



UNIVERSIDAD DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

# **VISIÓN CRÍTICA DE LA CULPA INFRACCIONAL COMO CRITERIO DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL**

**FRANCISCO GIUSEPPE BASSI DÍAZ**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS  
Y SOCIALES**

**PROFESOR GUÍA:  
FABIOLA LATHROP GÓMEZ**

SANTIAGO DE CHILE  
2015

## ÍNDICE

<u>Resumen</u> .....	4
<u>Introducción</u> .....	5
<u>Capítulo I: La culpa como criterio de atribución de responsabilidad extracontractual</u>	
I.1. La culpa como concepto jurídico.....	14
I.2. Los elementos constitutivos de la culpa.....	31
I.2.a. El deber de cuidado.....	32
I.2.b. La previsibilidad.....	37
I.2.c. La infracción no intencional del deber de cuidado.....	42
I.3. La culpa y la antijuridicidad.....	45
<u>Capítulo II. La culpa infraccional como criterio especial de atribución de responsabilidad extracontractual</u>	
II.1. Concepto y nociones generales.....	57

II.2. Caracterización de las normas jurídicas cuya infracción constituirían hipótesis de culpa infraccional.....	66
II.2.a. Aspecto formal de la norma jurídica.....	67
II.2.b. Aspecto material o sustantivo de la norma jurídica.....	76
II.3. Examen crítico de los efectos jurídicos paradigmáticos producidos por la verificación de casos de culpa infraccional.....	84
II.3.a. ¿Presunción de responsabilidad?.....	85
II.3.b. La presunción de culpabilidad.....	90
II.3.c. Nuestra posición.....	107

Capítulo III. La culpa infraccional y otros dispositivos de objetivación de la culpa en la responsabilidad extracontractual

III.1. Nociones generales.....	121
III.2. La doctrina del “ <i>res ipsa loquitur</i> ” o “las cosas hablan por sí mismas”.....	123
III.2.a. Concepto y nociones generales.....	123
III.2.b. Efectos jurídicos y diferenciación con aquellos producidos en hipótesis de culpa infraccional.....	128
III.3. La culpa virtual o “ <i>faute virtuelle</i> ” francesa.....	132

III.3.a. Concepto y nociones generales.....	132
III.3.b. Efectos jurídicos y diferenciación con aquellos producidos en hipótesis de culpa infraccional.....	139
III.4. La prueba prima facie, apariencia de prueba o “ <i>Anscheinsbeweis</i> ” alemana .....	144
III.4.a. Concepto y nociones generales.....	144
III.4.b. Efectos jurídicos y diferenciación con aquellos producidos en hipótesis de culpa infraccional.....	151
<u>Conclusiones</u> .....	156
<u>Bibliografía</u> .....	166

## **RESUMEN**

La presente tesis tiene por objeto ofrecer una reconstrucción de la estructura dogmática de la “culpa infraccional” como factor especial de atribución de responsabilidad civil extracontractual, desde un acercamiento a la teoría de las normas y a la teoría general del derecho, que permita determinar, como eje central, la plausibilidad de las razones esgrimidas en la doctrina nacional para sostener que su efecto jurídico paradigmático derivaría en una presunción general de culpabilidad.

## INTRODUCCIÓN

La responsabilidad civil extracontractual admite ser descrita, desde la perspectiva del resultado del hecho ilícito, como la obligación de reparar que gravita sobre una persona que ha causado daño a otra<sup>1</sup>. Su contenido esencial descansa, en estos términos, en los criterios que el ordenamiento jurídico considera especialmente relevantes para efectos de atribuir responsabilidad a un sujeto distinto de la víctima<sup>2</sup>.

El régimen de responsabilidad por culpa, entre los diversos modelos o sistemas de atribución de responsabilidad civil, requiere de un juicio normativo que consiste en imputar a una persona la infracción a un deber de cuidado debido que ha inferido perjuicio y cuya verificación positiva la coloca en la necesidad jurídica de indemnizarlo<sup>3</sup>. Este análisis negativo de valor respecto de la conducta o actividad desplegada por un sujeto, es expresado en el factor genérico de atribución de responsabilidad de la

---

<sup>1</sup> ALESSANDRI, Arturo. *“De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno”*. Santiago: Imprenta Universitaria, 1943, p. 11.

<sup>2</sup> BARROS, Enrique. *“Tratado de responsabilidad extracontractual”*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 24.

<sup>3</sup> *Ibíd.* p.15.

“culpabilidad”, siendo necesario, en consecuencia, que el acto o hecho que produce el daño sea caracterizado jurídicamente como una acción u omisión dolosa o culpable.

