



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Privado

APLICACIÓN DE LA TRIPARTICIÓN DE LA CULPA A LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

Memoria para optar al Grado de Licenciado
en Ciencias Jurídicas y Sociales

EMANUEL GUTIÉRREZ MARTÍNEZ

Profesor guía: Adrián Schopf Olea

Santiago de Chile

2019

ÍNDICE

RESUMEN.....	4
CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN.....	6
1.1. Marco conceptual y planteamiento del trabajo.....	6
1.2. Hipótesis.....	8
1.3. Objetivos.....	8
1.4. Metodología.....	9
CAPÍTULO II: EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL.....	10
2.1. Funciones, fundamentos y fuentes.....	10
2.2. Breve referencia al Análisis Económico del Derecho.....	15
2.3. Responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual.....	21
2.3.1. Antecedentes de la distinción.....	21
2.3.2. Esfuerzos por relativizar o suprimir la distinción.....	26
CAPÍTULO III: EL PROBLEMA DEL ESTÁNDAR DE CULPA APLICABLE A LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.....	30
3.1 La centralidad de la culpa como factor de atribución de responsabilidad.....	30
3.2. Antecedentes histórico-dogmáticos de la definición legal de culpa del Código Civil chileno.....	31
3.3. Discusión acerca de la aplicación del artículo 44 a ambos tipos de responsabilidad.....	34
3.4. Por una aplicación del artículo 44 del Código Civil a ambos estatutos de responsabilidad.....	40
3.5. Consecuencias de la aplicación del artículo 44 a la esfera extracontractual ..	46
CAPÍTULO IV: FUNCIONAMIENTO DE LA TRIPARTICIÓN DE LA CULPA EN LA ESFERA EXTRA CONTRACTUAL.....	54
4.1. Consideraciones preliminares.....	54
4.2. Utilidad ilustrativa del criterio contractual.....	54
4.3. La culpa leve como regla general en la responsabilidad extracontractual	59

4.4. La relevancia de los bienes o intereses involucrados en la determinación del factor de imputación de responsabilidad extracontractual	59
4.5. Culpa grave y dolo como factores de imputación aplicables excepcionalmente en casos de actividades amparadas por libertades o derechos especialmente protegidos	61
4.5.1. Responsabilidad de los medios de comunicación por daños causados en ejercicio de su libertad de expresión e información con interés público involucrado	62
4.5.2. Responsabilidad entre competidores por actos de competencia desleal y por ilícitos anticompetitivos	70
4.5.3. Responsabilidad por litigación abusiva	76
4.5.4. Responsabilidad de los directores o gerentes frente a los acreedores de la sociedad por insolvencia de ésta	79
4.5.5. Responsabilidad de los funcionarios públicos frente al Fisco por daños indemnizados a particulares.....	82
4.6. Culpa levísima como estándar excepcionalmente aplicable a actividades que arriesgan bienes o intereses ajenos especialmente protegidos.....	86
4.6.1. Responsabilidad extracontractual del empleador por accidentes del trabajo frente a víctimas indirectas	88
4.7. La discrecionalidad judicial como vehículo de aplicación indirecta de la tripartición de la culpa en sede extracontractual	92
CAPÍTULO V: CONCLUSIONES.....	96
BIBLIOGRAFÍA.....	100

RESUMEN

La presente Memoria tiene por objeto dilucidar si acaso la tripartición o gradación de la culpa consagrada en el artículo 44 del Código Civil chileno admite ser aplicada a la responsabilidad extracontractual y cuál sería el rendimiento práctico de dicho ejercicio. Para emprender dicha labor, el trabajo discurre como sigue.

El primer capítulo es una introducción al tema central de esta Memoria, donde se define el marco conceptual y se justifica la importancia del problema que nos planteamos abordar.

En el segundo capítulo, la Memoria se enfoca en caracterizar al sistema de responsabilidad civil, identificando sus funciones, fundamentos y fuentes, y además ahondando en su bifurcación sistemática más importante, cual es la separación o *summa divisio* entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual.

En el tercer capítulo, nos adentramos en el problema central del trabajo, cual es el relativo al estándar de culpa aplicable a la responsabilidad extracontractual, analizando los orígenes de la regla del artículo 44 del Código Civil, realizando una reseña de las principales opiniones doctrinales acerca de la materia y argumentando que el artículo 44 del Código Civil debe ser aplicado a ambos estatutos de responsabilidad.

En el cuarto capítulo, partiendo de la base que la regla general en materia extracontractual es la exigencia de un nivel de diligencia media, correlativo a la culpa leve, nos ocupamos de analizar aquellos casos en que el estándar de culpa grave (o dolo) y culpa levísima son aplicables, proponiendo un criterio de aplicación general y además brindando ejemplos en que nuestra legislación, nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia han reconocido rendimiento práctico a dichos estándares.

Finalmente, en el quinto capítulo se enuncian las conclusiones a las que la investigación permitió arribar.

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

1.1. Marco conceptual y planteamiento del trabajo

La responsabilidad civil es una institución que cumple roles de elevada importancia en todos los ordenamientos jurídicos. Desde la dogmática tradicional hasta el derecho civil moderno, los juristas han sido capaces de desarrollar y comentar –desde distintos enfoques, tradiciones y técnicas– sistemas de responsabilidad civil que responden en último término a principios fundamentales del Derecho y a normas sociales esenciales, como “no causar daño a otro”. Es evidente, sin embargo, que ni el concepto ni los rasgos de la responsabilidad civil han sido entendidos de manera unívoca en la doctrina. Así, el daño moral, el hecho de la víctima y la imprevisibilidad del daño son algunos entre diversos temas que han suscitado discusiones, tanto en el ámbito nacional como en el Derecho comparado, acerca de la fisonomía y requisitos de la responsabilidad civil. La noción de culpa no es ajena a este tipo de discusiones.

Desde antiguo, la verificación de un daño o perjuicio se ha erigido como uno de los requisitos fundamentales para poder atribuir responsabilidad a un sujeto. De hecho, se ha afirmado que “para que exista responsabilidad civil se requiere un daño, un perjuicio; en consecuencia, una persona que sufre, una víctima”¹. Precisamente, la obligación de indemnizar tiene como medida y fundamento el perjuicio causado. Ahora bien, para que un sujeto deba soportar el costo de reparar el perjuicio sufrido por un tercero, la culpa y el dolo son por antonomasia los criterios de imputación que el Derecho Civil contempla, lo que se ha entendido clásicamente como la *regla aquiliana* o de responsabilidad subjetiva. En este contexto, la alegación y prueba de la culpa o el dolo por parte de la víctima en casos de responsabilidad extracontractual toma su lugar como eje central para determinar la existencia del

¹ Mazeaud, Henri; Mazeaud, Léon; Tunc, André. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Tomo I, Vol. 1, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, p. 2.

deber resarcitorio que pesará sobre el causante del daño². En virtud de lo anterior, dilucidar el estándar de diligencia exigido a los sujetos en el ámbito extracontractual es una cuestión fundamental.

Como justificación externa al sistema jurídico, desde el punto de vista económico, el Derecho fomenta que quien esté en la mejor posición para evitar un daño, incurra en los costos para prevenirlo³. De esta manera, la responsabilidad aquiliana impone a quien realiza una actividad un cierto estándar de conducta que, de ser infringido, lo obligará a reparar el daño causado. En este contexto, el dolo y la culpa grave devienen en el criterio social menos exigente, tanto para desenvolvemos en la vida cotidiana como para la observancia de los deberes contractuales. La culpa leve, por su parte, constituye un estándar de diligencia mediana basado en la figura de sujetos que ejercen sus actividades de manera razonable. Finalmente, la culpa levísima demanda de quien realiza cierta actividad un nivel de cuidado extraordinario, especialmente alto. Esta distinción, como veremos, es posible a partir de la gradación establecida en el título preliminar de nuestro Código Civil, aunque la doctrina mayoritaria afirma –como veremos– que esta llamada “tripartición de la culpa” no es aplicable en sede extracontractual.

La constatación de un hecho culposo o doloso supone un juicio normativo respecto de un sujeto, que sólo en el caso del dolo se verifica en concreto. En cambio, para constatar culpa se debe llevar a cabo la comparación de una determinada conducta del autor del daño con la conducta que la ley exige, según un estándar fijado por ésta. En el caso de la responsabilidad extracontractual, este estándar (sin perjuicio de las discusiones que más adelante reseñaremos y de las conclusiones a las que arriba este trabajo) es el de la culpa leve definida en el artículo 44 de nuestro Código Civil⁴.

² Como se sabe, la culpa o dolo del agente no son la única forma de atribuirle responsabilidad, pues también existe la responsabilidad estricta, que basa su atribución de responsabilidad en la concurrencia del agente en la causación del daño, sin llevar a cabo un juicio de culpabilidad.

³ Véase: Calabresi, Guido, *El coste de los accidentes*, Barcelona, Editorial Tecnos, traducción de Joaquín Bisbal, 1984.

⁴ En adelante, los artículos del Código Civil de Chile podrán ser mencionados con o sin expresar que pertenecen a él

Esta Memoria aborda la cuestión acerca del estándar de culpa aplicable a la responsabilidad extracontractual y argumenta por la aplicación de la tripartición de la culpa consagrada en el artículo 44 del Código Civil a dicho estatuto.

Para dicho fin, este trabajo analizará la responsabilidad civil como sistema, teniendo en vista sus fines, fundamentos y funciones. Asimismo, nos ocuparemos de estudiar la *summa divisio* entre responsabilidad contractual y extracontractual y los esfuerzos doctrinales llevados a cabo para morigerar dicha distinción fundamental. Partiendo desde ese contexto, estudiaremos cómo la doctrina nacional ha abordado el problema del estándar de culpa del que se responde en la esfera extracontractual y los orígenes históricos y las fuentes de la regla del artículo 44 de nuestro Código para contrastar dichas opiniones.

1.2. Hipótesis

A la luz del estudio de los problemas expuestos, analizaremos fundamentalmente dos grandes problemas.

El primero dice relación con la posibilidad de aplicar la regla del artículo 44 del Código Civil a la responsabilidad por delitos y cuasidelitos civiles, más allá de la definición legal de culpa leve.

La segunda cuestión, que supone una respuesta positiva al problema anterior, se refiere a la manera o criterio según el cual la culpa grave (incluyendo el dolo) y la culpa levísima podrían tener parte en un juicio de responsabilidad extracontractual.

1.3. Objetivos

En primer lugar, esta investigación pretende analizar los fundamentos teóricos, económicos y prácticos del sistema de responsabilidad civil que permiten erigir a la culpa como su elemento central y justifican la importancia de dilucidar el estándar de culpa aplicable a la esfera extracontractual.

En segundo lugar, este trabajo busca también evidenciar inconsistencias o vacíos en la doctrina civil tradicional que han provocado indeterminaciones a la hora de aplicar un estándar de culpa en juicios de responsabilidad.

En tercer lugar, nos interesa proponer un criterio para la aplicación de la culpa levísima, la culpa grave y el dolo en la responsabilidad extracontractual.

1.4. Metodología

Para efectos de desarrollar el tema que nos ocupa, proponemos una metodología que se sirva tanto de las virtudes de un *esquema geométrico* como las de un análisis global del sistema de responsabilidad civil. En otras palabras, utilizaremos una metodología dogmática, no empírica, basada en la revisión de las principales fuentes formales y materiales del Derecho Privado chileno: la legislación y sus orígenes, la doctrina y la jurisprudencia. En alguna oportunidad, el Análisis Económico del Derecho aportará elementos de utilidad para analizar y evaluar nuestras instituciones.

CAPÍTULO II: EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL

2.1. Funciones, fundamentos y fuentes

La literatura nacional y comparada han destacado dos instituciones, atribuyéndoles el carácter de “funciones” del sistema de responsabilidad civil: la justicia y la prevención. Como se verá más adelante, desde la economía, a estos conceptos –sin duda– se pueden agregar la eficiencia y la eliminación o disminución de costos de transacción.

Es ineludible señalar que todo sistema de responsabilidad tiene como propósito satisfacer cierto criterio de justicia que, en el caso de la responsabilidad civil, será en principio de índole correctiva: las normas del sistema tienen como finalidad reestablecer una situación de equilibrio entre las partes de un intercambio voluntario o involuntario.

En cuanto a sus fuentes, el recién mencionado principio de justicia correctiva proviene nada menos que de la filosofía aristotélica. El Filósofo, en la tercera parte del Libro quinto de su *Ética a Nicómaco*, nos explica que la justicia correctiva tiene como objetivo reparar una repartición desigual, dando más al que tiene menos de lo justo y dando menos al que tiene más de lo justo. La labor de realizar dicha corrección es entregada al juez, quien es el encargado de reestablecer la igualdad. El ejemplo de Aristóteles es claro para ilustrar todo lo anterior: “Cuando uno recibe un golpe y otro da un puñetazo –o bien cuando uno mata y otro muere– el obrar y el recibir están repartidos en partes desiguales; pero el juez intenta igualarlos con la pena eliminando la ganancia”⁵.

Sin perjuicio lo anterior, es menester señalar que si se analiza el sistema de responsabilidad civil desde una perspectiva más global, se puede ver también

⁵ Aristóteles, 1132a.

reflejada la justicia distributiva, que introduce la problemática “de derecho público, cuya función es precisamente la relación entre el todo (la sociedad) y sus partes (las personas)”⁶, que se torna relevante sobre todo en el ámbito de la responsabilidad estricta. En un sentido similar, Cristián Banfi, siguiendo a la jurisprudencia anglosajona, ha recalcado a propósito de la responsabilidad extracontractual que ésta “también cumple roles preventivos, retributivos, distributivos, restitutorios y extra-indemnizatorios”⁷. Por su parte, Enrique Barros ha explicado que “en el desarrollo del derecho privado concurren diversos bienes y principios, que en parte son concurrentes entre sí y han contribuido a su conformación histórica”⁸.

Alberto Pino, citando a Barros, agrega que en este sentido el “principio de justicia correctiva es necesario, pero no suficiente”⁹. El citado autor plantea una hipótesis que nos parece interesante y acertada, según la cual “es imposible separar la responsabilidad extracontractual de las demandas de la justicia distributiva y correctiva”¹⁰. En esa línea, Pino plantea que ambos criterios de justicia son compatibles a la hora de entender la naturaleza y fundamento de un sistema de responsabilidad extracontractual, previniendo que su tesis no consiste en confundir ambos criterios, sino en recalcar que la diferencia que media entre ellos es sólo analítica o conceptual¹¹ y que, al contrario, existe una inseparabilidad de estos criterios en el ámbito práctico¹², agregando el siguiente corolario:

“El punto es que el ordenamiento jurídico decide quienes, en principio, deben soportar los daños: si las víctimas o quienes

⁶ Barros Bourie, Enrique, “*Justicia y eficiencia como fines del derecho privado patrimonial*”, en *Estudios de Derecho Civil*, Santiago, LexisNexis, 2005, p. 9.

⁷ Banfi Del Río, Cristián, *Responsabilidad civil por competencia desleal: estudio de derecho chileno y comparado*, Santiago, Legal Publishing, 2013, p. 140.

⁸ Barros Bourie, Enrique, “*La responsabilidad civil como derecho privado*”, en *Revista de Estudios Públicos*, N° 112, Santiago, 2008, p. 319.

⁹ Pino Emhart, Alberto, “*Entre reparación y distribución: la responsabilidad civil extracontractual como mecanismo de distribución de infortunios*”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 21, 2013, p. 101.

¹⁰ Pino Emhart, “*Entre reparación y distribución...*”, ob. cit., p. 101. En la obra citada, el autor justifica esta posición desde un análisis de literatura comparada que incluye referencias a opiniones de autores adherentes a la filosofía aristotélica, como los propios Tomás de Aquino y John Finnis.

¹¹ Pino Emhart, “*Entre reparación y distribución...*”, ob. cit., p. 102.

¹² Pino Emhart, “*Entre reparación y distribución...*”, ob. cit., p. 110.

negligentemente los causen. Se decide, además, en quienes recaen los daños cuando no hay culpa. Como puede apreciarse, estas decisiones son de carácter distributivo”¹³.

Desde luego, las nociones filosóficas que subyacen al concepto de responsabilidad no se tradujeron de manera automática en sistemas sofisticados de reparación de los daños. Más bien, la historia nos muestra que se transitó desde regímenes de “venganza privada” hacia mecanismos más elaborados de solución de conflictos con resultado dañoso¹⁴. Por este motivo, si bien los fundamentos filosóficos son una herramienta valiosa para analizar el estado actual de un sistema de responsabilidad, también lo es el tipo de transición que dicho sistema haya experimentado en el camino a su consagración como conjunto de normas jurídicas, sea legal, jurisprudencial o consuetudinaria.

En cuanto a su naturaleza, el juicio de responsabilidad se caracterizaba por ser de carácter estricto, asociado netamente al resultado dañoso, que se presumía – por razones evidentemente culturales– intencional. Este principio estricto y retributivo imperó en los primeros códigos de la Antigüedad y se mantuvo incluso hasta la Alta Edad Media¹⁵. Dicho estatuto avanzó desde el castigo corporal por parte de la víctima hacia un castigo pecuniario o *composición*, “pero que constituía siempre la expresión de la venganza”¹⁶.

El profesor Barros¹⁷ coincide con los Mazeaud¹⁸ al caracterizar el estatuto de responsabilidad del Derecho Romano como uno esencialmente casuístico. Conviene en que dicho sistema procuró establecer, en textos formales y positivos, ilícitos cada vez más detallados, basándose en las disposiciones básicas de la *lex Aquilia*. Sin desmarcarse de dicho razonamiento típico o casuístico, los juristas de la

¹³ Pino Emhart, “*Entre reparación y distribución...*”, ob. cit., p. 113.

¹⁴ En ese sentido: Barros Bourie, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 54-56.

¹⁵ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 55.

¹⁶ Mazeaud, H.; Mazeaud, L.; Tunc, *Tratado teórico y práctico...*, ob. cit., p. 37.

¹⁷ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 56.

¹⁸ Mazeaud, H.; Mazeaud, L.; Tunc, *Tratado teórico y práctico...*, ob. cit., p. 41

época comenzaron a aplicar las hipótesis de la lex Aquilia a circunstancias análogas, abarcando así gran parte de las acciones dañosas¹⁹.

Esta continuidad entre la lex Aquilia romana y el actual sistema de responsabilidad civil extracontractual es también evidenciada por la doctrina nacional. René Abeliuk señala que a la responsabilidad extracontractual “se suele también llamar delictual o aquiliana (...). Esta última denominación, que se transmite a la culpa extracontractual, deriva de la Ley Aquilia que reglamentó la materia en la Roma antigua”²⁰. Por su parte, Carlos Ducci además identifica esta evolución como una explicación de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual: “Muy lentamente fue estableciéndose la distinción entre ambas especies de responsabilidad, que los juristas destacaron en el siglo XVI a través de una nueva interpretación de la ley Aquilia e inspirándose en las ideas de los canonistas. El Código Napoleón consagró en forma definitiva su separación”²¹.

De este modo fue que se produjo el “progresivo agotamiento del carácter penal de la acción (de la lex Aquilia), que había sido ya iniciado con la distinción de los glosadores entre acción *poebilis* y la acción *peonalis*”²².

Siguiendo esta línea de análisis de las fuentes del sistema de responsabilidad, cabe recalcar un hito fundamental en su formación: el surgimiento de los Estados nacionales con sus pretensiones de monopolizar la administración del castigo de los culpables. Si antes sólo era la víctima quien tenía el derecho y la carga de sancionar al autor del daño, ahora es el Estado quien se arroga dicha misión y potestad, correspondiendo a la víctima en lo sucesivo solicitar una *indemnización*, ya no para vengarse de su victimario, sino para que se le repare el daño.

Lo anterior se acompaña por la separación entre la responsabilidad penal y la responsabilidad civil. Los Mazeaud destacan: “El día en que la acción represiva pasa

¹⁹ Guzmán Brito, Alejandro, *Derecho Privado Romano*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010, Tomo II, pp. 254-266.

²⁰ Abeliuk Manasevich, René, *Las obligaciones*, Santiago, Legal Publishing, 2014, Tomo I, p. 242.

²¹ Ducci Claro, Carlos, *Derecho Civil. Parte General*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995, p. 32.

²² Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial V. La Responsabilidad Civil Extracontractual*, Pamplona, Editorial Civitas, 2011, p. 78.

de manos de la víctima a manos del Estado, nace la acción por daños y perjuicios. Tal ha sido la evolución general. El derecho romano y el antiguo derecho francés se ajustaron a ella”²³. La disociación entre la acción pública y la acción privada cobró cada vez más relevancia cuando se revistió a la segunda de ellas de caracteres de acción indemnizatoria. Es en este contexto que en el antiguo derecho francés nace un *principio general de responsabilidad civil*. En otros ordenamientos europeos, sin embargo, el principio punitivo imperó, como dijimos, hasta la primera parte de la Edad Media.

Fue tarea del pensamiento moderno, con sus pretensiones de abstracción y generalidad, dotar a la incipiente noción de indemnización con características de principio general²⁴. El trabajo de los glosadores, dentro de los que destaca la Magna Glosa de Acursio, expandió el razonamiento romano casuístico y permitió el nacimiento de un principio de responsabilidad. De hecho, la formulación de la tripartición de la culpa, fundamental en nuestro sistema de responsabilidad civil, proviene de las glosas que este autor realizara al contenido del *Corpus Iuris Civilis*. Dicha obra también dota a la noción de *paterfamilias* de rasgos generales, dejando de considerar las características particulares del padre de familia y entendiendo dicho concepto como un estándar general de diligencia. El buen padre de familia, así, “comienza a ser asumido con un sentido mucho más amplio que aquel que tenía en las fuentes, pues empieza a identificársele con un hombre diligente y cuidadoso ‘en general’”²⁵.

En este contexto, ya habiendo nacido este principio general de responsabilidad, la pregunta acerca de los fines y funciones del sistema de responsabilidad tiene una gran relevancia, tanto si se realiza un cuestionamiento con miras a comprender la lógica del orden jurídico o a proponer fines que el derecho *debe* perseguir²⁶. La utilidad de estos cuestionamientos a la hora de realizar una

²³ Mazeaud, H.; Mazeaud, L.; Tunc, *Tratado teórico y práctico...*, ob. cit., p. 37.

²⁴ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 56.

²⁵ Rosso Elorriaga, Gian, “*El buen padre de familia como criterio de apreciación de la culpa y su aplicación a la responsabilidad civil cuasidelictual*”, en *Derecho de Daños*, Santiago, LexisNexis, 2002, p. 16.

²⁶ Barros Bourie, “*Justicia y eficiencia como fines...*”, ob. cit., p. 9.

correcta hermenéutica de las normas vigentes es vital, toda vez que “los fines y valores son el elemento dinámico del sistema de responsabilidad, pues permiten discernir la regla correcta en el contexto institucional de una práctica doctrinaria y judicial”²⁷.

Nuestra doctrina civil más clásica advirtió tempranamente la importancia de este problema. Arturo Alessandri identificó como causas de la relevancia de este debate al “desarrollo formidable del maquinismo y de los diversos medios de transporte, ferrocarriles, tranvías, naves, automóviles y aviones, y el aprovechamiento de fuerzas antes desconocidas, como la electricidad y las ondas hertzianas, que han aumentado el número de accidentes en forma considerable”²⁸.

Evidentemente, situándonos en el contexto contemporáneo, la necesidad de revisar los fundamentos del sistema de responsabilidad sigue vigente: por un lado, la multiplicidad de actividades riesgosas exige claridad en la delimitación y aplicación de factores de imputación estrictos u objetivos; por otro, la amplia manera en que hoy se puede incurrir en actos negligentes demanda una abstracción cada vez mayor del modelo del “buen padre de familia”; y, finalmente, el carácter multiforme de los daños que pueden causarse en ocasiones exige argumentos elaborados para unirlos causalmente a los actos negligentes.

2.2. Breve referencia al Análisis Económico del Derecho

Las funciones de un sistema de responsabilidad civil también han sido muy bien explicadas desde el Análisis Económico del Derecho. Esta corriente doctrinaria postula un desarrollo de un Derecho eficiente, analizando desde la Economía “cómo deben tomarse las decisiones legales y cómo deben diseñarse las instituciones jurídicas”²⁹.

²⁷ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 33.

²⁸ Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Santiago, Imprenta Universitaria, 1943, pp. 22-23.

²⁹ Bullard, Alfredo, “¿Al fondo hay sitio! ¿Puede el Teorema de Coase explicarnos el problema del Transporte Público?”, en *Revista Thémis*, N° 21, Perú, 1992, p. 94.

En concreto, respecto de lo que nos interesa –el sistema de responsabilidad civil– este tipo de análisis ayuda a escoger la regulación que permite optimizar en mayor medida los recursos disponibles o, por ejemplo, desincentivar las conductas dañosas o incentivar las deseables. De hecho, en palabras de Barros, “[d]esde un punto de vista instrumental, el derecho de la responsabilidad civil puede ser visto como un conjunto de incentivos (y desincentivos) que permiten orientar el comportamiento hacia fines socialmente deseables”³⁰.

