el que protegía la norma que se desconoció. Por el contrario, hablar ahora, como lo hace el artículo 90 constitucional, de daño antijurídico obliga a separar los dos momentos para una comprensión completa del fenómeno de la responsabilidad: de un lado se debe analizar el hecho culposo o doloso del agente, o, en términos más amplios, la imputación, y de otro que haya habido una intromisión en la esfera jurídica de otro que haya llevado a la lesión un interés digno de protección.

Dicho de otra manera, toda hipótesis de responsabilidad exige dos tipos de valoración, la que busca individualizar al responsable y la que debe establecer la relevancia del interés lesionado a la víctima²⁹.

Sin la calificación del daño como antijurídico, el juez tendría que detenerse en la comprobación de la violación de una norma de comportamiento y deducir el daño causado que esa norma violada protegía. Por el contrario, con la adjetivación del daño como antijurídico, cláusula general, norma en blanco, el juez, luego de comprobar que la conducta es imputable, deberá

perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización. Igualmente no basta que el daño sea antijurídico sino que éste debe ser además imputable al Estado, es decir, debe existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública”.

²⁷ Recientemente, SÁNCHEZ, Luis Carlos, “De la culpa de la *lex Aquilia* del derecho romano al principio de responsabilidad por culpa en el derecho civil colombiano”, en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, 30, 2016, pp. 287 y ss.

²⁸ Cfr. VISINTINI, G., *¿Qué es la responsabilidad civil?*, cit. (n. 13), pp. 102 y ss.

²⁹ VISINTINI, G., *¿Qué es la responsabilidad civil?*, cit. (n. 13), p. 103.

valorar si la lesión sufrida por la víctima como consecuencia del comportamiento del agente es digna de protección, lo que le permite, entre otras cosas, ir más allá de los derechos que protegen las normas, es decir de los derechos subjetivos y seleccionar los intereses, de cualquier tipo, que pueden ser objeto de tutela aquiliana.

Así, y en fin, el artículo 90 de la Constitución, al establecer que es el juez el que debe calificar un daño como antijurídico, propende, queridamente, por un sistema jurisprudencial de daños que, sin duda, se adapta mejor a la realidad y a las transformaciones sociales, que cualquier intromisión del legislador, por bien intencionada que sea y que pretenda definir los intereses protegibles.

IV. EL PASO DEL CONCEPTO SUBJETIVO AL CONCEPTO OBJETIVO DE CULPA

Dicho lo anterior, en realidad el punto de partida para poder desentrañar las ideas que del concepto de culpa se tienen, como más arriba se dijo, es la concepción de la filosofía liberal del libre arbitrio, en donde la justificación ideológica de la culpa está en la idea según la cual nadie puede ser sancionado sino por un acto voluntario suyo, un acto querido que hace surgir como consecuencia la obligación (sanción) de reparación (a la manera de las teorías voluntaristas dentro del estudio del contrato y su forma de explicar el carácter vinculante del compromiso³⁰). La culpa, se decía entonces, se compone de dos elementos, el *ilícito* que se traducía en el desconocimiento de una norma impuesta por el derecho, o más ampliamente en la violación de un deber preexistente, y la *imputabilidad* (o culpabilidad), esto es, la posibilidad del sujeto de ser consciente y decidir el alcance de sus actos y de asumir sus consecuencias, elemento este subjetivo, psicológico y también moral, que daba a la culpa un contenido emocional: el acto para ser culpable debía ser imputable a su autor en el sentido de que el agente debería actuar en plena conciencia y con la capacidad de comprender su actuar³¹.

³⁰ Vid. por todos, HINESTROSA, Fernando, *Tratado de las obligaciones II. El negocio jurídico I*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, pp. 143 y ss.

³¹ MAZEAUD, Denis, "Las reformas...", cit. (n. 14), pp. 724 y s.: "En dichos términos, entonces, un individuo privado de razón que causaba un daño era civilmente irresponsable, ya que no era concebible obligar a un individuo a responder de sus actos cometidos sin libertad".

