

## **La Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno**

Introducción.-

La responsabilidad es la obligación que pesa sobre una persona en orden a indemnizar el daño sufrido por otra. Es contractual cuando nace del incumplimiento de obligaciones contractuales. Es extracontractual cuando tiene su origen en algún delito o cuasidelito civil. Es legal cuando tiene su origen en la ley. Delito civil es el hecho ilícito y doloso que provoca un daño. Cuasidelito civil es el hecho ilícito y culpable que causa un daño. (1437 y 2284). La diferencia entre el delito civil y el cuasidelito civil es irrelevante teórica y prácticamente y en algunas legislaciones ha desaparecido la distinción.

Tanto el delito como el cuasidelito pueden surgir de un hecho (culpa in committendo) o de una abstención (culpa in omittendo).

Lo que distingue el delito o cuasidelito civil del delito o cuasidelito penal es que en el primer caso hay hechos culpables o dolosos que causan perjuicio, en tanto que en el segundo, hecho culpables o dolosos penados por la ley penal. En razón de lo anterior, un mismo hecho puede ser a la vez delito o cuasidelito civil y penal (el hurto); un hecho puede ser cuasidelito o delito penal sin ser cuasidelito o delito civil (delitos de mendicidad, vagancia); y un hecho puede ser cuasidelito o delito civil sin ser cuasidelito o delito penal. Este último es lo normal, pues el concepto de ilícito civil es mucho más amplio que el de ilícito penal.

Entre la responsabilidad civil y la responsabilidad penal hay diferencias importantes:

a) En cuanto a la edad desde la cual se puede incurrir en una u otra (art 10 No 2 y 3 del Código Penal y 2319 del Código Civil).

b) En cuanto a las personas que pueden ser sujetos pasivos de ellas, pues sólo las personas naturales pueden ser penalmente responsables, en tanto que civilmente responsables pueden serlo tanto las personas naturales como las jurídicas.

c) En cuanto a las personas sobre las cuales puede hacerse efectiva la responsabilidad. La responsabilidad penal es esencialmente personal (art 59 Código de Procedimiento Penal), en tanto que la responsabilidad civil puede hacerse efectiva no sólo en el que cometió el ilícito civil (art 2316 Código Civil).

d) En cuanto a las personas que pueden perseguir las responsabilidades: la penal puede perseguirla cualquier persona que no tenga prohibición especial para

hacerlo, que pueda comparecer en juicio, el Ministerio Público o el juez de oficio (arts 15 y 81 del Código de Procedimiento Penal). La civil puede perseguirla el que ha sufrido el daño, sus herederos o cesionarios (art 11 Código de Procedimiento Penal y 2315 del Código Civil).

e)En cuanto a la extensión naturaleza de la sanción: la responsabilidad penal se sanciona con las penas establecidas en el artículo 21 del Código Penal o en leyes especiales y su extensión dependerá de la gravedad de delito o cuasidelito, y de las atenuantes o agravantes. En tanto, la responsabilidad civil se sanciona con una resolución que ordena la reparación del daño, consistente ordinariamente en el pago de una suma de dinero, cuyo monto se determina sobre la base del daño, independientemente de la gravedad del hecho.

f)En cuanto a la posibilidad de renunciar a la acción para hacer efectiva una u otra responsabilidad (art 28 Código de Procedimiento Penal).

g)En cuanto a la prescripción de una u otra acción (art 2332 del Código Civil y 94 del Código Penal).

h)En cuanto al tribunal competente para conocer de una u otra responsabilidad.

No obstante la independencia entre ambas responsabilidades, la civil queda en cierto sentido subordinada a la penal. Por eso, la acción civil puede deducirse no sólo ante el Tribunal civil, sino también ante el Tribunal que conoce del proceso penal (arts 10 y 12 del Código de Procedimiento Penal y 171 del Código Orgánico de Tribunales). Por tal motivo, también, en ciertos casos debe suspenderse la investigación penal hasta que se resuelva una cuestión previa civil (art 409 No 4 del Código de Procedimiento Penal y 174 del Código Orgánico de Tribunales) o, a la inversa, cuando la existencia del delito o cuasidelito haya de ser el fundamento preciso de la sentencia civil, puede suspenderse el juicio civil hasta la terminación de la causa penal (arts 24 y 173 del Código Orgánico de Tribunales). Por lo mismo, la prescripción de la acción civil se suspende mientras no termine la causa criminal cuando al haberse ejercido la acción penal, el querellante se hubiere reservado las acciones civiles.

Por otra parte, un condenado en la causa penal, o que ha sido absuelto o a su respecto dictado sobreseimiento por algunas de las causales del art 179 del Código de Procedimiento Civil, la sentencia penal produce cosa juzgada en lo civil erga omnes (arts 178 y 179 del Código de Procedimiento Civil). Por lo que en el proceso civil no será lícito tomar en consideración pruebas o alegaciones incompatibles con lo resuelto en la sentencia penal o con los hechos que le sirven de necesario fundamento (art 180 del Código de Procedimiento Civil). Si la sentencia hubiere ido condenatoria, el juez civil no podrá poner en duda la existencia del hecho constitutivo del delito o cuasidelito ni sostener la inculpabilidad del condenado (art 13 Código de Procedimiento Penal).

La culpa o el dolo en materia civil o en lo penal son lo mismo, aunque en lo criminal no siempre la culpa es sancionada. Sólo lo es en los cuasidelitos en las personas en algunos casos especiales (arts 329, 490, 491, 492, 494 No 10 del Código Penal).

En materia de responsabilidad civil nuestro Código se inspiró fundamentalmente en el Código Civil francés. La responsabilidad civil es la que proviene de un hecho o de una omisión que causa daño a otro. Puede ser contractual (emana del incumplimiento o del cumplimiento imperfecto, o retardado de una obligación contractual -art 1556 del Código Civil-), delictual (cualquier hecho doloso que causa daño), cuasidelictual (cualquier hecho culpable que cause daño) o legal (aquella que emana directamente de la norma legal). La responsabilidad cuasicontractual (98 y 100 Código de Comercio), es, en realidad, una expresión de responsabilidad legal, consistente en la obligación de esperar respuesta y dar pronto aviso de la retractación. La responsabilidad derivada de la nulidad de un contrato es extracontractual.

#### Diferencias entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual.-

a)La responsabilidad contractual supone un vínculo jurídico previo, del que ha nacido una obligación que se ha incumplido, o cumplido imperfecta o retardadamente. Luego, la responsabilidad es sólo una sanción por el incumplimiento de una obligación preexistente. La responsabilidad extracontractual, en cambio, es propiamente hablando, fuente de responsabilidad. Planiol sostiene que en la responsabilidad extracontractual también hay una infracción de una obligación preexistente que sería el deber genérico de cuidado.

b)La responsabilidad contractual se puede contraer por quien ha alcanzado la plena capacidad de ejercicio, en tanto que la responsabilidad extracontractual exige solamente una cierta edad de imputabilidad (art 2319).

c)La culpa contractual admite gradación, no así la culpa extracontractual (art 44, 1547). En materia extracontractual, se responde de toda especie de culpa (esto es, de la levísima). *In lege Aquilia et levissima culpa venit.*

d)En materia contractual es necesario constituir en mora al deudor; no así en lo extracontractual (art 1557).

e)En materia contractual es posible estipular que el deudor responderá de los perjuicios indirectos, de perjuicios imprevistos o imprevisibles (aun en el evento de no haber habido dolo). En lo extracontractual, ello no es posible, dado que no hay vínculo jurídico previo. Nuestra jurisprudencia ha sido además reacia a aceptar la indemnización del daño moral en materia de responsabilidad contractual (con Jossierand), pese a la opinión contraria de la mayoría de los autores (desde Planiol

y Mazeaud) y la posición de la jurisprudencia más reciente de la mayoría de los países.

f) En lo contractual, si el incumplimiento proviene de varios deudores, la responsabilidad es simplemente conjunta, a menos que se haya estipulado solidaridad, en tanto que en lo extracontractual, la responsabilidad es solidaria (1511 y 2317).

g) En cuanto a la prescripción para hacer efectiva la responsabilidad, en materia extracontractual, la acción prescribe en 4 años, en tanto que en lo contractual, prescribe en 5 años, sin perjuicio de las prescripciones especiales en cierto contratos (2332, 2515, 1834, 1856, 1866 y 1869).

h) En cuanto a la carga de la prueba, en materia de responsabilidad contractual, el acreedor sólo debe probar la existencia de la obligación y su incumplimiento: la culpabilidad de dicho incumplimiento se presume, por lo que el deudor es el que debe destruir esa presunción simplemente legal acreditando que no es responsable, sea porque usó la debida diligencia o cuidado, sea porque el incumplimiento se debió a caso fortuito o fuerza mayor. (1547 y 1698) En cambio, en materia extracontractual, el acreedor debe probar el ilícito y además debe probar que fue culpable o doloso, salvo en los casos en que se presume culpabilidad (2323, 2326 y 2329).

Las reglas que rigen la responsabilidad contractual son el derecho común en materia de responsabilidad civil, de lo que se desprende que se aplican con carácter supletorio a la responsabilidad extracontractual, precontractual o legal. Así se deduce del tratamiento de la responsabilidad contractual en el capítulo Del Efecto de las Obligaciones. Así se desprende asimismo de varias normas que en relación a la responsabilidad legal o cuasicontractual aplican la gradación de culpa (250, 391, 427, 2308, 2288). Esto último se explica por el hecho de que en materia legal o cuasicontractual hay un vínculo jurídico previo entre deudor y acreedor. Y ese vínculo hace plenamente aplicable un grado de culpa definido.

Toda responsabilidad contractual supone un contrato o, AL MENOS, un vínculo jurídico previo entre las partes, de carácter obligatorio. Por faltar éste, no es responsabilidad contractual sino extracontractual la que surge de la celebración de un contrato simulado. En el caso del denominado *transporte benévolo*, tampoco hay responsabilidad contractual, pues falta la existencia de una obligación previa entre las partes. En el caso de un contrato de transporte, en cambio, el daño causado es responsabilidad contractual no obstante pueda tratarse de un contrato gratuito.

Por otra parte, para que haya responsabilidad contractual es necesario que el daño lo sufra una de las partes a consecuencia de una acción u omisión de la otra. Si el daño lo experimenta un tercero, su acción será aquiliana. En un accidente ocurrido

en un contrato de transporte, la acción ejercida por los parientes de la víctima por el daño personal es extracontractual; aunque si ejercen la acción como herederos de la víctima será contractual.

Si el daño es provocado por un tercero por quien el contratante es responsable, la responsabilidad será contractual (1590, 1679, 1925, 1926, 1941, 1947, 2242 y 2243); pero si el contratante no responde por el hecho del tercero, la responsabilidad de éste será extracontractual (2243). En el arrendamiento aparece muy clara la diferenciación entre la responsabilidad contractual (1929) y la extracontractual (1930).

Si el incumplimiento de una obligación contractual es facilitada por la actuación de un tercero como cómplice, la responsabilidad de éste es extracontractual.

Otro requisito básico de la responsabilidad contractual es que el daño sea A CONSECUENCIA del incumplimiento de una obligación contractual (esencial, de la naturaleza o accidental, o subentendida por la ley o la costumbre -1546-). No será responsabilidad contractual -sino extracontractual- si el perjuicio se produjo con ocasión de un contrato o de una obligación jurídica previa.