Este acercamiento es de mucho más frecuente avistamiento en la literatura extranjera. En el ámbito nacional, Banfi se declara escéptico “respecto de la adecuación de la responsabilidad civil para alcanzar metas puramente distributivas o extrínsecas, como la maximización de la riqueza postulada por el Análisis Económico del Derecho, no obstante reconocer la utilidad de algunos de los criterios que esta escuela de pensamiento jurídico ofrece (...)”³¹ Barros también advierte este problema, señalando que las doctrinas instrumentales como el análisis económico no son neutras al definir los fines que persiguen, sino que “construyen una propuesta normativa (Kelsen diría ‘política’) para orientar su desarrollo”³². Además, el autor desarrolla una serie de límites al análisis económico de la culpa en cuanto a la justicia correctiva y al tipo de bienes (no puramente patrimoniales) en juego en sede extracontractual³³.

Con todo, y dada su directa relación con el tema central de esta Memoria, cabe destacar las palabras de Barros sobre la importancia del enfoque económico para determinar el contenido de deberes de cuidado extracontractuales:

“En atención a que la economía es la ciencia de la racionalidad de las decisiones, el enfoque económico resulta especialmente fértil al momento de determinar los deberes de cuidado. La persona racional actúa tomando en consideración las consecuencias de su actuar y de

³⁰ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p.43.

³¹ Banfi Del Río, *Responsabilidad civil por competencia desleal...* ob. cit., p. 138.

³² Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 43.

³³ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., pp. 121-123.

los caminos de acción alternativos. Y es exactamente ese razonamiento el propio de la persona diligente”³⁴.

Como se puede apreciar, la función principal que la Ciencia Económica resguarda al analizar las instituciones jurídicas es la eficiencia. Las herramientas que el Análisis Económico utiliza para reconocer la eficiencia o la ineficiencia en el Derecho son de índole económica (llamadas también herramientas de “econometría”) y cumplen un rol auxiliar para el análisis económico. Evidentemente, la utilización de herramientas empíricas de esta clase nos habla del afán predictivo de esta disciplina, pues una revisión de su evolución nos muestra precisamente que la utilización de herramientas técnicas complejizó a altos niveles el estudio que el Derecho venía haciendo del comportamiento de los individuos.

Según señalan Cooter y Ulen, en 1960 la respuesta que daban los jueces y juristas a la pregunta acerca de los efectos del establecimiento de sanciones en el comportamiento de los individuos, estaba basada en la intuición y la experiencia³⁵. En ese escenario, aparece la Economía, homologando las sanciones con los costos y aplicando sus modelos lógicos para explicar los incentivos y desincentivos que ayudan al Derecho en su tarea legislativa. Aplicar las categorías de la teoría económica al estudio de las normas jurídicas supone la creación de los famosos “modelos”, que muchas veces se han usado para explicar las reglas de responsabilidad civil y para juzgar qué tipo de regla es conveniente para ciertos tipos de actividades potencialmente dañosas.

El concepto de eficiencia está en la base del estudio de la Economía, que tradicionalmente se identifica como la ciencia que se encarga de la maximización de recursos escasos frente a necesidades ilimitadas. Analizar un fenómeno desde el punto de vista económico implica realizar cierta valoración de la realidad en términos de determinar a qué llamamos un “resultado eficiente” o una “asignación eficiente” de recursos o costos. De esta manera, la noción de eficiencia está implícita en el

³⁴ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 106.

³⁵ Cooter, Robert; Ulen, Thomas, *Derecho y economía*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 13.

entendimiento de cualquier análisis económico: nos interesa analizar económicamente puesto que buscamos optimizar los recursos de los que disponemos; analizamos económicamente el Derecho, por ejemplo, porque mediante sus reglas queremos que los individuos se vean incentivados a alcanzar acuerdos eficientes (en el caso de los contratos) o se vean obligados a incurrir en costos de precaución eficientes (en el caso del sistema de responsabilidad extracontractual). Un nivel eficiente de costos de precaución es aquel que no es insuficiente ni excesivo: como señala Barros, “[d]e la persona diligente se espera que minimice, pero no que elimine por completo el riesgo”³⁶ y en un sistema de responsabilidad civil está naturalmente determinado por el estándar de diligencia que se exige emplear o, dicho en términos opuestos, el nivel de culpa de que se responde.

Habíamos comenzado este capítulo aseverando que el criterio que impera en un sistema de responsabilidad civil es el de la justicia correctiva, señalando al mismo tiempo que adheríamos a la tesis de Alberto Pino, según la cual si bien la justicia correctiva es el fundamento necesario de la responsabilidad extracontractual, no siempre es el criterio suficiente; razones de tipo distributivas deben también analizarse en algunos casos.

Pues bien, cabe ahora preguntarnos si existe o no una incompatibilidad entre la justicia y la eficiencia.

La eficiencia, relacionada con el Derecho, parece ser impropia o, en algún sentido, ajena. Se sostiene normalmente que el fin último al que propende el Derecho es a la justicia. Siendo eso cierto, ¿carece la eficiencia de justicia?

La literatura ha destacado que a través de la eficiencia, el Derecho puede normar de manera que se alcancen soluciones más justas. Sin embargo, cabe ser prudentes en cuanto al alcance real que la utilización de herramientas económicas puede llegar a tener. Es claro que “el Análisis Económico del Derecho generalmente

³⁶ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 106.

pretende ser operativo o influyente sobre el Derecho”³⁷, pero es menester recordar que la Economía, al fin y al cabo, es una disciplina “ajena” al Derecho y que el análisis que ella brinde siempre debe ser ponderado y considerado en una medida inferior a los análisis estrictamente jurídicos o prácticos. Sin perjuicio de ello, esta prevención tiende a desvirtuarse si se mira la evolución y gran desarrollo de esta corriente de estudio, con su consecuente influencia en la normativa vigente, sobre todo en áreas del Derecho donde las nociones técnicas son fundamentales a la hora de regular la actividad de los individuos. Las disciplinas de Derecho Regulatorio, como las relativas a materia urbanística, eléctrica y ambiental, son buenos ejemplos de este fenómeno.

Volviendo a la interrogante que nos planteamos acerca de la relación entre la eficiencia y la justicia, cabe concluir que, desde el punto de vista de la segunda, la responsabilidad civil es predominantemente correctiva (en el sentido aristotélico que ya hemos mencionado y con las prevenciones explicadas). La responsabilidad no obedece en sentido último a funciones ni de justicia social ni de justicia en sentido distributivo. Esto se plasma claramente, por ejemplo, en el grueso de los casos prácticos de responsabilidad extracontractual: la situación que se desequilibra a raíz de un acto dañoso puede haber sido muy “justa” según un criterio distributivo, pero de todas formas el derecho obligará al causante a indemnizar a la víctima si actuó con culpa o dolo.

De esta manera, si miramos de cerca el problema de la justicia y la eficiencia, no hay una inconsistencia entre la justicia y el problema económico en materia de responsabilidad civil: cuando se habla de justicia en materia civil, se habla fundamentalmente de justicia correctiva y esta última es compatible con alguna noción de eficiencia³⁸. A este respecto, el profesor Cristián Banfi³⁹ precisamente llama la atención acerca de considerar distintas concepciones de justicia correctiva,

³⁷ Cooter, Robert; Acciarri, Hugo (directores), *Introducción al Análisis Económico del Derecho*, Santiago, Legal Publishing, 2012, p. 3.

³⁸ Conclusiones tomadas de los apuntes de clases realizados por el autor de esta Memoria de la cátedra de Derecho Civil V del profesor Carlos Peña en la Universidad de Chile, durante el primer semestre del año 2014.

³⁹ Banfi del Río, Cristián, *Responsabilidad civil por competencia desleal*, ob. cit., p. 137.

señalando la noción aristotélica como la consistente en restaurar el balance alterado por el hecho dañoso.

El continuar realizando una mirada al sistema de responsabilidad desde sus fundamentos y funciones económicas nos permite notar que éste consiste básicamente en regular la forma en que se distribuye el costo del sufrimiento. La responsabilidad civil responde a la pregunta acerca de quién soportará los costos derivados de daños producidos en la interacción social. El derecho brinda una respuesta a dicho dilema: el perjuicio económico de un accidente debe ser soportado, en principio, por quien lo padece, a menos que dicho sujeto pueda aportar una razón para trasladar ese costo a un tercero⁴⁰. Como lo dijo Alessandri, “determinar el fundamento de la responsabilidad extracontractual es averiguar la *causa* o *razón* en virtud de la cual el que infiere un daño a otro está obligado a repararlo”⁴¹.

Ahora bien, respecto de cuál sea la razón para traspasar el costo de un accidente a un tercero, un sistema de responsabilidad podría responder de dos maneras distintas⁴². Una primera respuesta consiste en establecer que el costo del accidente debe soportarse a menos que pueda probarse una acción dolosa o culposa de un tercero. Esta regla se ha denominado “regla aquiliana” y coincide con la evolución de las fuentes de Derecho Romano que ya expusiéramos. Una segunda respuesta permite trasladar el costo del accidente a un tercero que haya contribuido a causarlo, con prescindencia de si medió culpa o dolo. Esta última regla es la fundacional de un sistema de responsabilidad objetivo.

En término más jurídicos, “el objeto del derecho de la responsabilidad civil es establecer los requisitos para que el daño sufrido por una persona dé lugar a una

⁴⁰“(…) to reconcile the policy of letting accidents lie where they fall, and the reasonable freedom of others with the protection of the individual from injury”. Holmes, Oliver W., *The Common Law*, Toronto, University of Toronto Law School Typographical Society, 2011, p. 129.

⁴¹ Alessandri Rodríguez, *De la responsabilidad extracontractual...*, ob. cit., p. 99.

⁴² Barros Bourie, Enrique, “*La Culpa en la Responsabilidad Civil*”, en Ensayos Jurídicos, Universidad Alberto Hurtado, N° 1, 2005, p. 2.

acción reparatoria”⁴³. Y la responsabilidad por culpa o negligencia, esto es, la regla aquiliana, resulta ser “el más generalizado de los modelos de atribución de responsabilidad”⁴⁴ y toma el lugar de estatuto general y supletorio. “La doctrina concluye que ambas doctrinas presentan ventajas y desventajas”⁴⁵ de índole moral y económica, pero es claro que nuestro Código Civil ha preferido la teoría clásica o subjetiva fundada en la culpabilidad del autor. Así aparece de manifiesto al relacionar los artículos 2314 y 2284”⁴⁶.

Todo lo anterior apunta a la centralidad de la culpa en un sistema de responsabilidad civil y justifica dedicar un estudio a la noción de culpa que ha sido consagrada en nuestro derecho vigente para dilucidar cuál es el estándar de culpa aplicable a la responsabilidad por ilícitos extracontractuales. La respuesta a dicha pregunta es la que permitirá determinar, en términos económicos, cuál es la precaución eficiente que debemos emplear en nuestras interacciones.

2.3. Responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual

Bien es posible ordenar el sistema de responsabilidad a través de clasificaciones generales como la distinción entre responsabilidad moral y responsabilidad jurídica o entre responsabilidad civil y responsabilidad penal. Sin embargo, en este capítulo abordaremos la que a la luz de la doctrina nacional y extranjera tiene más consecuencias en el tratamiento del estándar de culpa aplicable como factor de imputación de responsabilidad civil: la división entre responsabilidad contractual y extracontractual.

2.3.1. Antecedentes de la distinción

La gran bifurcación que a nivel sistemático presentan los sistemas de responsabilidad civil es la que distingue entre responsabilidad contractual y

⁴³ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 24.

⁴⁴ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 27.

⁴⁵ Ramos Pazos, René, *De la responsabilidad extracontractual*, Santiago, Legal Publishing, 2006, p. 38.

⁴⁶ Ramos Pazos, *De la responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 39.

responsabilidad extracontractual. Dicha distinción proviene de las mismas Institutas de Gayo, que consagran:

“Pasemos ahora a las obligaciones, cuya principal división se reduce a dos especies, pues que toda obligación o nace de un contrato o procede de un delito”⁴⁷.

En el mismo sentido, connotados catedráticos del Derecho Civil de tradición continental también han identificado dos grandes fuentes de obligaciones, señalando que “las obligaciones en particular se dividen en derivadas del tráfico jurídico y procedentes de daños imputables”⁴⁸. Este tratamiento resulta de gran relevancia académica, toda vez que permite que de las “obligaciones contractuales” y “obligaciones extracontractuales” se pueda al menos hablar en un lenguaje jurídico común y, eventualmente, se pueda llegar a conclusiones en común acerca de obligaciones de uno y otro tipo.

Nuestro Código Civil parece adoptar un razonamiento también basado en esta distinción en su sistema de fuentes. El profesor Hernán Corral ha señalado tres evidencias de esto:

“1º) El artículo 1437 opone como fuentes de obligaciones el contrato y ‘el hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos o cuasidelitos’.

2º) El artículo 2284 vuelve a distinguir como fuente de las obligaciones la convención y los hechos voluntarios ilícitos cometidos con o sin intención de dañar (delitos y cuasidelitos, respectivamente).

3º) La responsabilidad extracontractual tiene un régimen legal especial determinado en el título XXXV del libro IV, arts. 2314 y ss.

⁴⁷ Inst. Gayo 3.88. Traducción obtenida de Gayo, *La Institución de Gayo*, Madrid, Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, 1845, p. 201.

⁴⁸ Entre otros: Larenz, Karl, *Derecho de Obligaciones*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, Tomo I, p. 50.

(‘De los delitos y cuasidelitos’). La responsabilidad contractual está regulada en el título XII del libro IV, ‘Del efecto de las obligaciones’, arts. 1545 y ss.”⁴⁹

Como se advierte fácilmente, nuestro Código Civil brinda un tratamiento mucho mayor a los contratos y los efectos de las obligaciones contractuales que a la responsabilidad extracontractual. De hecho, como recién se recalcó, dentro del Libro IV (que, a mayor abundamiento, se titula “De las obligaciones en general y de los contratos”) casi la totalidad de las normas se ocupan de regular las relaciones contractuales y se deja la regulación de los delitos y cuasidelitos al breve Título XXXV.

El *Code* francés también destina gran parte de su regulación de las obligaciones a las de fuente contractual (artículos 1101 a 1231-7⁵⁰), conteniendo reglas que regulan en detalle sus condiciones de validez, por ejemplo, en materia de contratación electrónica. Por otra parte, en materia de delitos y cuasidelitos, se contemplan en él apenas los cinco artículos que van entre el 1240 y el 1244⁵¹, sin perjuicio de regularse en un título independiente la responsabilidad por productos defectuosos, que en nuestro ordenamiento se regula en un cuerpo legal externo al Código Civil. Así, la regulación de la responsabilidad extracontractual se encuentra en el Libro III del *Code*, sobre los modos de adquirir la propiedad. “En el Proyecto 1841-1846 Bello seguía este mismo esquema, pero fue modificado en el Proyecto de 1853”⁵².

A propósito de estos ejemplos, resulta pertinente lo advertido por Barros en relación a la influencia de la codificación civil en el desarrollo doctrinario y jurisprudencial del Derecho de Obligaciones, siendo normal que hoy “el derecho de la

⁴⁹ Corral Talciani, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp. 26-27.

⁵⁰ Subtítulo I del Título III del Libro III del Código Civil francés: El contrato (*Le contrat*). En línea: http://www.legifrance.gouv.fr/telecharger_pdf.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721

⁵¹ Subtítulo II del Título III del Libro III del Código Civil francés: La responsabilidad extracontractual (*La responsabilité extracontractuelle*). En línea: http://www.legifrance.gouv.fr/telecharger_pdf.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721.

⁵² Corral Talciani, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, ob. cit., p. 28.

responsabilidad extracontractual contenga remisiones permanentes a normas de responsabilidad contractual”⁵³.

Esta distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual pasó a constituir así una verdadera *summa divisio*, a partir de la cual se ha desarrollado prácticamente la totalidad de la dogmática civil, especialmente en la tradición romana continental. Sin ir tan lejos, en las facultades de Derecho de nuestro país se aprendía Derecho Civil en el curso llamado “Código Civil”, enseñado, por ejemplo, por Luis Claro Solar en la Universidad de Chile. De este modo, la enseñanza de temas como la responsabilidad civil se apegaba a la estructura de los cuatro libros del Código y, como consecuencia de ello, la responsabilidad por incumplimientos contractuales recibió siempre más tratamiento.

A pesar del preferente tratamiento de las obligaciones contractuales que el Código Civil chileno heredó del *Code* francés, cabe mencionar que la codificación de corte francés recibe “la idea, muy extendida en el Derecho común y entre los ‘iusnaturalistas’, de la función o del alcance generalísimo de la vieja acción de la Ley Aquilia”⁵⁴. Los juristas medievales franceses habían dado continuidad a la línea de evolución romana y “más tarde esos mismos juristas enunciaron el principio general de que todo daño injusto causado en la persona o bienes de otro debía ser reparado”⁵⁵. De esta forma, los códigos de esta línea consagraron una fórmula abstracta y abierta en la que quedan comprendidos todos los tipos de daño y de acciones u omisiones. Distinto desarrollo experimentó el Derecho Anglosajón, donde la responsabilidad civil “está constituida por un conjunto disperso de ilícitos específicos (*torts*) (...) mientras que en el sistema continental la responsabilidad aquiliana está cimentada en el principio general del *neminem laedere*”⁵⁶.

Por otro lado, la doctrina⁵⁷ ha notado que ciertos cambios en las prácticas

⁵³ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 976.

⁵⁴ Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil...*, ob. cit., p. 88.

⁵⁵ Alessandri Rodríguez, *De la responsabilidad extracontractual...*, ob. cit., pp. 107-108.

⁵⁶ Banfi del Río, *Responsabilidad civil por competencia desleal...*, ob. cit., p. 51.

⁵⁷ En ese sentido, los Mazeaud señalan que “la multiplicación de los accidentes, especialmente aquellos debidos a los medios modernos de locomoción, ha dado al problema de la responsabilidad

sociales, sumados a significativos avances tecnológicos, han hecho que la responsabilidad extracontractual sea un tópico cada vez más relevante. Claramente, las actividades riesgosas son cada vez más numerosas y variadas, lo que ha incentivado la proliferación de literatura jurídica que se ha dado a la tarea de abordar diversos aspectos de la responsabilidad civil por delitos y cuasidelitos.

El profesor Molinari, hablando acerca del paso de la responsabilidad civil hacia un “Derecho de Daños”, ha situado este fenómeno como parte de la transición desde una sociedad industrial a una posindustrial, citando las palabras de Alterini, quien señala que entre la década del 1950 y del 1970 comenzó un período “posindustrial” caracterizado por nuevas condiciones de vida que explican esta ampliación en el enfoque del estudio de la responsabilidad civil⁵⁸.

Por su parte, Díez-Picazo, reseñando la evolución del sistema codificado, señala que es muy factible que en el origen del proceso de codificación “aparecieran exigencias sociales de que se indemnizaran determinados daños surgidos de lo que puede *grosso modo* ser calificado como maquinismo o como postulados que la revolución industrial producían”⁵⁹. Esto da pie a variados debates que escapan a nuestro análisis, como el de la responsabilidad por riesgo y el de la responsabilidad estricta, entre otros.

En suma, siguiendo la tendencia mayoritaria en Derecho Comparado, la doctrina chilena ha seguido el modelo “dualista” al tratar la responsabilidad civil, esto es, clasificarla en responsabilidad contractual y extracontractual. Este pensamiento no sólo tiene implicancias sistemáticas o académicas, sino que evidentemente condiciona cualquier discusión relativa a aquellas instituciones que pretendan ser aplicadas a ambas esferas de responsabilidad.

Un ejemplo práctico de lo anterior es la discusión acerca de naturaleza jurídica

civil una importancia que los redactores del Código de 1804 no habían podido sospechar”. Mazeaud, Henri; Mazeaud, Léon; Mazeaud, Jean, *Lecciones de Derecho Civil*, traducción de Luis Alcalá-Zamora, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, Parte Primera, Vol. I, p. 508.

⁵⁸ Molinari Valdés, Aldo, *De la responsabilidad civil al derecho de daños*, Santiago, LexisNexis, 2004, pp. 8-9.

⁵⁹ Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil...*, *ob. cit.*, p. 101.

y existencia del vínculo que surge en uno y otro tipo de responsabilidad: en el caso de la responsabilidad contractual, hay una obligación que existe con anterioridad al surgimiento de la responsabilidad, que surge precisamente de la violación de dicho vínculo; en el caso de la extracontractual, no existe dicho vínculo particular previo, que sólo surge a partir del hecho dañoso en forma de obligación indemnizatoria⁶⁰.

Lo arraigado del modelo dualista en la dogmática civil no resulta inocua al tema central de este trabajo, que propone una aplicación a la esfera extracontractual de una noción que tradicionalmente ha sido monopolizada por el Derecho de Contratos.

2.3.2. Esfuerzos por relativizar o suprimir la distinción

Alessandri⁶¹, Meza Barros⁶² y luego Barros⁶³ ya han destacado los argumentos jurídicos sistemáticos y lógicos que sustentan la diferenciación entre la responsabilidad contractual y la extracontractual. Con todo, desde la doctrina europea –tanto desde la tradición continental como desde el *common law*– se ha propuesto una unificación de ambos sistemas, relativizando algunas diferencias entre ellos o bien utilizando analogías para asimilarlos⁶⁴.

En el ámbito nacional, cabe destacar la opinión de Carlos Ducci, quien advierte que en la responsabilidad contractual “es el hecho de una persona que produce una lesión en el patrimonio de otra lo que crea la responsabilidad y la consiguiente obligación de indemnizar, situación que es esquemáticamente igual a la que da lugar a la responsabilidad extracontractual”⁶⁵. En el mismo sentido, el autor señala que “no existe entre ambas una separación fundamental que justifique una separación tan absoluta como se ha hecho en el estudio del derecho entre ambas

⁶⁰ Corral Talciani, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, ob. cit., pp. 25-26.

⁶¹ Alessandri Rodríguez, *De la responsabilidad extracontractual...*, ob. cit., Nº 43 y 46.

⁶² Meza Barros, Ramón, *Manual de Derecho Civil. De las fuentes de las obligaciones*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2015, pp. 250-251.

⁶³ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., pp. 976-977.

⁶⁴ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 977.

⁶⁵ Ducci Claro, Carlos, *Responsabilidad Civil (ex-contractual)*, Santiago, Editorial Empresa Periodística El Imparcial, 1936, p. 5.

instituciones”⁶⁶ y luego que “las diferencias reales vendrían, pues, a encontrarse en la organización procesal de ambas especies de responsabilidad, y no en una diferencia de constitución que justifique una distinción teórica capaz de establecer a cada una de ellas como una institución separada del derecho civil”⁶⁷.

En la doctrina francesa, ejemplares conclusiones son a las que arribaron Planiol y Ripert, quienes plantean el problema consistente en dilucidar si acaso aquella culpa en que incurre el deudor que no cumple con su obligación contractual es de igual naturaleza que la que obliga a la reparación de acuerdo con el artículo 1382 del *Code francés* (hoy artículo 1240). A partir de dicho problema, los autores formulan una crítica a las clásicas distinciones entre las dos responsabilidades. De hecho, las califican de “pretendidas diferencias”⁶⁸ y se dan a la tarea de refutar parcial o totalmente cada una de ellas. Con todo, cabe mencionar, reconocen que otras diferencias de índole técnica son evidentes⁶⁹.

De manera más contemporánea, entre nosotros, el profesor Enrique Barros ha hecho una interesante prevención acerca de las doctrinas que propugnan la unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, toda vez que ellas podrían esconder “un trasfondo ideológico, como es la subordinación del contrato bajo la categoría general de los deberes impuestos de modo heterónimo por el derecho”⁷⁰. En un sentido similar, el profesor Schopf ha llamado la atención acerca de la diversidad de funciones e intereses protegidos por uno y otro estatuto de responsabilidad y la necesidad de su tratamiento independiente⁷¹.

Si bien algunas de las conclusiones a las que se arriba en esta Memoria son tendientes a la unificación de ciertos rasgos de estos dos sistemas de responsabilidad civil, confiamos en que dichas conclusiones no constituyen un

⁶⁶ Ducci Claro, *Responsabilidad Civil (ex-contractual)*, ob. cit., p. 8.

⁶⁷ Ducci Claro, *Responsabilidad Civil (ex-contractual)*, ob. cit., p. 8.

⁶⁸ Planiol, Marcel; Ripert, Georges, *Tratado práctico de Derecho Civil francés*, traducción de Mario Díaz Cruz, La Habana, Editorial Cultural, 1940, Tomo VI, p. 680.

⁶⁹ Planiol, Ripert, *Tratado práctico de Derecho Civil francés*, ob. cit., p. 684.

⁷⁰ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 977.