La teoría clásica de la responsabilidad de carácter subjetivo, desarrollada principalmente por los tratadistas franceses en el siglo XVIII y que predomina actualmente en los sistemas jurídicos modernos, presupone entonces como fundamento de la obligación reparatoria, la imprudencia del agente infractor<sup>4</sup>. Por oposición a la teoría de los riesgos que prescinde del elemento intencional, el régimen de responsabilidad por culpa o negligencia reclama una comparación o valuación objetiva entre la conducta desplegada por el sujeto que ha causado el daño y un parámetro inconcreto de comportamiento<sup>5</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de lo que acontece en el derecho privado francés, se estableció positivamente el patrón de

---

<sup>4</sup> LÓPEZ, Marcelo. “*La culpa como factor de atribución de responsabilidad. (Cénit, Ocaso y Resurgimiento de la Culpa)*”. En X Revista Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña (2006), p. 649.

<sup>5</sup> MAZEAUD, Henri, León MAZEAUD y André TUNC. “*Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*”. Tomo Primero, Vol. II. (Traducción del francés por Luis Alcalá-Zamora y Castillo). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962, p. 76.

diligencia ideal o modelo de conducta general y abstracto aplicable en el régimen de responsabilidad civil extracontractual. En la norma del inciso tercero del artículo 44° del Código Civil, al modo de un estándar de cuidado debido<sup>6</sup>, plasmó el legislador la fórmula jurídica que refleja la figura, originaria del derecho romano, del “*buen padre de familia*”<sup>7</sup>. La culpa leve constituye, de este modo, la pauta de comportamiento que adecuadamente responde a las expectativas sociales mínimamente exigibles de prudencia<sup>8</sup>.

En torno a la noción de apreciación “*in abstracto*” y al carácter objetivo del juicio de culpabilidad, se ha asumido que, no obstante su cualidad impersonal, para la determinación del estándar de cuidado debido se deben ponderar las condiciones especiales en que el hecho antijurídico se desarrolla<sup>9</sup>. La flexibilidad del modelo del “*buen padre de familia*”, contra

---

<sup>6</sup> Señala el inciso tercero del artículo 44° del Código Civil que: “*Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.*”

<sup>7</sup> BARROS, Enrique, *op. cit.* (n. 2) p. 95.

<sup>8</sup> *Ibid.* p. 81. No obstante existir opiniones en contrario. Así: ALESSANDRI, Arturo, *op. cit.* (n. 1) p. 196;

<sup>9</sup> CORRAL, Hernán. “*Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*”. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 212.

la especial contingencia del caso concreto, cede ante las circunstancias particulares en que el daño producido es verificado.

Es por ello que este ejercicio jurisdiccional reflexivo no se agota en la mera comparación de la conducta efectiva desplegada por el agente con el estándar de comportamiento abstracto de hombre prudente, sino que, antes bien, deben ser atendidas las condiciones fácticas privativas del caso específico en toda su amplitud, las cuales pueden variar en la diversidad de factores temporales, espaciales y sociales en que el *accidente* se produce. De esta manera, una determinada acción u omisión que causa daño será descrita jurídicamente como una conducta culpable si, mediante el juicio de culpabilidad o de apreciación, se establece que se ha infringido un deber de cuidado debido.

Cuando el patrón de conducta se encuentra especificado en la ley u otro enunciado normativo de carácter legal o reglamentario, su sola contravención expresa y da lugar a aquello que usualmente se ha denominado “*culpa infraccional*” o “*culpa contra la legalidad*”. En palabras de Pablo Rodríguez Grez, se habla de esta categoría especial de la imputabilidad civil “*en todos*

*aquellos casos en que la culpa surge de la mera infracción de una disposición legal o reglamentaria”<sup>10</sup>.*

Si el daño surge como resultado causal de la infracción a un estándar de cuidado debido establecido por el legislador u otra autoridad con potestad normativa<sup>11</sup>, el hecho voluntario es considerado *per se* ilícito tornándose irrelevante, en principio, el examen de la imputabilidad como factor de atribución de responsabilidad. La doctrina ha asumido, en consecuencia, que el efecto jurídico inmediato que se origina frente a la verificación de casos de “*culpa infraccional*” deviene en una presunción general de culpabilidad<sup>12</sup> que sitúa al transgresor de la norma en la necesidad de acreditar la debida diligencia.

Este desplazamiento en la carga de la prueba de la culpa, sin hacer mención a aquellas corrientes doctrinarias que en estas hipótesis abogan

---

<sup>10</sup> RODRÍGUEZ, Pablo. “*Responsabilidad Extracontractual*”. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999, p. 183.

<sup>11</sup> BARROS, Enrique, *op. cit.* (n. 2) p. 98.

<sup>12</sup> La Corte Suprema de Justicia ha extremado de tal forma esta tesis, que incluso ha llegado a sostener una presunción, ya no de culpabilidad, sino propiamente de responsabilidad. En efecto, ha expresado que: “*El criterio de culpa infraccional está expresamente recogido por la Ley de Bases del Medio Ambiente, en cuya virtud se presume responsabilidad*”. Cfr. CS. Causa Rol N° 4033-2013. 03.10.2013. L.P. N° 66343.

derechamente por prescindir en absoluto del juicio de culpabilidad<sup>13</sup>, deriva, a nuestro juicio, de una apresurada sobrevaloración de la “*forma*”<sup>14</sup> en que el estándar de comportamiento se presenta en el ordenamiento jurídico, en desmedro del “*contenido*” de la norma legal que lo establece<sup>15</sup>.