Si el daño se produjo por un accidente, será contractual en aquellos casos en que la ley impone la obligación indemnizatoria a consecuencia de la obligación de responder por los vicios de la cosa (1861, 1933, 2192, 2203, 2235) o los riesgos de una actividad (2158 No 5, 2089) o si el contrato, por voluntad de las partes, por disposición de la ley o por la costumbre, lleva envuelta una obligación de seguridad (2015) o vigilancia (2320, o el contrato con una clínica). La responsabilidad por ley de accidentes de trabajo, en cambio, no es responsabilidad contractual sino legal, no obstante que existe un contrato de trabajo.

El problema del cúmulo u opción de responsabilidades consiste en si acaso el perjudicado por el incumplimiento de obligaciones contractuales podría optar entre demandar por responsabilidad contractual o desentenderse de ella y demandar responsabilidad extracontractual. La doctrina en general niega lugar a la tesis de la opción de responsabilidades. Si el incumplimiento significa responsabilidad contractual, las partes no podrían prescindir de lo que, para ellas, es ley (1545), esto es, prescindir de lo convenido en orden a el grado de responsabilidad del deudor, el monto o tipo de perjuicios que serían resarcibles. Tampoco se podría prescindir -salvo que se haya pactado lo contrario- de las normas legales que rigen la responsabilidad contractual. Así, si las partes nada han estipulado sobre la naturaleza que deberían tener los vicios ocultos para ameritar el ejercicio de la acción redhibitoria o de las demás relativas a vicios ocultos, entran a jugar las normas legales de los artículos 1861, 1932, 1933, 2192, y 2203.

La opción de responsabilidades será posible solo excepcionalmente en los siguientes casos:

-Cuando las partes lo han estipulado así

-Cuando el incumplimiento de la obligación contractual es a la vez un delito o cuasidelito penal, toda vez que en tal caso del ilícito penal nace una acción civil (art

10 Código de Procedimiento Penal) que no es otra que la acción para perseguir la responsabilidad extracontractual.

Lo que sí es posible es la superposición o coexistencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Dado que no se ve inconveniente alguno en que entre dos personas vinculadas por una obligación precontractual, contractual, cuasicontractual o legal, convenida expresamente o que por disposición legal o por la costumbre exista en una determinada circunstancia entre ellas, pueda, al mismo tiempo, haber un delito o cuasidelito civil. Esta superposición supondrá, en todo caso, que el ilícito extracontractual carece de todo vínculo con el incumplimiento de la obligación preexistente.

Además de la clasificación de la responsabilidad civil en contractual o extracontractual existen otras clasificaciones y categorías.

La responsabilidad extracontractual puede ser objetiva (se funda en el riesgo creado y en el daño provocado) o subjetiva (se funda en la culpa o dolo del agente).

En atención a su origen, la responsabilidad extracontractual puede ser simple (proviene del hecho personal del autor del daño) o compleja (proviene de un hecho ajeno, del hecho de un animal o de una cosa de los cuales la ley hace responsable a alguien). En la responsabilidad simple, la víctima deberá probar la culpa o dolo del autor del daño. En la responsabilidad compleja, la ley presume la culpabilidad del civilmente responsable.

La teoría clásica o subjetiva, supone que sin culpa o dolo no puede haber ni exigirse responsabilidad. La víctima debe asumir los riesgos de todo caso fortuito o fuerza mayor. La dificultad de probar esa subjetividad ha hecho que hayan ido surgiendo correctivos destinados a aliviar la carga probatoria a la víctima. En este contexto hay que entender las presunciones de culpabilidad, que pueden ser simplemente legales (2320, 2322, 2326, 2328 y 2329) o de derecho (2321 y 2327). También debe entenderse en tal contexto la extensión que la doctrina y la jurisprudencia han ido haciendo acerca de la noción de culpa. Lo que hace años no era considerado culpa hoy sí lo es.

La teoría del riesgo creado o de la responsabilidad objetiva, nació en Alemania (Mataja) y en Francia (Josserrand) simultáneamente a mediados del siglo pasado. Según esta teoría, el que crea una situación de riesgo debe responder en el evento de que se produzca el daño que se arriesgaba. Aun cuando no haya habido culpa alguna ni dolo. Para esta teoría, la responsabilidad es un problema de causalidad; no de imputabilidad. La ventaja teórica de esta teoría consiste en que logra diferenciar nítidamente la responsabilidad civil (que pretende restablecer un equilibrio de justicia) de la penal (que involucra la idea de pena o castigo). La ventaja práctica consiste en que la víctima ya no se encuentra frente a la dificultad de probar la subjetividad del autor del ilícito.

Entre nosotros encontramos responsabilidad objetiva en diversas normativas. Así, existe un convenio sobre responsabilidad internacional por los daños causados por objetos espaciales (Decreto No 818, de 22.03.77, de R.R.E.E.). En el Código Aeronáutico hay varios casos de responsabilidad objetiva tanto en la responsabilidad por daños durante el transporte aéreo (art 143) como por daños a terceros en la superficie (art 155). La Ley No 18.290 del Tránsito establece en algunas materias responsabilidad objetiva, como la del propietario del vehículo por las infracciones o perjuicios (art 174). La ley de abusos de publicidad establece la responsabilidad objetiva del propietario del medio (art 29). La Ley General de Ferrocarriles (Decreto No 1157, de 1931) también establece responsabilidad objetiva de la Empresa de Ferrocarriles del Estado (en virtud de la extensión del DFL No 16 de mayo de 1931) por el hecho de los administradores y empleados o dependientes. Por último, cabría citar la responsabilidad objetiva establecida en el artículo 49 de la ley 18.302 sobre seguridad nuclear.

Para los autores clásicos (Planiol, Ripert, Colin y Capitant, Mazeaud), la teoría de la responsabilidad objetiva tiene los siguientes inconvenientes. Primero, suprime de la responsabilidad civil el elemento moral, que es el que crea en el hombre la conciencia de su deber de reparar el daño causado. Es decir, se hace indemnizar sin que exista la convicción de un deber en tal sentido. Reduce la indemnización a un problema de causalidad.

Nuestro Código consagra claramente la teoría de la responsabilidad subjetiva (2314/2284). Exige voluntad (2319), negligencia (2320 y 2322 incisos finales y 2326, 2323, 2328, 2329 y 2333). Los artículos 2321 y 2327 no revelan responsabilidad objetiva sino que solo constituyen presunciones de derecho de culpabilidad.

ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.- (2284, 2314 y 2319).

- Capacidad delictual o cuasidelictual
- Dolo o culpa
- Perjuicio
- Relación de causalidad

1.-La capacidad delictual o cuasidelictual.- La regla general es la capacidad delictual o cuasidelictual. Sólo son incapaces quienes carecen del discernimiento necesario para comprender el hecho que ejecutan. La capacidad delictual y cuasidelictual es más amplia que la contractual pues es más fácil alcanzar el discernimiento acerca del bien y del mal que el necesario para entrar a celebrar actos jurídicos.

La capacidad extracontractual civil es enteramente independiente de la penal. De ahí que la sentencia de sobreseimiento definitivo o absolutoria en lo penal no impide que pueda ser condenado en lo civil (art 179 No 1 del Código de Procedimiento Civil exceptúa expresamente del efecto de cosa juzgada de lo penal

en lo civil el caso en que la absolución o el sobreseimiento se funde en la existencia de circunstancias que eximan de responsabilidad criminal).

Son incapaces de delito o cuasidelito civil los dementes, esto es, quienes al ejecutar el hecho estaban totalmente privados de la razón. Si actuó bajo un intervalo lúcido, será responsable aunque haya estado declarado en interdicción, pues el art 465 sólo rige la responsabilidad contractual del demente. El que actuó hipnotizado es irresponsable. Lo será quien lo hipnotizó y, eventualmente, el hipnotizado si consintió culpablemente en quedar privado de razón. En cambio, en el caso del ebrio, éste es siempre responsable de su delito o cuasidelito, sea que lo haya embriagado un tercero o él mismo.

También es incapaz el menor de siete años, esto es, el infante (2319/26), quien está hasta tal punto privado de discernimiento que ni siquiera puede adquirir la posesión de una cosa mueble (art 723). Asimismo es incapaz el menor de dieciséis años si el juez estima que obró sin discernimiento. El juez competente para hacer ese análisis es el Juez Civil.

De los daños causados por los dementes, por los infantes o por los menores de 16 años y que obraron in discernimiento, responden las personas a cuyo cuidado están *si pudiere u negligencia*.(2319). El guardián puede ser cualquier persona. No solamente alguna de las previstas en el art 2320 o 2322. El actor deberá probar culpa personal del guardián. Esto en el fondo no es responsabilidad por hecho ajeno sino por hecho propio. Por eso, el guardián que queda obligado a indemnizar no tiene la acción de reembolso que en cambio confiere el art 2325.

Las personas jurídicas son capaces de delito o cuasidelito civil:deben indemnizar los perjuicios provocados con culpa o dolo por las personas naturales que obran en su representación o que están bajo su cuidado o servicio. Eso sí que es necesario que la persona jurídica tenga plena existencia legal. De lo contrario habría una responsabilidad personal del autor o solidaria de los autores (2317). Las personas jurídicas tienen tanto responsabilidad simple como compleja. Tienen una responsabilidad personal por los delitos o cuasidelitos cometidos por sus órganos dentro del ámbito de sus funciones (552), sin perjuicio de la responsabilidad solidaria del órgano, al haber actuado conjuntamente (2317). También son responsables de los delitos o cuasidelitos por hechos ajenos o de las cosas en los mismos términos que si se tratase de un persona natural. Es decir, es plenamente aplicable lo dispuesto en los arts 2320, 2322, 2323, 2326 a 2328. Pero tienen derecho de reembolsarse en contra de los autores del delito o cuasidelito civil en los términos establecidos en el art 2325.

2.-El dolo y la culpa.- El dolo es la intención positiva y directa de causar daño (art 44). No una simple conciencia o representación del resultado sino una intencionalidad (2284). Pero en ciertos casos se habla de dolo cuando hay un compartir una actitud dolosa, pero sin una subjetividad propiamente intencionada (Ej:2468 No 1).

Hay acciones dolosas que no son delito, como por ejemplo, la ruptura dolosa de unos esponsales (98).

La culpa es la falta de diligencia o cuidado en la ejecución de un hecho. Debe ser apreciada en abstracto, comparando la conducta del agente con la ordinaria esperable en tal caso. Se habla de "culpa contra la legalidad" cuando la sola violación de una norma legal genera culpabilidad en el infractor.

Hay abstención en la acción cuando el agente, al ejecutar el acto perjudicial, omitió tomar todas las providencias que habrían podido evitar el daño. Estamos frente a la negligencia. La abstención pura y simple, en cambio, es la pura pasividad.

3.-El daño o perjuicio.- Es esencial para que haya responsabilidad extracontractual, dado que si falta no hay interés alguno y sin interés no hay acción. Es perjuicio cualquier detrimento o menoscabo, dolor o molestia que sufra un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, créditos, afectos, creencias,... Puede ser también la pérdida de una LEGÍTIMA ventaja o beneficio. La ventaja o beneficio de que el hecho ha privado debe haber sido lícito, esto es, no contrario a la ley, el orden público o las buenas costumbres. El daño debe ser cierto, real, efectivo. No importa que el monto sea incierto, indeterminado o de difícil evaluación. No sólo es cierto el daño actual o presente. Puede ser cierto un daño futuro, cuando se han producido las circunstancias que lo determinarán, esto es, están sentadas las bases para la determinación anticipada como consecuencia del desarrollo de una situación ya existente.