⁷¹ Ver Schopf Olea, Adrián, “Las diferencias funcionales entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual”, en BARRÍA DÍAZ, Rodrigo y otros (editores), *Presente y futuro de la responsabilidad civil*, Santiago, Legal Publishing, 2017, pp. 61-86.

esfuerzo ocioso de “abstracción” del sistema de responsabilidad, sino más bien, como ya se dijo, un intento por poner este sistema al servicio de sus fundamentos, realizando dicho intento con argumentos jurídicos que encuentren sustento en el derecho vigente.

En palabras del mismo profesor Barros, “la distinción mantiene sus sólidos fundamentos, pero muchas de las diferencias, que tradicionalmente fueron planteadas como categóricas, presentan más bien luces y sombras, como consecuencia de la evolución y del más profundo grado de reflexividad alcanzado por el derecho de las obligaciones”⁷².

⁷² Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 978.

CAPÍTULO III: EL PROBLEMA DEL ESTÁNDAR DE CULPA APLICABLE A LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

La *summa divisio* entre responsabilidad contractual y extracontractual, que se encuentra verdaderamente arraigada en el estudio del Derecho Civil, es quizás el fundamento de una discusión doctrinaria central para esta Memoria, según veremos a continuación: el estándar de diligencia exigido en el ámbito de la responsabilidad extracontractual.

Lo anterior parte del supuesto que nuestra legislación no da pie a la misma discusión a propósito de la responsabilidad contractual: con base en la naturaleza del contrato y la utilidad reportada por las partes que lo celebran, el artículo 1547 del Código Civil impone al deudor tres diferentes estándares de diligencia, aludiendo expresamente a los definidos en el artículo 44.

Abordar esta discusión requiere comenzar por reconocer la centralidad de la culpa como factor de atribución de responsabilidad en el ámbito extracontractual y debe asimismo prestar atención a la definición de culpa que establece nuestro Código Civil en su artículo 44.

3.1. La centralidad de la culpa como factor de atribución de responsabilidad

Entre los elementos de la responsabilidad civil, y especialmente en la esfera extracontractual imperado por la regla aquiliana, se puede establecer *prima facie* que la culpa es el central. Es precisamente la culpa la que discierne entre un sistema de atribución de responsabilidad objetivo y uno subjetivo: “mientras la responsabilidad estricta u objetiva atiende al resultado que se sigue causalmente de la acción, bajo un estatuto de responsabilidad por culpa sólo se responde si la conducta de quien provoca el daño es susceptible de un juicio negativo de valor”⁷³. Y es también la culpa el fundamento –si se quiere, filosófico– del reproche de nuestro ordenamiento

⁷³ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 75.

jurídico hacia los actos humanos que causan daño a otros. Enrique Barros resalta esta consideración, señalando:

“En verdad, que la culpa sea constitutiva del régimen general de responsabilidad civil resulta de las exigencias de la vida en comunidad, porque es simplemente impensable un sistema de responsabilidad que nos obligue a reparar los innumerables daños que recíprocamente nos provocamos a consecuencia de nuestra actividad cotidiana”⁷⁴.

Siendo esto así, un juicio de responsabilidad siempre deberá efectuar un ejercicio de comparación entre la conducta del agente del daño y la conducta exigida por la ley, según un estándar abstracto previamente establecido en ella.

3.2. Antecedentes histórico-dogmáticos de la definición legal de culpa del Código Civil chileno

Como se sabe, el artículo 44 de nuestro Código Civil, situado en su título preliminar, consagra una clasificación, gradación⁷⁵ o tripartición de la culpa, distinguiendo entre culpa levísima, culpa leve y culpa grave.

Pues bien, la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual tiene para nuestro ordenamiento jurídico una relevancia que naturalmente no fue percibida por la doctrina extranjera, en especial la francesa: la cuestión acerca de la aplicación de esta llamada “tripartición de la culpa” a una y otra esfera de responsabilidad. La razón está en que el *Code* “desechó no sólo la tripartición de la culpa, sino toda clasificación de ella”⁷⁶. En efecto, dicha norma consagraba la diligencia debida de los deudores en materia contractual haciendo alusión al buen padre de familia (“*bon père de famille*”) como estándar de cuidado debido al conservar la cosa y señalando que dicha obligación se entendería más o menos

⁷⁴ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 76.

⁷⁵ Hay autores que utilizan la voz “graduación”, que serán citados textualmente en su oportunidad.

⁷⁶ Rosso Elorriaga, “*El buen padre de familia...*”, ob., cit., p. 25.

extensa según las reglas especiales de cada contrato. Este concepto se eliminó recientemente de dicho cuerpo legal por razones de equidad de género⁷⁷.

De esta manera, Ripert y Planiol, al comentar la legislación francesa, no se enfrentaron al debate sobre la aplicación de ninguna tripartición ni clasificación de la culpa, toda vez que dicha legislación estableció “una ‘exigencia general de actuación’: quien tiene la obligación de conservar la cosa, tiene la carga de prestar todos los cuidados de un buen padre de familia”⁷⁸.

El profesor Rosso lleva a cabo un muy preciso relato de la evolución del modelo del padre de familia, donde da cuenta del paso desde el modo casuístico de pensar el estándar debido de diligencia de los romanos hacia la tendencia propia del Derecho Intermedio y el *ancien droit français* a concebirlos como modelos generales de comportamiento. Expone que la evolución del modelo del buen padre de familia no es, por así decirlo, “lineal”, sino que en muchas oportunidades las obras de los grandes glosadores mezclaron categorías propias del pensamiento romano (por ejemplo, las referencias del Digesto al tipo del “padre de familia” *diligente* y *diligentísimo*) con esfuerzos más abstractos del estándar de debida diligencia (como la alusión al “*hombre medio*” o “*cualquier hombre*”). Es así como en la Magna Glosa de Acursio “y como corolario de las primeras glosas, aparecerá configurada definitivamente la tripartición de la culpa”⁷⁹, distinguiéndose entre culpa levísima, culpa leve y culpa lata.

Cabe mencionar, sin embargo, que en las fuentes principales del *Code* de 1804 –las obras de Domat y Pothier– la formulación o repetición de esta gradación de la culpa no es unánime. En Domat, lo que más bien se verifica es “un apego más estricto a los textos romanos, y por lo mismo, una suerte de involución en la

⁷⁷ En efecto, el artículo 26 de la Ley por la Igualdad entre mujeres y hombres (*Loi n° 2014-873 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes*), aprobada en Francia el año 2014, sustituye en diversas normas del *Code* el concepto de “buen padre de familia” por la alusión a “lo razonable” o a la “persona razonable”. Texto de la ley disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000029330832&categorieLien=id>

⁷⁸ Rosso Elorriaga, “*El buen padre de familia...*”, ob. cit. p. 15.

⁷⁹ Rosso Elorriaga, “*El buen padre de familia...*”, ob. cit., p. 15.

cuestión”⁸⁰, no adoptándose la tripartición de la culpa ni fijándose modelos generales y abstractos de conducta. Pothier, en cambio, en su “Tratado de las obligaciones”, a propósito de las obligaciones de dar, sí distingue entre las tres clases de culpa y en una edición posterior de dicha obra “el autor propone los conceptos de culpa que trascendieron en el tiempo”⁸¹, aclarando⁸²:

“En los diferentes Tratados que he dado sobre los varios contratos y cuasi contratos, he seguido la doctrina común de todos los intérpretes sobre la prestación de la falta que tiene lugar en cada contrato, en relación a la cosa de que es objeto. En consecuencia, he distinguido tres grados de la falta: la falta grave, la leve y la muy leve.”

Cabe detenerse con mayor atención en las formulaciones de Pothier, pues es en su obra que encontramos una transición hacia un modelo general y abstracto de diligencia. El padre de familia aludirá, en adelante, a “los hombres o personas en general” y el “*buen*” padre de familia tomará el lugar del grado medio de diligencia.

Por ejemplo, a propósito de los contratos que reportan beneficio a ambas partes, como la venta, Pothier señala que “se exige para la cosa objeto del contrato, el cuidado que todo hombre sensato aporta ordinariamente a sus negocios y en consecuencia en esos contratos, el deudor es pasible de la falta leve”⁸³. Así, el *paterfamilias* deriva en un tipo no sólo aplicable a una clase restringida de sujetos (los padres de familia romanos), sino extensible a todos los hombres. No emplear el cuidado que “todo hombre sensato” aporta es, entonces, incurrir en culpa leve.

Rosso también destaca la importancia a nivel de fuentes de las Siete Partidas. Dicho cuerpo normativo, que según enseña el profesor Bernardino Bravo rigió “en Chile por más de tres siglos: desde la llegada de los conquistadores en 1540 hasta la

⁸⁰ Rosso Elorriaga, “*El buen padre de familia...*”, ob. cit., p. 21.

⁸¹ Rosso Elorriaga, “*El buen padre de familia...*”, ob. cit., p. 22.

⁸² Pothier, Robert Joseph, *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, edición del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2003, p. 553.

⁸³ Pothier, Robert Joseph, *Tratado de las obligaciones*, ob. cit., p. 554.

codificación⁸⁴, reprodujo la clasificación tripartita de la culpa, distinguiendo entre *lata culpa*, *levis culpa* y *levissima culpa*⁸⁵. En ese sentido, ya había señalado Carlos Ducci que “esta división tripartita de la culpa no proviene del derecho romano sino que es un distinguo de los comentaristas y que nuestro Código tomó tanto de Pothier, como de las Leyes de Partidas”⁸⁶. De esta manera, a nivel legal, la discusión acerca de la tripartición de la culpa quedó zanjada.

Ahora bien, en doctrina, estos tres grados de culpa fueron sin duda siempre entendidos como estándares de diligencia impuestos al deudor para el cuidado o administración de la cosa objeto del contrato, al igual que en la obra de Pothier que ya citáramos. Cabe preguntarnos ahora si acaso dicha clasificación tripartita es aplicable a instituciones diversas del contrato, como la responsabilidad por delitos y cuasidelitos civiles.

3.3. Discusión acerca de la aplicación del artículo 44 a ambos tipos de responsabilidad

Habíamos ya señalado que la doctrina francesa clásica –Planiol y Ripert– no estuvo expuesta a resolver el problema de la aplicación de los tres grados de culpa a la responsabilidad extracontractual, ya que el *Code* desechó dicha distinción. La situación de la doctrina chilena es naturalmente diversa, ya que en materia contractual, en virtud de la referencia que el artículo 1547 hace a los tres estándares de diligencia, “el Código chileno, siguiendo la tradición romana y apartándose del francés, establece la triple gradación de la culpa”⁸⁷.

Resulta ser que, desde los inicios del siglo XX, la doctrina europea comienza a elaborar una justificación no legalista, sino teórica, de la aplicación del modelo del buen padre de familia –y, con ello, de la clasificación tripartita de la culpa– a la responsabilidad cuasidelictual y delictual.

⁸⁴ Bravo Lira, Bernardino, “*Vigencia de las Partidas en Chile*”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Vol. 10, Santiago, p. 105.

⁸⁵ Rosso Elorriaga, “*El buen padre de familia...*”, ob. cit., p. 23.

⁸⁶ Ducci Claro, *Responsabilidad Civil (ex-contractual)*, ob. cit., p. 29.

⁸⁷ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 981.

Ya habíamos citado la obra de los Mazeaud a propósito de la unificación de la responsabilidad contractual y la extracontractual. Pues bien, su postura tendiente a la unificación de ambas esferas de responsabilidad también, naturalmente, inspiró su noción de culpa: ambas, la culpa contractual y la extracontractual, deben apreciarse en abstracto, mediante un estándar general como el del buen padre de familia⁸⁸. No obstante, lo anterior no implica por parte de la doctrina francesa un reconocimiento de la aplicación de los tres grados de culpa a la esfera extracontractual, pues, como recién mencionamos, dicha gradación no fue recogida en el Código de Napoleón.

La situación de nuestro Código Civil, como se sabe, es diversa, debido al texto de su artículo 44. La formulación, en su primer inciso, de la tripartición de la culpa⁸⁹ y, además, la alusión a la figura del buen padre de familia al definir la culpa leve, hacen que la discusión sobre la aplicación de esta norma a ambas esferas de responsabilidad sea en cierto modo más legal y menos teórica. En gran parte, esto se explica por la evidente influencia que la obra de Pothier y el texto de Las Siete Partidas –derecho vigente en Chile hasta la promulgación del Código Civil– tuvieron en Andrés Bello a nivel de fuentes.

Haciéndose cargo de esta discusión, la doctrina chilena que ha tratado la materia ha convenido que la culpa en materia extracontractual se aprecia *in abstracto* –aunque no de manera unánime– y que el artículo 44 del Código Civil recibe cierta aplicación en materia extracontractual.

En su clásica obra, Arturo Alessandri se inclina por señalar que la definición de culpa del artículo 44 se refiere “más bien a la culpa contractual, por ser la única que admite graduación”⁹⁰, pero a continuación reconoce que las definiciones de dicho artículo “son aplicables igualmente en materia de delitos y cuasidelitos, tanto porque la culpa es una misma en materia contractual y en materia cuasidelictual, cuanto

⁸⁸ Gian Rosso Elorriaga critica la postura de los Mazeaud, señalando algunas contradicciones en su obra y algunas imprecisiones en sus remisiones a la tradición romana. Rosso Elorriaga, “*El buen padre de familia...*”, ob. cit., p. 32.

⁸⁹ “Artículo 44. La ley distingue tres especies de culpa o descuido”.

⁹⁰ Alessandri Rodríguez, *De la responsabilidad extra-contractual*, ob. cit., p. 172.

porque el art. 44 se limita a decir que la ley distingue tres especies de culpa o descuido, que en seguida define, sin referirlas a una materia determinada”⁹¹.

Carlos Ducci, a pesar de ser mucho más tendiente –como ya se señaló– hacia la unidad de la culpa en la responsabilidad civil⁹², estima que esta clasificación tripartita de la culpa “no se aplica a la responsabilidad delictual y tiene importancia sólo en materia contractual para señalar de qué grado de culpa responde el deudor en los diversos contratos de acuerdo con el artículo 1547”⁹³, señalando, como consecuencia de lo anterior, que cualquier culpa de lugar a responsabilidad extracontractual⁹⁴.

René Abeliuk, por su parte, señala que aunque la distinción entre culpa grave, leve y levísima “no se aplica en materia extracontractual, permite dar la noción de la culpa en nuestra legislación”⁹⁵. Luego, sin embargo, agrega que en materia extracontractual es aplicable “la regla de que la culpa grave civilmente equivale al dolo”⁹⁶, haciendo la precisión de que ello “no tiene mayor relevancia, según lo ya expresado de que no hay diferencias en sus efectos entre delito y cuasidelito civiles”⁹⁷, bastando para que se dé lugar a la responsabilidad extracontractual cualquier culpa “por más leve que sea”⁹⁸.

El profesor Barros sostiene que a pesar del origen histórico de la regla del artículo 44 (lo que explicaría sólo su aplicación a las obligaciones contractuales), “todo indica que resulta aplicable a la responsabilidad extracontractual como una definición de aplicación general”⁹⁹. Luego, formula una crítica a la doctrina tradicional que “ha visto en esta gradación de la culpa una importante diferencia entre la

⁹¹ Alessandri Rodríguez, *De la responsabilidad extra-contractual*, ob. cit., p. 172.

⁹² En varios lugares de su obra, Carlos Ducci manifiesta estar de acuerdo con los planteamientos de Planiol y Ripert. Ver Ducci Claro, Carlos, *Responsabilidad Civil (ex-contractual)*, ob. cit., pp. 4-6.

⁹³ Ducci Claro, *Responsabilidad Civil (ex-contractual)*, ob. cit., p. 29.

⁹⁴ Ducci Claro, *Responsabilidad Civil (ex-contractual)*, ob. cit., p. 29.

⁹⁵ Abeliuk Manasevich, *Las obligaciones*, ob. cit., p. 257.

⁹⁶ Abeliuk Manasevich, *Las obligaciones*, ob. cit., pp. 258-259.

⁹⁷ Abeliuk Manasevich, *Las obligaciones*, ob. cit., pp. 258-259.

⁹⁸ Abeliuk Manasevich, *Las obligaciones*, ob. cit., pp. 258-259.

⁹⁹ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 80.

responsabilidad contractual y la extracontractual, porque en ésta se respondería de toda culpa”¹⁰⁰, afirmando lo siguiente:

“Se ha visto, sin embargo, que esta regla no es consistente con la idea general de cuidado que nos debemos en nuestras relaciones recíprocas y es contradictoria con el estándar de cuidado que los mismos autores exigen como condición de responsabilidad”.¹⁰¹

Cristián Banfi, por su parte, también aboga por una aplicación del artículo 44 a ambas esferas de responsabilidad. Dicha norma, junto con otra perteneciente a la responsabilidad contractual –la del artículo 1558– fundamentan su enfoque diverso al de la doctrina tradicional a propósito de la relevancia del dolo y la culpa grave en materia extracontractual a la hora de determinar la extensión del deber indemnizatorio, argumentando que sólo quien comete un ilícito extracontractual con dolo o mediando culpa grave debe indemnizar daños imprevisibles¹⁰².

Ramón Meza Barros plantea en su manual que:

“Es forzoso concluir que al hablar el Código de culpa, negligencia o descuido a secas, se ha referido a la culpa leve, puesto que tal es el significado legal del concepto. En suma, la responsabilidad cuasidelictual requiere que el autor incurra en culpa leve, no emplee el cuidado ordinario, la diligencia que los hombres emplean normalmente”¹⁰³.

La posición de Pablo Rodríguez sobre la materia es la siguiente:

¹⁰⁰ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 981.

¹⁰¹ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 982.

¹⁰² Ver: Banfi del Río, Cristián, “*Por una reparación integral del daño extracontractual limitada a los hechos dolosos o gravemente negligentes*”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 18, N° 2, 2012, pp. 3-32; Banfi del Río, Cristián, “*Restricción de la responsabilidad por cuasidelito civil a los daños directos previsibles por el autor al tiempo del hecho. Posibles implicancias para el dolo y la culpa lata*”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 22, N° 1, 2016, pp. 527-554; Banfi del Río, Cristián, “*Relevancia del dolo en la responsabilidad extracontractual chilena: una relectura desde el derecho inglés*”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 24, N° 2, 2017, pp. 69-107; Banfi del Río, Cristián, “*De la función punitiva de la responsabilidad aquiliana en Francia: algunas implicancias para la comprensión del derecho de daños chileno*”, en *Revista de derecho (Valdivia)*, Vol. 30, N° 1, 2017, pp. 97-125.

¹⁰³ Meza Barros, *Manual de Derecho Civil*, ob. cit., p. 263.

“Sabido es que en materia contractual la culpa se gradúa (artículo 44) y que en materia extracontractual no se gradúa (artículo 2329 del Código Civil). Pero si la ley ha fijado ‘*in abstracto*’ tres arquetipos (personas descuidadas, normales y ordinariamente diligentes, y personas cuidadosas y esperadas) cabe preguntarse a cuál de estos tipos se ha referido el legislador (...) Nosotros estimamos que, salvo los casos indicados (artículo 2323 y 2326), la culpa en materia extracontractual se aprecia ‘*in concreto*’, no ‘*in abstracto*’, sobre la base del modelo arquetípico descrito en el ámbito de la responsabilidad contractual”¹⁰⁴.

En cuanto a la forma de apreciación de la culpa, Rodríguez parece contradecir en otra obra su posición, señalando que “la culpa cuasidelictual debe apreciarse en abstracto, porque es un recurso o medio para imponer a todos los miembros de la sociedad un deber determinado de conducta”¹⁰⁵.

Hernán Corral, a propósito de las diferencias entre la responsabilidad contractual y extracontractual, sigue la doctrina de que “en materia extracontractual toda culpa, incluso la levísima, genera obligación”¹⁰⁶.

Por su parte, José Luis Díez, si bien sigue a Alessandri en cuanto a negar la aplicación de los tres grados de culpa en sede extracontractual, no coincide con dicho autor en cuanto al estándar de culpa aplicable en sede extracontractual, afirmando:

“(…) no habiendo grados de culpa en materia extracontractual, la existencia o no de la imprudencia debe establecerse teniendo presentes normales parámetros de comportamiento siendo impropio requerir esmeradas diligencias, más aún cuando el art. 44 del código

¹⁰⁴ Rodríguez Grez, Pablo, *La Obligación como deber de conducta típica (La teoría de la imprevisión en Chile)*, Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 1992, p. 62.

¹⁰⁵ Rodríguez Grez, Pablo, *Responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 178.

¹⁰⁶ Corral Talciani, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, ob. cit., p. 29.

Civil específica que ‘culpa o descuido, sin otro calificación, significa culpa o descuido leve’¹⁰⁷.

Como puede observarse, la doctrina nacional está lejos de ser unánime al tratar el problema de la aplicación del artículo 44 del Código en materia extracontractual. En efecto, queda aquí en evidencia el peso de la historia del modelo del buen padre de familia, que tiene sus orígenes, como ya se reseñó, en el Derecho Romano (aunque, como ya se dijo, la tripartición tiene su origen en los comentaristas y en Pothier) y surgió en el contexto de los deberes de cuidado del deudor respecto de los bienes del acreedor en el contexto de una relación contractual.

Recapitulando el tema que estamos tratando, diremos:

- Que los orígenes romanos del modelo del “buen padre de familia” no han tenido una recepción directa en nuestro ordenamiento jurídico, sino que dicha recepción tiene particularidades que no deben omitirse al estudiar el derecho vigente.
- Que Acurssio formuló por primera vez la distinción entre culpa levísima, culpa leve y culpa grave.
- Que las Siete Partidas, incorporando esta triple distinción, la transformaron en derecho vigente en nuestro territorio.
- Que la doctrina clásica francesa basada en el Código Napoleónico no necesitó abordar la cuestión sobre la tripartición de la culpa, que no fue formulada en dicho código.
- Que Andrés Bello, con clara influencia de Pothier, incorporó los tres grados de culpa en el artículo 44 del Código Civil, vigente hasta nuestros días.
- Que no obstante la posición dominante en la doctrina nacional es que el estándar aplicable a la esfera extracontractual es el de la culpa leve, ésta no es pacífica en cuanto a si la culpa se gradúa en dicha sede.

¹⁰⁷ Díez Schwerter, José Luis, *El daño extracontractual. Doctrina y Jurisprudencia*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 162.

En virtud de todas estas consideraciones, nuestro ordenamiento civil merece un estudio particular que se aproxime a la cuestión sobre el estándar de culpa aplicable a la responsabilidad extracontractual tomando en consideración y ponderando las fuentes y evolución de la tripartición de la culpa, junto a la posición de la doctrina y las funciones del sistema de responsabilidad civil. Es por ello que defenderemos una interpretación del artículo 44 que se extiende a ambas esferas de responsabilidad, con las consecuencias que luego se señalarán.

3.4. Por una aplicación del artículo 44 del Código Civil a ambos estatutos de responsabilidad

1) La definición de culpa del artículo 44 tiene el carácter de definición legal.

En primer lugar, echando mano a las normas que el mismo Código brinda para realizar la tarea hermenéutica, la palabra culpa “sin otra calificación” en el Código debe forzosamente entenderse como culpa leve. En efecto, el artículo 20 contiene un mandato legal de respetar las definiciones que la ley da expresamente en ciertas materias¹⁰⁸. Esto tiene al menos dos consecuencias: que la regla general en responsabilidad extracontractual es que se responde de culpa leve; y que la culpa grave se equipara al dolo en ambas esferas de responsabilidad.

2) La ubicación del artículo 44 explica que la tripartición es una norma de aplicación general.

En segundo lugar, concordamos con el clásico argumento basado en la ubicación del artículo 44 dentro del Código Civil. Al encontrarse esta regla en el título preliminar del Código, la interpretación de Alessandri cobra sentido: “el art. 44 se limita a decir que la ley distingue tres especies de culpa o descuido, que en seguida define, sin referirlas a una materia determinada”¹⁰⁹. Si el Código dice que “la ley

¹⁰⁸ “Artículo 20. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.”

¹⁰⁹ Alessandri Rodríguez, *De la responsabilidad extracontractual...*, ob. cit., p. 172.

distingue tres especies de culpa o descuido”, sin precisar que ello aplica sólo a la esfera contractual, debe entenderse que la norma tiene alcances generales y está establecida así con fines sistemáticos. De otra manera, esto es, si la regla sólo se aplicara a la esfera contractual, seguramente estaría ubicada en las cercanías del artículo 1547. Este último artículo realiza una expresa remisión a la norma del artículo 44, utilizándola como lo que es: una definición legal de culpa. Similar remisión es necesaria para interpretar el tercer inciso del mismo artículo 1547, que usa un concepto definido previamente en el artículo 45 para precisar los alcances de la exoneración de responsabilidad contractual por caso fortuito¹¹⁰.

3) Las reglas establecidas en el Título XXXV del Libro IV hacen alusión al estándar de mediana diligencia definido en el artículo 44.