Pero de la misma manera en que fueron superadas las teorías voluntaristas del contrato, cuando se puso en evidencia que es imposible (e irrelevante) para el derecho indagar y llegar a conocer las motivaciones internas, psicológicas de los sujetos, pues lo que realmente importa y lo que a la postre realmente genera un vínculo de donde pueda surgir una obligación (ya contractual, ya de reparar) es el hecho de que el individuo adopte un comportamiento socialmente relevante y reconocible por el grupo social al que se siguen unas consecuencias, independientemente de si lo quiso o no. Es decir, en materia de responsabilidad se concluyó que basta la constatación de una distancia (negativa) entre la conducta desplegada por el agente y el deber impuesto por las reglas jurídicas, para caracterizar a la culpa civil³², sin que haya lugar a indagar por el ánimo del agente, por lo que se dejó de lado el elemento de la imputabilidad o culpabilidad.

La culpa adquirió entonces un carácter objetivo al prescindir del análisis de la voluntad del sujeto y de su actitud, para circunscribirse al estudio del comportamiento del agente confrontado con el modelo de conducta que hace las veces de patrón de referencia³³.

V. LA NOCIÓN OBJETIVA DE CULPA

La aparición de una noción de culpa objetiva u objetivada tuvo como propósito, dentro de esa necesidad sentida de ampliar el espectro de protección de la víctima del daño, mejorar su situación al hacer innecesaria la prueba de un elemento de muy difícil verificación, como lo era establecer si el causante del daño había tenido consciencia del acto dañino realizado. De tal forma que si para establecer la culpa ya no era necesaria la indagación de la culpabilidad o imputabilidad del demandado, quedaba en pie el otro elemento que tradicionalmente se había entendido que integraba su definición, esto es, la ilicitud o el juicio negativo de valor de la conducta desplegada por el agente. Juicio negativo de la conducta y no del sujeto

³² CONTE, Philippe; MAISTRE DU CHAMBON, Patrick, *La responsabilité civile délictuelle*, Grenoble, PUG, 2000 (3), p. 48: "[...] La culpa es, pues, la diferencia de conducta en relación con la actitud de un prototipo de referencia, la de un hombre derecho, normalmente prudente y advertido" (traducción propia).

³³ BIANCA, Cesare Massimo, *Istituzioni di diritto privato*, cit. (n. 15), p. 565.

mismo, ya que no tienen relevancia las condiciones o vicisitudes propias del sujeto que causa el daño³⁴.

Así pues, como se acaba de decir, lo que importa a fin de establecer la culpa es la violación de una regla; pero ya desde el derecho romano se había puesto en evidencia que tal violación se podía dar de dos formas³⁵: o bien, por no observarse la regla de comportamiento general que se exige dentro del grupo social, si se quiere, el deber general de prudencia, o bien por la inobservancia de normas legales o, más ampliamente, de policía o de orden público. De una culpa entendida inicialmente como violación de normas de prudencia (culpa como negligencia), se pasa a una culpa que también puede ser entendida como violación de normas en sentido técnico, de donde se puede llegar a decir que la culpa es la violación de una obligación preexistente³⁶ (la de prudencia o la legal). Es el paso de

³⁴ BARROS, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, cit. (n. 15), pp. 75 y 78. A p. 75 se lee: "[...] es ilícita la conducta que resulta de la intención de causar el daño [...]. Pero la ilicitud puede adoptar también una forma más débil, limitada a la infracción no intencional de un deber de cuidado".

³⁵ En efecto, se decide el caso del civil o del militar que, al disparar un dardo, da muerte al esclavo ajeno que por allí pasa. En un primer pasaje de la época clásica (Ulpiano, D. 9.2.2.4) se afirma que si el disparo se hace dentro del campo de tiro, quien dispara, civil o militar, se exonera, pero si se dispara por fuera del campo, cualquiera que así lo haga responde por no haber sido prudente. En un segundo pasaje de la época posclásica (I. 4.3.4), por el contrario, se exonera sólo al militar que dispara en el campo de tiro, de tal forma que se introduce un elemento nuevo, pues está en culpa el que viola exigencias de disciplina, la necesidad de observar reglamentos de policía. Vid. CORTÉS, Edgar, *La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009 (2), pp. 81 y ss.; SCHIPANI, Sandro, "De la Ley Aquilia a Digesto 9: Perspectivas sistemáticas del Derecho Romano y problemas de la responsabilidad extracontractual", en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, 12-13 (2007), p. 269.