No debe confundirse daño emergente con daño actual ni lucro cesante con daño futuro, pues un daño emergente puede ser futuro y un lucro cesante puede ser actual. En un accidente automovilístico, es daño emergente actual los gastos de reparación, de hospitalización, medicamentos,... y lucro cesante actual lo que hasta la fecha ha dejado de ganar la víctima por el impedimento. Daño emergente futuro serán los gastos de tratamiento hacia futuro y lucro cesante futuro será la no obtención futura de un lucro legítimo. También puede haber un daño emergente futuro unido a un lucro cesante actual (Ej:Una persona construye un inmueble para arrendarlo y a consecuencia de una mala construcción, la Municipalidad declara no apta para arrendar la casa por la eventualidad de que surjan grietas...)

Mucho más discutible y discutido es el problema de la indemnizabilidad del daño eventual, fundado en hipótesis, como la pérdida de una probabilidad de ganar, la pérdida de una expectativa. Puede ocurrir que en algunos casos la expectativa llegue a confundirse con el lucro cesante futuro... Esta materia ha sido tratada con mucha profundidad por cierta doctrina francesa (Mazeaud y Lalou) y en general por la jurisprudencia francesa. El Código de Polonia de 1934 (art 161 ) es el único en el mundo que contempla esto. Ordena la reparación cuando "las probabilidades de triunfar en el porvenir han disminuído".

Frente a los daños contingentes, en todo caso, hay acción popular preventiva (948, 2328 inc. 2o y 2333). Desde el punto de la previsibilidad, se indemniza no sólo el daño previsto o previsible sino también el imprevisto o imprevisible.

El daño puede no ser no sólo material sino también moral. Daño moral es el dolor, la aflicción, considerada autónomamente e independiente de las consecuencias patrimoniales o materiales que ese daño moral puede haber provocado a su vez.

La jurisprudencia y la doctrina aceptan la indemnización del daño moral basados en que ni el art 2314 ni el art 2329 distinguen la naturaleza del daño y en que muchas normas lo consagran expresamente (como la indemnización constitucional por error judicial, la ley de abusos de publicidad, la ley de accidentes del trabajo,... Dice Alessandri que "El hecho de que la indemnización tienda por lo general a hacer desaparecer el daño, a restablecer en el patrimonio de la víctima el valor que de él se sustrajo o que se le disminuyó, lo que no puede ocurrir respecto del daño moral, dada su naturaleza, no obsta a que este daño pueda ser indemnizado.

Aparte de la injusticia o inconveniencia que importaría dejar sin sanción un hecho ilícito que ha inferido una molestia o dolor a otro, a pretexto de que la indemnización no equivale exactamente al daño causado, cabe recordar que la indemnización no sólo es *reparadora*. También puede ser *compensatoria* o *satisfactoria* y en el hecho lo es cuando el daño por su naturaleza es irremediable, cuando consiste en la destrucción de algo que no puede restablecerse o rehacerse: la muerte de una persona..." "...el dinero que el ofensor paga a la víctima no será la representación exacta del dolor que ésta experimente; pero le servirá para compensarlo procurándole los medios para aliviarse, si es físico, o de buscar otras ventajas o satisfacciones que le permitan disiparlo, o, en todo caso, atenuarlo o hacerlo más soportable". La dificultad de apreciar el monto en el daño moral ha llevado a algunos a sostener que la indemnización del daño moral sería una pena privada.

La Corte Suprema a su vez ha dicho (R T. 21, 2a p., Secc 1a, p. 1053) que la dificultad de evaluar el daño moral sólo revela "la insuficiencia de los medios de que el legislador puede disponer para alcanzar el completo restablecimiento del derecho, pero no que deba dejar de aplicarse la sanción que él mismo establece como represión o reparación de los actos ilícitos".

Sólo se debe indemnizar el daño directo, aquel que es una consecuencia cierta y necesaria del ilícito. No se indemniza el daño indirecto, aquel que no deriva necesaria y forzosamente del hecho ilícito. Ello, por cuanto falta la relación de causalidad.

#### 4.-La relación de causalidad.-

Consiste en que el daño sea la consecuencia directa y necesaria de la acción u omisión culpables o dolosas. El art 2314 habla de "inferir" y el 2329 de "imputar". Como dice Mezger en su Tratado de Derecho Penal, "la punibilidad del resultado presupone que éste se encuentra en relación de causalidad con el acto de voluntad del que actúa. El acto de voluntad es causal respecto al resultado cuando suprimido "in mente" desaparecería también el resultado en su forma concreta".

Cuando el daño es el producto de varias causas surge el problema de la pluralidad de causas. Para las teorías individualizadoras, ha de destacarse de un conjunto de

antecedentes que conforman el resultado (condiciones), aquel que constituye la causa. Para las teorías generalizadoras, en cambio, no cabría diferenciar entre causa y condición, por lo que cada una de las condiciones sin las que no se hubiera producido el resultado, tendrá el mismo valor causal.

Las teorías individualizadoras han sido formuladas básicamente por el derecho penal alemán. Así, Binding sostiene la Teoría del Equilibrio o de la Preponderancia, en que la aparición del evento antecede un estado de equilibrio entre las circunstancias que tienden a producirlo (condiciones positivas) y otras que impiden que aquellas logren efecto (condiciones negativas), por lo que la causa sería la producción de una preponderancia de las condiciones positivas sobre las negativas del resultado mediante la voluntad humana. Birkmeyer sostiene la Teoría cuantitativa de la condición más eficaz (teoría inútil cuando son varios los sujetos que intervienen en la realización del hecho). Kohler propone una teoría similar pero cualitativa.

Las teorías generalizadoras postulan la no distinción entre causa y condición. Básicamente se centran en la teoría de la equivalencia de las condiciones (formulada inicialmente por Von Buri). Los matices de otras teorías cercanas se concentran en estimar inaceptables los resultados a que se llega con la teoría de la equivalencia absoluta, proponiendo delimitar su extensión, por cuanto no toda causa en sentido natural es relevante desde el punto de vista jurídico (teorías de la adecuación o de la relevancia -Ludwig von Bar). Es causa toda condición que suprimida mentalmente daría lugar a que no se produjese el resultado.

Aplicada al ámbito civil, se podría formular la teoría de la equivalencia de las condiciones -mayoritaria en la doctrina y la jurisprudencia chilenas en lo civil-, en el sentido de que cuando la culpa o el dolo es UNA de las causas necesarias y directas del daño, su autor es obligado a repararlo íntegramente. No podría pretenderse la reducción a pretexto de existir otras causales, ni aunque alguna de ellas fuere caso fortuito o fuerza mayor. Sólo se exceptúa el caso de imprudencia de la víctima, pues entonces la apreciación del daño está sujeta a reducción (2330). Pero si entre las causas hay hechos ilícitos imputables a terceros, el obligado a indemnizar puede repetir contra sus autores, por el total si la responsabilidad es compleja (2325) o por la parte que a cada uno corresponda si el delito o cuasidelito ha sido cometido por varios conjuntamente (2317). Consecuencia de esta teoría es que las predisposiciones, esto es, las particularidades inherentes a la víctima o su estado de salud no influyen en la responsabilidad del agente (salvo que la víctima a sabiendas se hubiera expuesto, sabiendo su predisposición). Aunque si hay un mal totalmente consumado al momento de cometerse el delito o cuasidelito, debe ser tomado en cuenta (Savatier pone el ejemplo de un tuerto que a consecuencia de un accidente queda ciego totalmente. No podría demandar igual reparación que si la víctima hubiera sido una persona normal). Desde el campo penal la crítica más demoledora de la teoría de la equivalencia de las condiciones proviene de Binding, quien hace ver que esta teoría confunde causa con ocasión.

Es indiferente que la relación de causalidad sea mediata o inmediata. Aunque es más probable que la relación de causalidad vaya desapareciendo a medida que se aleja la distancia entre el ilícito y el daño. Precisar los hechos materiales de donde el actor pretende derivar la relación causal es una cuestión de hecho, pero en cambio si la relación de causalidad existe o no es una cuestión de derecho, susceptible de revisión en casación.

#### EL ABUSO DE LOS DERECHOS.-

Un delito o cuasidelito puede consistir no sólo en un acto material u omisión cualquiera. Puede tratarse del ejercicio de un derecho que causa daño a otro. Hay abuso de un derecho cuando éste es ejercido prescindiendo de la finalidad social en cuyo contexto se encuentran amparados (Saleilles, Geny) o con una motivación psicológica dolosa (Josserand). En general se han mostrado críticos a esta doctrina los autores clásicos (Planiol, Demogue, Duguit) quienes sostienen que la doctrina es innecesaria pues ejercer culpable o dolosamente un derecho es un delito o cuasidelito civil sometido a las reglas generales, toda vez que los derechos deben ser ejercidos sin malicia y con la diligencia debida.

Hay Códigos Civiles que contemplan la idea de abuso del derecho explícitamente como el ejercicio de un derecho con el sólo propósito de dañar a un tercero (Alemania, México, Austria, China). En Chile ciertas normas están inspiradas en la idea (945, 2110). En el Código de Procedimiento Civil (280 en relación a las medidas prejudiciales precautorias y 467 en relación al ejecutante) y en el Código de Procedimiento Penal (arts 32 y 34, 87, 96 y 576).

La responsabilidad a que de lugar el abuso de derechos es siempre extracontractual, aun cuando el derecho que se ejerció abusivamente derivara de un contrato.

Hay derechos absolutos, respecto de los cuales resulta imposible calificar su ejercicio de abusivo. (112, 514 No 5, 854, 942, 1184, 1317).

En Francia hay jurisprudencia que ha aceptado demandas de indemnización por abuso de derechos cuando el dueño o morador de un inmueble excede el límite ordinario que nace de las relaciones de vecindad, no obstante que un establecimiento cuente con todas las autorizaciones legales o municipales. Se han aceptado también demandas indemnizatorias por ejercicio abusivo de acciones judiciales o de recursos legales o defensas sin fundamento, culpable o dolosamente ejercidas o invocadas. Alessandri sostiene que tratándose de acciones penales infundadas, sólo procedería la demanda indemnizatoria si la acción penal ha sido previamente declarada calumniosa por el Tribunal del Crimen (art 211 Código Penal). En Chile hay jurisprudencia que no lo exige como requisito.

La doctrina francesa ha señalado que si una huelga o un cierre obedecen a móviles políticos o dolosos ajenos a la defensa de los legítimos intereses empresariales o laborales, hay abuso de derecho.

La sanción al abuso del derecho normalmente será una indemnización. Pero en otros casos habrá sanciones diferentes, como la nulidad (2110), una obligación de hacer (945),...

De las Presunciones de Culpabilidad.- A fin de facilitar la posición de la víctima de un delito o cuasidelito civil, nuestro Código presume, en ciertos casos, la culpabilidad. En estos casos, la víctima no necesita probar la culpa de la persona cuya responsabilidad se presume. Le bastará acreditar los hechos de los cuales la ley deriva la presunción. Establecidos esos hechos, queda establecida la culpa y la relación de causalidad con el daño. La persona cuya culpabilidad se presume, debe probar que empleó la debida diligencia o cuidado, que el hecho provino de un caso fortuito ajeno que no le es imputable o que no existe relación de causalidad entre su culpa y el daño.

1.-Presunciones de responsabilidad por el hecho propio.- (2329). La jurisprudencia ha sostenido que esta norma es simple repetición del art 2314. La doctrina en cambio la explica como un caso de presunción de culpabilidad. Así lo demostraría la expresión "por regla general" con que comienza y que significa una alusión a las presunciones de culpabilidad de los arts 2320 a 2328, en la intención de referirse a casos análogos que pudiese haber omitido. También lo demostraría la expresión "pueda" (todo daño que pueda...), lo que significa que el legislador da por establecido que aun no existiendo una relación de imputabilidad perfecta, atribuye culpabilidad ("deberá ser reparado por esta"), lo que sólo puede ser entendido en el contexto de una presunción de culpabilidad. Además, los ejemplos que enumera este artículo se refieren a situaciones que por sí solas son demostrativas de culpabilidad. Por último, no es dable suponer que el legislador hubiera querido repetir sin ninguna utilidad el artículo 2314.