Como tercer argumento en defensa de la aplicación del artículo 44 al ámbito de la responsabilidad extracontractual, se ha también esgrimido –como consta en la reseña de la doctrina nacional de este trabajo– el contenido de los artículos 2323 y 2326, pertenecientes al cuerpo de reglas que rigen la responsabilidad por delitos y cuasidelitos.

La primera de estas reglas establece que el dueño de un edificio debe responder “por los daños que ocasione su ruina acaecida por haber omitido las necesarias reparaciones, o por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia”. Pues bien, la alusión al modelo del buen padre de familia como estándar de culpa extracontractual sólo es completa si se aplica –para dilucidar en qué consiste dicho estándar– el artículo 44 del Código Civil. Como se desprende del citado artículo, el hecho de omitir las necesarias reparaciones en su edificio es sólo una de las maneras de faltar “al cuidado de un buen padre de familia”, existiendo otras potenciales conductas que infringen dicho estándar legal. Por ende, de esta

¹¹⁰ Aunque escapa al objeto de este trabajo, estimamos asimismo que el autor de un cuasidelito civil no responde de los daños que causa mediando una hipótesis de caso fortuito o fuerza mayor. En el caso del autor de un delito civil, el caso fortuito no podría verificarse, toda vez que el daño es deseado por él y por tanto no tiene carácter de imprevisible.

norma se puede concluir que el modelo del buen padre de familia es idóneo para apreciar la culpa extracontractual.

El segundo de los artículos mencionados establece que el dueño de un animal debe responder por los daños que cause, aunque éste se haya soltado o extraviado, a menos que “la soltura, extravío o daño no pueda imputarse a culpa del dueño o del dependiente encargado de la guarda o servicio del animal”. El segundo inciso de la norma precisa que la regla alcanza también a “toda persona que se sirva de un animal ajeno” y que dichas personas pueden salvar su acción contra el dueño del animal “si el daño ha sobrevenido 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”. Es decir, para juzgar si el dueño del animal en cuestión es responsable por los daños causados por éste a causa de una calidad o vicio del animal, el juzgador deberá dilucidar si el dueño pudo conocer o prever dicha calidad o vicio empleando un *mediano* cuidado o prudencia; si resulta que debió conocerlo o preverlo, deberá indemnizar los daños causados. Otra vez, esta norma dicta al juez una pauta abstracta para apreciar la culpabilidad de quien se quiere obtener la indemnización de daños e incluso alude a un cuidado “mediano”, utilizando idéntica expresión que el artículo 44, que establece que la culpa leve “se opone a la *diligencia o cuidado ordinario o mediano*”.

Debemos mencionar que el profesor Rosso ha formulado una crítica¹¹¹ a estos dos últimos argumentos. Este autor defiende una apreciación totalmente libre del juez de la culpa cuasidelictual, rechazando la aplicación del artículo 44 a dicha esfera.

Por una parte, se argumenta que la ubicación del artículo 44 no implica que su aplicación deba extenderse a todas las instituciones del Código. Por el contrario, se argumenta, echando mano a los orígenes del modelo del buen padre de familia en el Derecho Romano, que este arquetipo, si bien no se aplicaría sólo a instituciones

¹¹¹ Rosso Elorriaga, “*El buen padre de familia...*”, ob. cit., pp. 48-51.

contractuales, se limitaría a situaciones en que se debe cuidar o administrar una cosa ajena.

Por otra parte, se critica el argumento del artículo 2323, señalándose que dicha norma no extiende el modelo del buen padre de familia a la responsabilidad extracontractual y que Bello incluyó dicho modelo ahí erróneamente, contradiciendo el modelo romano de apreciación de la culpa.

Dicha crítica nos merece mucho respeto por el estudio de fuentes que el autor llevó a cabo para llegar a sus conclusiones. Sin embargo, nos parece que ella no se hace cargo de todo el contenido del artículo 44.

a) En primer lugar, debemos considerar que la norma en cuestión no sólo consagra el modelo del buen padre de familia, sino que además declara que si no se agrega “otra calificación”, culpa o descuido significa “culpa o descuido leve”. Así, incluso si admitiéramos que este arquetipo del buen padre de familia no fue diseñado para apreciar la culpa extracontractual, debemos en todo caso admitir que la inclusión intencional del Legislador de esta definición legal nos obliga a aplicarla a dicha esfera de la responsabilidad.

b) En segundo lugar, reforzando el argumento anterior, resulta muy importante notar que Andrés Bello innovó al incluir la precisión terminológica de “culpa o descuido sin otra calificación”, ya que, como vimos, no es posible encontrar dicha frase en el Código Civil francés de 1804. Si bien, como ya se dijo, la tripartición de la culpa en el Código de Bello se atribuye a la influencia de Pothier, en la obra de dicho tratadista tampoco se encuentra esta fórmula acerca del significado de la culpa “a secas” que Andrés Bello añadió¹¹².

c) Por otro lado, nos parece que la intención del Legislador no fue la de establecer un límite a la aplicación del modelo del buen padre de familia consistente en aplicarlo sólo a situaciones en que se debe administrar o cuidar algo ajeno. Más bien, los artículos 2323 y 2326 son claros al imponer estándares de conducta

¹¹² Pothier, *Tratado de las obligaciones*, ob. cit., p. 552.

abstractos al dueño de un edificio y de un animal, tratándose ambas de situaciones extracontractuales. Dicha alusión es precisamente una demostración expresa de la intención del Legislador.

d) Finalmente, observando las implicancias del principio *alterum non laedere*¹¹³ que está en la base de un sistema de responsabilidad civil¹¹⁴, debemos concluir que en virtud de él la ley exige que los hombres conduzcamos nuestra conducta de tal manera de evitar daños a terceros, no sólo cuando tenemos la obligación preexistente de administrar sus bienes, sino también cuando estamos administrando nuestros propios bienes, ejerciendo actividades que siempre son potencialmente dañosas. Nuestro Legislador resguardó positivamente dicho principio al extender la aplicación del modelo del buen padre de familia a situaciones distintas.

4) Necesidad de que la ley brinde pautas para diferenciar entre delito y cuasidelito civil.

En cuarto y último lugar, la aplicación del artículo 44 a la esfera extracontractual es necesaria por cuanto la fuente de la obligación de indemnizar, siguiendo la regla del artículo 1437, puede ser la comisión de un delito o un cuasidelito civil. Complementa dicha distinción el artículo 2284, específicamente a propósito de las obligaciones que se contraen sin convención. Siendo así, incluso si no existieran distinciones prácticas entre un delito y un cuasidelito civil (tesis con la que no concordamos), la ley plantea ambas hipótesis como fuentes distintas de obligaciones en el ámbito extracontractual.

¹¹³ “Es justicia la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno su derecho. (1) Estos son los preceptos del derecho: vivir honestamente, no dañar al prójimo, dar a cada uno lo suyo. (2) La jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y lo injusto”. Digesto 1.1.10.

¹¹⁴ En ese sentido, ver Papayannis, Diego, “*La práctica del alterum non laedere*”, en Revista Isonomía, Nº 41, octubre 2014, p. 31. El autor defiende la existencia de un “deber de no dañar” en la base de los sistemas de responsabilidad civil, señalando que “[e]l patrón de inferencias que llevan a un juicio de responsabilidad por el daño cometido y a la imposición de un deber de compensar no es completamente explicable sin presuponer un deber de no dañar. Existe, entonces, en tanto podría ser suprimido del discurso y el pensamiento jurídico y ello alteraría la práctica de un modo notable”.

Lo anterior exige que el ordenamiento jurídico brinde las pautas para determinar si se está en presencia de una u otra fuente, esto es, de un delito o de un cuasidelito. Al efecto, en virtud del artículo 2284, importará aquí definir si se está frente a un hecho ilícito cometido con o sin intención de dañar. Además, en este último caso –el de los delitos– serán también atingentes las definiciones de culpa grave y de dolo que entrega el artículo 44 y la equiparación que dicha norma consagra entre ambos conceptos, pues si dicha equiparación se aplica al ámbito extracontractual, hay hechos ilícitos fácticamente no intencionales que de todas formas se considerarán normativamente delitos en virtud de ella.

En el mismo sentido, cabe destacar que a aquellas situaciones que el artículo 2284 caracteriza como de hechos ilícitos cometidos “con intención de dañar”, les es naturalmente aplicable la definición legal de dolo contenida en el artículo 44. De hecho, la doctrina y la práctica legal no han tenido inconvenientes para concluir que cuando el artículo 2284 habla de “intención de dañar”, habla de dolo y, por tanto, la nomenclatura de dicha fuente de obligaciones es unánimemente la de “delito”.

5) Identidad de la culpa contractual y la extracontractual.

Como lo explica el profesor Pizarro, la doctrina chilena ha reconocido la identidad de la culpa contractual y la culpa extracontractual, pero sin embargo ha argumentado que cualquier clase de negligencia da lugar a responsabilidad extracontractual, siguiendo el adagio *in lege aquilia et culpa levissima venit*¹¹⁵. Sin embargo, agrega Pizarro, “[e]sta posición parece extrema como regla general. No puede exigirse a los sujetos de derecho que conviven en sociedad tener un cuidado extremo en cada uno de sus actos”¹¹⁶. Como también lo advierte dicho autor, la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema ha reconocido la unidad conceptual de la culpa, señalando:

¹¹⁵ Pizarro Wilson, Carlos, “*Panorama de la responsabilidad contractual en el derecho chileno*”, sin editar, p. 9.

¹¹⁶ Pizarro Wilson, Carlos, “*Panorama de la responsabilidad contractual...*”, ob. cit., pp. 9-10.

“(…) del contexto general de nuestra legislación emana que el concepto de culpa es el mismo en materia cuasidelictual y en materia contractual. Por consiguiente las definiciones propuestas por el artículo 44 son aplicables a las dos ramas, lo que permite definir la culpa cuasidelictual como la falta de cuidado o diligencia que los hombres emplean en sus negocios personales.¹¹⁷”

3.5. Consecuencias de la aplicación del artículo 44 a la esfera extracontractual

Claramente, la conclusión a la que se arribó no resulta inofensiva a la hora de llevar a cabo un juicio de responsabilidad. Sobre todo, resulta relevante la función del mencionado artículo 44 como definición legal de “culpa o descuido” y la regla de su inciso segundo al establecer que “culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve”. Mismo efecto surte la asimilación de la culpa grave o lata al dolo que realiza el segundo inciso de esta norma.

Como sabemos, la responsabilidad por culpa o negligencia “en el derecho chileno, como en todos los sistemas jurídicos modernos, constituye el *estatuto general y supletorio de responsabilidad*”¹¹⁸ y, siendo ello así, la presencia de la culpa (de la culpa leve) es central a la hora de imponer el deber resarcitorio al autor de determinado daño¹¹⁹. Antes ya se reseñaron opiniones doctrinarias acerca del estándar de diligencia debido en la responsabilidad extracontractual y se declaró que nuestra postura sobre la materia coincide bien con la de los profesores Barros y Meza Barros, esto es, que es necesario que medie culpa leve, en contraposición a Alessandri, Corral y Abeliuk, entre otros, quienes estiman que incluso la culpa levísima da lugar a responsabilidad extracontractual.

Pues bien, corresponde ahora referirnos a las consecuencias de la aplicación de las reglas contenidas en el artículo 44 del Código, que nos parecen, desde ya, consecuentes con las fuentes, fundamentos y funciones de nuestro sistema de

¹¹⁷ Corte Suprema, 19 de agosto de 1948, *RDJ*, t. XLV, sec. 1^a, p. 704.

¹¹⁸ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 27.

¹¹⁹ Sin perjuicio, claro está, de la presencia de normas de atribución de responsabilidad por riesgo.

responsabilidad civil. Desde ya, cabe realizar la prevención de que cada una de estas consecuencias es en gran medida dependiente del conjunto de las mismas, por lo que deben ser idealmente analizadas considerando el sentido de su conjunto.

1) Se concretiza una distinción que la ley ya efectúa: no es lo mismo ser autor de un delito que de un cuasidelito civil.

No sobra destacar que los delitos y los cuasidelitos civiles son fuentes de obligaciones distintas a la luz del artículo 1437 en relación al 2284 de nuestro Código Civil. Debemos, sin embargo, reconocer que la doctrina mayoritariamente ha sostenido, basada en la irrelevancia de los grados de culpa en sede extracontractual, que no hay diferencias entre estas dos clases de ilícitos. Así, por ejemplo, Alessandri señaló:

“Los actos ilícitos que son fuente de obligaciones, los divide la ley en delitos y cuasidelitos, distinción enteramente inútil, que no tiene utilidad práctica ni científica ninguna, porque unos y otros producen los mismos efectos y se rigen por las mismas reglas (...). No hay entre ambos otra diferencia que la relacionada con la causa que produce uno y otro, pero no así, en cuanto a los efectos que producen ambos”¹²⁰.

En el mismo sentido, Carlos Ducci, citando a Alessandri, señala que “[l]a distinción entre delitos y cuasidelitos que hace el código carece por completo de interés práctico”¹²¹.

Finalmente, José Luis Diez, siguiendo a Alessandri, afirma que “en materia extracontractual es intrascendente que el hechor del daño obre con dolo o culpa, a diferencia de lo que sucede en el campo contractual, según lo prescriben los arts 1547 inc. 1 y 1558 del Código Civil”.¹²²

¹²⁰ Alessandri Rodríguez, Arturo, *Teoría de las Obligaciones*, Santiago, Editorial Jurídica Ediar-ConoSur Ltda., 1988, p. 21.

¹²¹ Ducci Claro, *Responsabilidad Civil (ex-contractual)*, ob. cit., p. 27.

¹²² Diez Schwerter, *El daño extracontractual...*, ob. cit., p. 162.

Según se había adelantado, el profesor Cristián Banfi expone más aspectos de la doctrina tradicional (respecto de la cual él discrepa), para la que “el dolo es irrelevante en la responsabilidad extracontractual, pues, según reza el art. 2329 CC, la víctima está habilitada para reclamar la indemnización de todos los daños directos, ya emanen éstos de un delito o cuasidelito”¹²³. Pero la cuestión acerca de la extensión del deber indemnizatorio es sólo uno de los varios aspectos en que para la doctrina tradicional el dolo es irrelevante en materia extracontractual. Banfi reseña dicha situación de la siguiente forma¹²⁴:

“Sin embargo, la doctrina tradicional chilena opina que es inútil, en la teoría y en la práctica, discriminar entre el delito y el cuasidelito, como también entre los distintos grados de culpa establecidos en el art. 44 CC, pues el lesionado siempre tiene derecho a demandar la reparación de todos los daños, ex art. 2329 CC, independientemente de la naturaleza del hecho; que toda culpa genera responsabilidad aquiliana (*in lege Aquilia et levissima culpa venit*); y que el art. 1558 CC es ajeno a la responsabilidad extracontractual, ya que mientras los contratantes pueden advertir y distribuir los riesgos que el incumplimiento del pacto puede acarrearles, no es posible prever los daños que un hecho ilícito producirá a terceros con quienes el autor del primero nunca ha estado vinculado”.

Con todo, reconocer que no hay norma alguna en el Código que establezca expresamente que los efectos de uno y otro ilícito extracontractual son diversos, no implica afirmar que esta distinción es inexistente en el ámbito jurídico, ya que el dolo posee particularidades que justifican cierto tratamiento especial de los delitos civiles.

La sanción al dolo es un principio fundamental en nuestro ordenamiento jurídico. Sobre el asunto, el profesor Ducci enseña que “[e]xisten ciertos principios fundamentales en nuestro derecho privado que informan desde instituciones hasta

¹²³ Banfi del Río, “Por una reparación integral...”, ob. cit., p. 8.

¹²⁴ Banfi del Río, “Por una reparación integral...”, ob. cit., pp. 4-5.

soluciones específicas de casos puntuales, pero cuya filosofía es concordante especialmente en los diversos aspectos del Código Civil¹²⁵.

Esta consideración nos permite destacar el rol que el lenguaje cumple en la interpretación jurídica¹²⁶, puesto que a nuestro parecer la sanción al comportamiento doloso en materia extracontractual no requiere de la presencia de una norma en el Título XXXV del Libro IV, toda vez que se trata de un principio presente a lo largo de todo nuestro Código Civil, que justifica la presencia de reglas especiales a su respecto. En efecto, en palabras del mismo Ducci, algunos principios fundamentales del Derecho Privado “no están formulados en una norma precisa, pero si bien el principio no está directamente expresado, partiendo del raciocinio implícito en diversas normas se elabora en forma inductiva el principio general”¹²⁷. Ejemplos de lo anterior son la acción especial de restitución del provecho del dolo ajeno consagrada en el inciso segundo del artículo 2316; la acción especial de indemnización de perjuicios para aquellos casos en que el dolo no vicia el consentimiento establecida en el artículo 1458; la prohibición de presumir el dolo establecida en el artículo 1459; la prohibición de la condonación anticipada del dolo establecida en el artículo 1465; y la agravación de la responsabilidad del deudor en casos de incumplimientos contractuales dolosos establecida en el artículo 1558.

Para percatarnos de este problema y resolverlo de manera armónica con nuestro derecho, debemos siempre tener a la vista los recursos y categorías filosóficas, lingüísticas y de variada índole de que se vale el derecho para regular la conducta de las personas, evitando así un dogmatismo que se aisle de dichas consideraciones. En consecuencia, respecto del dolo y la culpa grave, la decisión de aplicar el artículo 44 al ámbito extracontractual realiza lo que a nuestro juicio es

¹²⁵ Ducci Claro, *Derecho Civil...*, ob. cit., p. 23.

¹²⁶ “Las normas jurídicas se manifiestan a través de lenguaje. Las decisiones de los tribunales que aplican las normas en la práctica son lenguaje. Incluso, si en ocasiones es incierto lo que está escrito en la ley, todo el material interpretativo, como los debates legislativos (trabajos preparatorios), se materializa también en lenguaje escrito. Así, el lenguaje es interpretado por lenguaje y el resultado se expresa por medio de lenguaje”. Aarnio, Aulis, “*Derecho, racionalidad y comunicación social*”, en *Ensayos sobre filosofía del derecho*, México DF, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, 2000, p. 12.

¹²⁷ Ducci Claro, *Derecho Civil...*, ob. cit., p. 23.

debido: poner tanto el lenguaje, como la dogmática y la norma positiva al servicio de la finalidad del sistema de responsabilidad, sin que por ello se transgreda el derecho positivo que brinda la necesaria certeza y equidad.

2) Consecuencia teleológica: consecución de los fines del sistema de responsabilidad civil.

En segundo lugar, en directa relación con lo mencionado recién y como ya se advirtió en los comienzos de este trabajo, aquí vuelven a cobrar relevancia los fines y valores del sistema de responsabilidad civil, pues debido a su carácter dinámico ellos son capaces de facilitar una labor hermenéutica integral. En ese sentido, “[l]a concepción del *derecho privado como instrumento para la consecución de fines* ha penetrado la conciencia jurídica, alterando los caminos tradicionales de la dogmática”¹²⁸.

El Derecho es una disciplina eminentemente práctica y las normas jurídicas deben analizarse e interpretarse según criterios que consideren la conducta que ellas quieren incentivar (simplemente permitiéndolas o bien obligando a adoptarlas) o desincentivar (prohibiéndolas o atribuyéndoles consecuencias negativas).

Si analizamos los principios que rigen nuestro Código Civil, nos encontraremos con cuatro clásicos: la autonomía de la voluntad, la responsabilidad, la buena fe y la prohibición del enriquecimiento injusto¹²⁹. Como ya se mencionara, según Ducci, algunos de ellos no se encuentran recogidos de manera expresa ni precisa en nuestro derecho positivo, sino que se inducen a partir de diversas normas¹³⁰. Pues bien, observándolos encontraremos que inevitablemente este conjunto de normas defiende –en términos muy coloquiales– *una manera de hacer las cosas*. Esto es así en tanto el Derecho se aboca totalmente a regular la conducta de los sujetos imperados. En palabras del jurista español Díez-Picazo, los sistemas de responsabilidad civil llevan a cabo esta tarea definiendo dos cuestiones: “[e]n

¹²⁸ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 43.

¹²⁹ Son los mencionados por Ducci como los de “especial importancia”. Ducci Claro, *Derecho Civil...*, ob. cit., p. 24.

¹³⁰ Ducci Claro, *Derecho Civil...*, ob. cit., p. 23.

primer lugar, especifican qué conductas pueden realizar los individuos sin estar sujetos a responsabilidad de ningún tipo y, como contrapartida, qué clases de perjuicios deben tolerar por las acciones de terceros”¹³¹.

Considerando este rasgo propio del sistema de responsabilidad, la aplicación del artículo 44 en materia delictual y cuasidelictual provoca una consecuencia teleológica: en virtud de la definición legal de culpa que nos entrega el inciso tercero de esta regla y dado el hecho que cuando las normas del Título XXXV del Libro IV se refieren a la culpa lo hacen siempre “sin otra calificación”, los sujetos deben actuar respetando el estándar de culpa leve, es decir, “empleando aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios”. Esta consideración responde a ambas cuestiones planteadas por Díez-Picazo, por cuanto comunica a los individuos cómo pueden desenvolverse sin incurrir en faltas que luego los obliguen a indemnizar daños y, a la vez, deja en claro que no todos los daños que sufran deberán ser reparados, sino que hay algunos que deben tolerar.

Sin duda, esta consecuencia está estrechamente relacionada con la apreciación de la culpa. Como ya habíamos dicho, el profesor Rodríguez Grez lo expresó de esta forma: “la culpa cuasidelictual debe apreciarse en abstracto, porque es un recurso o medio para imponer a todos los miembros de la sociedad un deber determinado de conducta”¹³². Estimamos que no cualquier culpa “por levísima que sea” –como ha sostenido la doctrina más tradicional¹³³– dará lugar al deber reparatorio, pues dejando que el artículo 44 cumpla su rol, la regla del artículo 2284 nos aclara que el hecho ilícito debe ser “culpable” o “cometido con intención” para dar lugar a responsabilidad cuasidelictual o delictual, respectivamente. Esto implica, entonces, que para incurrir en responsabilidad, el agente del daño debe actuar sin emplear “la diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios”. No es exigible a los sujetos emplear una diligencia mayor a esta, y los daños emanados de actos cuya ilicitud constituye meramente culpa levísima en

¹³¹ Díez-Picazo, Luis, *Derecho de Daños*, Madrid, Civitas, 1999, p. 43. Citado por Papayannis, “*La práctica del alterum non laedere*”, ob. cit., p. 62.

¹³² RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2010). ob. cit., p. 178.

¹³³ Por ejemplo: ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1943). ob. cit., p. 48.

principio no engendrarán obligación resarcitoria. Por otra parte, según se aborda en el siguiente capítulo de este trabajo, excepcionalmente el autor de un daño no responde de culpa leve, sino sólo de culpa grave o dolo, en casos donde actúa amparado por una libertad especialmente protegida.

3) La culpa grave y el dolo como agravantes de responsabilidad también en el ámbito extracontractual.

Si bien las consecuencias de la aplicación del artículo 44 respecto del dolo y la culpa grave escapan al objeto central de este trabajo, consideramos correcta la perspectiva de Barros y Banfi, según la cual la falta de previsibilidad (en sede de culpa y causalidad) implica un límite al principio de reparación integral de los daños, siendo los daños imprevisibles sólo indemnizables en casos de culpa grave o dolo del autor del daño.

En efecto, asumir que el artículo 44 debe recibir aplicación en materia de responsabilidad extracontractual nos lleva a concluir que la asimilación de la culpa grave al dolo contenida en dicha regla debe ser aplicada a dicha esfera de responsabilidad y, consecuentemente, a aplicar una norma análoga a la del artículo 1558 a los delitos y cuasidelitos, a través de la especial consideración del elemento de la previsibilidad como requisito necesario para imputar responsabilidad extracontractual.

4) Aplicación de los tres estándares de culpa a la responsabilidad extracontractual

Consideramos que la aplicación del artículo 44 a la responsabilidad por delitos y cuasidelitos tiene también relevancia para determinar el estándar de culpa de que responde el autor de los daños, sin perjuicio de estimar que la culpa leve es el factor de imputación por antonomasia a dicho ámbito y que los otros grados de culpa son excepcionalmente aplicables, como es también la regla general en materia de contratos. Al ser esta consecuencia el objeto central de este trabajo, será desarrollada en el capítulo siguiente.

CAPÍTULO IV: FUNCIONAMIENTO DE LA TRIPARTICIÓN DE LA CULPA EN LA ESFERA EXTRACONTRACTUAL

4.1. Consideraciones preliminares

Habiendo concluido que la definición legal de culpa consagrada en el artículo 44 del Código Civil puede y debe ser aplicada a la responsabilidad extracontractual y que dicha aplicación posee una serie de consecuencias jurídicas, nos centraremos ahora en una de ellas que estimamos central, cual es la de la aplicación de los tres estándares de culpa a la responsabilidad por delitos y cuasidelitos civiles.