Como una primera aproximación a los problemas que surgen frente al exiguo tratamiento doctrinal que hasta ahora se ha dado a la “culpa infraccional” como categoría especial de la imputabilidad civil, resulta preciso preguntarse, desde un punto de vista externo, por el tipo de disposiciones normativas en que el estándar de cuidado debido debe encontrarse establecido para que nazcan sus efectos. ¿Bastaría que incluso, indistintamente, fuese cualquier clase de norma jurídica sin importar el rango

---

<sup>13</sup> Arturo Alessandri Rodríguez, a modo de ejemplo, ha sostenido que: “*La apreciación de la conducta del autor del daño es innecesaria si éste proviene de la violación de una obligación determinada impuesta por la ley o un reglamento*”. En ALESSANDRI, Arturo, *op. cit.* (n. 1) p. 175.

<sup>14</sup> La “*culpa infraccional*” no constituye, para la dogmática civil, una categoría especial de imputabilidad por atender especialmente a un tipo particular de estándar de comportamiento o patrón de cuidado debido, sino precisamente porque ese estándar o patrón se encuentra establecido en una disposición legal o reglamentaria.

<sup>15</sup> Como prueba de ello, puede recurrirse a la historia de la interpretación doctrinal de la norma prevista en el artículo 2329° del Código Civil. Véase, BARRIENTOS, Javier. “*De la presunción general por culpa por el hecho propio. A propósito de los artículos 2314 y 2329 y de nuestro “Código Civil Imaginario” (II)*”. En XIII Revista de Derecho Privado (2009). Más de cincuenta años de estudio fueron necesarios para asumir que allí podría existir una presunción de culpabilidad por el hecho propio y aún continúa en discusión su plausibilidad.

o categoría que detente dentro de la estructura piramidal del ordenamiento, para que la presunción de culpabilidad reciba aplicación? ¿Las disposiciones del Código Civil, a modo de ejemplo, podrían contar como reglas apropiadas que sirvan de antecedente normativo en casos de “culpa contra la legalidad”, sin desnaturalizarla? ¿Qué sentido tiene discutir la posibilidad de erigir presunciones de culpabilidad en ciertas disposiciones de nuestro código, si a juicio de los juristas, se presume la culpa toda vez que el estándar de cuidado debido se encuentra establecido en una norma de rango legal?

Ahora bien, en un segundo nivel de análisis, reclama especial relevancia el determinar la diferencia que existe entre un patrón de comportamiento específico y uno de carácter general y abstracto, de cuyo esclarecimiento se permita descubrir el criterio o razón jurídica que fundamenta la construcción dogmática de la presunción general de culpabilidad en las hipótesis de “*culpa infraccional*”. Se origina, esta vez desde una perspectiva interna, una subsecuente y central interrogante en orden a dilucidar si la “especificidad” de un estándar de cuidado debido permite fundar, sin más, presunciones de culpabilidad.

Existe, empero, algún sector de la doctrina nacional que estima que el criterio de la “culpa infraccional” respondería, en el estado actual del derecho de daños, a un continuo proceso de *objetivación* del régimen de responsabilidad por culpa que pretendería resguardar un cierto interés preponderante de la víctima ante el concomitante aumento de actividades riesgosas<sup>16</sup>. Si tal explicación es plausible, convendría examinar entonces las diferencias que eventualmente permitirían distinguir a la especial categoría de la “culpa infraccional” de otros criterios similares, considerados como dispositivos jurídicos que favorecerían la tendencia doctrinal y legislativa hacia una paulatina prescindencia del juicio de culpabilidad.

En estos términos, la presente tesis constituye un trabajo de investigación que tiene por objeto ofrecer una reconstrucción de la estructura dogmática de la “*culpa infraccional*” como factor de atribución de responsabilidad civil extracontractual, instituida desde un acercamiento a la teoría de las normas y a la teoría general del derecho, permitiendo determinar,

---

<sup>16</sup> TOCORNAL, Josefina. “*Responsabilidad civil por infecciones intrahospitalarias*”. En 37 Revista Chilena de Derecho (2010), p. 487.

como eje central, los criterios que admitirían sostener lo desacertado de una presunción general de culpabilidad como su efecto jurídico paradigmático.