En el fondo, el art 2329 constituye una presunción de culpabilidad en situaciones en las que el daño proviene de actividades caracterizadas por su peligrosidad. La presunción procede en cualquier caso en que el hecho que causó el daño, sea por su naturaleza o por las circunstancias en que se realizó, sea razonablemente imputable a malicia o negligencia de una persona, ya que la denotan en razón de que ordinariamente ese tipo de hechos provienen de malicia o negligencia.

Hay hechos que dentro de las probabilidades humanas es razonable atribuirlos a dolo o culpa. Hechos que por sí solos denotan algún grado de culpa o dolo; que de otra forma no se explican. Un choque de trenes, la caída de un ascensor, son hechos cuya ocurrencia denota malicia o negligencia de alguien. Se presume esa negligencia dado que por su naturaleza "pueden imputarse" a malicia o negligencia, más que "imputarse" a algún caso fortuito o fuerza mayor. En todo caso, la enumeración de casos que hace el art 2329 es meramente ejemplificadora ("...especialmente...").

El efecto de la presunción consiste en que en hechos que se encuentren en esta situación, la víctima del daño sólo tendrá que probar el hecho y se presumirá la

culpabilidad y la relación causal. En los casos señalados en los Nos 1, 2 y 3 del art 2329, bastará con probar los hechos materiales allí descritos.

En la Ley del Transito hay varios casos de presunción de culpabilidad por hecho propio (arts 170, 173 y 176).

## 2.-Presunciones de culpabilidad por el hecho ajeno.-

Por regla general una persona sólo responde de sus propios delitos o cuasidelitos o de los cometidos por la persona de quien se es heredero (2316). Pero excepcionalmente se responde también de los delitos o cuasidelitos cometidos por personas que están bajo la propia dependencia o cuidado. La vigilancia o cuidado puede nacer de hechos voluntarios o por disposición de la ley. En este último caso encontramos las normas de los arts 219, 222, 276 y 277. En estricto rigor, se trata de responsabilidad por un hecho propio cual es la falta de diligencia o cuidado en la vigilancia.

En nuestro Código, la responsabilidad por el hecho ajeno, constituye un principio aplicable en todos los casos en que una persona tiene a otra bajo su dependencia o cuidado, no obstante se trate de una situación no prevista explícitamente en el art 2320.

Esta norma contempla una enumeración no taxativa, como se deduce de la expresión "asi" que significa "en consecuencia", esto es, como ejemplos de aplicación de la regla enunciada en el inciso primero.

Para que haya lugar a la responsabilidad por el hecho ajeno se requiere:

a) Vínculo de subordinación o dependencia entre dos personas. Una correlación de autoridad-obediencia. Ese vínculo debe probarlo la víctima (1698), aunque en los casos especialmente previstos en el art 2320 y 2322, bastará con probarse la situación prevista en la ley. Ahora bien, puede ocurrir que no existiendo o no probándose vínculo, haya una responsabilidad por una persona distinta al autor del hecho material. Si una persona deja abierto su automóvil con las llaves puestas y entra un niño, lo echa a andar y provoca un accidente, el dueño del auto es responsable pues ha incurrido en un hecho (propio) culpable.

La sola relación de mandato no implica en modo alguno el vínculo. Por el sólo hecho del mandato, el mandatario no se halla bajo cuidado del mandante. Puede que exista el vínculo, pero no por el sólo hecho del mandato sino por algún tipo de relación paralela. Ahora bien. Si el mandatario actúa por orden del mandante o en cumplimiento de instrucciones del mandante, o el mandante ha participado en el delito o cuasidelito, el mandante será responsable, pero será responsabilidad por hecho propio.

b) Que el vínculo de subordinación o dependencia sea de derecho privado. De lo contrario, se podrán aplicar normas constitucionales para hacer efectiva la responsabilidad del Estado o de la Municipalidad, pero un funcionario público no está bajo dependencia o cuidado del respectivo organismo público.

c) Que tanto el civilmente responsable como el subordinado o dependiente tengan capacidad para ser extracontractualmente responsables. Si el subordinado era

incapaz, no hay responsabilidad del guardián sino en el contexto del art 2319, esto es, si hay y se le prueba culpa al guardián.

d) Que el subordinado cometa actos ilícitos. Ello revela de parte del guardián una falta a su deber de vigilancia.

e) Que la víctima (el actor) logre acreditar la culpabilidad del subordinado (esta culpabilidad no se presume; hay que probarla).

El efecto de las presunciones de culpabilidad por el hecho ajeno, consiste en que cumplidos los requisitos anteriores se presume legalmente la culpabilidad del guardián y el vínculo causal entre esa culpa y el daño. Por ello, no será necesario acreditar la culpa del guardián. Pero éste puede eximirse de responsabilidad probando haber actuado con la debida diligencia (2320 inciso final).

Ahora bien, la responsabilidad por hecho ajeno no extingue la responsabilidad del autor del hecho material. Ambas responsabilidades subsisten. La víctima podrá demandar conjunta o separadamente a cualquiera de ellas la reparación del daño. Una vez que el civilmente responsable paga la reparación, tiene una acción de reembolso en contra del subordinado en los términos del art 2325. Frente a esta demanda, el subordinado no podrá alegar que hubo descuido del guardián, pues el legislador no ha contemplado tal excepción sino que al contrario, parte de la base que si el guardián pudo ser condenado fue porque de su parte hubo falta al deber de vigilancia.

La acción de reembolso no procederá si el autor del daño obró por orden del civilmente responsable, o en cumplimiento de sus instrucciones, o es un demente, un infante o un menor de 16 años que obró sin discernimiento.

La presunción de culpabilidad de los arts 2320 a 2322 sólo procede si el daño lo ha experimentado un tercero que no sea ni el propio subordinado ni otro guardián que sea civilmente responsable.

En la responsabilidad por el hecho ajeno, la víctima sólo la podrá hacer efectiva de quien en concreto tenía bajo su dependencia y cuidado al autor del ilícito en el caso concreto. Si el daño lo provocó un alumno estando en el Colegio, no podrá demandar al empleador o al padre. Pero al padre o madre podrá siempre demandarlos en el contexto del art 2321 (cualquiera sean las circunstancias del caso, con tal que el ilícito conocidamente provenga de la mala educación o de los hábitos viciosos que el padre o madre ha dejado adquirir al hijo).

La responsabilidad del padre y en su defecto de la madre (2320 inc 2o) por los hechos de los hijos menores que habitan en la misma casa, se sustenta en la potestad paterna (aplicable a filiación legítima, natural o adoptiva), que impone un deber de educación y cuidado que se presume se concreta más eficazmente si el hijo menor habita en la misma casa.

La responsabilidad es primordialmente del padre pues a él está particularmente subordinado el hijo (219 y 222). La madre sólo será responsable a falta del padre, esto es, cuando la tuición o cuidado personal le haya sido otorgado por ley (muerte natural o presunta del padre, divorcio, nulidad o separación, casos en los cuales la tuición corresponde a la madre) o por sentencia judicial (cuando el padre es

declarado inhábil para ejercer el cuidado personal). Si un extraño o un pariente que no sea padre o madre tienen al hijo bajo su dependencia o cuidado, también se aplica la responsabilidad por hecho ajeno, pues se aplica el principio general del inciso primero del art 2320. Luego, también es responsable el padre o la madre simplemente ilegítimos si tienen bajo su cuidado al menor.

Es necesario que se trate de un menor (esté o no emancipado). Pero debe ser un menor bajo cuidado del padre o madre. No lo estará y por tanto no se aplica la regla, si el menor de edad contrae matrimonio (aunque siga habitando en la misma casa). En tal caso no se aplicará la regla de responsabilidad por hecho ajeno, pero no por haber cesado la patria potestad (la responsabilidad por hecho ajeno no se funda en la patria potestad sino en la potestad paterna) sino por haber cesado el deber de vigilancia y cuidado. Si el menor ejerce un empleo, oficio, profesión o industria, y en ejercicio de ellos comete el delito o cuasidelito, los padres no son responsables pues el menor se mira en tal caso como mayor de edad (246). Si el menor es dependiente, aprendiz o criado, y comete el ilícito estando bajo cuidado del empleado, artesano o amo, los padres no son responsables aunque el hijo sea menor y viva en la misma casa que los padres, salvo en el contexto del art 2321.

Si el menor no habita en la misma casa cesa la responsabilidad de los padres aun cuando en el hecho el hijo esté igualmente bajo cuidado de ellos y no bajo cuidado del internado o de los adultos de la casa donde vive. Lo anterior, sin perjuicio que puede acreditarse culpa personal del padre o madre en el hecho de que el hijo esté viviendo fuera de su casa sin la vigilancia adecuada.

La única manera de que el padre o madre se eximieran de responsabilidad es a través de la excusa del art 2320 inciso final. Será necesario probar la imposibilidad (a lo imposible nadie está obligado) de haber podido evitar el hecho con la autoridad que su respectiva calidad le confiere y el cuidado que su calidad le prescribe, atendidas todas las circunstancias de hecho del caso en particular.

Pero si se acredita por la víctima o aparece del examen del proceso que el ilícito cometido por el menor provino conocidamente de la mala educación o de los hábitos viciosos que les han dejado adquirir sus padres, estos no podrán eximirse de responsabilidad: su responsabilidad por un hecho propio será inexcusable. Ni siquiera probando que el menor no vive en la casa o que en el caso concreto el hecho se produjo estando el menor bajo cuidado de su colegio o de su empleador, por ejemplo, pues no obstante ese deber de vigilancia general, ha quedado demostrada una relación de causalidad con la mala educación o hábitos viciosos generados por los padres.

La responsabilidad de los tutores o curadores por los hechos de sus pupilos (2320 inc. 3o) se funda en la obligación del tutor o curador de cuidar de la persona del pupilo (340). Pero se exige que viva bajo dependencia y cuidado del tutor o curador, aunque no habite en la misma casa. Esta responsabilidad no existirá si el pupilo vive bajo dependencia o cuidado de otras personas, o si en el hecho estaba bajo cuidado o dependencia de su empleador (2322) o si se trata de un curador

adjunto, de bienes o especiales, puesto que estos curadores no cuidan de la persona del pupilo.

Esta responsabilidad también puede cesar probando el tutor o curador que en el caso concreto, no obstante haber estado bajo su cuidado le fue imposible evitar el hecho con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad le confiere y prescribe.

La responsabilidad de los jefes de colegios y escuelas por los hechos u omisiones de sus discípulos cometidos mientras están bajo su cuidado (2320 inc 5o), se funda en la obligación genérica de los jefes de colegios o escuelas de mantener la debida disciplina en el respectivo establecimiento. Se refiere a cualquier rector, director o quien haga sus veces, de cualquier establecimiento de educación o enseñanza. El discípulo puede serlo de cualquier edad o naturaleza, pero debe tratarse de un ilícito realizado por éste mientras está bajo cuidado del jefe del establecimiento. Además, es necesario que se trate de un ilícito que no diga relación estricta con una eventual obligación de seguridad precisa engendrada por el contrato educacional. La víctima debe serlo otro discípulo o un tercero. Cesa esta responsabilidad si el jefe del establecimiento prueba que no hubo culpa de su parte toda vez que no pudo evitar el hecho con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad le confiere y prescribe (2320 inc final).