Por supuesto, como se ha mencionado, este problema no surge en sede contractual, donde el artículo 1547 distribuye la aplicación de los tres estándares de culpa atendiendo a un criterio utilitarista: el nivel de diligencia que debe emplear el deudor en la ejecución de su obligación depende de si el contrato en cuestión cede en beneficio de él mismo, del acreedor o de ambos.

Como también se vio, y se volverá a reafirmar más adelante, si bien la doctrina tradicional ha rechazado la tripartición de la culpa aquiliana, la posición dominante de todos modos asume que el estándar de culpa aplicable a la responsabilidad por delitos y cuasidelitos es el de la culpa leve, lo que supone la aplicación del artículo 44. Partiendo de dicho supuesto, la ausencia de una norma como la del artículo 1547 hace relevante la búsqueda de un criterio normativo para distribuir la aplicación de la culpa levísima, la culpa leve y la culpa grave en la responsabilidad extracontractual.

4.2. Utilidad ilustrativa del criterio contractual

Estimamos que la regla del artículo 1547 es relevante. A través de ella, el Código Civil fija un criterio legal según el cual los intereses ajenos deben ser cautelados de manera más o menos intensa según el beneficio reportado por el sujeto que interactúa con dichos intereses. Centrándonos en el caso paradigmático de los contratos conmutativos onerosos, de los que ambos contratantes reportan

utilidad, en virtud de esta regla el deudor de la obligación no se ve compelido a adoptar un nivel de diligencia que supere el que las personas “emplean ordinariamente en sus propios negocios”. Así, en dichos contratos, el acreedor está obligado a soportar los daños que provengan de incumplimientos que, si bien cumplen con dicho estándar de diligencia mediana, no pueden ser catalogadas como *completamente* diligentes. En otras palabras, tras un incumplimiento que no alcanza a configurar un *descuido leve* o *ligero*, el acreedor no puede obtener reparación.

Frente a lo anterior, la explicación lógica es que las partes contratantes distribuyeron con antelación los riesgos y beneficios que emanarían el contrato y su ejecución. Una expresión de lo anterior es que, según dispone el artículo 1547 en su inciso final, los contratantes pueden incluso definir el estándar de diligencia del que responderán (con las limitaciones que plantean los incumplimientos dolosos o gravemente negligentes, en virtud de la prohibición de condonación anticipada de ellos).

No obstante esto último, el criterio utilitarista del artículo 1547 cumple su rol supletorio y, por tanto, impera sobre aquellos contratos en que las partes no regulan el estándar de diligencia que les será exigible. Esta es la regla general, que encuentra su excepción en contratos con un nivel importante de sofisticación.

Lo relevante e ilustrativo de esta regla para la materia que nos convoca es que en materia contractual, la ley define –en principio de manera heterónoma– cuál es el criterio que determina el estándar de diligencia que deben adoptar las partes en la ejecución del contrato: la utilidad que reportan las partes del contrato en cuestión. De hecho, se puede aseverar que dicho criterio atiende a una función claramente distributiva, basada en las noción de utilidad o beneficio como justificadora de ciertos incumplimientos o, por el contrario, como fundamento de la negligencia respecto de otros: el acreedor que reporta exclusivamente la utilidad del contrato debe tolerar más incumplimientos; y el deudor que reporta exclusivamente la utilidad debe reparar las consecuencias de más incumplimientos.

El profesor Barros corrobora la utilidad del criterio contractual en sede extracontractual, sin embargo, no lo hace justificando una aplicación de la culpa levísima ni de la culpa grave a la responsabilidad por delitos y cuasidelitos, sino para explicar los criterios judiciales utilizados para determinar en concreto el deber de cuidado que pesaba sobre el autor del daño (como veremos más adelante), siempre dentro del estándar abstracto de la culpa leve, utilizando la noción de “valor de la acción que provoca el daño”¹³⁴. En el mismo sentido, el profesor Barros además expresa que la diferencia radical entre responsabilidad contractual y extracontractual que la doctrina tradicional identifica en la regla del artículo 1547 tiende a morigerarse:

“la gratuidad es también relevante al momento de determinar nuestros deberes extracontractuales de cuidado. Por eso, si alguien disfruta unilateralmente de las ventajas de una acción riesgosa, se le puede exigir un cuidado mayor que si la actividad cede en beneficio general; y si, por el contrario, se ha actuado en rescate de un tercero y se le causa un daño en esa acción, el patrón normativo con que debe ser juzgada la conducta es más benigno”¹³⁵.

Lo anterior, como se advirtió, no coincide con aplicar un distinto estándar de diligencia al sujeto que disfruta unilateralmente las ventajas de una actividad o a quien, por el contrario, actúa en exclusivo interés ajeno. Se trata, en cambio, de tomar en consideración dichas circunstancias a la hora de determinar, en concreto, a qué acción u omisión estaba obligado el autor del daño; en otras palabras, la utilización de este criterio consiste en dilucidar qué conducta habría adoptado un buen padre de familia o persona razonable, atendida la circunstancia de disfrutar unilateralmente de los beneficios de la actividad o bien actuar exclusivamente en interés ajeno.

¹³⁴ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 112-115.

¹³⁵ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 982.

Cabe recalcar que, en materia de contratos, nuestro Código Civil contempla una regla similar de similar criterio a propósito del mandato. En efecto, el artículo 2129 dispone lo siguiente:

“Artículo 2129. El mandatario responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo.

Esta responsabilidad recae más estrictamente sobre el mandatario remunerado.

Por el contrario, si el mandatario ha manifestado repugnancia al encargo, y se ha visto en cierto modo forzado a aceptarlo, cediendo a las instancias del mandante, será menos estricta la responsabilidad que sobre él recaiga”.

Como puede observarse, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 1547, la norma en comento establece que el estándar de culpa leve puede *recaer más o menos estrictamente* sobre el mandatario según si éste recibe una remuneración o, por el contrario, ha aceptado el encargo de cierto modo forzoso y no reporte de éste utilidad. Este es un criterio similar al que, como veíamos recién, el profesor Barros defiende en materia de apreciación judicial del deber de cuidado extracontractual, ya que en ambos casos se atiende a la utilidad para determinar el estándar de cuidado exigible: en un caso, la utilidad que el mandante reporta del encargo; en el otro, la utilidad que reporta el autor de un delito o cuasidelito de la actividad dañosa.

Con todo, consideramos que el criterio de utilidad que impera en sede contractual no es directamente aplicable a la responsabilidad extracontractual. En opinión de José Luis Díez, siguiendo a Alessandri, los beneficios por el autor del daño son irrelevantes a la hora de determinar la extensión del deber indemnizatorio, que no puede ser restringido por la circunstancia que la acción dañosa no le haya reportado beneficio al autor ni tampoco puede ser aumentado por la circunstancia de haber reportado el autor un beneficio; para el caso opuesto, esto es, casos en que la víctima del daño obtiene un beneficio, Díez señala que la jurisprudencia nacional ha

adherido a lo argumentado por Alessandri, en el sentido de reducir la reparación en dichos casos¹³⁶.

En el ámbito de los delitos y cuasidelitos, en principio no existe un vínculo previo entre la víctima y el causante del daño. En consecuencia, quien causa un daño no está en posición de determinar *ex ante* si la actividad que realiza reporta cierta utilidad para la potencial víctima. De hecho, dicha deliberación al actuar coincide con la previsibilidad, que “es consustancial a la culpa”¹³⁷, en tanto “el modelo del hombre prudente y diligente nos remite a una persona que delibera y actúa razonablemente: y como lo imprevisible no puede ser objeto de la deliberación, no hay diligencia que pueda comprenderlo”¹³⁸. En palabras del profesor Corral, “la falta del deber de cuidado incluye la previsibilidad del daño”¹³⁹. Carlos Ducci lo explica de la siguiente manera:

“para proceder sin culpa es necesario considerar de antemano las consecuencias de nuestros actos y evitar aquellas consecuencias que implican el causar un daño, planteada en esta forma la cuestión, el cuidado y diligencia significan previsión, y la culpa consiste en no prever las consecuencias previsibles de nuestros actos”¹⁴⁰.

En suma, en el ámbito de los delitos y cuasidelitos, la ausencia de un vínculo previo entre la víctima y el victimario conlleva una falta de deliberación; por ende, se afirma que “la responsabilidad civil es esencialmente un derecho de accidentes”¹⁴¹. Resulta así improcedente determinar el estándar de cuidado exigible con base en circunstancias imprevisibles para quien ejerce una actividad: no hay en sede extracontractual una decisión por parte del agente del daño que esté informada de la distribución de riesgos y beneficios que un contrato contempla.

¹³⁶ Diez Schwerter, *El daño extracontractual...*, ob. cit., pp. 170-171.

¹³⁷ Banfi del Río, “*Por una reparación integral...*”, ob. cit., p. 17.

¹³⁸ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 90.

¹³⁹ Corral Talciani, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, ob. cit., p. 214.

¹⁴⁰ Ducci Claro, *Responsabilidad Civil (ex-contractual)*, ob. cit., p. 28.

¹⁴¹ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit. p. 75.

4.3. La culpa leve como regla general en la responsabilidad extracontractual

En el capítulo anterior hemos expuesto que coincidimos con la posición mayoritaria de la doctrina chilena actual, que señala que el estándar de culpa aplicable en materia extracontractual es el de la culpa leve, no obstante ser posible encontrar opiniones en la doctrina más tradicional que, basados en su argumento de imposibilidad de aplicar la tripartición de la culpa a este ámbito, declaran que cualquier culpa, incluso levísima, engendra responsabilidad extracontractual¹⁴². Se responde a dichos argumentos denunciando que “[h]ay un contrasentido en adoptar, por un lado, el modelo de una persona prudente y, por otro, fijar el estándar de cuidado propio de una extremadamente diligente”¹⁴³.

El establecimiento del cuidado mediano u ordinario como parámetro en el ámbito del derecho de daños nos parece la regulación más conveniente y que hace más sentido si se la analiza desde el punto de vista de los fines del sistema de responsabilidad civil, así como desde el Análisis Económico del Derecho. Esto vale tanto si se concibe la culpa en base a expectativas recíprocas de comportamiento, como si se la construye a partir de la noción de justicia correctiva o de eficacia preventiva¹⁴⁴.

4.4. La relevancia de los bienes o intereses involucrados en la determinación del factor de imputación de responsabilidad extracontractual

Con base en la posición en virtud de la cual la culpa leve es y debe ser el estándar de cuidado aplicable en materia de delitos y cuasidelitos civiles, el presente trabajo pretende aportar criterios para configurar excepciones a dicha regla general, esto es, grupos de casos en los cuales el estándar de diligencia exigido debe ser la culpa grave (o bien el dolo) o la culpa levísima. Estas excepciones se fundan en la idea de que el ámbito de protección de la responsabilidad extracontractual no está

¹⁴² Alessandri Rodríguez, *De la responsabilidad extracontractual...*, ob. cit., p. 48; Ducci Claro, *Responsabilidad Civil (ex-contractual)*, ob. cit., p. 29; Abeliuk Manasevich, *Las obligaciones*, ob. cit., pp. 258-259.

¹⁴³ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 82.

¹⁴⁴ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 82.

definido exclusivamente por el juicio de culpabilidad del agente del daño, “sino también por la naturaleza de los bienes o intereses cuya afectación es fuente de un daño en sentido jurídico”¹⁴⁵.

La tendencia general en materia de responsabilidad extracontractual es que “los deberes generales de cuidado cuya infracción configura la culpa se tienen en términos equivalentes respecto de todo tipo de interés, sin mayores distinciones respecto de su naturaleza y categoría”¹⁴⁶, lo que explica que en general se estime que “lo único decisivo es determinar si el referido comportamiento admite ser calificado de ilícito en razón de una infracción a un deber general de cuidado, siendo esa calificación la que traza el límite entre el derecho a la indemnización y la negación de ese mismo derecho”¹⁴⁷.

A este respecto, el profesor Schopf defiende la relevancia de la diferenciación de bienes o intereses en la definición del ámbito de protección de la responsabilidad civil, afirmando que establecer deberes generales de cuidado equivalentes sin consideración al tipo de interés o bien dañado es “insuficiente, y se encuentra en contradicción con un análisis más detallado de la responsabilidad extracontractual, el que da cuenta que, en realidad, no todos los intereses tienen el mismo nivel de protección”¹⁴⁸.

Cabe precisar que estos grupos de casos son, en ocasiones, elaborados utilizando un punto de vista interno al sistema jurídico –esto es, proponiendo soluciones alcanzables a la luz de las reglas vigentes de nuestro ordenamiento– y, en otras, son soluciones que emanan de la adopción de un punto de vista externo a nuestro sistema, obedeciendo a cierto desarrollo jurisprudencial nacional o comparado, o bien a un análisis económico de un ámbito de la responsabilidad extracontractual en particular.

¹⁴⁵ Schopf Olea, Adrián, “*El ámbito de protección de la responsabilidad extracontractual y los daños puramente patrimoniales*”, en Vidal, Álvaro; Severin, Gonzalo; Mejías, Claudia (editores), *Estudios de Derecho Civil X*, Valparaíso, Thomson Reuters, 2014, p. 924.

¹⁴⁶ Schopf Olea, “*El ámbito de protección...*”, ob. cit., p. 924.

¹⁴⁷ Schopf Olea, “*El ámbito de protección...*”, ob. cit., p. 924.

¹⁴⁸ Schopf Olea, “*El ámbito de protección...*”, ob. cit., p. 924.

4.5. Culpa grave y dolo como factores de imputación aplicables excepcionalmente en casos de actividades amparadas por libertades o derechos especialmente protegidos

Mientras que la aplicación general del estándar de culpa leve según es definido en el artículo 44 del Código Civil nos obliga a actuar como lo haría un buen padre o madre de familia, adoptando “aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios”, la aplicación del estándar de culpa grave nos permitiría prescindir de aquella diligencia mediana y sólo nos obligaría a responder por aquellos daños que se deban a una negligencia grave, esto es, aquella consistente “en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios”.

Desde un punto de vista económico, cuando decimos que se responde de culpa grave (o dolo), decimos que quien actúa debe adoptar un nivel mínimo de precaución, lo que constituye un importante incentivo al ejercicio de la actividad de que se trate. Pero cabe precisar que el establecimiento de un bajo nivel de diligencia para el ejercicio de determinada actividad no sólo conlleva un incentivo, sino a la vez un riesgo: bajos costos de precaución fomentan el ejercicio libre de una actividad, pues parte de dichos costos son externalizados; pero, al mismo tiempo, dicha libertad conlleva un aumento del riesgo respecto de aquellos terceros que experimenten daños causados por dichas actividades fomentadas. Debido a lo anterior, el establecimiento por parte del ordenamiento jurídico de un estándar de diligencia bajo para el ejercicio de determinada actividad requiere una justificación suficiente, que haga a la vez deseable el fomento de la actividad y razonable el aumento del riesgo.

En virtud de lo anterior, estimamos que la relajación de la regla general de la diligencia mediana como estándar exigible en sede extracontractual sólo puede tener lugar frente a casos calificados en que el daño haya sido causado en el ejercicio de una libertad o derecho especialmente protegido, a cuyo respecto el ordenamiento jurídico haya efectuado una ponderación favorable. En otras palabras, allí donde el

sistema jurídico protege o fomenta enfáticamente el desarrollo de una determinada actividad, encontramos la justificación para una disminución del estándar de diligencia exigible y para el consecuente traslado de parte del riesgo del victimario hacia la víctima.

A continuación, se analizarán someramente ciertas actividades, libertades o derechos que han sido objeto de una especial protección por parte del ordenamiento jurídico y respecto de las cuales, en consecuencia, el cuidado exigible a quien actúa a su amparo se ve disminuido al mínimo estándar legal: la culpa grave. Esta especial protección puede tener su origen en reglas constitucionales y legales, o bien en el desarrollo que la doctrina y la jurisprudencia hayan efectuado a partir de cláusulas generales establecidas por el derecho positivo.

4.5.1. Responsabilidad de los medios de comunicación por daños causados en ejercicio de su libertad de expresión e información con interés público involucrado

A nivel constitucional, nuestro ordenamiento jurídico consagra dos derechos fundamentales que dada su naturaleza y alcance práctico se contraponen: se trata, por una parte, de los derechos a la honra y la privacidad, garantizados en el artículo 19 N° 4 de la Constitución¹⁴⁹ y, por otra, la libertad de expresión, garantizada en el artículo 19 N° 12¹⁵⁰.

Puede afirmarse que la libertad de expresión y el derecho a la honra y la privacidad son recíprocamente excluyentes o, en otras palabras, que “los límites de los derechos de la personalidad y de la libertad de expresión son recíprocamente definibles”¹⁵¹. Es decir, en teoría, si determinada pieza de información forma parte del ámbito protegido por la libertad de expresión, dicha información no está amparada

¹⁴⁹ “La Constitución asegura a todas las personas: 4°.- El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, y asimismo, la protección de sus datos personales. El tratamiento y protección de estos datos se efectuará en la forma y condiciones que determine la ley”.

¹⁵⁰ “La Constitución asegura a todas las personas: 12°.- La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado”.

¹⁵¹ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 537.

por el derecho a la honra y privacidad del sujeto de que trata; viceversa, la información que forma parte de la esfera protegida por el derecho a la honra y la privacidad de una persona debe entenderse abstraída de la libertad de expresión de los demás. En términos económicos, puede afirmarse que la relación que media entre la libertad de expresión, por un lado, y el derecho a la honra y la privacidad, por otro, se asemeja a la de un juego de suma cero.

No obstante lo anterior, esta relación que en abstracto resulta recíprocamente excluyente debe ser objeto de una solución por parte del ordenamiento jurídico. Una posible solución es darle primacía a un derecho sobre el otro; otra consiste en reconocer que ambas garantías constitucionales deben coexistir y deben ser ambas necesariamente aplicadas en cada caso concreto, llevando a cabo un ejercicio de “sopesamiento circunstanciado”¹⁵².

Dada la generalidad de las normas constitucionales, “[s]ólo excepcionalmente el derecho civil es espejo del ordenamiento de bienes que establece la Constitución”¹⁵³. Esto quiere decir que la solución que desde el punto de vista constitucional se adopte frente a la contraposición entre dos derechos fundamentales no determina, en principio, el contenido de las reglas de responsabilidad civil. Sin embargo, el conflicto entre libertad de expresión y los derechos de la personalidad es precisamente el caso más visible en que “la definición del ilícito civil supone consideraciones de derecho constitucional”¹⁵⁴. Por ello, aunque escapa al objeto de este trabajo, se deberá recurrir a ciertas discusiones relacionadas con el derecho constitucional, en la medida que tengan implicancias en la determinación del estándar de culpa aplicable en materia de responsabilidad civil extracontractual. Como afirma Barros, “el sopesamiento de los bienes, que determina el cuidado debido en sede civil, está influido por el valor que ellos tienen en el orden básico de la sociedad”¹⁵⁵.

¹⁵² Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 537.

¹⁵³ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 251.

¹⁵⁴ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 251.

¹⁵⁵ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 539.

El ambiente natural en que la libertad de expresión e información y el derecho a la honra y privacidad entran en pugna es el de los daños (también perturbaciones y amenazas en sede constitucional) –frecuentemente de carácter extrapatrimonial– derivados del ejercicio la actividad periodística. Se trata de una industria que usualmente se desenvuelve en los límites de la libertad de expresión, planteándose frecuentemente dudas o conflictos acerca del ejercicio de dicha libertad, en perjuicio de la privacidad y honra de las personas cuya información se indaga y divulga. Esta actividad se encuentra especialmente regulada por la Ley 19.733 sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, que en sus artículos 39 inciso primero y 40 sujeta la responsabilidad civil a las reglas generales, con ciertas modificaciones (como aquella relativa a la procedencia de la indemnización por daño moral por injurias¹⁵⁶).

El derecho positivo nada expresa acerca del estándar de culpa de que se responde en ejercicio de la actividad periodística. Ninguna regla especial se encuentra en el Código Civil ni en la Ley 19.733¹⁵⁷. En ese entendido, el estándar de la culpa leve debe permanecer como la regla general de imputación de daños, de conformidad con los artículos 44, 2314 y 2329 del Código Civil, sujeto a las precisiones que a continuación se realizan.

El ámbito en que nuestra jurisprudencia ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la pugna entre estos derechos es el del derecho constitucional, ya que en nuestro derecho “existe una consagración de un derecho general a la privacidad, para el cual se ha previsto un remedio también general: el recurso de protección”¹⁵⁸. En estos casos, usualmente el recurrente es un sujeto afectado por la divulgación de

¹⁵⁶ Las reglas generales contempladas en el Código Civil excluyen la indemnización de daño moral por “imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona” (Artículo 2331). A este respecto, la Ley 19.733 dispone:

“Artículo 39.- La responsabilidad penal y civil por los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de las libertades que consagra el inciso primero del número 12° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, se determinará por las normas de esta ley y las de los Códigos respectivos”.
“Artículo 40.- La acción civil para obtener la indemnización de daños y perjuicios derivada de delitos penados en esta ley se regirá por las reglas generales”.

¹⁵⁷ Como veremos más adelante, sin embargo, un proyecto de ley pretende cambiar esta situación.

¹⁵⁸ Peña González, Carlos. “Informe sobre el proyecto de ley de protección del honor y la intimidad de las personas”, en Cuadernos de Análisis Jurídico, Núm. I, 2004, p. 84.

información por parte de un medio de comunicación masivo, que reclama que dicha divulgación constituye una perturbación, privación o amenaza de su derecho a la honra y privacidad. Los recurridos frecuentemente sostienen que la divulgación de información se ajusta a las “condiciones que determina la ley” en los términos establecidos en el artículo 19 N° 12 de la Constitución a propósito de la libertad de expresión e información. Por otra parte, los casos civiles son generalmente iniciados a instancia de personas naturales afectadas por divulgaciones efectuadas por canales de televisión o prensa escrita.

La jurisprudencia nacional ha analizado estos casos a través de un análisis bastante abstracto y simplificado, prescindiendo de consideraciones acerca de ciertas circunstancias de los casos que pudieren requerir un tratamiento especial, como es el caso de situaciones en que la persona afectada por la divulgación de la información es un personaje público o bien la divulgación de la información obedece a un interés público; e incluso tradicionalmente había dado mayor protección a la honra. En ese sentido, “los Medios han sido condenados a resarcir los daños patrimoniales y morales supuestamente causados a personas públicas en virtud de fallos que no evidencian una comprensión del singular problema envuelto este tipo de pleitos”¹⁵⁹. De este modo, la jurisprudencia ha aplicado el estándar de culpa leve tanto para casos que involucran daños a la honra y privacidad de personas públicas como de personas privadas¹⁶⁰.

Este tratamiento es rechazado por un sector minoritario de la doctrina chilena¹⁶¹, que ha llamado la atención acerca del lugar fundamental de la libertad de

¹⁵⁹ Banfi del Río, Cristián, “*Por una responsabilidad civil de los Medios de comunicación coherente con el riesgo de divulgación de noticias falsas sobre personas públicas*”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 24, N° 3, 2018, p. 272.

¹⁶⁰ Respecto de casos que involucran daños a la honra y privacidad de personas públicas, el profesor Cristián Banfi cita dos casos en que los diarios *La Cuarta* (Sentencia Corte Suprema de 13 de julio de 2017, rol N° 6736-2015) y *El Mercurio* (Sentencia Corte Suprema 13 de junio de 2017, rol N° 65403-2016) fueron condenados a indemnizar al Teniente Coronel de Carabineros Juan Loyola Villalobos por haber publicado que éste tenía vínculos con una banda de narcotraficantes. Banfi del Río, “*Por una responsabilidad civil...*”, *ob. cit.*, pp. 274-280.

¹⁶¹ Pino Emhart, Alberto, “*Cambios recientes en la defensa de interés público (privilegio Reynolds) respecto a la acción de responsabilidad por difamación del derecho inglés*”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 23, 2014, pp. 263-274; Banfi del Río, “*Por una responsabilidad civil...*”, *ob. cit.*, pp. 255-308; Anguita Ramírez, Pedro, *El derecho a la información en Chile. Análisis de la Ley N°*

expresión en una sociedad democrática, influenciados por el derecho norteamericano. Esta tendencia nació al alero del precedente marcado por la Corte Suprema estadounidense en el caso “New York Times contra Sullivan”, que versó sobre declaraciones publicadas por el periódico *New York Times* mediante las que erróneamente se informaba que un jefe de policía del estado de Alabama (L. B. Sullivan) había participado en un episodio de represión brutal frente a una protesta por los derechos civiles de las minorías. La Corte Suprema declaró inconstitucional compensar a un funcionario público por declaraciones falsas difamatorias relativas al ejercicio de sus funciones, salvo que se pruebe la presencia de “real malicia” (*actual malice*) o que la declaración fue realizada con conocimiento de su falsedad o “desprecio temerario” (*reckless disregard*) respecto de su veracidad o falsedad¹⁶².