## **CAPÍTULO I. La culpa como criterio de atribución de responsabilidad civil extracontractual**

### **I.1. La culpa como concepto jurídico**

Parece ser una afirmación escasamente controvertida, desde la perspectiva de la historia del derecho, aquella que sostiene que la culpabilidad, como factor de atribución de responsabilidad civil extracontractual, solo fue concebida en términos abstractos y generales a partir de la influencia de los postulados teóricos de los tratadistas franceses Domat y Pothier en los siglos XVII y XVIII<sup>17</sup>. Si bien la *Lex Aquilia*, en el contexto del derecho romano clásico, introdujo los conceptos de culpa y dolo -relacionados con la figura de la *iniura*<sup>18</sup>- como nuevas exigencias paradigmáticas para arrojar responsabilidad al causante de un daño -*damnum iniura datum*- en el patrimonio ajeno, se limitó a sancionar típicamente

---

<sup>17</sup> LOPEZ, Marcelo, *op. cit.* (n. 4) p. 652.

<sup>18</sup> CASTRESANA, Amelia. “*Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana*”. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2001, p. 122.

ciertas figuras normativas sin llegar a estatuir propiamente un régimen o sistema general<sup>19</sup>.

Fue en el *Code Napoléon*, de inspiración revolucionaria y natural racionalista, donde en definitiva se produjo, particularmente en la norma establecida en el artículo 1382<sup>20</sup>, la consagración positiva del principio general de la responsabilidad civil extracontractual basada en culpa o negligencia<sup>21</sup>. La culpabilidad se constituyó de ese modo, en todas las codificaciones de raigambre francesa, en el criterio ecuménico de atribución de responsabilidad fundacional y excluyente de la obligación reparatoria.

En nuestro Código Civil, a diferencia del francés<sup>22</sup>, en la norma de aplicación general establecida en el inciso tercero del artículo 44° del Título Preliminar, el legislador se encargó de conceptualizar la noción de *culpa* -en

---

<sup>19</sup> AEDO, Cristián. “*El problema del concepto de la culpa en la lex Aquilia: Una mirada funcional*”. En N° 1, Vol. XXVII, Revista de Derecho Valdivia (2014), p. 51. Señala el autor que: “(...) los juristas romanos no desarrollaron la culpa como negligencia-criterio de responsabilidad, sino como un instituto amplio de reproche individual de conductas”; También, BARROS, Enrique, *op. cit.* (n. 2) p. 79.

<sup>20</sup> Señala el artículo 1382 del *Code Napoléon* que: “*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause un dommage à autrui, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*”.

<sup>21</sup> ALESSANDRI, Arturo, *op. cit.* (n. 1) p. 109.

<sup>22</sup> Los redactores del *Code Napoléon* omitieron cualquier pronunciamiento concreto en orden a establecer legalmente el concepto de culpa, por considerarlo esencialmente un término de uso común. Véase MAZEAUD, Henri, et. al., *op. cit.* (n. 5) p. 37.

sentido estricto<sup>23</sup> como un término de uso frecuente, señalando que consiste en “*la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios*”. En la medida en que se optó, como decisión legislativa, por favorecer la clasificación tripartita de la culpa, originaria del derecho romano y abandonada posteriormente por los redactores del *Code Napoléon*, resulta especialmente plausible sostener que, en nuestro ordenamiento jurídico, la *culpa leve* es el estándar de debido cuidado aplicable en el régimen de responsabilidad civil extracontractual, desde que se señala en la referida disposición que, “*culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve*”<sup>24</sup>.

La abstracción y generalidad de la conceptualización legal de la noción de “culpa” que otorga el Código Civil, atendiendo ciertamente a su composición exhaustiva, han generado el interés de la doctrina y la jurisprudencia por intentar proyectar su caracterización jurídica hacia una definición esencialmente comprensiva de sus elementos constitutivos. Se han

---

<sup>23</sup> Culpa en sentido estricto o cuasidelictual, que es aquella a la que hacemos referencia en este capítulo, evoca la idea de negligencia, imprudencia, impericia. Culpabilidad o culpa en sentido amplio, comprende tanto el dolo como la culpa en sentido estricto. *V.gr.* BARROS, Enrique, *op. cit.* (n. 2) p. 76.

<sup>24</sup> *Cfr. Supra.* p. 80.

ofrecido en el derecho comparado, especialmente en la doctrina francesa ante la ausencia conceptual del *Code*, cierta clase de construcciones teóricas que, a modo ilustrativo, permitirá arribar conclusivamente a una idea aproximativa de aquello que debiese ser jurídicamente entendido por “culpa”.

Cabe advertir, por cierto, que, para el análisis de la culpa como criterio de atribución de responsabilidad civil extracontractual, adoptaremos, a modo de paradigma dogmático, un enfoque estrictamente *normativo*<sup>25</sup>. En concordancia con tal precaución, coincidimos, en primer lugar, con la idea sostenida por parte de la doctrina en orden a no considerar el criterio de la culpa como un juicio de reproche personal al autor del daño<sup>26</sup>, que pretenda instituir como objeto de valoración general las individuales condiciones psicológicas, anímicas o morales del agente<sup>27</sup>. Para la apreciación de la

---

<sup>25</sup> Para un estudio del enfoque o concepción normativa de la culpabilidad, véase: FRANK, Reinhard. “*Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*”. (Traducción del alemán de Gustavo Aboso y Tea Alöw). Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., (2002).; GOLDSCHMIDT, James. “*La concepción normativa de la culpabilidad*”. (Traducción del alemán por Margarethe de Goldschmidt y Ricardo Nuñez). Segunda edición. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., (2002).