³⁶ Según la definición de Planiol, vid. MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent, *Droit des obligations*, cit. (n. 20), p. 43: "Ella [la definición de culpa así entendida, dicen los autores] es vaga, porque no se precisan los deberes preexistentes lo que lleva a una logomaquia: un deber se viola cuando hay culpa, hay culpa cuando un deber se viola" (traducción propia). VINEY, G., *Traité de droit civil*..., cit. (n. 20), p. 322: "La oposición a la doctrina mayoritaria que hace del ilícito un elemento de la culpa civil se refiere más, a nuestro modo de ver, a la terminología empleada, que a un problema de derecho. De cualquier forma que se la llame 'diferencia de conducta' o 'ilícito', todos los autores reconocen que el desconocimiento de una norma impuesta por el derecho es indispensable para la constatación de una culpa. El desacuerdo señalado, en consecuencia, aparece como superficial y sin consecuencias reales sobre la definición de culpa,

la culpa negligencia a la culpa antijuridicidad³⁷. O, según otra parte de la doctrina³⁸, de la culpa genérica (violación de un deber de cuidado) a la culpa específica, normativa o infraccional³⁹ (violación de una norma positiva en sentido amplio).

Así, si se trata de la culpa normativa o infraccional, esto es, la violación de una norma particular (ley o reglamento), bastará la prueba de la violación efectiva de dicha norma⁴⁰, mientras que si se trata de culpa negligencia, es decir, la violación de un deber genérico de comportamiento, para que se pueda establecer la culpa se deberá hacer referencia a los criterios de representabilidad y previsibilidad del daño⁴¹ y al establecimiento de la impericia o negligencia del agente.

Con todo, se repite, la culpa es, en cualquier caso, la violación de una norma, una norma de prudencia o una norma legal, y es allí en donde realmente a la culpa se la puede calificar como objetiva en sentido amplio, pues es objetiva en el modo de establecerla, ya que en cualquier caso se prescinde de la indagación de las razones por las que el agente se comportó de esa manera; de tal forma que si se trata de la violación de la norma general de prudencia, esa violación se deberá deducir de la confrontación del actuar del demandado con el comportamiento que hubiera observado el hombre medio, un patrón de referencia abstracto (buen padre de familia, hombre razonable), que el juez deberá establecer según lo que son los dictados sociales de conducta; mientras que si se trata de la violación de una norma reglamentaria (positiva), bastará la prueba de esa concreta infracción.

la que se presenta, en definitiva, como la *violación de una norma o de un deber que se impone al agente*" (traducción propia).

³⁷ Cfr. SCHIPANI, Sandro, "Análisis de la culpa en Justiniano, 4,3", en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, pp. 129 y ss.

³⁸ ALPA, G., *Nuevo tratado*, cit. (n. 3), p. 323.

³⁹ BARROS, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, cit. (n. 15), pp. 97 y ss.

⁴⁰ VISINTINI, G., *¿Qué es la responsabilidad civil?*, cit. (n. 13), p. 59, afirma la autora citando la jurisprudencia italiana que: "En particular, es seguramente con referencia al área de la culpa por transgresión de reglas preestablecidas que la jurisprudencia no advierte la necesidad de individualizar en concreto un acción culposa para efectos de afirmar la responsabilidad civil, limitándose a afirmar que la culpa está *in re ipsa*".

⁴¹ Cfr. BARROS, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, cit. (n. 15), p. 89.

Así entendida, como un criterio objetivo, la culpa se hace más comprensible, pues, sin perder los contenidos éticos que le son consustanciales, se libera de consideraciones sobre el fuero interno de la persona, que resultan ajenas al derecho; o dicho en otras palabras, si la culpa es violación de una norma, es evidente que se hace referencia a mandatos que han sido impuestos por la misma sociedad y que se espera que no sean transgredidos (en el concepto de culpa descansa el papel preventivo atribuido a la responsabilidad civil). Ese carácter social de la culpa⁴² hace que su contenido se remita a los valores y parámetros sociales, lo cual permite un más fácil entendimiento para determinar si alguien está en culpa, sin necesidad de tener que indagar por el *sentimiento de culpa*⁴³ que pueda tener o no un determinado individuo, pues será suficiente comprobar que efectivamente ha transgredido la norma. Y para mayor claridad, es aquí, en este momento, cuando el juez verifica la violación de la norma, que se le hace al ahora culpable el *juicio de reproche*, sin que eso quiera decir que se esté mirando la intención que tuvo; se le reprocha, se le reprueba, el resultado efectivo de haber transgredido un patrón de comportamiento fijado por el grupo social. Y es que eso es la responsabilidad por culpa o responsabilidad subjetiva: el análisis del comportamiento del sujeto, análisis que se hace de manera objetiva cuando se lo confronta con el patrón de referencia⁴⁴. Por el contrario, en la responsabilidad estricta no media un juicio de reproche, pues el daño se puede producir incluso en desarrollo de actividades permitidas, e incluso patrocinadas, por el mismo ordenamiento.