En línea con dicha célebre jurisprudencia, en Derecho Comparado se ha seguido el criterio según el cual “la libertad de expresión respecto de otras libertades públicas exige que los medios de difusión sólo respondan por los daños que causan a la honra de las personas cuando se actúa con completa desaprensión respecto de la verdad de lo informado (estándar de culpa grave)”¹⁶³. Este criterio se ha adoptado para casos donde la información divulgada por los medios de comunicación reviste un interés público, incluyendo casos en que el sujeto cuya información se divulga es un personaje público. En palabras del profesor Banfi, “[l]a concreción de los riesgos ínsitos en la divulgación de hechos de interés social que atingen a quienes ocupan posiciones de poder y son constantemente examinados por la opinión pública, debería desencadenar la responsabilidad de los Medios si éstos actúan con culpa calificada”¹⁶⁴.

19.733 sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, Santiago, Editorial LexisNexis, 2005, pp. 408-409; Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., pp. 537-540; 581.

¹⁶² New York Times v. Sullivan, 376, US 254, 1964: “A state cannot, under the First and Fourteenth Amendments, award damages to a public official for defamatory falsehood relating to his official conduct unless he proves ‘actual malice’ – that the statement was made with knowledge of its falsity or with reckless disregard of whether it was true or false”.

¹⁶³ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 113.

¹⁶⁴ Banfi del Río, “*Por una responsabilidad civil...*”, ob. cit., p. 295.

Junto a esta corriente de pensamiento que surgió del debate constitucional sostenido por la Corte Suprema estadounidense, resulta importante mencionar que nuestro país ha suscrito y ratificado la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, instrumento internacional que también reconoce la especial importancia de la libertad de expresión en su artículo 13. Cabe recalcar que dicha norma internacional, vinculante para nuestro Estado, junto con establecer la prohibición de censura previa, consagra un criterio de *ultima ratio* para el establecimiento de las responsabilidades ulteriores seguidas del ejercicio de la libertad de pensamiento y expresión. En efecto, dicha responsabilidad debe ser “necesaria para asegurar a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”¹⁶⁵. La doctrina ha advertido, en ese sentido, que en aplicación de dicha norma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado la importancia de la libertad de pensamiento y expresión para la subsistencia de un sistema democrático y ha adoptado también el criterio según el cual es relevante otorgar un tratamiento especial a aquellos casos donde la información haga referencia a una persona pública y no se refiera a un simple particular¹⁶⁶. En ese sentido, se ha afirmado:

“Cualquier regulación de la responsabilidad de los medios de comunicación y del ejercicio del periodismo no puede realizarse en abstracto, debe considerar los derechos que se encuentran en juego y lograr junto con determinar responsabilidades por su abuso, el mecanismo que permita de mejor modo, satisfacer los derechos a la

¹⁶⁵ “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

¹⁶⁶ Eva Parada, María José, “Fallo Páez con Baraona: Libertad de expresión e Interés Público”, en Anuario de Derechos Humanos, N° 1, 2005, p. 153.

libertad de informar y la honra o vida privada de los sujetos afectados por su actividad”¹⁶⁷.

Cabe recalcar, adicionalmente, que esta conclusión es el fundamento de un proyecto de reforma legislativa¹⁶⁸, en virtud del cual se pretende sustituir el más arriba mencionado artículo 2331 del Código Civil, en el sentido de establecer la expresa procedencia de la indemnización de todo tipo de daño por imputaciones contrarias a la honra o los atentados contra la vida privada o la imagen de las personas, estableciendo además que la responsabilidad de los medios de comunicación social se regirán por la Ley 19.733¹⁶⁹; además, el mencionado proyecto de ley busca sustituir el actual artículo 40 de la Ley 19.733, introduciendo expresamente el estándar de la culpa grave o dolo para imputar responsabilidad civil independiente de la responsabilidad penal. El nuevo artículo 40 que el proyecto propone es el siguiente:

"Artículo 40.- La acción civil para obtener la indemnización de daños y perjuicios derivada de delitos penados en esta ley se regirá por las reglas generales.

La comisión de los delitos de injuria y calumnia a que se refiere el artículo 29, dará derecho a indemnización por el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral.

En caso de que se ejerza la acción civil por imputaciones contrarias a la honra o atentados a la vida privada o imagen de la persona independiente a la responsabilidad penal, la indemnización

¹⁶⁷ Feddersen Martínez, Mayra, “*Responsabilidad civil y actividad periodística en Chile*”, en Cuadernos de Análisis Jurídico, Num. IV, 2008, p. 93.

¹⁶⁸ Proyecto de Ley que Modifica el Código Civil, con el objeto de regular la procedencia de la indemnización del daño moral por atentados a la honra, la vida privada y la imagen personal. Boletín N° 9107-07.

¹⁶⁹ “Artículo 10.- Sustitúyase el artículo 2331 del Código Civil por el siguiente:

‘Artículo 2331. Las imputaciones contrarias a la borra o los atentados contra la vida privada o la imagen de la persona darán derecho a la reparación de todos los daños sean materiales o morales. No obstante, la acción para exigir reparación de los daños causados a la honra, la vida privada o la imagen por un medio de comunicación social se regirá por lo previsto en la ley especial de libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo’.

de los daños sólo procederá si se han cometido con dolo o culpa grave y no concurra alguna circunstancia que justifique la difusión como aquellas previstas en el artículo 30 de esta”¹⁷⁰.

Finalmente, es menester considerar para este análisis que el Derecho contemporáneo ha brindado un tratamiento especial y diferenciado a los daños causados a la honra y privacidad de las personas, “cuya principal característica es su protección disminuida”¹⁷¹. Este entendimiento confirma que las características especiales de la privacidad y la honra, contrastadas con la especial relevancia y protección a la libertad de expresión, encuentran su materialización en el sistema de responsabilidad civil.

En suma, en virtud de todas estas consideraciones de derecho constitucional y de los fines y fundamentos del sistema de responsabilidad civil, que en el especial caso de la libertad de expresión deben plasmar la solución de Derecho Público a que adhiera nuestro ordenamiento jurídico en su globalidad, estimamos correcta la posición sostenida por la doctrina chilena minoritaria, en virtud de la cual la primacía de la libertad de expresión e información por sobre la honra y privacidad de personas públicas implica que los medios de comunicación social sólo deben ser responsables civilmente si el juez alcanza la convicción de que ha mediado “real malicia” o “desprecio temerario”, esto es, si han divulgado información falsa incurriendo en dolo o culpa grave¹⁷². Como afirma Barros “[l]a consideración de intereses justificados de información hace que los umbrales de cuidado tiendan a ser menos exigentes,

¹⁷⁰ Proyecto de Ley que Modifica el Código Civil, con el objeto de regular la procedencia de la indemnización del daño moral por atentados a la honra, la vida privada y la imagen personal. Boletín N° 9107-07.

¹⁷¹ Schopf Olea, “*El ámbito de protección...*”, ob. cit., p. 926.

¹⁷² En contra de esta posición, el profesor Corral sostiene: “No parece sostenible en nuestro sistema jurídico la exigencia de una culpa calificada o agravada, como sucede en el Derecho estadounidense desde que la Corte Suprema, por consideraciones constitucionales relativas a la libertad de prensa, comenzara a requerir, para efectos de otorgar indemnizaciones civiles, la prueba de un standar de culpa calificada denominada ‘actual malice’”. Corral Talciani, Hernán, “Sobre la responsabilidad civil de los periodistas y de los medios de comunicación social por atentados a la honra, intimidad e imagen”, en Revista Información Pública, Escuela de Periodismo de la Universidad Santo Tomás, 4 (2), 2006, p. 272. Sin embargo, dicho autor reconoce que “el régimen de responsabilidad civil puede ser uno de los modos a través de los cuales el Estado da cumplimiento con este deber positivo de promover el respeto de los derechos fundamentales”. Corral Talciani, “*Sobre la responsabilidad...*”, ob. cit., p. 261.

*porque es más urgente la demanda de información*¹⁷³. Como consecuencia, aplicar irreflexivamente un estándar de culpa leve en dichas circunstancias conlleva el indeseable riesgo de “*desalentar la actividad periodística en cuestiones de indudable interés público*”¹⁷⁴.

Lo anterior es consistente con el criterio que este trabajo propone, en virtud del cual el estándar de diligencia aplicable a actividades respecto de las cuales el ordenamiento jurídico ha efectuado una ponderación favorable debe ser uno menos estricto que el de la diligencia ordinaria. La libertad de expresión goza de dicho reconocimiento y primacía respecto de la honra y privacidad de las personas públicas.

4.5.2. Responsabilidad entre competidores por actos de competencia desleal y por ilícitos anticompetitivos

En el ámbito del orden público económico, otra tensión existe en nuestro ordenamiento jurídico entre la libertad de competir –reconducible a la libertad económica consagrada en el artículo 19 N° 21 de la Constitución¹⁷⁵– y las normas que protegen la libre y leal competencia, a saber, respectivamente, el Decreto Ley 211 que fija normas para la defensa de la libre competencia y la Ley 20.169 que regula (en realidad prohíbe) la competencia desleal.

Otra manera de caracterizar este problema es identificando una tensión entre la libertad de competir y el principio *alterum non laedere*, que está a la base del sistema de responsabilidad civil: no existe, en realidad, un conflicto entre la libertad económica consagrada en la Constitución y los cuerpos normativos especiales que protegen la libre y leal competencia, ya que la regla constitucional señala que dicha libertad tiene como límites la moral, el orden público, la seguridad nacional y el respeto a las normas legales que la regulen. Así, la tensión entre la libertad de

¹⁷³ Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, ob. cit., p. 586.

¹⁷⁴ Banfi del Río, “*Por una responsabilidad civil...*”, ob. cit., p. 298.

¹⁷⁵ “Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

21º.- El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen”.

competir y las normas que la regulan se da al interior del orden público económico. La problemática que aquí nos interesa abordar es la manera en que la responsabilidad civil corrige *ex post facto* los daños causados por un competidor a otro en infracción al orden público económico y, en especial, si dicha relación afecta el estándar de cuidado exigible en sede civil. Se trata de “pesar el derecho de la víctima a la indemnización contra la libertad de competir del dañador”¹⁷⁶.

Como veremos a continuación, entre competidores, la primacía de la libertad de competir por sobre el principio general de no dañar a otro es evidente, toda vez que los daños que los competidores se causan recíprocamente son consustanciales a la competencia: “en definitiva, el éxito de un agente del mercado pasa muchas veces por ganar la clientela de otros”¹⁷⁷. En virtud de ello, según advierte el profesor Banfi, la jurisprudencia francesa “exige el dolo como condición para imputar responsabilidad al dañador que actúa en ejercicio de una libertad, como la de competir”¹⁷⁸.

Adicionalmente, según destaca el profesor Schopf, tratándose de daños puramente patrimoniales o económicos, categoría en la que en general se encuentran usualmente los relativos a actividades económicas y comerciales, en Derecho comparado se verifica una tendencia a excluir su reparación del ámbito de la responsabilidad extracontractual, ya que dicho sistema ocuparía un rol complementario respecto del derecho de contratos¹⁷⁹. En el mismo sentido, “la afectación de intereses puramente económicos y de ese modo la provocación de daños puramente patrimoniales puede configurar responsabilidad extracontractual si existen consideraciones especiales que lo justifican”, como lo es la verificación de un conducta “particularmente impropia o reprochable”¹⁸⁰. Dicha caracterización coincide con la exigencia de dolo directo, abuso o culpa grave como condición de

¹⁷⁶ Banfi del Río, *Responsabilidad civil por competencia desleal...*, ob. cit., p. 237.

¹⁷⁷ Tapia Rodríguez, Mauricio, “*La Ley N° 20.169 sobre Competencia Desleal: una hipótesis de responsabilidad civil contractual*”, en Cuadernos de Análisis Jurídico, Num. IV, 2008, p. 184.

¹⁷⁸ Banfi del Río, *Responsabilidad civil por competencia desleal...*, ob. cit., p. 149.

¹⁷⁹ Schopf Olea, “*El ámbito de protección...*”, ob. cit., pp. 927-929.

¹⁸⁰ Schopf Olea, “*El ámbito de protección...*”, ob. cit., p. 935.

responsabilidad extracontractual para la reparación de daños puramente patrimoniales¹⁸¹.

A continuación, se analizará en particular el caso de la responsabilidad civil entre competidores por actos de competencia desleal y por ilícitos atentatorios contra la libre competencia, en especial la cuestión acerca del estándar de culpa que sirve para imputar a dichos competidores responsabilidad extracontractual.

a) Competencia desleal

La doctrina ha afirmado que nuestro sistema jurídico favorece la competencia y que en virtud de ello, las normas que proscriben la deslealtad y deshonestidad en su ejercicio no impiden que ésta se desenvuelva de manera dura o ruda¹⁸². En línea con lo que ya se ha afirmado, el profesor Schopf enmarca a los daños derivados de actos de competencia desleal en la categoría de los daños puramente patrimoniales o económicos (cuya reparación ha sido tradicionalmente excluida de la responsabilidad extracontractual o bien limitada):

“Son típicamente daños puramente patrimoniales los que se siguen de información errónea que lleva a tomar una decisión de negocios equivocada, el derivado de la interferencia en un contrato ajeno que lleva a su incumplimiento por el deudor, la pérdida de clientela, utilidades o valor de una marca en razón de un acto de competencia desleal”¹⁸³.

Junto a lo anterior, acerca del factor de imputación necesario, la doctrina nacional, apoyada en jurisprudencia de nuestros tribunales, ha concluido que la responsabilidad civil emanada tanto de la hipótesis genérica del artículo 3 de la Ley

¹⁸¹ Schopf Olea, “*El ámbito de protección...*”, ob. cit., p. 935.

¹⁸² Tapia Rodríguez, Mauricio, “*Responsabilidad civil por actos de competencia desleal en el derecho chileno*”, en Cuadernos de Extensión Jurídica, N° 14, Santiago, Universidad de los Andes, 2007, p. 88; Padilla, Ricardo; Reveco, Ricardo, “*La competencia desleal en el contrato de distribución de productos. Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de marzo de 2014, Rol N° 6.256-2012*”, en Revista Chilena de Derecho Privado, N° 22, 2014, p. 356.

¹⁸³ Schopf Olea, “*El ámbito de protección...*”, ob. cit., p. 927.

20.169 como de los ilícitos específicos de su artículo 4 debe ser restringida a actos dolosos, gravemente negligentes o de mala fe.

Dicha conclusión ha sido extensamente fundamentada por el profesor Cristián Banfi, quien sostiene lo siguiente:

“la responsabilidad civil basada en la simple negligencia es incompatible con la libertad de competir. Esto demanda una reinterpretación de la responsabilidad civil que sea respetuosa de la especificidad de la competencia. En nuestro concepto, lo anterior exige refinar el concepto genérico de culpa. En efecto, la responsabilidad civil sólo puede ganar en coherencia normativa si los tribunales restringen el principio *neminem laedere* a los comportamientos dolosos o gravemente negligentes”¹⁸⁴.

En el mismo sentido, Mauricio Tapia ha afirmado en dos oportunidades que la cláusula general de acto de competencia desleal del artículo 3 de la Ley 20.169 “[s]e trata de un acto deliberado, conducente a desviar clientela y, por esto, revestido del carácter de mala fe o dolo”¹⁸⁵. Sin embargo, recientemente dicho autor ha formulado una tesis opuesta con la anterior, afirmando que “pareciera razonable y fundado sostener que una conducta de competencia desleal que infringe la diligencia ordinaria (culpa leve) configura ese ilícito y da lugar al ejercicio de las acciones que esta ley establece, sin que sea imprescindible la prueba de dolo”¹⁸⁶.

Sobre esta materia, nuestra jurisprudencia también ha tendido a establecer la necesidad del elemento intencional para configurar responsabilidad por competencia desleal, declarando que las conductas que la configuran “para que sean calificadas como desleales deben tener un objeto claro y preciso, cual es desviar la clientela de

¹⁸⁴ Banfi del Río, *Responsabilidad civil por competencia desleal...*, ob. cit., p. 12.

¹⁸⁵ Tapia Rodríguez, “Responsabilidad civil por actos de competencia desleal...”, ob. cit., p. 89; Tapia Rodríguez, “*La Ley N° 20.169...*”, ob. cit., p. 185.

¹⁸⁶ Tapia Rodríguez, Mauricio, “*Competencia desleal por culpa*”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 29, 2017, p. 203.

un agente”¹⁸⁷, que “se trata de un acto deliberado, conducente a desviar clientela y, por esto, revestido del carácter de mala fe o dolo”¹⁸⁸ y que es necesario “que se haya actuado mal intencionadamente”¹⁸⁹.

En suma, a diferencia del grupo de casos analizado anteriormente sobre daños causados en ejercicio de la libertad de expresión e información, en que el criterio de la “real malicia” (que se traduce en un estándar de culpa grave o dolo) no está bien asentado en la práctica jurídica, la doctrina y la jurisprudencia nacionales han reconocido ampliamente que la responsabilidad emanada de actos de competencia desleal emana de actos intencionales, exigiendo dolo o al menos una culpa calificada.

b) Libre competencia

Como se adelantara, otro ámbito especial en el que la libertad económica interactúa con el principio fundamental de la responsabilidad civil (no dañar a otros) es a propósito de los ilícitos anticompetitivos, esto es aquellos actos que infringen la libre competencia, regulada por el ya mencionado Decreto Ley 211.

La particularidad de este caso es que “[e]l acto anticompetitivo y las sanciones aparejadas al mismo son cualitativamente equivalentes a los ilícitos penales” y, en consecuencia, la perpetración de un atentado a la libre competencia exige, en principio, intencionalidad o dolo en el sentido penal. Junto a lo anterior, debe considerarse que junto con otorgar competencia al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para conocer de la acción civil una vez ejecutoriada la sentencia que declara la infracción a la libre competencia, el artículo 30 del Decreto Ley 211 establece en su inciso segundo:

“Al resolver sobre la acción de indemnización de perjuicios, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia fundará su fallo en los hechos establecidos en su sentencia que sirvan de antecedente a la

¹⁸⁷ Corte de Apelaciones de Concepción, 16 de abril de 2015, Rol N° 547-2014.

¹⁸⁸ Corte de Apelaciones de Concepción, 16 de abril de 2015. Rol N° 547-2014.

¹⁸⁹ Corte Suprema, 21 de noviembre de 2016, Rol N° 15897-2015.

demanda. El Tribunal apreciará la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica”.

De esta manera, “la sentencia firme pronunciada por el TDLC y/o la Corte Suprema produce cosa juzgada material en el litigio civil incoado a continuación”¹⁹⁰ y, por tanto, dicho tribunal especial debe basar su juicio de responsabilidad civil en la conducta intencional ya establecida, sólo discutiéndose daños y causalidad¹⁹¹. Lo anterior resulta razonable, toda vez que en aquellos casos en que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o la Corte Suprema adquirieron la convicción de que una compañía ejerció actos intencionales para restringir o dañar la libre competencia, hallará también la misma convicción de haberse transgredido el principio general de *alterum non laedere*, ya que al estar implícita la ilicitud en la conducta anticompetitiva, la presencia de dolo o al menos culpa grave es cierta. En ese sentido, “la Corte Suprema “ha declarado que la intención de restringir o entorpecer la libre competencia es consustancial al ilícito anticompetitivo”¹⁹². El profesor Barros confirma lo anterior, señalando que “la intencionalidad de la conducta es parte esencial del ilícito, porque éste está caracterizado por la orientación final del acto a producir un efecto, querido o aceptado, que resulta contrario a la libre competencia”¹⁹³.

Así las cosas, el ámbito de la libre competencia es otro en el que los daños causados accidental o negligentemente están justificados “en cuanto efecto colateral, secundario e inevitable del ejercicio de la libertad de competir, la que beneficia a los consumidores”¹⁹⁴. De hecho, ni siquiera “todo daño provocado intencionalmente tiene que ser indemnizado: la competencia daña al competidor, pero aumenta la eficiencia

¹⁹⁰ Banfi del Río, Cristián, “*Acerca de la imputación de responsabilidad civil por ilícitos anticompetitivos entre rivales en Chile*”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 41, N° 1, 2014, p. 39.

¹⁹¹ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 1047. Sin embargo, debe recalarse que esta consideración tenía más soporte en la antigua redacción del artículo 30 del Decreto Ley 211, que señalaba que el juez civil debía fundar su fallo “en las conductas, hechos y calificación jurídica de los mismos, establecidos en la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”. Hernández Paulsen, Gabriel, “*Colusión y responsabilidad civil por daño colectivo a los consumidores*”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 30, 2018, p. 107.

¹⁹² Banfi del Río, “*Acerca de la imputación...*”, ob. cit., p. 40.

¹⁹³ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 1046.

¹⁹⁴ Banfi del Río, “*Acerca de la imputación...*”, ob. cit., p. 40.

económica y permite que los consumidores accedan a los mejores precios, de modo que está justificada por razones de bienestar general”¹⁹⁵. Puede afirmarse que “la afectación intencional de un interés puramente patrimonial ajeno puede resultar legítima desde esta perspectiva”¹⁹⁶.

De esta manera, la culpa grave y dolo son los grados de negligencia que justifican la atribución de responsabilidad por actos amparados en la libertad de competir. De hecho, “[l]a exclusión y el tratamiento diferenciado de los daños puramente patrimoniales en la responsabilidad extracontractual se fundan, ante todo, en la noción de libre competencia”¹⁹⁷, lo que implica que “en realidad no existe un deber general de cuidado” respecto de dichos intereses y “que incluso la intencionalidad no resulta suficiente para configurar la responsabilidad extracontractual”¹⁹⁸.

4.5.3. Responsabilidad por litigación abusiva

En el caso de la responsabilidad por litigación abusiva o por ejercicio de abusivo de acciones judiciales, en principio, quien causa el daño actúa amparado en su derecho a la acción, que emana de la garantía consagrada en el artículo 19 N° 3 de nuestra Constitución.

La responsabilidad que potencialmente emana del ejercicio de este derecho puede producirse no sólo con el ejercicio de una determinada acción, sino también durante el proceso a que ella da lugar¹⁹⁹. Esto es corroborado por una serie de normas que se encuentran dispersas en nuestro ordenamiento procesal²⁰⁰.

¹⁹⁵ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 1044.

¹⁹⁶ Schopf Olea, “*El ámbito de protección...*”, ob. cit., p. 929.

¹⁹⁷ Schopf Olea, “*El ámbito de protección...*”, ob. cit., p. 929.

¹⁹⁸ Schopf Olea, “*El ámbito de protección...*”, ob. cit., pp. 929-930.

¹⁹⁹ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 645.

²⁰⁰ Sin embargo, cabe hacer presente que mediante la reciente Ley N° 20.886 sobre tramitación electrónica, nuestro Legislador consagró expresamente el principio de buena fe en materia procesal: “Artículo 2°.- Principios. d) La tramitación de las causas regidas por la presente ley se sujetará a los siguientes principios generales: Principio de buena fe. Las partes, sus apoderados y todos quienes intervengan en el proceso conforme al sistema informático de tramitación deberán actuar de buena fe. El juez, de oficio o a petición de parte, deberá prevenir, corregir y sancionar, según corresponda, toda

En primer lugar, cabe destacar lo dispuesto por el artículo 280 del Código de Procedimiento Civil, que junto con establecer un plazo de 10 días para demandar al litigante que solicitó y obtuvo una medida prejudicial precautoria, establece:

“Si no se deduce demanda oportunamente, o no se pide en ella que continúen en vigor las medidas precautorias decretadas, o al resolver sobre esta petición el tribunal no mantiene dichas medidas, por este solo hecho quedará responsable el que las haya solicitado de los perjuicios causados, considerándose doloso su procedimiento”.

Esta norma es frecuentemente utilizada como un ejemplo de sanción al abuso del derecho en sede procesal. La regla contiene elementos que permiten dilucidar cuándo el ordenamiento jurídico considera que la litigación es reprochable. Desde luego, el otorgamiento de una medida prejudicial precautoria se justifica precisamente en la circunstancia que el futuro demandante hará valer enseguida una pretensión en juicio. El incumplimiento por parte del futuro demandante de este plazo legal es demostrativo de un abuso que va más allá de un descuido. Lo mismo puede observarse en el artículo 467 del Código de Procedimiento Civil, que hace responsable de los perjuicios a quien ejerce una acción ejecutiva y se desiste de ella en una etapa muy temprana del procedimiento.

El elemento de intencionalidad o suma negligencia está presente en la regla del artículo 600 del Código Orgánico de Tribunales, que excepcionalmente autoriza la condena en costas a quienes gozando de privilegio de pobreza obren “como litigantes temerarios o maliciosos”.

Cabe mencionar que, en relación con lo que ya se analizó sobre competencia desleal, la ley 20.169 también proscribe la litigación abusiva como actividad que persigue perjudicar ilegítimamente a un competidor. En efecto, el artículo 4 letra g establece como ejemplo “[e]l ejercicio manifiestamente abusivo de acciones

acción u omisión que importe un fraude o abuso procesal, contravención de actos propios o cualquiera otra conducta ilícita, dilatoria o de cualquier otro modo contraria a la buena fe”.

judiciales con la finalidad de entorpecer la operación de un agente del mercado”. El componente teleológico de la conducta (“con la finalidad”) también habla de un comportamiento intencional o al menos altamente displicente respecto de dañar los intereses ajenos.