<sup>26</sup> Véase: BARROS, Enrique, *op. cit.* (n. 2) p. 78; En sentido similar: AEDO, Cristián. “*El concepto de culpa aquilina y su evolución en las últimas décadas. Distintas teorías*”. En: XXI Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, N° 2, 2014, p. 43 y ss.

<sup>27</sup> Así, Tapia señala que: “*La actuación diligente se define así como la que legítimamente podían esperar los terceros de un hombre razonable colocado en una situación similar. Definido de esta forma, la jurisprudencia se desinteresó del examen de las particularidades o debilidades específicas del agente (cada persona debe compensar sus debilidades con un grado de diligencia apropiado), volviendo más severo el juicio de reproche y extendiendo, en consecuencia, el número*

conducta dañosa en el juicio de culpabilidad, en segundo término, resulta conveniente adoptar como criterios válidos de valuación negativa, exigencias propias del ordenamiento jurídico, especialmente, al establecer deberes de cuidado.

En un discurso pronunciado el día 15 de septiembre de 1927, en la audiencia solemne de apertura de los tribunales de justicia de Bélgica, denominado “¿Comete un acto ilícito el conductor de un automóvil que mata o hiere a un peatón?”, el, en ese entonces, fiscal general ante la Corte de Casación, Paul Leclercq, sostuvo que “*todo atentado contra la integridad de la persona o del patrimonio de otro constituye una culpa*”<sup>28</sup>. Si la idea contenida en este enunciado fuese correcta, bastaría que se verificara positivamente la causación del daño para que hubiese negligencia, de cuya demostración daría cuenta el solo hecho del accidente. Este desplazamiento o absorción estructural de la exigencia de culpabilidad en la categoría del daño, parece responder, antes que a un intento serio de definición conceptual, a cierta anuencia de Leclercq hacia un régimen de responsabilidad estricta u

---

*de potenciales responsables*”. En TAPIA, Mauricio. “Código Civil 1855-2005. Evolución y perspectivas”. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005, pp. 282.

<sup>28</sup> MAZEAUD, Henri, et. al., *op. cit.* (n. 5) p. 41.

objetiva<sup>29</sup>, caracterizada precisamente por la prescindencia del elemento intencional.

Acentuando la idea de ilicitud de la conducta del autor del daño, René Savatier afirma, en contraste, que la culpa consiste en “*el incumplimiento de un deber que el agente podía conocer y observar*”<sup>30</sup>. Del solo examen de esta enunciación se concluye que, siendo esta vez trasladada la discusión a la categoría de la antijuridicidad formal<sup>31</sup>, se confunde inapropiadamente la culpa con la ilicitud. El déficit proposicional aparece dado, en este sentido, por la indefinición y vaguedad de la noción de “deber”, en circunstancias tales que su adecuada especificación permitiría distinguir una mera infracción de una norma o principio cualquiera del ordenamiento jurídico, de la idea, más concreta y puntual, de negligencia.

En la misma dirección que el autor anterior, no obstante apreciarse una mayor precisión conceptual, Marcel Planiol sostiene que “*la culpa es una*

---

<sup>29</sup> *Ibíd.*, p. 42.

<sup>30</sup> *Ibíd.*, p. 47.

<sup>31</sup> En este punto y tal como lo explicaremos más adelante, no estamos de acuerdo con Barros cuando señala que: “*En el derecho chileno, como en la generalidad de los sistemas jurídicos, al ser concebida como ilicitud de la conducta, la culpa civil no se distingue de la antijuridicidad*”. BARROS, Enrique, *op. cit.* (n.2) p. 96.

*falta contra una obligación preexistente*”<sup>32</sup>. Sin perjuicio de advertir que, al menos en el ámbito de la responsabilidad extracontractual resulta poco pacífico hablar de “obligación” vinculada a la idea de negligencia, la ausencia de sustrato normativo que denota tal noción, constituye, al igual que en el caso anterior, un obstáculo para comprender las diferencias esenciales entre los criterios de culpabilidad y antijuridicidad. De este modo, ante la inexistencia de una regla de comportamiento social específica, restaría aún indagar en el contenido, al menos delimitado, de los deberes de conducta abstractos y generales que permitan identificar la descripción de un hecho determinado que causa daño, como un hecho culposo.

Circunscribiendo el énfasis en el deber de cuidado, el destacado jurista ruso-germano Andreas Von Tuhr, expresa, en otros términos, que la culpa o negligencia “*consiste en que el autor del acto, sin proponerse provocar un resultado antijurídico, no guarde la diligencia exigible, según la práctica, para evitarlo*”<sup>33</sup>. Si bien existe una expresa referencia a cierta facticidad en el parámetro de conducta, ésta definición parece aproximarse de modo

---

<sup>32</sup> MAZEAUD, Henri, et. al., *op. cit.* (n. 5) p. 49.