Se podría decir, en síntesis, que la culpa es un concepto objetivo en dos sentidos que en el fondo confluyen; es objetiva porque se deja de lado la culpabilidad o la necesidad de tener en cuenta la representación del agente de las consecuencias de sus propios actos, y es objetiva pues para su determinación es necesario remitirse a un patrón abstracto de referencia.

⁴² Cfr. BARROS, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, cit. (n. 15), p. 95.

⁴³ Dice ROSS, Alf, *Colpa, responsabilità e pena*, Milano, Giuffrè, 1972, p. 13: "Pero ¿qué es la culpa?, ¿cómo se manifiesta?, ¿cómo se puede verificar su existencia? Vendría espontáneo referirse al sentimiento de culpa, pero esto no va bien. No hay nada que impida que un hombre sea culpable aun cuando no se sienta tal. O al contrario, que no sea culpable aunque se sienta tal [...]. La culpa debe ser, por eso, algo que por principio sea independiente del sentimiento de culpa" (traducción propia).

⁴⁴ ALPA, G., *Nuevo tratado* cit. (n. 3), p. 389.

VI. DIFICULTADES EN LA APLICACIÓN DE LA NOCIÓN OBJETIVA DE CULPA

Así presentado, el concepto de culpa parecería no ofrecer mayor dificultad para su aplicación, bastaría al juez, para establecer la culpa, comprobar la violación de la norma de prudencia o legal para poder imputar la culpa⁴⁵ al demandado y deducir responsabilidad, de concurrir, por supuesto, los otros elementos que la establecen, a saber, el daño y la relación causal. Sin embargo, quizás por todo lo que a lo largo de la historia se ha dicho de la culpa o quizás porque el intérprete no puede hacer a menos de su propia idea del concepto (tantas veces cargada de prejuicios), la aplicación de la culpa (objetiva) sigue siendo materia de dudas y de discusión.

Así, en presencia de la culpa violación de un deber de prudencia, la doctrina se pregunta ¿con base en qué criterios debe el juez determinar el modelo abstracto para confrontarlo con el comportamiento del agente?, es decir, ¿qué elementos debe tomar para establecer en cada caso concreto cuál es patrón de referencia a que debe sujetarse para establecer la existencia o no de una culpa?, ¿cómo saber qué atributos asignarle al buen padre de familia, al hombre medio, al hombre razonable⁴⁶? Como se ve, el correcto funcionamiento del sistema dependerá, en buena medida, de la preparación de los jueces y de su entendimiento del concepto de culpa dentro de un juicio de responsabilidad⁴⁷.

El proceso no es sencillo, si además se tiene en cuenta que con la especialización de los oficios y las profesiones hay tantas diligencias medias o

⁴⁵ La doctrina mayoritaria sostiene hoy que el elemento imputabilidad, que se decía parte del concepto de culpa, en realidad está "por fuera de la culpa y no puede ser, en los casos en los que aún se exige (especialmente en la responsabilidad penal) más que una condición de la responsabilidad civil a igual título que la culpa o que el nexo de causalidad" (traducción propia): VINEY, G., *Traité de droit civil*..., cit. (n. 20), p. 326.

⁴⁶ ALPA, G., *Nuevo tratado*, cit. (n. 3), pp. 335 y ss.