Con todo, lo cierto es que no existen reglas especiales que regulen integralmente la responsabilidad por litigación abusiva, lo que en principio podría sustentar la aplicación del estándar de culpa leve a la responsabilidad extracontractual que emane de dicha actividad. Sin embargo, la doctrina ha llamado la atención acerca de la naturaleza de la litigación como actividad, la que justificaría la exigencia de un descuido más severo que el descuido leve constitutivo de la culpa leve.

El profesor Barros comenta que “habiendo bienes institucionales en juego (como son el derecho a la acción y el interés por la observancia del derecho), el estándar de cuidado no puede ser excesivamente exigente”²⁰¹. Lo anterior dice relación con las consecuencias de la exigencia de un cuidado mediano a quienes litigan, ya que si bien dicho derecho no es absoluto (como lo demuestra, por ejemplo, el artículo 280 del Código de Procedimiento Civil ya citado), el desincentivo a su ejercicio debería limitarse a conductas abusivas o derechamente intencionales. Así, “el establecimiento de la responsabilidad exige una circunstanciada relación del hecho dañoso que muestre una actuación calificable de abusiva respecto de la contraparte”²⁰²; es este abuso el que permitirá al juez concluir que el litigante excedió los límites de su derecho a la acción.

De esta manera, el caso de la responsabilidad por daños causados en ejercicio del derecho constitucional a la acción es uno en que el sujeto cuya acción se analiza está amparado por una libertad especialmente protegida por el ordenamiento jurídico, lo que implica que desde el punto de vista sistemático sea recomendable una relajación del estándar de cuidado que se le exige. Concordamos

²⁰¹ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 645.

²⁰² Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 645.

con las conclusiones del profesor Barros: “atendida la naturaleza de los bienes en juego, la responsabilidad por acciones judiciales sólo puede tener por antecedente la conducta dolosa o gravemente negligente del demandado”²⁰³.

4.5.4. Responsabilidad de los directores o gerentes frente a los acreedores de la sociedad por insolvencia de ésta

Otra contraposición de intereses se verifica en aquellos casos en que los acreedores de una sociedad sufren daños a causa de la insolvencia de ésta. La tensión se verifica entre el derecho de prenda general de los acreedores de la sociedad y el principio de la intransmisibilidad de la responsabilidad de la sociedad a quienes actúan como sus órganos²⁰⁴. El caso específico que se comenta, relativo a la insolvencia de una sociedad, escapa al ámbito protegido por el derecho de prenda general del acreedor consagrado en el artículo 2465 del Código Civil. Las acciones personales que el acreedor tiene en contra del deudor encuentran un claro límite en las situaciones en que fácticamente sus créditos son incobrables, lo que por cierto está dentro del riesgo asumido por dicho acreedor al celebrar el contrato en cuestión. Esto hace relevante la pregunta acerca de la posibilidad de los acreedores de una sociedad de ejercer una acción de indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual en contra de los directores o gerentes que presuntamente causaron o provocaron la insolvencia de su sociedad deudora.

Cabe señalar que, respecto de las sociedades anónimas, el artículo 41 de la Ley 18.046 establece que los directores “deberán emplear en el ejercicio de sus funciones el cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios y responderán solidariamente de los perjuicios causados a la sociedad y a los accionistas por sus actuaciones dolosas o culpables”. Es decir, la ley recurre al estándar de la diligencia ordinaria o mediana establecida en el artículo 44 del Código Civil. El profesor Corral estima que las normas contenidas en la Ley 18.046, incluida la recién mencionada respecto del estándar de diligencia exigido a los directores, aplican tanto a la responsabilidad contractual como a la

²⁰³ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 646.

²⁰⁴ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 818.

extracontractual y, por tanto, tampoco discriminan entre daños causados a la sociedad misma, a los accionistas o a un tercero²⁰⁵. Esta posición implica la negación de la posibilidad de relajación del estándar de diligencia exigible a los directores en sede extracontractual, ya que se estaría en presencia de una norma especial que impide dicha interpretación.

Sin embargo, por su parte, Barros comienza el análisis de este estatuto de responsabilidad distinguiendo entre responsabilidad externa (con terceros ajenos a la sociedad) e interna (con la sociedad y los accionistas)²⁰⁶. Por supuesto, Barros menciona el caso de la responsabilidad de los administradores respecto de acreedores de la sociedad por insolvencia de ésta dentro de los casos de responsabilidad externa. A este respecto, afirma que en principio los directores no debieran ser responsables extracontractualmente si han actuado honestamente basados en la creencia de que el estado de los negocios de la sociedad podría mejorar²⁰⁷, afirmando además que “[l]a insolvencia de la sociedad no es *per se* siquiera un indicio de la comisión de ilícitos”²⁰⁸. En ese sentido, expone consideraciones relativas a la extrema dificultad para juzgar *ex post* las decisiones adoptadas por los directores en tiempos de crisis, señalando además que “la asunción de riesgos puede resultar razonable al momento de adoptarla como decisión, aunque no parezca de la misma manera una vez que la debacle ya ha ocurrido”²⁰⁹. En el mismo sentido, Lyon afirma que “el riesgo es un elemento esencial de todos los negocios y no puede limitar la actividad de la compañía” y que el “órgano administrador no puede negarse a desarrollar el objeto de la sociedad o un negocio en particular bajo el pretexto de que se corre un riesgo para los negocios de la sociedad”²¹⁰.

En virtud de dicho análisis, Barros argumenta lo siguiente:

²⁰⁵ Corral Talciani, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual...*, ob. cit., p. 286.

²⁰⁶ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., pp. 816-817.

²⁰⁷ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., pp. 822.

²⁰⁸ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 822.

²⁰⁹ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., pp. 823.

²¹⁰ Lyon Puelma, Alberto, *Personas jurídicas*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006, p. 165.

“Por estas razones, parece prudente limitar la responsabilidad de los directores y gerentes a los actos fraudulentos o de culpa grave, dejando, en lo demás, un espacio suficientemente amplio de discreción a la apreciación de los negocios. Al respecto, conviene tener presente que son los acreedores quienes corren con el riesgo de que los administradores del deudor adopten erróneas decisiones de negocios, de modo que la responsabilidad de estos últimos sólo puede tener lugar en casos de imprudencias temerarias o de actos que afectan severamente la *par conditio creditorum* o posponen los intereses de los acreedores frente a los de los accionistas de una sociedad amenazada por insolvencia”²¹¹.

Como se dijo, lo anterior encuentra soporte en uno de los elementos esenciales de la personalidad jurídica, en virtud del cual existe una “radical separación entre la entidad y sus miembros individualmente considerados, esto es, sobre la base de que son personas distintas”²¹², que “es el punto de partida de la teoría de las personas jurídicas”²¹³. En ese sentido, Alberto Lyon explica que para delimitar los límites de este principio de radical separación, es necesario “que el intérprete deba interpretar las normas jurídicas para determinar si es o no posible tal aplicación o imputación o si siéndola no contradice el espíritu de la disposición” y que el problema de la aplicación de dicho principio se transforma en “una pura cuestión de interpretación de la ley y en un examen sobre la finalidad que cumple la institución de la personalidad jurídica dentro del sistema legal”²¹⁴.

En particular, hablando de responsabilidad extracontractual externa de los directores, lo que se debe determinar es si determinado daño –en principio siempre reparable en virtud del principio de reparación integral consagrado en los artículos 2314 y 2329 cuando medie negligencia o dolo– que emana de la insolvencia de la

²¹¹ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., pp. 823.

²¹² Lyon Puelma, *Personas jurídicas*, ob. cit., p. 42.

²¹³ Lyon Puelma, *Personas jurídicas*, ob. cit., p. 43.

²¹⁴ Lyon Puelma, *Personas jurídicas*, ob. cit., p. 46.

sociedad debe quedar “en la impunidad, precisamente, como consecuencia de la radical separación que existe entre la entidad y sus miembros”²¹⁵.

La respuesta parece ser en principio positiva, salvo que media culpa grave o dolo. “Se puede ser un mal administrador tanto porque se ha tomado poco riesgo como porque se ha tomado mucho”²¹⁶. Por lo anterior, sin perjuicio que “la insolvencia de la sociedad es un fuerte incentivo para que terceros hagan valer una acción contra otros candidatos a ser responsables”²¹⁷, dicho hecho sólo podría considerarse como un ilícito civil extracontractual en la medida que escape de manera notoria a la esfera de riesgo propia de la administración de un negocio, lo que coincidirá con casos en que los directores realizaron actos intencionales encaminados a causar la insolvencia de la sociedad (sin perjuicio de la comisión de ilícitos específicos contemplados en las reglas de Derecho Concursal) o la administraron con extrema desconsideración. En el resto de los casos, la mera negligencia o descuido de los administradores debe entenderse como constitutiva del riesgo comercial intrínseco a la actividad asumido por los acreedores y, por lo mismo, el derecho de prenda general de éstos debe ceñirse a los remedios legales para obtener reparación, sin poder recurrir al ámbito extracontractual.

4.5.5. Responsabilidad de los funcionarios públicos frente al Fisco por daños indemnizados a particulares

En materia de responsabilidad del Estado, se encuentra una evidencia de derecho positivo en que el estándar de la culpa grave y el dolo son establecidos de manera expresa como necesarios para atribuir responsabilidad a un funcionario público, por daños que el Fisco indemnizó a un particular por haberse determinado la concurrencia de una falta de servicio.

²¹⁵ Lyon Puelma, *Personas jurídicas*, ob. cit., p. 47.

²¹⁶ Lyon Puelma, *Personas jurídicas*, ob. cit., p. 164.

²¹⁷ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., pp. 821-822.

El derecho del Fisco para repetir en contra del funcionario que causa el daño se extrae de lo establecido en el inciso segundo del artículo 38 de la Constitución, que contiene el principio de responsabilidad del Estado²¹⁸:

“Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”.

Así, la responsabilidad del Estado es el principio y la responsabilidad del funcionario es la excepción. La doctrina ha respaldado la necesidad de fomentar que el Estado actúe (a través de sus órganos), satisfaga las necesidades públicas y responda por los perjuicios que dicha actividad pueda causar, sin comprometer la responsabilidad personal del funcionario: “resulta razonablemente claro que imponer una responsabilidad personal excesiva podría entrañar un debilitamiento –incluso una paralización– en el ejercicio de la función pública”²¹⁹. Por este motivo, la Constitución (y, como veremos, la ley) asegura que el funcionario puede ejercer con seguridad su labor administrativa, ya que el Estado será quien responda de los potenciales daños causados a los particulares; y sólo en situaciones calificadas el funcionario soportará ese costo.

En efecto, desarrollando dicho principio, el artículo 44 inciso segundo de la Ley N° 18.575, orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado, establece que “el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal”. Misma regla es establecida en materia de Municipalidades, en el artículo 152 inciso segundo de la Ley N° 18.695. Como puede observarse, la ley acude al concepto de “falta personal” como criterio para atribuir

²¹⁸ La extensa discusión doctrinaria y jurisprudencial acerca del carácter de la regla del artículo 38 de la Constitución (como regla de competencia, como sistema de responsabilidad o como principio de responsabilidad, entre otras) excede largamente el alcance de este trabajo.

²¹⁹ Valdivia Olivares, José Miguel, “*La responsabilidad de la Administración del Estado en Francia*”, en Marín, Juan Carlos (coordinador), *La responsabilidad patrimonial del Estado*, México, Editorial Porrúa, 2004, p. 60.

responsabilidad al funcionario frente al Estado (Fisco o Municipalidades), sin hacer alusión al estándar de culpa que en dicho juicio de repetición debe satisfacerse. El concepto de falta personal merece una precisión adicional.

En oposición a la falta de servicio, la falta personal –concepto desarrollado en el Derecho Administrativo francés a partir del famoso caso *Pelletier*– ha sido definida como aquella que “sólo compromete al agente”²²⁰ y, por ende, no involucra al patrimonio estatal. Sin embargo, hay casos en que la falta personal del funcionario no es completamente separable del servicio; éstas han sido denominadas “faltas mixtas”, caracterizadas por la presencia de “culpas exclusivamente imputables a un tercero (el funcionario)” en que “el Estado sin embargo es llamado a responder por ellas”²²¹. En estos casos, “la responsabilidad estatal sólo cumple una función de garantía de las víctimas, y en consecuencia es el funcionario quien deberá soportar en definitiva el impacto de la indemnización, reembolsando a la Administración lo que ésta haya debido pagar”²²². Esta es, entonces, la justificación del derecho del Estado a repetir contra el funcionario.

Sin embargo, cabe precisar que este derecho del Estado a repetir en contra del funcionario, además de estar reconocido en la Constitución y en la ley orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado, se encuentra recogido de manera peculiar en cuerpos normativos que regulan el funcionamiento de determinados órganos de la Administración del Estado, en que se ha regulado positivamente el estándar de culpa de que responde el funcionario. En particular, lo que merece nuestra atención es lo que ocurre con la responsabilidad en materia sanitaria y del Ministerio Público. En estos estatutos, la ley no emplea el concepto de “falta personal” para atribuir responsabilidad al funcionario frente al Estado, pero establece estándares de negligencia que, en lo sustantivo, se verifican precisamente en casos de falta personal.

²²⁰ Valdivia Olivares, “*La responsabilidad de la Administración...*”, ob. cit., p. 60.

²²¹ Valdivia Olivares, “*La responsabilidad de la Administración...*”, ob. cit., p. 62.

²²² Valdivia Olivares, “*La responsabilidad de la Administración...*”, ob. cit., p. 62.

En materia sanitaria, por expresa disposición del artículo 38 inciso primero de la Ley N° 19.966 (conocida como la “Ley Auge”), los órganos estatales responden por falta de servicio. Sin embargo, al establecer dicha norma el derecho de dichos órganos a repetir contra el funcionario que causó el daño, establece lo siguiente:

“Los órganos de la Administración del Estado que en materia sanitaria sean condenados en juicio, tendrán derecho a repetir en contra del funcionario que haya actuado con imprudencia temeraria o dolo en el ejercicio de sus funciones, y en virtud de cuya actuación el servicio fue condenado.

A su turno, el inciso final del artículo 5 de la Ley N° 19.640, orgánica constitucional del Ministerio Público, establece:

“En todo caso, no obstará a la responsabilidad que pudiese afectar al fiscal o funcionario que produjo el daño, y, cuando haya mediado culpa grave o dolo de su parte, al derecho del Estado para repetir en su contra”.

En ambos casos señalados, el Legislador expresamente ha elevado el estándar de culpa que debe predicarse de la actuación del funcionario público para que la acción de repetición del Estado pueda prosperar en su contra. Siendo el dolo un factor mencionado por ambas normas, estimamos que las nociones de “imprudencia temeraria” y “culpa grave” son perfectamente equivalentes desde una perspectiva sistemática y atendida la equiparación de la culpa grave al dolo del artículo 44 del Código Civil. La consideración de estas normas es, así, una confirmación del planteamiento en virtud del cual la culpa grave y el dolo actúan como factores de imputación exigibles cuando el ordenamiento jurídico protege o fomenta especialmente una actividad, que en este caso es el principio de responsabilidad del Estado en oposición a la responsabilidad personal de los funcionarios.

Adicionalmente, es pertinente destacar que ambos casos, además de confirmar el criterio al cual obedece el establecimiento de la culpa grave como factor de imputación, constituyen normas expresas que corroboran la aplicabilidad del artículo 44 y la tripartición de la culpa al ámbito de la responsabilidad extracontractual, tesis central de este trabajo.

4.6. Culpa levísima como estándar excepcionalmente aplicable a actividades que arriesgan bienes o intereses ajenos especialmente protegidos

Como se dijo en la sección anterior, la relajación del estándar de diligencia se asocia claramente al incentivo o fomento de una determinada actividad y al mismo tiempo a una protección de la libertad en virtud de la cual dicha actividad es ejercida. En ese sentido, se explicó que la culpa grave es excepcionalmente aplicable como estándar de culpa en aquellos casos en que el sujeto que causa el daño está actuando en ejercicio de un derecho o libertad especialmente protegido o tutelado por el ordenamiento jurídico; esa es la justificación de una relajación de la diligencia exigible. Por el contrario, el propósito de esta sección es analizar la justificación de una actividad inversa: el endurecimiento excepcional del estándar de cuidado exigible en sede extracontractual.

Se debe comenzar por mencionar que el ámbito de protección más propio de la responsabilidad extracontractual es “la afectación de cierto tipo particular de bienes (...) que tienen su fuente en lesiones a las personas y a la propiedad sobre cosas corporales”²²³. Este tipo de bienes o intereses, que se reconducen a derechos fundamentales como el derecho a la vida, la integridad física y psíquica de la persona, la libertad ambulatoria y la propiedad, “gozan de una amplia protección por el derecho de la responsabilidad extracontractual”²²⁴, pudiendo incluso afirmarse que “la protección de esos bienes –seguridad personal y propiedad– constituye el corazón o núcleo central de la responsabilidad extracontractual”²²⁵.

²²³ Schopf Olea, “*El ámbito de protección...*”, ob. cit., p. 925.

²²⁴ Schopf Olea, “*El ámbito de protección...*”, ob. cit., p. 926.

²²⁵ Schopf Olea, “*El ámbito de protección...*”, ob. cit., p. 926.

Sin embargo, la gran mayoría de los accidentes afectan la seguridad personal y la propiedad de las personas, aplicando reglas generales. Por tanto, la sola posibilidad de afectación de esos bienes no es suficiente para justificar la aplicación del estándar de culpa levísima. En virtud de lo anterior, el criterio que proponemos exige que la suma diligencia sea exigida sólo en aquellos casos en que la actividad realizada por el agente del daño además constituya un riesgo especialmente relevante para esos bienes que la responsabilidad extracontractual protege y que, así, justifique el establecimiento de un deber especial de cuidado que amerite una excepción intensa al principio de libertad de acción que rige en materia aquiliana. Esta es la manera de armonizar el carácter especialmente riesgoso de ciertas conductas o actividades con las reglas de la responsabilidad extracontractual menos intensa que el establecimiento de un régimen de responsabilidad estricta. Estos casos son posibles de encontrar allí donde existen actividades en que el ordenamiento jurídico pone la vida, la integridad o la seguridad de un sujeto bajo el especial ámbito de cuidado de un tercero. La víctima, en dichos casos, no es quien está en posición óptima de controlar o evitar el riesgo a sus bienes e intereses.

En términos económicos, desde luego, el aumento del estándar de diligencia – o, viceversa, la disminución de la tolerancia ante la negligencia– implica un incremento de los costos de precaución a incurrir en el desarrollo de determinada actividad. Esto encuentra especial justificación, como se mencionó, en actividades que conllevan altos riesgos o en las que dichos riesgos amenazan bienes ajenos especialmente relevantes respecto de los cuales el control recae en un tercero y, por tanto, implican externalidades negativas importantes.

Desde esta perspectiva económica, la exigencia de suma diligencia en sede extracontractual se asemeja prácticamente al establecimiento de un régimen de responsabilidad estricta, que “tiene como fundamento el riesgo creado por quien desarrolla la actividad respectiva”²²⁶. La diferencia radica en que quien responde por culpa levísima puede esgrimir como defensa el empleo de la debida diligencia (esto es, de la suma diligencia), mientras que dicha excusa no es procedente en el caso de

²²⁶ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 29.

la responsabilidad estricta, que prescinde de la negligencia del causante del daño y, por lo tanto, no implica la determinación en concreto de un deber de cuidado infringido.

En virtud de estas consideraciones, estimamos que el aumento del nivel de cuidado exigible en el ámbito de los delitos y cuasidelitos se verifica en aquellos casos en que la actividad desarrollada por el causante del daño pone en riesgo bienes o intereses ajenos (en especial la vida, la integridad o la seguridad personal) que han sido situados especialmente bajo su ámbito de cuidado en razón de estar en una posición de control sobre los riesgos asociados a la actividad, como lo es el caso que se describe a continuación.

4.6.1. Responsabilidad extracontractual del empleador por accidentes del trabajo frente a víctimas indirectas

La especial tutela o protección del ordenamiento jurídico de la vida, salud e integridad física de los trabajadores no está sólo consagrada a nivel constitucional para la totalidad de las personas, sino que es un bien jurídico especialmente tutelado por el Derecho Laboral (Código del Trabajo) y por un estatuto de responsabilidad sujeto legalmente a un régimen de seguro obligatorio (Ley N° 16.744), que son “resultado de una política pública que persigue obtener grados óptimos de seguridad y de dispersión del costo de los accidentes”²²⁷ y son establecidos por el Legislador “[c]uando la sociedad desea proteger a ciertos grupos vulnerables”²²⁸. Más aún, cabe destacar que los accidentes del trabajo, en derecho comparado, están generalmente sujetos a un régimen de responsabilidad estricta²²⁹.

Este ámbito de responsabilidad especial emana de lo preceptuado en el artículo 184 del Código del Trabajo, que establece en sus dos primeros incisos:

“Artículo 184. El empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los

²²⁷ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 25.

²²⁸ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 40.

²²⁹ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 30.

trabajadores, informando de los posibles riesgos y manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales.

Deberá asimismo prestar o garantizar los elementos necesarios para que los trabajadores en caso de accidente o emergencia puedan acceder a una oportuna y adecuada atención médica, hospitalaria y farmacéutica”.

La redacción de esta norma ha dado pie a discusiones acerca del estándar de diligencia exigible al empleador en el ámbito de la seguridad de sus trabajadores: el empleador no está sólo obligado a emplear todos los medios necesarios para evitar accidentes, sino que debe “proteger eficazmente” su vida y seguridad. En este sentido, según advierte la doctrina²³⁰, nuestra jurisprudencia ha declarado reiteradamente que el empleador responde hasta de culpa levísima:

“En efecto, si es la víctima directa la que demanda a su empleador el estricto cumplimiento de la obligación de seguridad contenida en el artículo 184 del Código del Trabajo, se aplica el estatuto normativo previsto en este cuerpo legal, en que la culpa se presume y por tanto, se invierte el peso de la prueba, siendo aquél responsable de hasta culpa levísima”²³¹.

En este punto se debe advertir que la responsabilidad emanada de accidentes del trabajo se enmarca en la relación laboral existente entre el empleador y el trabajador. De hecho, en virtud del artículo 420 letra f del Código del Trabajo, es el

²³⁰ Diez Schwerter, José Luis, “*La culpa del empresario por accidentes del trabajo: modernas tendencias jurisprudenciales*”, en Cuadernos de extensión jurídica, N° 10, 2005, p. 88. Si bien el profesor Enrique Barros reconoce dicha tendencia jurisprudencial, se manifiesta en contra de esa posición, afirmando que “no parece necesario recurrir a esta alteración de *lege ferenda* del grado de culpa del cual se responde, sino que es preferible atender al cuidado que una persona juiciosa pone ordinariamente ante riesgos de esa significación”. Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 706.

²³¹ Corte Suprema, 26 de febrero de 2018, Rol 37434-2017.

juez laboral quien posee competencia para conocer de los juicios en que el trabajador o sus causahabientes pretenden hacer efectiva “la responsabilidad contractual del empleador por los daños producidos como consecuencia de accidentes del trabajo o enfermedades profesionales”.

Así, la naturaleza de dicha responsabilidad no es extracontractual, sino contractual y, por tanto, los daños indemnizables al trabajador en dicha sede no son un caso de aplicación del estándar de culpa levísima a la responsabilidad aquiliana. La misma norma citada establece que respecto de la responsabilidad extracontractual se seguirán las reglas de la Ley N° 16.744 sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, la que en su artículo 69 establece que “[l]a víctima y las demás personas a quienes el accidente o enfermedad cause daño podrán reclamar al empleador o terceros responsables del accidente, también las otras indemnizaciones a que tengan derecho, con arreglo a las prescripciones del derecho común, incluso el daño moral”.

De esta manera, estando sujeta “a las prescripciones del derecho común” la responsabilidad extracontractual del empleador frente a las víctimas indirectas que sufren daños emanados de un accidente del trabajo, surge un problema de alta relevancia respecto del estándar de culpa a ser aplicado en dicho juicio de responsabilidad contractual, de competencia del juez civil. Por un lado, según la reiterada jurisprudencia ya referida, el hecho ilícito que da pie a la indemnización de la víctima directa (el trabajador o sus causahabientes) en sede laboral es analizado bajo el estándar de la culpa levísima, hallándose al empleador responsable por no haber empleado “aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes” según los términos del artículo 44. Sin embargo, en sede civil, las reglas generales de responsabilidad extracontractual someterían a ese mismo empleador a un estándar de diligencia menos exigente, esto es, a emplear un cuidado mediano. Adicionalmente, en sede laboral-contractual, se está ante un régimen de culpa presumida, mientras que en sede de responsabilidad civil extracontractual la víctima indirecta debe acreditar los requisitos de su procedencia, incluido el dolo o culpa del empleador.