<sup>33</sup> VON TUHR, Andreas. “*Tratado de las Obligaciones*”. Tomo I. (Traducción del alemán por W. Roces). Madrid: Editorial Reus S.A., 1934, p. 276.

conspicuo, en comparación con las anteriores, a los elementos constitutivos de la culpa como factor de atribución de responsabilidad<sup>34</sup>. Al evocar la idea de “diligencia exigible”, supone acertadamente el autor que no basta con incluir en la descripción conceptual la alusión a un “deber genérico” o a una “obligación preexistente” que gravitarían *ex ante* sobre el autor del daño, sino que, en términos concretos, resulta de una especial relevancia centrar el análisis en la desviación de conducta que, en relación al modelo de hombre prudente, supone todo hecho negligente<sup>35</sup>. No obstante lo anterior, una comprensión plausible de la antijuridicidad parece estar dirigida normativamente al desvalor de la acción u omisión contraria a derecho más que a aquella calificada por el resultado dañoso<sup>36</sup>.

Bajo el mismo perfil anterior se encuentra Alessandri, quien en el contexto nacional y siguiendo la definición otorgada por el legislador, señala

---

<sup>34</sup> El tratadista italiano Roberto De Ruggiero, en el mismo sentido, señala que la culpa consiste en una “conducta ilícita por falta de diligencia, por imprudencia, por incuria, una negligencia más o menos grave que produce un perjuicio y que hace, consiguientemente, responsable a aquel a quien el acto es imputable”. En: DE RUGGIERO, Roberto. “Instituciones de Derecho Civil”. Tomo II. Vol. 1º (Traducción del italiano por Ramón Serrano Suñer y José Santa Cruz Teijeiro). Madrid: Instituto Editorial Reus, 1944, p. 125.

<sup>35</sup> DIEZ-PICAZO, Luis. “Derecho de daños”. Madrid: Civitas Ediciones, 1999, p. 351.

<sup>36</sup> RODRÍGUEZ, Pablo, *op. cit.* (n. 10) p. 134. En igual sentido: BARROS, Enrique, *op. cit.* (n. 2) p. 96, y, CORRAL, Hernán, *op. cit.* (n. 9) p. 118.

que la culpa, sinónima de descuido o negligencia, “*es la falta de aquella diligencia o cuidado que los hombres prudentes emplean ordinariamente en sus actos y negocios propios*”<sup>37</sup>. Los tratadistas franceses Henry y León Mazeaud y André Tunc, bajo cierto afán de exhaustividad y superando el hecho de referirse únicamente al elemento de la diligencia, sostienen, por otra parte, que la culpa cuasidelictual “*es un error de conducta tal, que no lo habría cometido una persona cuidadosa situada en las mismas circunstancias “externas” que el autor del daño*”<sup>38</sup>. Si bien esta definición ha sido generalmente aceptada por la doctrina, no sin ciertos matices<sup>39</sup>, contiene algunas expresiones conceptuales poco precisas. En primer término, la noción de “error de conducta”<sup>40</sup> parece estar orientada, en la definición, a la circunstancia consistente en no actuar o proceder como se es debido, esto es, despreciar, sin más, una norma determinada o inconcreta de comportamiento<sup>41</sup>. Sin embargo, nada es capaz de clarificar ante la pregunta

---

<sup>37</sup> ALESSANDRI, Arturo, *op. cit.* (n.1) p. 172.

<sup>38</sup> MAZEAUD, Henri, et. al., *op. cit.* (n. 5) p. 85.

<sup>39</sup> RODRÍGUEZ, Pablo, *op. cit.* (n. 10) p. 178.

<sup>40</sup> Del mismo modo, Gény define la culpa señalando que “*no es otra cosa que un error de conducta, una falta de actitud que, normalmente, se aprecia según el tipo abstracto del hombre recto y seguro en sus actos*”. En: MAZEAUD, Henri, et. al., *op. cit.* (n. 5) p. 75.

<sup>41</sup> *Cfr. Supra.* p. 67

por su verificación en casos de hechos constitutivos de cuasidelitos civiles<sup>42</sup>, pues no parece ser razonable, al menos desde una perspectiva normativa, identificar la culpa con el *error* en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, si se considera que puede éste haberse producido *a pesar* de emplear la debida diligencia y consistir, antes bien, en una inadvertencia producida sin libertad de elección<sup>43</sup>. La referencia exclusiva a una “persona cuidadosa” común a la tradición romana, en segundo lugar, parece obviar que el estándar de cuidado debido puede igualmente construirse en base a la “*conducta que racionalmente resulta exigible*”<sup>44</sup>: la definición dada, en ese sentido, más bien constituye un intento sobrentendido por delimitar el contenido del deber de cuidado. Por último, una “circunstancia externa” es un término ambiguo que implícitamente lleva envuelto un mandato dirigido al juez en orden a no considerar, en el juicio de culpabilidad, las condiciones subjetivas y personalísimas del autor del daño. Esta forma de apreciación de