La responsabilidad de los artesanos (art 2320 inc 5o) por el hecho de sus aprendices mientras están bajo su cuidado, se fundamenta también en una presunción de la infracción del deber de vigilancia que supone el legislador afecta al artesano. Se refiere a cualquier persona que ejerza lucrativamente un oficio mecánico. La víctima debe ser otro aprendiz o un tercero. También cesa la responsabilidad del artesano si prueba que no hubo culpa de su parte dado que con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad le confiere y prescribe no habría podido impedir el hecho. (art 2320 in final).

La responsabilidad de los empresarios por los ilícitos cometidos por sus dependientes (art 2320 inc 5o) se funda igualmente en la falta al deber de vigilancia en que se presume ha incurrido el empresario. Obligado a velar por que sus dependientes no causen daños y a tomar por lo mismo las medidas necesarias para ello, dado que se hallan bajo sus ordenes y dirección, es natural presumir que si algún daño se produce, es porque esa vigilancia no se ejerció adecuadamente o las medidas adoptadas fueron insuficientes.

Esta responsabilidad es de muy frecuente aplicación práctica y es la que se invoca en aquellos casos en que se demanda indemnización en contra de una empresa por hechos de algún trabajador. Están afectos a esta responsabilidad los empresarios, esto es, toda persona natural o jurídica, incluso empresas del Estado, fiscales o municipales, puesto que aun cuando el propietario de la empresa sea el Estado o una Municipalidad, ellos actúan, al respecto, como sujetos de derecho privado. El ilícito ha de haber sido cometido por un dependiente, esto es, por

cualquier persona que se desempeñe bajo las ordenes de otra, aun cuando no sean órdenes directas. No es necesario que tenga una relación laboral. El médico que presta sus servicios usualmente en una Clínica, aunque no tenga contrato de trabajo con ella, es dependiente en la medida en que queda sometido a una reglamentación que para él es vinculante.

Pero es necesario que el ilícito se haya cometido mientras el dependiente estaba bajo cuidado del empresario (mientras se halle en servicio) y que la víctima sea otro dependiente o un tercero. Si la víctima es el propio dependiente que provocó el hecho, no cabe aplicar el art 2320 sino la ley de accidentes de trabajo o, en caso de ser inaplicable ésta, la normativa común de responsabilidad contractual o extracontractual. También cesa la responsabilidad del empresario si prueba que con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad le confiere y prescribe no hubiera podido impedir el hecho.

La responsabilidad de los amos por los ilícitos de sus criados o sirvientes (2322) sólo tiene lugar cuando el ilícito se desarrolla en el ejercicio de las funciones que le son propias. No es responsable si el ilícito se desarrolla fuera del ámbito de las funciones propias. Aquí el fundamento no es la infracción del deber de vigilancia sino la culpa *in eligendo* o *in vigilando* del amo. El sujeto responsable por el hecho ajeno es cualquier persona natural o jurídica que tiene a un empleado doméstico bajos sus ordenes y dependencia. Se supone que mientras el criado o dependiente desarrolla sus propias funciones, las posibilidades del patrón de evitar el daño son mayores por cuanto no sólo tiene un deber de vigilancia genérico sino uno específico que dice relación con el modo de ejercer, el criado o dependiente, sus respectivas funciones. Nuestra jurisprudencia sin embargo ha extendido este caso a otros tipos de dependientes, confundiéndolo con el caso de los empresarios .

El amo no es responsable si el ilícito tiene lugar fuera de los que son las funciones propias del criado o dependiente, aun cuando lo ejecute estando bajo cuidado o a su servicio.

Esta responsabilidad cesa si el amo prueba que el criado o sirviente ejerció sus funciones de un modo impropio que él no tenía el modo de prever o impedir usando el cuidado ordinario y la autoridad competente (2322). Ejerce sus funciones de un modo impropio el criado o sirviente que contraviene o desobedece las órdenes de su patrón. Para que el patrón quede eximido de responsabilidad es necesario que pruebe que ese modo impropio de ejercer las funciones no emana de algún grado de negligencia del patrón.

En leyes especiales hay otros casos adicionales de responsabilidad por el hecho ajeno. Así, en la ley del tránsito, en el Código Aeronáutico, en la ley de abusos de publicidad,...

### 3.- Presunciones de culpabilidad por el hecho de las cosas.-

Se refiere a situaciones en las que un objeto que pertenece o está al servicio de una persona causa un daño. Se funda en que el propietario o el que se sirve de

una cosa debe vigilarla y mantenerla en estado de que no cause daño. Luego, si la cosa produce daño se presume que fue culpa de su propietario o de quien se está sirviendo de ella.

a) Responsabilidad por el hecho de los animales. 2326. El sujeto responsable es el dueño de un animal o el que se sirve (directamente o a través de dependientes) del animal (sea que tenga como título para servirse de él un derecho real o personal, o no tenga título alguno), cuando el animal produce un daño. Esto, aunque el animal se haya soltado o extraviado (la soltura o extravío denota *per se* una culpa). Si el animal es fiero y no reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, el responsable es el que lo tenga (2327). El sujeto responsable puede ser persona natural o jurídica. La ley no distingue. El fundamento es la falta de vigilancia o imprudencia en que se presume ha incurrido el dueño o el que se sirve del animal ajeno. En el caso del art 2327 la imprudencia que se presume consiste en tener un animal peligroso e inútil.

La persona que se sirve de un animal ajeno, obligada a indemnizar el daño provocado por el animal, carece de acción de reembolso en contra del dueño del animal, salvo que acredite que el daño sobrevino por una calidad o vicio del animal que el dueño, con mediano cuidado o prudencia debió conocer o prever, y de que no le dio conocimiento (2326 inc 2o). Es necesario que el dueño no haya comunicado el vicio o defecto, pese a estar obligado a hacerlo. Por tal motivo, no podría intentar esta acción de reembolso el ladrón o en general el que se sirve del animal sin consentimiento del dueño, dado que en tal caso no existe para éste la obligación de comunicar el vicio o defecto del animal. Si el animal estaba sirviendo conjuntamente al dueño y a un tercero, serán ambos solidariamente responsables. (2317).

En el caso del que tiene un animal fiero de que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, el daño será imputable al que lo tenga y sin acción de reembolso. La naturaleza misma del animal hacía evidente los riesgos: el propietario ninguna responsabilidad tiene, por tanto. Si son animales bravíos o salvajes, mientras sigan siendo *res nullius*, no cabe hacer efectiva la responsabilidad del art 2326. Pero ello, sin perjuicio que pueda haber alguna suerte de responsabilidad por hecho propio.

El daño provocado por un animal tiene que ser consecuencia de alguna acción del animal. Si el animal ha desempeñado un rol pasivo, si sólo ha sido *ocasión* del daño, como si una persona en la noche tropieza con un perro dormido y se cae, o un animal muerto en pudrición provoca perjuicios, no se aplicarán estas normas. El responsable será la propia víctima o quien dejó el animal muerto en estado de putrefacción. Tampoco se aplicarán estas normas si se trata de daños provocados por la inadecuada conducción del animal. En este caso, la responsabilidad es del conductor.

Por otra parte, no se aplicarán estas normas sino las de la responsabilidad contractual, si la persona que sufre el daño causado por el animal es el comprador, arrendatario, depositario, comodatario o cualquier contratante que lo utilice en

virtud de algún contrato que imponga la obligación de seguridad o de responder por los vicios ocultos.(1861, 1932, 1933, 1934, 2015, 2192, 2235). La presunción de responsabilidad tampoco se aplica si la víctima es el propio animal (Savatier) o si no ha existido propiamente una obligación de seguridad, como en el caso de un transporte benévolo, gratuito, no contractual (Mazeaud).

La responsabilidad del art 2326 cesa si el dueño del animal, o quien se sirve de él prueban que la soltura o extravío o daño no se debió a culpa suya o del dependiente encargado del animal. No le es necesario probar caso fortuito o fuerza mayor. Le bastará acreditar que no pudo evitar el hecho pese a haber tomado las precauciones ordinarias para evitar el daño. Pero en el caso del art 2327, hay una presunción de derecho: no admite prueba alguna en relación a caso fortuito o fuerza mayor o a haber empleado algún grado de diligencia o cuidado.

b) Responsabilidad por la ruina de un edificio. art 2323.

El sujeto civilmente responsable es el dueño de un edificio. El hecho es la ruina (caída o destrucción más o menos generalizada -no sería ruina por ejemplo un incendio, la caída de un ascensor,...-) de un edificio (construcción en general) acaecida por haberse omitido las necesarias reparaciones o por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia. Cabría agregar un vicio de la construcción (art 2324). (No se incluyen ruinas provocadas por bombardeos, terremotos,...).

Esta responsabilidad se funda en la presunción de culpabilidad que significa el tener un edificio en estado de provocar ruina. Pero si la víctima es uno de los vecinos, sólo existirá responsabilidad si hubiere precedido notificación de una denuncia de obra ruinosa (art 934).

Los tribunales del fondo son soberanos para apreciar si se omitieron las necesarias reparaciones o si hubo vicio en la construcción. En cambio, la Corte Suprema puede conocer en casación (por ser cuestión de derecho) si acaso se faltó o no al cuidado de un buen padre de familia.

En caso de omisión de reparaciones o falta del cuidado de un buen padre de familia, responde el actual dueño (art 2323) cualquiera sea su naturaleza y aunque el obligado por la ley o por contrato a hacer las reparaciones haya sido otro (usufructuario, usuario, habitador, arrendatario, comodatario, acreedor anticrético,...), sin perjuicio de -si procediere según las reglas generales- repetir contra el responsable de haber dejado de hacer las reparaciones. Si son varios los dueños, hay responsabilidad simplemente conjunta (2323 inc 2o). No es solidaria (excepción al art 2317).

Esta responsabilidad puede invocarla el vecino sólo si precedió notificación de la denuncia de obra ruinosa (934). Si no es vecino, podrá invocarla en todo caso, en la medida en que no esté ligada legal, cuasicontractual o contractualmente. El comprador, el comodatario, el arrendatario, el posadero, el usufructuario, el usuario, el habitador, no podrían invocar esta responsabilidad sino las normas sobre responsabilidad contractual.

El dueño sólo puede eximirse de responsabilidad probando que el daño se produjo exclusivamente (aplicando la teoría de la equivalencia de las condiciones) por caso fortuito o fuerza mayor, o por culpa de la víctima o de un tercero de quien el dueño no responde.

En caso de vicios de la construcción, responde ante el dueño y terceros, sean o no vecinos, el que como empresario, ingeniero, arquitecto o constructor, se encargó de su ejecución (arts 2003, regla 3a, 2004 y 2324). Dentro del concepto de vicios de la construcción, se comprenden los vicios de suelo y los vicios de los materiales (2003 regla 3a en relación a 2324). Respecto del que contrató el edificio, la responsabilidad es contractual, por lo que la culpa se presumirá. Respecto de todos los demás, es extracontractual, por lo que deberá probarse que el daño ha sido ocasionado por una ruina proveniente de un vicio de la construcción.