Lo anterior no parece razonable y merece un tratamiento especial. Se trata, como ha declarado la Corte Suprema (en un voto disidente redactado por el Ministro Muñoz), de “dos regímenes sustancialmente diversos de responsabilidad por daños con idéntica causa: uno si demanda la víctima directa y otro si demanda la víctima por repercusión”²³². En palabras de la Corte,

“esta dualidad de estatutos genera una serie de inconvenientes (...) en circunstancias que la única conexión entre el responsable del hecho lesivo y la víctima indirecta, es el vínculo previo que mantenía ésta con la víctima directa, de ahí entonces que el juicio de culpabilidad debe plantearse a partir de la víctima inicial, esto es, a través del estatuto que ligaba a esta con el responsable del daño”²³³.

El Ministro Muñoz va incluso más lejos y estima que la responsabilidad del empleador frente a la víctima indirecta también debiera presumirse, señalando que “en la responsabilidad contractual, probado que sea el incumplimiento del causante del daño, debe presumirse que dicho cumplimiento lo ha sido culpablemente, presunción a la que también puede acudir la víctima indirecta”²³⁴.

Creemos que este pronunciamiento da pie a una solución que se condice con el planteamiento de este Memoria. En efecto, estamos frente a un ámbito en que nuevamente entran en pugna dos principios, a saber, por una parte, el principio en virtud del cual la culpa (entendida como culpa leve u ordinaria) es el fundamento de la responsabilidad extracontractual y, por otra, la protección de la integridad física, seguridad personal y vida de los trabajadores, que están afectas a riesgos cuyo control escapa a su voluntad. Este último principio es especialmente cautelado por nuestro ordenamiento jurídico, que incluso contempla un completo estatuto diferenciado, el Derecho Laboral, que tiene una clara y expresa finalidad tutelar. Los accidentes laborales se enmarcan en una actividad empresarial emprendida por el empleador, que cede en su beneficio y en la que se ve comprometida la salud,

²³² Corte Suprema, 21 de diciembre de 2012, Rol N° 7419-2010.

²³³ Corte Suprema, 21 de diciembre de 2012, Rol N° 7419-2010.

²³⁴ Corte Suprema, 21 de diciembre de 2012, Rol N° 7419-2010.

integridad o vida de un trabajador que es sujeto de una protección amplia y especial del Derecho, ya que es el empleador quien debe controlar principalmente los riesgos.

En virtud de dicha protección especial y la expresa asignación del riesgo al empleador por parte del Legislador, estimamos que la responsabilidad extracontractual del empleador frente a daños causados a víctimas indirectas de un accidente del trabajo debería extenderse hasta la culpa levísima, puesto que dicho es el estándar exigible al empleador en sede laboral, no siendo razonable que daños emanados de un accidente que fue causado por el incumplimiento del empleador de su deber de seguridad queden impunes por la razón de que en sede civil esa falta de diligencia no se estimó como constitutiva de culpa leve²³⁵.

4.7. La discrecionalidad judicial como vehículo de aplicación indirecta de la tripartición de la culpa en sede extracontractual

Como sabemos, a diferencia de otros sistemas jurídicos donde la responsabilidad extracontractual está conformada por una serie de ilícitos específicos o “*torts*”, en nuestro ordenamiento jurídico la responsabilidad aquiliana está consagrada mediante la técnica de una cláusula general: los artículos 2314 y 2329 de nuestro Código Civil establecen que “la responsabilidad civil extracontractual solo puede configurarse bajo la condición de un comportamiento doloso o culpable”²³⁶, pero dicha cláusula general “no define cuál es ese cuidado ordinario y cuáles son los específicos deberes de comportamiento que deben ser observados en las múltiples e innumerables hipótesis de hechos cubiertos por su ámbito de aplicación”²³⁷. Esto se explica por la “flexibilidad y plasticidad” característica del sistema de responsabilidad extracontractual, “la que le permite hacerse cargo de una innumerable cantidad de hipótesis y circunstancias específicas”²³⁸.

²³⁵ De hecho, aunque excede al propósito de esta sección, frente a esta situación se podría incluso argumentar un problema de constitucionalidad en la aplicación del artículo 69 de la Ley N° 16.744, por el distinto tratamiento otorgado a la víctima indirecta.

²³⁶ Schopf Olea, Adrián, “*La buena fe contractual como norma jurídica*”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 31, 2018, p. 126.

²³⁷ Schopf Olea, “*La buena fe contractual...*”, ob. cit., p. 126. En el mismo sentido, Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 86.

²³⁸ Schopf Olea, “*El ámbito de protección...*”, ob. cit., p. 938.

De esta manera, recurriendo al estándar abstracto de la persona razonable o prudente (o del “buen padre de familia” según dispone el artículo 44), la apreciación de la culpa se realiza en abstracto pero se determina en concreto, dilucidando el deber de cuidado específico “sobre la base del contexto de la conducta (lugar, medios, riesgos, costos, naturaleza de la actividad emprendida, derechos e intereses en juego)”²³⁹. Este ejercicio constituye naturalmente una actividad judicial.

Cabe destacar que, tal como destaca el profesor Schopf, el análisis de las circunstancias particulares del caso incluye los valores y fines que subyacen a la institución de la responsabilidad aquiliana, que “pueden ser identificados con la necesidad de protección de determinados bienes e intereses, por una parte, y necesidad de conservación de una amplia libertad de acción, por la otra”²⁴⁰. Esto resulta particularmente relevante, toda vez que la función más básica de la responsabilidad extracontractual precisamente “consiste en la protección de los bienes o intereses cuya afectación es fuente de un daño indemnizable”²⁴¹. El mayor o menor alcance de la protección otorgada por el sistema de responsabilidad civil extracontractual determina también la extensión de “la libertad de acción de los candidatos a ser responsables”²⁴².

En este punto, debemos ser críticos con la posición del profesor Barros, quien sostiene que en general esta actividad judicial de determinación del deber de cuidado específico se desenvuelve dentro de los límites más o menos exigentes del estándar de culpa leve, esto es, de la persona razonable o prudente. Afirma Barros:

“El deber concreto de cuidado sólo puede ser determinado sobre la base del contexto de la conducta (lugar, medios, riesgos, costos, naturaleza de la actividad emprendida, derechos e intereses en juego); en general, de todas las circunstancias externas que se

²³⁹ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 86.

²⁴⁰ Schopf Olea, “*La buena fe contractual...*”, ob. cit., p. 126.

²⁴¹ Schopf Olea, “*El ámbito de protección...*”, ob. cit., p. 921.

²⁴² Schopf Olea, “*El ámbito de protección...*”, ob. cit., p. 922.

pueden esperar que sean tomadas en consideración por una persona razonable y diligente”²⁴³.

Es en ese contexto en que el profesor Barros expone los criterios judiciales para la determinación del deber de cuidado en un caso concreto, dentro de los cuales se encuentra un criterio utilitarista que atiende al “valor de la acción que provoca el resultado”²⁴⁴. En ese sentido, afirma que en sede judicial “[e]l objeto de la valoración está constituido, por una parte, por los intereses jurídicos que se ven afectados por la acción que causa el daño, y por la otra, por el valor moral o la utilidad que tiene esa actividad generadora de riesgo”²⁴⁵. Como puede observarse, el autor concuerda con la relevancia en materia extracontractual del valor de los intereses involucrados en el evento que causa daño. Sin embargo, como se mencionó, circunscribe dicho análisis a la labor del juez de aplicar de manera más o menos estricta el estándar de la diligencia mediana u ordinaria:

“Así, por ejemplo, las actividades por naturaleza peligrosas deben estar sometidas a exigencias de cuidado especialmente rigurosas. Pero ello no ocurre porque estén sujetas a un estándar de culpa levísima, sino en razón de que es extremo el cuidado que en tales circunstancias se puede exigir de una persona simplemente prudente y razonable”²⁴⁶.

Con todo, es de notar que el profesor Barros no es ajeno a considerar distintos estándares de culpa en ciertas ocasiones, en las que “la responsabilidad civil se entrecruza con las valoraciones básicas del sistema jurídico en su conjunto, de modo que usualmente se exige algo más que la mera negligencia para que haya lugar a la responsabilidad”²⁴⁷. Como se ha señalado anteriormente en este trabajo, dicho autor considera expresamente que el estándar de culpa grave es el indicado para atribuir

²⁴³ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 86.

²⁴⁴ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., pp. 112-115.

²⁴⁵ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 113.

²⁴⁶ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 82.

²⁴⁷ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 115.

responsabilidad en la esfera de los daños por litigación abusiva²⁴⁸ y daños en ejercicio de la libertad de contratar, emprender y competir²⁴⁹. De manera menos enfática, expone un razonamiento similar en cuanto a los daños en ejercicio de la libertad de expresión e información²⁵⁰. Al respecto, Schopf advierte que en materias relativas a daños puramente patrimoniales (que coinciden en gran parte con aquellas esferas en las que hemos concluido que debe exigirse culpa grave), lo cierto es que “esa diferenciación suele usualmente opacarse, al ser todas las dificultades relativas a la reparación de los daños puramente patrimoniales tratadas como supuestos en que no se satisfacen condiciones específicas de responsabilidad civil referidas a la culpa, a la causalidad o a la certidumbre del daño”²⁵¹. Así, al problema de la diferenciación de intereses y libertades involucradas no se ha dado una solución sistemática como la que sostenemos, sino una casuística.

En esa línea, según se ha venido explicando, si bien el sistema de responsabilidad extracontractual debe tener como regla fundamental la reparación de daños que se deban a negligencia entendida como aquella falta del cuidado mediano exigible de una persona razonable, consideramos que hay casos calificados en que el ordenamiento jurídico autoriza al juez para aplicar un estándar de cuidado distinto al de la culpa leve, con base en la diferenciación de las libertades e intereses involucrados. Esta actividad suele exceder a la mera determinación de un deber específico de cuidado exigible a una persona razonable. Precisamente, se trata de casos excepcionales donde sólo se indemnizarían daños provenientes de culpa grave o dolo; o, por el contrario, en que se indemniza todo daño, aún el proveniente de culpa levísima.

²⁴⁸ “atendida la naturaleza de los bienes en juego, la responsabilidad por acciones judiciales sólo puede tener por antecedente la conducta dolosa o gravemente negligente del demandado”. Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 646.

²⁴⁹ “es de la naturaleza de la autonomía privada y de los mercados competitivos que cada cual pueda legítimamente perseguir su propio interés, de modo que el límite a partir del cual se responde por daños ocasionados en el ejercicio de esa libertad está dado por la omisión de deberes positivos de información y por la mala fe en el otorgamiento de información falsa o errónea, y no por consideraciones de mera diligencia”. Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 114.

²⁵⁰ Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., pp. 113-114; 577; 581.

²⁵¹ Schopf Olea, “*El ámbito de protección...*”, ob. cit., p. 936.

CAPÍTULO V: CONCLUSIONES

El estudio que hemos llevado a cabo ha adoptado diversos puntos de vista al analizar el sistema de responsabilidad civil, en particular el de responsabilidad extracontractual. Entre otros, nos hemos servido del punto de vista filosófico, del histórico, del económico y, por supuesto, del estrictamente jurídico.

Este tipo de análisis ha sido fundamental para arribar a conclusiones que buscan una aplicación lógica y sistemática de las reglas de responsabilidad vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, con miras a llenar vacíos o inconsistencias en el desarrollo jurisprudencial o doctrinario de ciertos problemas y a proponer criterios de aplicación de normas jurídicas que no sólo encuentren justificación en su texto, sino que sean además respetuosos de los fines de la responsabilidad civil, en particular, y de los valores básicos del ordenamiento jurídico, en general.

Todas estas consideraciones filosóficas, económicas y sistemáticas nos han permitido arribar a las conclusiones que a continuación se señalan sintéticamente.

Primeramente, y sobre la base de que la tan arraigada *summa divisio* entre responsabilidad contractual y extracontractual debe en ocasiones ceder en pos de una aplicación más detallada y consistente de las reglas, estimamos que el artículo 44 del Código Civil es plenamente aplicable a ambas esferas de responsabilidad. Esto es, su aplicación no sólo se restringe –como la doctrina más tradicional entiende– a aportar una definición legal de culpa leve y detallar los estándares de cuidado contractuales a que se refiere el artículo 1547. En efecto, estimamos que la culpa posee un sentido equivalente en uno y otro estatuto de responsabilidad y, por lo tanto, es susceptible de ser dividida en grados en los dos ámbitos, concordando sin embargo con el amplio sector de la doctrina nacional que estima que la culpa leve es la regla general en cuanto al factor de imputación que da origen a la acción de indemnización de perjuicios en sede extracontractual.

En segundo lugar, y como conclusión central de esta Memoria, consideramos que los demás estándares definidos en el artículo 44 poseen, aunque excepcionalmente, un rendimiento práctico relevante en sede extracontractual y que el criterio mediante el cual ellos deben ser aplicados es el siguiente.

La culpa grave (o el dolo) debe ser exigida como condición de responsabilidad en aquellos casos en que el agente del daño actúa amparado en una libertad o interés jurídico especialmente protegido, en pos del cual el ordenamiento jurídico previamente ha efectuado una ponderación favorable. Este criterio es consistente con nuestra legislación (como es el caso de la responsabilidad del funcionario público frente al Estado por daños indemnizados a particulares) y con el desarrollo jurisprudencial y doctrinario surgido al amparo de diversas actividades, como la actividad periodística, la libre competencia, la competencia desleal, la litigación y la administración de sociedades. Del mismo modo, el criterio que proponemos guarda armonía con consideraciones de índole económica.

Por su parte, la culpa levísima debe considerarse suficiente para dar lugar a indemnización de perjuicios en sede extracontractual en aquellos casos calificados en que existe un especial riesgo hacia un interés ajeno, del que se siguen rigurosos deberes de cuidado particulares o generales. El criterio defendido es consistente con razones económicas (el incentivo a incurrir en costos de precaución en actividades donde el estándar de culpa levísima sea aplicado) y es un ejemplo de cómo en el ordenamiento jurídico se logra conciliar la ilicitud de ciertas conductas especialmente riesgosas con las reglas de responsabilidad extracontractual. Este es el caso de la responsabilidad del empleador frente a víctimas indirectas de un accidente laboral, que, según un importante sector de la doctrina y la jurisprudencia, a pesar de tener carácter extracontractual, tiene la exigencia de la culpa levísima como punto de encuentro con la responsabilidad contractual-laboral.

A modo de cierre, cabe destacar que la adopción del criterio que esta Memoria propone para aplicar los diversos estándares de culpa consagrados en nuestra legislación no es ajena a la actividad que han venido desarrollando nuestros

tribunales al enfrentarse a juicios de responsabilidad extracontractual. En efecto, como hemos afirmado, la discrecionalidad judicial en la determinación de los deberes de cuidado específicos que se derivarían de la culpa leve en cada caso concreto puede ser interpretada como una válvula de aplicación indirecta de un estándar más o menos estricto que la diligencia mediana, aun sin una declaración explícita del juez. Estimamos que dicha aplicación indirecta es correcta en tanto la culpa leve debe permanecer como estándar general, pero que en las situaciones que cumplan con los criterios defendidos en esta Memoria la jurisprudencia no debería cerrarse al reconocimiento de la aplicación de la culpa grave y la culpa levísima en sede aquiliana.

BIBLIOGRAFÍA

- Aarnio, Aulis, “*Derecho, racionalidad y comunicación social*”, en *Ensayos sobre filosofía del derecho*, México DF, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, 2000.
- Abeliuk Manasevich, René, *Las obligaciones*, Santiago, Legal Publishing, 2014.
- Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Santiago, Imprenta Universitaria, 1943.
- Alessandri Rodríguez, Arturo, *Teoría de las Obligaciones*, Santiago, Editorial Jurídica Ediar-ConoSur Ltda., 1988.
- Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel; Vodanovic, Antonio, *Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- Anguita Ramírez, Pedro, *El derecho a la información en Chile. Análisis de la Ley N° 19.733 sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo*, Santiago, Editorial LexisNexis, 2005.
- Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Madrid, Alianza Editorial, 2005.
- Banfi del Río, Cristián, “*Acerca de la imputación de responsabilidad civil por ilícitos anticompetitivos entre rivales en Chile*”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 41, N° 1, 2014, pp. 37-58.
- Banfi del Río, Cristián, “*Por una reparación integral del daño extracontractual limitada a los hechos dolosos o gravemente negligentes*”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 18, N° 2, 2012, pp. 3-32.
- Banfi del Río, Cristián, “*Por una responsabilidad civil de los Medios de comunicación coherente con el riesgo de divulgación de noticias falsas sobre personas públicas*”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 24, N° 3, 2018, pp. 255-308.

- Banfi del Río, Cristián, “*Relevancia del dolo en la responsabilidad extracontractual chilena: una relectura desde el derecho inglés*”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 24, N° 2, 2017, pp. 69-107.
- Banfi del Río, Cristián, “*Restricción de la responsabilidad por cuasidelito civil a los daños directos previsibles por el autor al tiempo del hecho. Posibles implicancias para el dolo y la culpa lata*”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 22, N° 1, 2016, pp. 527-554.
- Banfi del Río, Cristián, *La asimilación de la culpa grave al dolo en la responsabilidad contractual*, Santiago, Lexis-Nexis, 2003.
- Banfi del Río, Cristián, *Responsabilidad civil por competencia desleal: estudio de derecho chileno y comparado*, Santiago, Legal Publishing, 2013.
- Barros Bourie, Enrique, “*Justicia y eficiencia como fines del derecho privado patrimonial*”, en *Estudios de Derecho Civil*, Santiago, LexisNexis, 2005.
- Barros Bourie, Enrique, “*La Culpa en la Responsabilidad Civil*”, en *Ensayos Jurídicos*, Universidad Alberto Hurtado, N° 1, 2005, pp. 1-23.
- Barros Bourie, Enrique, “*La responsabilidad civil como derecho privado*”, en *Revista de Estudios Públicos*, N° 112, Santiago, 2008, pp. 309-338.
- Barros Bourie, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- Bravo Lira, Bernardino, “*Vigencia de las Partidas en Chile*”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Vol. 10, Santiago, pp. 43-105.
- Bullard, Alfredo, “*¡Al fondo hay sitio! ¿Puede el Teorema de Coase explicarnos el problema del Transporte Público?*”, en *Revista Thémis*, N° 21, Perú, 1992, pp. 93-100.
- Calabresi, Guido, *El coste de los accidentes*, Barcelona, Editorial Tecnos, traducción de Joaquín Bisbal, 1984.

- Cooter, Robert; Acciarri, Hugo (directores), *Introducción al Análisis Económico del Derecho*, Santiago, Legal Publishing, 2012,
- Cooter, Robert; Ulen, Thomas, *Derecho y economía*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2002.
- Corral Talciani, Hernán, “Sobre la responsabilidad civil de los periodistas y de los medios de comunicación social por atentados a la honra, intimidad e imagen”, en *Revista Información Pública*, Escuela de Periodismo de la Universidad Santo Tomás, 4 (2), 2006, pp. 253-286.
- Corral Talciani, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- Díez Schwerter, José Luis, “*La culpa del empresario por accidentes del trabajo: modernas tendencias jurisprudenciales*”, en *Cuadernos de extensión jurídica*, N° 10, 2005, pp. 73-98.
- Díez Schwerter, José Luis, *El daño extracontractual. Doctrina y Jurisprudencia*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010.
- Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial V. La Responsabilidad Civil Extracontractual*, Pamplona, Editorial Civitas, 2011.
- Díez-Picazo, Luis; Gullón, Antonio, “*Instituciones de Derecho Civil*”, Madrid, Editorial Tecnos, 1995.
- Ducci Claro, Carlos, *Derecho Civil. Parte General*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995.
- Ducci Claro, Carlos, *Responsabilidad Civil (ex-contractual)*, Santiago, Editorial Empresa Periodística El Imparcial, 1936.
- Eva Parada, María José, “*Fallo Páez con Baraona: Libertad de expresión e Interés Público*”, en *Anuario de Derechos Humanos*, N° 1, 2005, pp. 149-154.
- Feddersen Martínez, Mayra, “*Responsabilidad civil y actividad periodística en Chile*”, en *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Num. IV, 2008, pp.71-94.

- Gayo, *La Institución de Gayo*, Madrid, Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, 1845.
- Guzmán Brito, Alejandro, *Derecho Privado Romano*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010.
- Hernández Paulsen, Gabriel, “*Colusión y responsabilidad civil por daño colectivo a los consumidores*”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 30, 2018, pp. 87-126.
- Holmes, Oliver W., *The Common Law*, Toronto, University of Toronto Law School Typographical Society, 2011.
- Larenz, Karl, *Derecho de Obligaciones*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.
- Lyon Puelma, Alberto, *Personas jurídicas*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006.
- Mazeaud, Henri; Mazeaud, Léon; Mazeaud, Jean, *Lecciones de Derecho Civil*, traducción de Luis Alcalá-Zamora, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959.
- Mazeaud, Henri; Mazeaud, Léon; Tunc, André. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Tomo I, Vol. 1, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.
- Meza Barros, Ramón, *Manual de Derecho Civil. De las fuentes de las obligaciones*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2015.
- Molinari Valdés, Aldo, *De la responsabilidad civil al derecho de daños*, Santiago, LexisNexis, 2004.
- Padilla, Ricardo; Revecó, Ricardo, “*La competencia desleal en el contrato de distribución de productos. Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de marzo de 2014, Rol N° 6.256-2012*”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 22, 2014, pp. 355-363.

- Papayannis, Diego, “*La práctica del alterum non laedere*”, en Revista Isonomía, N° 41, octubre 2014, pp. 19-68.
- Peña González, Carlos, “*Informe sobre el proyecto de ley de protección del honor y la intimidad de las personas*”, en Cuadernos de Análisis Jurídico, Universidad Diego Portales, Núm. I, 2004, pp. 75-104.
- Pino Emhart, Alberto, “*Cambios recientes en la defensa de interés público (privilegio Reynolds) respecto a la acción de responsabilidad por difamación del derecho inglés*”, en Revista Chilena de Derecho Privado, N° 23, 2014, pp. 263-274.
- Pino Emhart, Alberto, “*Entre reparación y distribución: la responsabilidad civil extracontractual como mecanismo de distribución de infortunios*”, en Revista Chilena de Derecho Privado, N° 21, 2013, pp. 89-135.
- Pizarro Wilson, Carlos, “*Panorama de la responsabilidad contractual en el derecho chileno*”, sin editar, p. 9.
- Planiol, Marcel; Ripert, Georges, *Tratado práctico de Derecho Civil francés*, traducción de Mario Díaz Cruz, La Habana, Editorial Cultural, 1940, Tomo VI.
- Pothier, Robert Joseph, *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, edición del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2003.
- Ramos Pazos, René, *De la responsabilidad extracontractual*, Santiago, Legal Publishing, 2006.
- Rodríguez Grez, Pablo, *La Obligación como deber de conducta típica (La teoría de la imprevisión en Chile)*, Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 1992.
- Rodríguez Grez, Pablo, *Responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010.
- Rosso Elorriaga, Gian, “*El buen padre de familia como criterio de apreciación de la culpa y su aplicación a la responsabilidad civil cuasidelictual*”, en Murasso, Eduardo y otros, *Derecho de Daños*, Santiago, LexisNexis, 2002, pp. 3-51.

- Schopf Olea, Adrián, “*El ámbito de protección de la responsabilidad extracontractual y los daños puramente patrimoniales*”, en Vidal, Álvaro; Severin, Gonzalo; Mejías, Claudia (editores), *Estudios de Derecho Civil X*, Valparaíso, Thomson Reuters, 2014, pp. 921-939.
- Schopf Olea, Adrián, “*La buena fe contractual como norma jurídica*”, en Revista Chilena de Derecho Privado, N° 31, 2018, pp. 109-153.
- Schopf Olea, Adrián, “*Las diferencias funcionales entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual*”, en BARRÍA DÍAZ, Rodrigo y otros (editores), *Presente y futuro de la responsabilidad civil*, Santiago, Legal Publishing, 2017, pp. 61-86.
- Tapia Rodríguez, Mauricio, “*Competencia desleal por culpa*”, en Revista Chilena de Derecho Privado, N° 29, 2017, pp. 165-207.
- Tapia Rodríguez, Mauricio, “*La Ley N° 20.169 sobre Competencia Desleal: una hipótesis de responsabilidad civil contractual*”, en Cuadernos de Análisis Jurídico, Num. IV, 2008, pp. 181-190.
- Tapia Rodríguez, Mauricio, “*Responsabilidad civil por actos de competencia desleal en el derecho chileno*”, en Cuadernos de Extensión Jurídica, N° 14, Santiago, Universidad de los Andes, 2007, pp. 85-93.
- Valdivia Olivares, José Miguel, “*La responsabilidad de la Administración del Estado en Francia*”, en Marín, Juan Carlos (coordinador), *La responsabilidad patrimonial del Estado*, México, Editorial Porrúa, 2004, pp. 53-105.