---

<sup>42</sup> Pothier, al definir los cuasidelitos, presenta el mismo problema conceptual. Expresa el autor que: “*El cuasi-delito es el hecho por el cual una persona, sin malignidad, sino por una imprudencia que no es excusable, causa algún daño a otro*”. En: POTHIER, Robert. “*Tratado de las obligaciones*”. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1993, p.72. Al respecto, se ha señalado que: “*Definir la culpa como negligencia inexcusable parece una clara petición de principio*”. En: DIEZ-PICAZO, Luis, *op. cit.* (n. 35) p. 352.

<sup>43</sup> Ello parece ser especialmente delicado en materia de accidentes por negligencia médica. En este sentido, véase: BARROS, Enrique, *op. cit.* (n. 2) p. 674 y ss.; En el mismo sentido: TAPIA, Mauricio. “*Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales*”. En XV Revista de Derecho (Valdivia), n° 2, 2003, pp. 75-111.

<sup>44</sup> BARROS, Enrique, *op. cit.* (n. 2) p. 81.

la culpa permite determinar jurídicamente si la conducta dañosa de un individuo, en un caso concreto, se ha ejecutado de manera culposa, imprudente o negligente; lo que en caso alguno, empero, constituye un elemento integrante de la noción general de culpa propiamente tal.

Pablo Rodríguez Grez, si bien considera adecuada la definición entregada por los Mazeaud, opta derechamente por abandonar la idea de “error de conducta” y formular, en su lugar, la de “deber de cuidado y diligencia”, la cual, en sus propios términos, expresa un mandato, prescripción u orden de comportamiento social, antes que un efecto del mismo. De este modo, para este autor, la culpa consiste en *“faltar al deber de cuidado y diligencia que toda persona, sea por disposición de la ley o en razón de los estándares generales y comunes aceptados por la sociedad, debe emplear para evitar causar un daño que no se habría producido en caso de haberse respetado dicho deber de diligencia y cuidado”*<sup>45</sup>.

Frente a esta meritoria conceptualización, resulta particularmente necesario no obstante, efectuar brevemente un doble alcance: en primer lugar

---

<sup>45</sup> RODRÍGUEZ, Pablo, *op. cit.* (n. 10) p. 182.

y tal como será explicado en capítulos posteriores, no concordamos con la idea de un estándar de cuidado general y común “aceptado por la sociedad”, desde que siendo un dato esencialmente *estadístico*, devela no solo una evidente imprecisión, sino porque cualquier referencia a una mera práctica no institucional, uso o regla social espontánea, impide que el concepto de culpa sea, estrictamente, un concepto normativo<sup>46</sup>. Por lo demás, analíticamente es incorrecto hacer mención a una regla social para establecer jurisdiccionalmente la culpabilidad del autor del daño: el juez, ante un caso concreto, no podría resolver el conflicto determinando las posiciones institucionales de las partes *-culpable, prudente, víctima-* en base a una norma no reconocida por el sistema<sup>47</sup>. Parece contrario a la intuición jurídica, en consecuencia, sostener que en el régimen de responsabilidad

---

<sup>46</sup> En relación a los usos normativos como formas de determinación del debido cuidado, Barros ha señalado que: “*Sin embargo, siempre permanece latente que el juicio relativo a la culpa supone adoptar las perspectivas normativas de la justicia (o de la eficiencia), en cuya virtud es necesario juzgar la razonabilidad de los usos normativos, antes de darlos por aceptados*”. En: BARROS, Enrique, *op. cit.* (n. 2) p. 105. La expresión “razonabilidad de los usos normativos” no es más que el eventual resultado del juicio *-normativo-* de culpabilidad que supone aplicar el estándar de conducta del hombre prudente, consagrado legalmente en el artículo 44° del Código Civil, al caso concreto. Ello quiere decir que una regla “social” de conducta, solo puede ser *normativamente* funcional al ejercicio jurisdiccional de subsunción del caso específico a la norma que establece el deber de cuidado general y abstracto, cuando permite responder a la pregunta por la caracterización de la conducta que un hombre prudente hubiese desplegado para evitar causar un daño en una situación concreta.

<sup>47</sup> Cfr. ATRIA, Fernando. “*Creación y aplicación del derecho: entre formalismo y escepticismo*”. En: ATRIA, Fernando, Eugenio BULYGIN, José MORENO, Pablo NAVARRO, Jorge RODRÍGUEZ y Juan MANERO. “*Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*”. Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2005, p. 57.

extracontractual por culpa o negligencia un sujeto es responsable civilmente por infringir un estándar general de comportamiento puramente aprobado por la sociedad<sup>48</sup>. En segundo término, se extraña de la definición otorgada el elemento de la “previsibilidad”, generalmente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia nacional y comparada como un componente constitutivo de la culpa en tanto criterio de atribución de responsabilidad<sup>49</sup>.