Para que el constructor quede eximido de responsabilidad, es necesario que pruebe que la ruina no fue en absoluto consecuencia de los vicios de la construcción sino que exclusivamente (teoría de la equivalencia de las condiciones) de caso fortuito o fuerza mayor.

c) Responsabilidad por una cosa que cae o es arrojada de la parte superior de un edificio (2328). Responden todas las personas que habitan la misma parte del edificio, y la indemnización se dividirá entre todas ellas, a menos que se pruebe que el hecho se debe a culpa o dolo de alguna persona exclusivamente, en cuyo caso será responsable esta sola. El fundamento es la culpa o dolo en que se presume han incurrido los habitantes de la parte del edificio de donde cayó o fue arrojada una cosa. Cuando la cosa cae, hay responsabilidad por el hecho de las cosas. Si la cosa es arrojada, hay responsabilidad por el hecho ajeno. Pero en ambos casos la responsabilidad es compleja, pues cuando la cosa es arrojada de la parte superior de un edificio, la responsabilidad no sólo recae sobre el autor del hecho sino sobre todos los que habitan la misma parte del edificio; de modo que quienes en el hecho no participaron del acto de arrojar la cosa, responden de un hecho ajeno.

Es necesario que la cosa que cae no sea parte de la construcción (no sea una teja, una cornisa,...), pues en tal caso habría ruina y se sometería a las reglas de la ruina. Si la cosa es arrojada, aunque sea parte de la construcción, no sería ruina, pues la ruina supone una acción pasiva en que elementos de una construcción caen sin que intervenga de un modo inmediato la mano del hombre. Es necesario que el edificio esté habitado, toda vez que la responsabilidad afecta a quienes lo habitan. Concretamente, a quienes habitan la misma parte del edificio, siempre que sean capaces de delito o cuasidelito. De las que se hallen al cuidado o servicio de otra, responderá ésta, sin perjuicio de su responsabilidad personal.

La responsabilidad presunta que establece el art 2328 cesa si el demandado prueba que la cosa cayó por un caso fortuito o fuerza mayor, que el hecho se debió a culpa exclusiva de la víctima o a culpa o dolo de un tercero, sea o no habitante

del edificio. En este último caso, la responsabilidad recaerá sobre este tercero únicamente (2328).

#### La acción de responsabilidad delictual y cuasidelictual civil.-

Es una acción patrimonial (transferible, transmisible, renunciable, embargable, transable, personal -sólo puede reclamarse del autor del daño- y mueble (porque persigue una reparación pecuniaria).

El titular de la acción es quien ha sufrido o teme un daño. Si se trata de un daño contingente que amenaza a personas determinadas (932) la acción corresponde a estas. Si amenaza a personas indeterminadas (948 y 2328), hay acción popular (2333). Si en cambio se trata de un daño realizado, la acción corresponde exclusivamente al que lo sufrió, a su heredero, cesionario, legatario. Si los perjudicados son varios, todos ellos tienen derecho a la indemnización.

En el caso de daño en las cosas, la acción corresponde a todos los que tengan sobre ella o respecto de ella un derecho real o personal que resulte lesionado por el delito o cuasidelito (2315). En el caso de daño material en las personas, puede demandar indemnización la víctima inmediata o directa del delito o cuasidelito. Además, y en forma independiente (aun en caso de que a la primera le haya beneficiado una sentencia o esté involucrada en una transacción), las víctimas indirectas que a consecuencia del daño en otro sufren (por repercusión) un perjuicio pecuniario (lucro cesante).

Estas últimas deben acreditar un interés legítimo y acreditar un perjuicio cierto. No puede demandar el concubino de la difunta, aunque esta lo sustentara. No puede demandar el que tenía derecho de alimentos frente al difunto si no los percibía en vida.

En el caso de daño moral en las personas, pueden demandar su reparación la víctima inmediata o directa y los que sin tener esa calidad sufren también una lesión profunda y verdadera en su ánimo o espiritualidad. Contrariamente a lo que ha sostenido nuestra jurisprudencia, el daño moral hay que acreditarlo siempre, sólo que cuando el ofendido es pariente cercano de una víctima, la prueba será más fácil, toda vez que se gozará de "presunciones judiciales". Pero todas, rebatibles. Es decir, si el demandado logra acreditar que la muerte del hijo o del padre o del cónyuge NO CAUSÓ LESIÓN, pese al vínculo, el juez no debe acoger la demanda indemnizatoria. El demandante debe acreditar que su daño fue producto de la lesión a un interés legítimo. De ahí que la doctrina niegue lugar a la posibilidad que demande daño moral un concubino por la muerte de la concubina o viceversa.

Las acciones de cada ofendido son independientes, toda vez que se trata de ofendidos independientes. No hay solidaridad activa entre ellas. Pueden ejercerse las acciones separada o conjuntamente, pero en este último caso el juez deberá fijar un monto para cada víctima. La transacción o la renuncia a la acción indemnizatoria (aunque sea de parte de la víctima principal o directa) no afecta a

las demás acciones. Tampoco produce cosa juzgada respecto a los demás eventuales demandantes.

La acción indemnizatoria es transmisible a título universal o a título singular. En el caso de daño en las cosas, ello se desprende del art 2315. En el caso de daño en las personas, se desprende de la aplicación de los principios generales que reglan la sucesión por causa de muerte.

La doctrina francesa ha sostenido que si la víctima del delito o cuasidelito falleció instantáneamente, los herederos sólo podrían demandar indemnización a título personal por el daño personal que les pudo haber acarreado esa muerte. No podrían demandar como herederos de una acción indemnizatoria del causante porque al haber fallecido coetáneamente con el delito o cuasidelito, la acción no se habría alcanzado a incorporar a su patrimonio (Josserand y Baudry-Lacantinerie). Si la víctima directa muere aunque sea instantes después del delito o cuasidelito, se incorpora a su patrimonio la acción por el daño material (daño emergente o lucro cesante) y por el daño moral, esto es, por el sufrimiento (agonía, dolores físicos, daño moral al ver que dejará a parientes, ante el temor a la muerte,...) la que transmite a sus herederos. Estos, además de esta acción, tendrán la propia, en la medida en que además hayan experimentado un daño material o moral de tipo personal.

Tiene enorme importancia distinguir entre la acción ejercida como heredero de aquella ejercida por derecho propio. En el primer caso, la responsabilidad podrá ser contractual. En el segundo caso, la responsabilidad que se invoca será siempre extracontractual aunque el causante haya experimentado una responsabilidad perseguible contractualmente. (Savatier). El heredero podrá demandar a título personal el resarcimiento de su propio daño moral, aun provocado por que el ofensor incumplió respecto del causante una obligación contractual, pero su demanda será de resarcimiento extracontractual, dado que el heredero NUNCA ESTUVO VINCULADO CONTRACTUALMENTE CON EL OFENSOR.

La acción indemnizatoria es transferible por acto entre vivos. (En Francia se estima que la acción indemnizatoria por daño moral sería intransferible en razón de una norma que permite la cesión de todas las acciones a excepción de las ligadas exclusivamente ligadas a la persona del cedente). Pero no podrían los acreedores ejercerla mediante subrogación (la acción oblicua en nuestro derecho -a diferencia del francés- es excepcional).

Las personas jurídica pueden demandar indemnización de perjuicios pero sólo por daño material directo o indirecto. Una ofensa a su reputación o a su buen nombre sólo podría ser resarcido si tuviere consecuencias pecuniarias en el ente jurídico, sin perjuicio de que un menoscabo en el nombre o prestigio de la persona jurídica puede indirectamente provocar un daño moral en sus socios, asociados,... pero en tal caso el actor será la persona natural perjudicada.

El sujeto pasivo de la acción de responsabilidad extracontractual es el que provocó el daño y sus herederos (art 2316), y excepcionalmente el tercero civilmente

responsable y el que sin ser cómplice recibe provecho del dolo ajeno, pero sólo hasta concurrencia del provecho, y sus herederos.

Es autor todo el que contribuye al ilícito, sea como autor propiamente tal, como cómplice o encubridor. Es también autor el que se aprovecha del dolo ajeno conociéndolo.

Puede también perseguirse la reparación en el patrimonio del que caucionó las responsabilidades futuras del autor del ilícito. Pero no podría intentarse en contra de él la acción indemnizatoria. Ella tendría que intentarse en contra de algún autor o responsable.

También puede intentarse la acción en contra del tercero civilmente responsable.

También puede intentarse la acción en contra del tercero que sin ser cómplice reporta provecho del dolo ajeno, pero en tal caso sólo hasta concurrencia del provecho.

Por último, puede intentarse la acción en contra de los herederos de cualquiera de los antes mencionados. En contra de cada uno a prorrata de su cuota hereditaria, a menos que se haya impuesto a un heredero (art 1526 No 4), pero en tal caso el actor no está obligado a seguir esa disposición testamentaria y mantiene su derecho accionar en contra de los herederos a prorrata. En contra de los legatarios, en cambio, no podría intentarla el actor sino en la medida en que se haya impuesto esa carga testamentariamente (1104) a algún legatario. Pero aún así, el actor puede desestimar esa disposición testamentaria y accionar en contra de los herederos.

La acción puede intentarse en contra de una persona jurídica. Si ésta se disuelve antes de reparar el daño, y la liquidación de sus bienes está pendiente, la acción se dirigirá en contra del liquidador o contra todos sus miembros.

Si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas (como autores, cómplices o encubridores), serán solidariamente responsables de todo perjuicio (art 2317). Para que esto ocurra es preciso se trate de un mismo y único delito o cuasidelito. Se producen los efectos de cualquier solidaridad pasiva (1511, 1514, 2519, 1523). El coautor que en definitiva paga toda la indemnización, tiene acción en contra los otros, para lo cual queda subrogado en el lugar del acreedor (1522, 1610 No 3) para accionar en contra de cada uno de ellos por partes iguales (en silencio de la ley).

La responsabilidad derivada de un delito o cuasidelito no será solidaria:

- a) En caso de daños causados por la ruina de un edificio (2323 inc 2o).
- b) En caso de cosas que caen o son arrojadas desde la parte superior de un edificio (2328).

La acción para perseguir la responsabilidad extracontractual la ejercerá su titular, pero si es fallido, la ejercerá el síndico, salvo que se trate de daño moral, en cuyo caso sólo el afectado puede ejercer la acción. Pero ingresado al patrimonio un monto por indemnización de daño moral, es embargable y pasa a repetirse entre la masa de acreedores.

Si el delito o cuasidelito civil lo es también penal, la víctima elegirá entre el Tribunal civil y el penal, salvo que la acción tenga por objeto la restitución de una cosa o su valor, en cuyo caso sólo podrá ejercerse la acción ante el Tribunal penal. Si se trata de un delito o cuasidelito exclusivamente civil, o si la responsabilidad penal se extinguió por muerte del culpable, amnistía u otra causa con anterioridad a su interposición, deberá perseguirse la responsabilidad ante el Tribunal civil.

Pero si la existencia del delito o cuasidelito penal ha de ser el fundamento preciso de la sentencia civil o tiene en ella influencia notoria, el Tribunal civil podrá suspender hasta la terminación del proceso penal.

Ejecutoriada la sentencia penal, si es condenatoria, produce cosa juzgada en lo civil. Si se trata de una sentencia absolutoria o de sobreseimiento definitivo, sólo producen cosa juzgada en lo civil cuando se funda en que no existe el hecho material que dio motivo a formar la causa, o ha sido fortuito o casual o imputable exclusivamente a culpa o imprudencia de la víctima, o no hay relación alguna entre el hecho que se investiga y la persona acusada, o no existen en autos prueba alguna de culpabilidad en contra del inculpado. Esa cosa juzgada de la resolución penal produce efectos no sólo respecto de quienes fueron partes del proceso penal sino *erga omnes*. Cualquiera puede invocar ese efecto, aunque no haya sido parte del proceso. Además, en estos casos no le será lícito al Tribunal civil tomar en consideración pruebas o alegaciones incompatibles con lo resuelto o con los hechos que le sirven de necesario fundamento. Si la sentencia absolutoria o de sobreseimiento definitivo se funda en la existencia de circunstancias eximentes de responsabilidad criminal, o en no existir delito o cuasidelito penal, no produce cosa juzgada en materia civil.