⁴⁷ VISINTINI, G., *¿Qué es la responsabilidad civil?*, cit. (n. 13), p. 64: "El área de la culpa por negligencia se revela como de gran interés para entender el papel, de suplencia respecto al legislador, que desempeñan los jueces. En efecto, a falta de una prescripción legislativa que imponga ceñirse a determinada conducta, le corresponde al juzgador evaluar como culpables aquellas acciones u omisiones que ocasionan perjuicios injustos".

patrones de referencia como actividades hay, lo que hace que el hombre medio tradicional, el buen padre de familia, sea apenas uno más de los tantos modelos que deben ser tenidos en cuenta como punto de referencia⁴⁸. Entonces, ¿qué criterios utilizar para que la determinación de la culpa no quede en el libre arbitrio del juez y su idea de lo que es el comportamiento correcto? En algunos casos los ordenamientos por leyes especiales indican el comportamiento debido por ciertos profesionales⁴⁹ y los aplican, dentro de lo posible, analógicamente; también se suele echar mano de los valores del grupo o de los principios generales del derecho, lealtad, buena fe, honestidad, corrección⁵⁰, con las dificultades propias de definir a su vez tales valores y principios. Lo cierto es que, cualquiera sea el criterio que se adopte para deducir la culpa, nunca hay dos casos exactamente iguales, y el juez, a pesar de la elaboración de ese modelo abstracto, y quizá para evitar automatismos, tiende a tener en cuenta las circunstancias particulares que rodearon a aquel a quien se le imputa una culpa.

En efecto, a aquel modelo que toma como base un parámetro de referencia con el que contrastar el comportamiento del demandado y que represente el ideal⁵¹, presente ya en el derecho romano⁵² y que vendría a ser llamado *culpa in abstracto*, se le contrapone, en otra clasificación más,

⁴⁸ “Hoy es unánimemente reconocido que el estándar del ‘hombre razonable’ no es único, sino que varía en función de la dificultad y de las características propias de la actividad ejercida” (traducción propia): VINEY, G., *Traité de droit civil...*, cit. (n. 20), p. 352. Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición actualizada, 2013, p. 208: “Pero este análisis en abstracto debe ser relativizado para ponerlo acorde con el nivel de especialización de las actividades riesgosas que existen en las sociedades modernas, Pensamos que el prototipo de hombre prudente con el que se debe contrastar el actuar del agente debe ser el que corresponde al hombre prudente promedio de la actividad en la que se desempeñó el actor para causar el daño”.

⁴⁹ Por ejemplo, cuando el artículo 12 del Código de Ética Médica colombiano (ley 23 de 1981) indica que “El médico solamente empleará medios diagnósticos o terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones científicas legalmente reconocidas” está dictando una norma de comportamiento que servirá de base al juez para determinar la culpa y eventualmente para ser aplicado, por analogía, en otros casos de profesionales de otra actividad.

⁵⁰ ALPA, G., *Nuevo tratado*, cit. (n. 3), p. 336.

⁵¹ SCHIPANI, Sandro, *Responsabilità ex lege Aquilia, Criteri di imputazione e problema della colpa*, Torino, Giappichelli, 1969, pp. 106 y ss.

⁵² ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Napoli, Ed. Scientifiche, 1933, pp. 29 y ss.

la llamada *culpa in concreto*⁵³, según la cual para determinar la culpa se deben tener en cuenta las circunstancias propias, personales del agente, que rodearon la causación del daño. Así, suele darse en la práctica que el juez no se decida a valorar el comportamiento del sujeto culpable sin remitirse a sus circunstancias particulares, lo que hace que, bajo la premisa de estar valorando el comportamiento del sujeto en abstracto, incluya, dentro de su juicio, elementos particulares del caso para establecer la culpa⁵⁴: el juez, así, siempre estará tentado a elaborar parámetros de referencia que asuman perfiles de subjetividad (!).

En la práctica, los dos criterios, a pesar de parecer excluyentes podrían fundirse en un punto intermedio: el comportamiento debe haberse desplegado según lo que es el esfuerzo típico del hombre medio, pero concretado según “las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”⁵⁵, o, dicho de otra manera, ¿qué hubiera hecho el hombre razonable en esas circunstancias particulares?