Las sentencias dictadas en materia civil no producen, por regla general, cosa juzgada en materia penal, salvo las sentencias dictadas en las cuestiones prejudiciales civiles. La sentencia firme absolutoria recaída en el juicio en el que se ejerció la acción civil, no es, por tanto, obstáculo para el ejercicio de la acción penal correspondiente, siempre que se trate de delitos de acción pública. En los de acción privada, el ejercicio de la acción civil sin ejercer a la vez la penal, importa la extinción de la acción penal.

Extinción de la acción: Se extingue por cualquier modo de extinguir las obligaciones, como pago, novación, compensación (salvo el 1662 No 2), confusión, remisión, transacción, prescripción,... La extinción de la acción penal por indulto, amnistía, muerte del reo,... no extinguen la acción civil.

La acción civil puede ser renunciada. Como las renunciaciones son excepcionales y no pueden presumirse, la renuncia a la acción penal no debe interpretarse como renuncia a la acción civil. Los efectos de la renuncia son relativos exclusivamente a quien renunció (art 49 C.P.P.).

La acción también puede extinguirse por desistimiento (157 C.P.C.), por transacción (2449 CC y 50 C.P.P.). La transacción no dejará de ser válida si con posterioridad hay sentencia de sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria.

De todas maneras la transacción tuvo causa: la incertidumbre. La transacción, en todo caso, producirá efectos relativos (2461) y generará el efecto de cosa juzgada (2460).

En cuanto a la prescripción, de cuatro años, corre desde la comisión del ilícito y no desde la provocación del daño (2332). Hay plazos especiales (950 en relación al 930 a 936, 938 a 942 y 945 del CC). La prescripción de 4 años no se suspende en favor de las personas enumeradas en el art 2509 (2524), pero sí se interrumpe (2518). La reserva de acciones hecha en el proceso penal significa que de todos modos la prescripción correrá desde la perpetración del delito o cuasidelito pero queda en suspenso mientras dure el proceso penal y hasta su terminación, tanto respecto del autor directo como del tercero civilmente responsable.

### LA REPARACION DEL DAÑO.-

Reparar un daño es hacerlo cesar, restablecer las cosas existente al tiempo del delito o cuasidelito. De ahí que la reparación debe, en principio, ser en especie. Pero también puede ser en equivalente. Y de hecho en muchos casos no puede sino ser en equivalente.

La reparación es en especie cuando consiste en la ejecución de actos o en la adopción de medidas que hagan desaparecer el daño en sí mismo, siempre que esos actos o medidas no sean la mera cesación del estado de cosas ilícito creado por el delito o cuasidelito. Debe ir más allá de la simple alteración del orden jurídico producido por el hecho ilícito.

La reparación es en equivalente cuando ante la imposibilidad de hacer desaparecer el daño, se procura para la víctima una compensación o satisfacción.

La ley no obliga a que la indemnización deba ser en especie o en equivalente; tampoco establece que en equivalente sólo pueda serlo en subsidio de la reparación en especie. Todo depende de lo que se demande. Si el actor pide una reparación en especie, el juez no podría ordenar en equivalente ni aunque la reparación en especie fuera imposible. El juez en tal caso debe rechazar la demanda. De lo contrario estaría incurriendo en ultra-petita.

Nuestro Código contempla varios casos de reparación en especie (932, 935, 2328). Leyes especiales también, como la ley de abusos de publicidad. En general, si se solicita por el actor, el juez puede ordenar la realización de los actos que parezcan pertinentes y que hayan sido solicitados, conducentes a hacer cesar el perjuicio. Si el condenado no cumple, la víctima podría recurrir a cualquiera de las vías previstas en el art 1553.

La reparación en equivalente se produce cuando el daño es materialmente irreparable o se opone a ello algún obstáculo legal. Así, un establecimiento comercial que funciona con la debida autorización, si provoca perjuicios, no podría haber una reparación en especie (clausura) dado que se opondría a la separación de los poderes; pero sí podría decretarse una indemnización (reparación en equivalente).

En Chile el recurso de protección ha ampliado en el hecho las posibilidades de una "reparación en especie" rápida, que por la vía de un juicio ordinario sería impensable.

La reparación en equivalente consiste, de ordinario, en una indemnización pecuniaria. El actor puede pedir un sólo monto o una renta vitalicia o temporal. Si ha pedido de una forma y el juez le da pero de otra forma, no habría ultrapetita: ni habrá otorgado más de lo pedido ni se habrá pronunciado sobre aspectos no sometidos a su decisión. El juez tiene también libertad para determinar desde cuando se deberá la renta o la forma de cálculo del reajuste o intereses. Pero no podría precisar como fecha del delito o cuasidelito una anterior a la señalada por el actor, ni podría obligar al demandado que rinda una caución para asegurar el pago de aquello en que se le condenare: fallaría ultra-petita. Aunque lo normal en la reparación en equivalente es la pecuniaria, el actor podrá también solicitar y obtener una reparación en equivalente no pecuniaria.

El monto de la reparación deberá ser de tal naturaleza que repare completamente el daño provocado.

Esto significa que para la determinación del monto deberá estarse a la extensión del daño y no a la gravedad del hecho. Así, la culpabilidad de agente no afecta al monto. La reparación NO ES UNA PENA. Sin embargo, en la práctica, más por razones de equidad que por razones estrictamente jurídicas, los tribunales suelen considerar aspectos como la culpabilidad, confirmándose en gran medida la tesis que sostiene que la reparación civil tiene algo de pena privada, evidenciándose esa naturaleza a través de múltiples manifestaciones, como la motivación psicológica que lleva a demandar (no sólo obtener una reparación sino también el ánimo de venganza, de ver al ofensor condenado a reparar o indemnizar).

Por otra parte, la reparación comprende todo el perjuicio sufrido por la víctima que sea una consecuencia necesaria y directa del delito o cuasidelito. Comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, distinción que la jurisprudencia ha entendido aplicable tanto en materia contractual como en lo extracontractual, dado el hecho de que la reparación debe ser COMPLETA (2331).

En la reparación del lucro cesante, eso sí, debe considerarse la no obtención de utilidades realmente probables; no podría considerarse la no obtención de un lucro hipotéticamente posible, pero no probable. Así, la sola existencia de un título profesional no habilitaría al Tribunal para estimar un lucro cesante si no se acredita que a la fecha del ilícito que dejó a la víctima en la imposibilidad de desarrollar una actividad lucrativa, ella estuviera ejerciendo efectivamente la profesión en términos de ameritar una apreciación del lucro cesante como la que supondría el haberse interrumpido un ejercicio activo de la profesión.

La reparación comprende tanto los perjuicios previstos como los imprevistos. El art 1558 que reduce la indemnización de los perjuicios imprevistos sólo al caso en que haya habido dolo es inaplicable en materia extracontractual, toda vez que en materia extracontractual todo daño es por naturaleza imprevisto. Esta tesis es prácticamente unánime en la doctrina.

La reparación debe equivaler al daño. El actor no podría demandar una suma superior al daño provocado, a pretexto de que el ilícito significó para el ofensor un enriquecimiento.

Ello, por cuanto para aplicar el principio del enriquecimiento sin causa es preciso que un enriquecimiento sin causa tenga un nexo causal con un empobrecimiento recíproco. Y a la inversa, no podría el demandado pretender una reducción de la indemnización, pretextando que el ilícito no le significó un provecho o sólo le reportó un provecho mínimo en relación a lo que se demanda (sobre la base del daño provocado). En cambio, si el ilícito ha significado al ofendido, además de un perjuicio, paralelamente un beneficio, el monto se determinará rebajando del daño ocasionado el provecho paralelamente obtenido.

A veces, por mandato legal, la reparación debe ser inferior al daño. Y otras veces, la ley ordena una indemnización superior al daño ("penas privadas"). Esto último ocurrirá, frecuentemente, cuando el daño es ínfimo pero el hecho en sí es grave. (171, 1173, 964, 1256, 940, 1231, 809).

La reparación puede ser compensatoria o moratoria. Esto último ocurrirá cuando el retardo en satisfacer a la víctima le haya ocasionado a esta un daño. Pero no será necesario constituir en mora al demandado: el sólo hecho del delito o cuasidelito lo obliga a indemnizar los perjuicios moratorios.

En el momento de determinar el monto de la reparación, el juez deberá considerar circunstancias objetivas y subjetivas en la precisión del monto. Pero no podrá considerar (aunque en el hecho los tribunales lo hacen) la fortuna de la víctima y del ofensor.

Si con posterioridad a la notificación de la demanda pero con anterioridad a la sentencia el daño aumenta o disminuye, el juez sólo podrá considerar esos aumentos o disminuciones si son consecuencia del daño. Pero en ningún caso podrán establecer una cantidad diferente a la demandada a menos que el actor se lo haya permitido. De lo contrario habría ultrapetita.

Ahora bien, si lo que ha ocurrido no es una variación del daño sino una variación del VALOR del daño, como si suben los precios de las cosas destruidas o a consecuencia de una elevada inflación hay un reajuste más elevado de las remuneraciones, el juez deberá considerar esas variaciones. Tras la ejecutoriedad de la sentencia, las variaciones en el daño o en el valor del daño no podrían ameritar una revisión de lo resuelto.

El juez, al regular el monto de la indemnización, considerará también si de parte de la víctima hubo o no culpa, puesto que en caso afirmativo debe reducir su monto. (2330). La culpa de la víctima no exime de responsabilidad al autor del daño, pero obliga al juez a reducir el monto de la indemnización. A menos que el daño sea EXCLUSIVAMENTE por culpa de la víctima. En tal caso, él soporta el daño en su totalidad.

En caso que la víctima sea una persona incapaz de responsabilidad delictual o cuasidelictual (infante, demente o menor de 16 años si se estima que obró sin discernimiento), el art 2330 es inaplicable.

El art 2330 es también aplicable a los herederos o cesionarios de la víctima que se expuso imprudentemente al daño; pues son sus continuadores legales. Pero tratándose de personas que demanden a su propio nombre el propio daño experimentado, les es inoponible a título de justificación para una reducción del daño el art 2330, esto es, la culpa de la víctima. El art 2330 es aplicable sólo si esos terceros que experimentaron un daño personal actuaron también con una culpa personal (un padre demanda indemnización por el atropellamiento de su hijo de corta edad, causada por un vehículo mientras el hijo jugaba imprudentemente en la calle a la vista del padre; la indemnización a favor del padre está sujeta a reducción por imprudencia; pero la indemnización a la madre no).

En caso de daños y culpas recíprocas, cada una de esas partes tendrá derecho a la reparación del daño sufrido, previa la reducción que proceda, con prescindencia del otro. Por otra parte, las culpas no se compensan ni purgan recíprocamente, como lo establece en materia penal el art 430 del Código Penal. Todo lo cual no obsta, sin embargo, a que una vez fijadas las indemnizaciones, se compensen con arreglo al derecho común.

La reparación que el Tribunal ordene pagar carecerá de preferencia. Y el juez no podrá obligar al condenado a constituir alguna caución para garantizar el pago. El crédito del ofendido es valista. Sin embargo, hay excepciones, como las indemnizaciones que competen a la mujer, al hijo de familia o al pupilo contra el marido, el padre o madre de familia, y el tutor o curador, respectivamente, por culpa o dolo en la administración de sus bienes (2483).

Mucho se ha discutido en la doctrina acerca del problema del cúmulo de indemnizaciones. ¿Tiene derecho la víctima a demandar una reparación de la Compañía de Seguros y además del ofensor?

Supongamos que a consecuencia de la muerte de su padre, el hijo (ofendido moralmente y por lucro cesante pensión alimenticia que deja de recibir-) recibe una herencia, o de usufructuario para a ser propietario pleno. Hay un beneficio, es cierto, pero ello no le impediría demandar, dado que esos beneficios no tienen por fin reparar el daño sino que simplemente encuentran en el hecho causante del daño la ocasión de generarse.

Supongamos ahora que la Compañía de Seguros no repara el perjuicio sino hasta cierto monto (inferior en el hecho al monto del perjuicio producido). Nadie discute que la víctima podría demandar por el complemento.

El problema se plantea cuando la reparación del tercero (en el ejemplo, la Compañía de Seguros) es completa. ¿Podría demandar de todos modos la víctima al ofensor?

Unos sostienen que sí, dado que no es justo que el autor del daño se beneficie con la prestación dada por el tercero. Ello importaría beneficiar al autor del daño con el espíritu de previsión de la víctima y autorizar al ofensor a beneficiarse invocando los efectos de un contrato respecto del que no ha sido parte. Sin embargo, creemos que admitir el cúmulo no significaría vulnerar el principio del efecto

relativo de los contratos, puesto que lo que hace el ofensor al pretender eximirse de la obligación indemnizatoria no es exigir el cumplimiento del contrato (eso sólo lo puede hacer el tercero -en el ejemplo, la Compañía de Seguros-) sino sólo HACER PRESENTE QUE ESE CONTRATO EXISTE Y QUE SUS EFECTOS HAN SIDO EJECUTADOS.

Otros sostienen que no, puesto que significaría para la víctima un enriquecimiento sin causa. Sin embargo, creemos que no habría en este caso enriquecimiento sin causa. De hecho la causa existe y no se divisa ningún inconveniente para que un delito o cuasidelito sea motivo de enriquecimiento para la víctima si hay un título o causa para ello.

Otros, en fin, sostienen que lo decisivo para resolver el problema es precisar si acaso las prestaciones que la víctima recibe del tercero son efectivamente una reparación o no. Si lo son, no podría la víctima demandar del ofensor porque un daño no puede ser reparado dos veces. Si no constituyen reparación, no habría inconveniente en demandar al ofensor.

En los seguros de daños, se ha estimado inadmisibile el cúmulo, porque la prestación repara efectivamente el daño sufrido por la víctima asegurada y el pago de la indemnización proveniente del seguro no puede ser motivo de enriquecimiento (517 y 553 C de Comercio). En cambio en los seguros de personas (accidentes personales que afecten a la vida o a la integridad síquica o corporal), el cúmulo es perfectamente admisible, toda vez que la prestación del organismo asegurador no tiene por objeto reparar el daño. El daño es sólo el evento estipulado para hacerse exigible la indemnización. Tanto así que el asegurador queda obligado a una determinada indemnización frente al evento, independiente del monto del daño o incluso de la existencia misma de daños. El mismo criterio de los seguros de personas es aplicable a las pensiones: estas se pagan independientes del daño o aunque no existe daño e incluso si el hecho es enteramente accidental (no es imputable a un tercero).

También podría acumularse la indemnización a la recepción de dádivas, socorros caritativos, ...sea que hayan sido suministrados por un tercero, o por el empleador de la víctima.

¿Tiene el tercero que pagó a la víctima algún tipo de acción contra el autor del daño? No, porque entre la prestación del tercero y el hecho ilícito no hay relación de causalidad: aquella no tiene por causa el delito o cuasidelito sino el contrato, la ley o la relación jurídica que une a la víctima con el tercero. El hecho ilícito es sólo la ocasión para que esa prestación se manifieste (prueba de ello es que de no mediar la norma legal o el vinculo esa prestación no será exigible aunque haya habido hecho ilícito y a la inversa, dado el hecho, aunque no se le tipifique como delito o cuasidelito, la víctima tiene derecho a la prestación). Además, el tercero que paga la prestación no sufre por ello un perjuicio. Mal podría estimarse como perjuicio cumplir con una obligación contractual o legal.

En el caso de una compañía de seguros, la situación es muy especial. El contrato es para la compañía un negocio, aún asumiendo el pago de los siniestros. Mal podría hablarse de que el pago de la indemnización constituye un perjuicio. Sin

embargo, en los seguros de daños, el asegurador, interesado en la conservación de la cosa asegurada, puede demandar indemnización al autor del siniestro (553 C de Comercio).

Pero fuera de este caso, el tercero no podría demandar al ofensor sino ejerciendo acciones o derechos de la víctima, que ésta voluntariamente le haya cedido o en razón de alguna subrogación. Esta subrogación u obligación de ceder acciones podría haberse pactado en el contrato. Nada impediría una cláusula de esa naturaleza.

Si el autor del daño se ha asegurado frente a las responsabilidades que el daño le imponga para el evento de producirse, ¿puede la víctima dirigirse directamente contra el asegurador para la indemnización, o más bien sólo podrá accionar contra el ofensor, quien acciona a su vez contra el asegurador? En principio, la víctima sólo puede accionar contra el ofensor, pues el valor de seguro pertenece al ofensor, no a la víctima. La víctima es, respecto al seguro, un tercero.

#### Causas eximentes de responsabilidad.-

El autor de un daño puede no estar obligado a indemnizar por no haber habido culpa o dolo (eximentes de responsabilidad) o por haberse estipulado su irresponsabilidad (cláusulas de irresponsabilidad). En el primer caso no hay delito ni cuasidelito civil. En el segundo sí, pero no indemnizable.

Los principales casos de eximentes de responsabilidad civil podrían sintetizarse como sigue:

a) Caso fortuito o fuerza mayor (45). Debe ser ajeno, imprevisto (cuando no hay razón alguna para creer en su realización) e insuperable o irresistible (que no sea posible evitar sus consecuencias). Es necesario que el caso fortuito o la fuerza mayor sean la causa única del daño. Si es una causa entre otras, de tipo imputable, el daño sería indemnizable (equivalencia de las condiciones).

No debe confundirse el caso fortuito o la fuerza mayor con la ausencia de culpa. No siempre será necesario que el agente pruebe que hubo caso fortuito o fuerza mayor. Podrá acreditar que no incurrió en culpa y quedará eximido de responsabilidad aunque no haya existido en absoluto un caso fortuito. Así se desprende de los arts 2320, 2322 y 2326 que autorizan al tercero civilmente responsable, al dueño del animal o a quien se sirve de él para exonerarse de responsabilidad probando su ausencia de culpa, sin necesidad de tener que probar algún caso fortuito.

Hay casos en que el caso fortuito no exime de responsabilidad, como el art 2327 (animal fiero que no reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio) o en el Código Aeronáutico los daños producidos en la superficie por la aeronave.

b) Violencia física o moral. Habría que aplicar como criterios el art 1456 y las normas de eximentes de responsabilidad penal.

c) Cumplimiento de una orden dada por una autoridad legítima. En este punto hay que aplicar normas especiales aplicables a cada caso según la naturaleza del vínculo.

d) Legítima defensa. En general podría decirse que sería necesario que la agresión fuera ilegítima, que no haya precedido provocación de parte del agente y que la defensa sea proporcionada al ataque.

e) Estado de necesidad. Aunque en principio podría sostenerse que el espíritu del legislador fue excluirlo como eximente de responsabilidad civil (847, 2178 No 3), sin embargo, debería considerarse como eximente de responsabilidad civil cuando un hombre normal, colocado en la misma situación del agente del daño, habría obrado en idéntica forma. En tal caso, tal conducta no sería calificable de negligente o dolosa sino de natural (Savatier, Demogue).

f) El hecho de un tercero, sea o no ilícito, es causal eximente de responsabilidad, siempre que dicho tercero no sea una persona de cuyos actos responda el demandado y que ese hecho constituya la causa exclusiva del daño. Si el hecho del tercero es lícito, si no hubo en el tercero culpa o dolo, el hecho se considera como caso fortuito y por ende la víctima soporta todo el daño. Si es ilícito, la víctima tendrá acción contra el tercero de acuerdo a las reglas generales.

g) La culpa exclusiva de la víctima, cuando es la causa *exclusiva* del daño es causa eximente de responsabilidad. Si no es causa exclusiva pero sí concomitante, autoriza a una reducción (2330). La causa es exclusiva en relación al daño sea cuando no hubo culpa del demandado o bien cuando habiendo existido culpa, no hay relación causal entre la culpa del demandado y el daño (un tipo se suicida lanzándose a las ruedas de un automóvil que circula a exceso de velocidad: no hay relación causal entre el exceso de velocidad y la muerte, dado que de todos modos se habría producido si el automóvil hubiera circulado a velocidad reglamentaria - ejemplo de Mazeaud-).

También se ha entendido que hay culpa exclusiva de la víctima cuando incurre en hechos que de acuerdo a la ley están prohibidos por razones de prudencia, estableciéndose *a priori* que de realizarse esos actos, el daño que pueda sobrevenir no es indemnizable.

En relación a lo anterior, la doctrina francesa ha elaborado la teoría de la aceptación de los riesgos por parte de la víctima. Esta aceptación de los riesgos no exime de responsabilidad al agente (un hombre prudente debe abstenerse de hacer correr un riesgo a otro aunque éste último se lo pida o lo incite a ello) Pero sí autoriza a una reducción (2330). Pero para que ello ocurra, debe tratarse de hechos intrínsecamente riesgosos o peligrosos; tales que por su naturaleza, su sola realización exponga a un daño probable. No basta pues que se tenga conocimiento de la posibilidad de un daño, dado que en el fondo todo acto aún el más inofensivo- es susceptible de comportar algún riesgo.

h) Las inmunidades de los parlamentarios por las opiniones que manifiesten en el desempeño de sus funciones (Constitución Política), o de los ministros de la Corte Suprema por los daños que causen por inobservancia de las leyes de procedimiento o denegación o torcida administración de justicia (C.O.T.), o las reproducciones fieles que los medios de comunicación hagan de determinadas informaciones (ley de abusos de publicidad).

i) El error o el engaño de que pudo haber sido objeto el agente, y que lo movieron a actuar sólo lo eximirá de responsabilidad si no hubo de su parte culpa en haber incurrido en ese error o caído en ese engaño.

En cuanto a las cláusulas de irresponsabilidad o de responsabilidad atenuada, actúan en el ámbito de la responsabilidad extracontractual *a priori*. Una cláusula *a posteriori* en virtud de la cual el agente de un daño producido es relevado de responsabilidad o esta es limitada, es en realidad una renuncia o una transacción. Además, es necesario que el hecho dañoso no consista en el incumplimiento de una obligación contractual, legal o cuasicontractual, lo que nos alejaría del ámbito de lo extracontractual.

Las cláusulas de irresponsabilidad en materia contractual son válidas (1547 inc final, 1839, 1859, 1934, 2015 inc 2o, 2247), en la medida en que no impliquen condonación anticipada de dolo o culpa grave. En lo extracontractual, hay quienes le niegan validez (Planiol, Baudry -Lacantinerie) y quienes le reconocen validez (Josserand, Demogue, Savatier, Mazeaud). Pero aun aceptando su validez, ello tiene algunas limitaciones.

Primero, no podrían implicar condonación anticipada de dolo o culpa grave. Segundo, tales cláusulas no podrían tener cabida en los daños a las personas, puesto que estas están fuera del comercio humano. Por eso en lo contractual el art 2015 permite eximir al acarreador de responsabilidad por la carga pero no en los pasajeros. Tercero, hay casos en que la ley resta validez a las cláusulas eximentes de responsabilidad, como en materia de accidentes de trabajo: las indemnizaciones en tal caso son irrenunciables.