Y un punto más que restaría por resolver es saber si las circunstancias particulares que se deben tener en cuenta son solamente aquellas que rodean el hecho que se está valorando, o también aquellas que pueden afectar la personalidad del agente (de salud, de instrucción, de carácter, físicas, psíquicas, culturales, por poner algunos ejemplos)⁵⁶. En principio no pa-

⁵³ ALPA, G., *Nuevo tratado*, cit. (n. 3), pp. 331 y ss.; VINEY, G., *Traité de droit civil...*, cit. (n. 20), p. 350, entre tantos otros.

⁵⁴ Dice VISINTINI, G., *¿Qué es la responsabilidad civil?*, cit. (n. 13), p. 63: “En mi opinión, esto es lo que acontece en la práctica en los juicios de instancia, donde la deferencia hacia la categoría conceptual de la diligencia del hombre promedio termina siendo meramente formal. La valoración del requisito de la representabilidad no puede sino realizarse de forma concreta, teniendo en cuenta las circunstancias, las posibilidades y la cultura del agente”.

⁵⁵ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, Dykinson, 2001, p. 227, según lo que alguna parte de la doctrina española entiende como consagrado en el Código.

⁵⁶ VINEY, G., *Traité de droit civil...*, cit. (n. 20), p. 353: “[...] Un sordo no obedece a una señal sonora, lo que provoca un accidente. ¿Debe ser tomada en cuenta su enfermedad para juzgar su conducta?”. Cfr. BARROS, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, cit. (n. 15), pp. 87 y ss.: “El derecho civil establece reglas que se basan en la igualdad y no en el mérito, con la consecuencia de que las ineptitudes deben ser soportadas, por lo general, por sus portadores”.

rece haber razón alguna para que la víctima cargue con esas condiciones particulares del causante del daño⁵⁷, pero cada ordenamiento dará su propia solución sin dejar de notar que la subjetividad de la culpa vuelve al acecho con la posibilidad de dejar al libre arbitrio del juez el tener en cuenta, o no, tales elementos.

Quizás se trate de la línea sutil que separa la imputabilidad de la capacidad. Quizá el asunto se deba resolver por el camino de la capacidad como modo de ser del sujeto, que no es elemento de la culpa, sino que es presupuesto de procedencia del juicio de responsabilidad y que está a cada ordenamiento definir.

VII. REFLEXIONES FINALES

Como reflexión final se puede decir que el concepto de culpa, a pesar de su historia milenaria, de su importancia en el desarrollo de las sociedades y del mucho espacio que le ha dedicado la doctrina, está lleno de incertidumbre; pero quizá se podría pensar que ésa es su naturaleza, un concepto maleable, de lo que da cuenta la inacabable tendencia a calificarlo, que el derecho usa para tratar de entender todo lo que se encierra detrás del comportamiento reprochable de los hombres; discusiones que van y vienen, pero ninguna *communis opinio*, un verdadero laberinto de las definiciones que crece cada día.

Pero no es sólo sobre el concepto mismo de culpa que se discute; dentro de la culpa otros temas siguen siendo problemáticos: la tridivisión o graduación de culpas y la difusión de la idea de que, frente a culpas graves o inexcusables, se sigan daños punitivos; las causales de justificación (legítima defensa, estado de necesidad) que se estudian indistintamente al lado de las causales de exoneración que rompen el nexo de causalidad, pero tienen una naturaleza diferente, pues lo que hacen es borrar la ilicitud del comportamiento; las relaciones entre culpa y *casus*, pues parte de la doctrina sostiene que la prueba de no culpa equivale a la prueba de la causa extraña; la culpa y el carácter preventivo de la responsabilidad, por citar sólo algunos puntos que aún son problemáticos.

⁵⁷ VINEY, G., *Traité de droit civil*..., cit. (n. 20), p. 353.

¿Y el futuro de la culpa? ¿Seguir los vaivenes de las cortes y luchar contra el sentido común que le impide asumir, definitivamente, el ropaje de un concepto técnico? ¿La constante ampliación de los mecanismos de protección a la víctima en el derecho moderno hará retroceder aún más a la culpa? Lo cierto es que el pretendido ocaso de la culpa no fue más que otra de las tantas discusiones que se dieron y se seguirán dando en derredor de ella; la culpa es un concepto muy arraigado no sólo en la tradición jurídica occidental, sino también en el ánimo de las personas, como para que se pueda pronosticar su desaparición.