En total concordancia con la conceptualización otorgada por Planiol y siguiendo la tradición jurídica romana, Enrique Barros Bourie afirma que “*la culpa no intencional o negligencia puede ser concebida como la inobservancia del cuidado debido en la conducta susceptible de dañar a otro*”<sup>50</sup>. Explica el autor que tal definición, “*pone un énfasis correcto en que la ilicitud en materia civil se refiere al incumplimiento de una regla de*

---

<sup>48</sup> Uno podría imaginar el siguiente ejemplo de aplicación incorrecta o insostenible del derecho: un sujeto demanda a su pareja (no cónyuge) la indemnización de perjuicios morales, en sede de responsabilidad extracontractual, por el hecho de una infidelidad descubierta en el acto. El juez, férreo defensor de la moral judeo-cristiana, acoge la demanda declarando, como premisa de su argumentación, que la *fidelidad* en un “relación amorosa” constituye un estándar de comportamiento generalmente “aceptado por la sociedad” y que por lo tanto el demandado, obrando como no lo hubiese hecho un “buen padre de familia”, es, *jurídica o normativamente*, “culpable” del daño causado.

<sup>49</sup> En este sentido, *Cfr.* BARROS, Enrique, *op. cit.* (n.2) p. 89; CORRAL, Hernán, *op. cit.* (n. 9) p. 214; DIEZ-PICAZO, Luis, *op. cit.* (n. 35) p. 363; RAMOS, René. “*De la responsabilidad extracontractual*”. Santiago: Legal Publishing Chile, 2008, p. 52.

<sup>50</sup> BARROS, Enrique, *op. cit.* (n.2) p. 78.

*conducta, que se supone debió ser descubierta ex ante por el autor del daño, aunque el deber de cuidado no haya estado formulado por norma legal alguna”<sup>51</sup>.*

Sin la intención de efectuar una inadecuada extrapolación al derecho civil de los principios que informan el derecho penal, no concordamos con la idea de un deber de cuidado “no formulado por una regla legal”, esencialmente, porque las normas generales del estatuto de responsabilidad civil de nuestro ordenamiento jurídico establecidas en los artículos 2314° y 2329° del Código Civil, remiten implícitamente a la disposición del inciso tercero del artículo 44° cuando invocan las voces “culpa” o “negligencia” para imputar normativamente y obligar a la reparación por un evento dañoso a un sujeto distinto de la víctima. En este sentido y desde una perspectiva sistemática, resulta inadecuado sostener que, ante la generalidad y abstracción del estándar de conducta en el régimen de responsabilidad civil extracontractual, o bien, por ausencia de “especificidad” en el deber de cuidado, el legislador haya omitido un pronunciamiento prescriptivo: las reglas del sistema de responsabilidad civil, en tanto manifestaciones del

---

<sup>51</sup> *Ibíd.*, pp. 95-96.

principio *alterum non laedere*<sup>52</sup>, siempre remiten al patrón de conducta de “hombre prudente” o “buen padre de familia” consagrado positivamente en el artículo 44° del Código Civil, al modo de una norma de clausura del sistema<sup>53</sup>.

La jurisprudencia chilena ha ofrecido, del mismo modo que la doctrina, ciertas conceptualizaciones de la noción jurídica de culpa que permiten apreciar algunos de sus componentes constitutivos. Así, la Corte Suprema de Justicia, tomando como directriz el artículo 43° del Código Penal Italiano<sup>54</sup>, ha señalado que la culpa consiste “*en la falta de previsión o cuidado; es un*

---

<sup>52</sup> Cfr. PAPAYANNIS, Diego. “*La práctica del alterum non laedere*”. En 41 Revista Isonomía, (2014), pp. 19-68. El autor ofrece una reconstrucción del principio *alterum non laedere* como manifestación de un principio consagrado en la norma del artículo 1902° del Código Civil español que señala: “*El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.*”, de similares características a los artículos 2314° y 2329° del Código Civil chileno. Estas normas, como manifestaciones de tal principio, imponen “*la obligación de no dañar a otros mediante conductas negligentes*” (p. 24).

<sup>53</sup> Es por ello que Ramón Domínguez sostiene que: “*una acción u omisión es culpable, cuando se aparta del cuidado que, en igual caso, habría tenido el modelo o standard de conducta previsto por la ley*”. En: DOMÍNGUEZ, Ramón. “*Aspectos contemporáneos de la responsabilidad civil*”. En: LVII Revista de Derecho Universidad de Concepción, N° 185, 1989, p. 117. Del mismo modo, Mauricio Tapia sostiene que: “*La negligencia consiste esencialmente en que el comportamiento del agente se aparta de aquel determinado por un estándar de conducta. Tal estándar de conducta se encuentra definido en el derecho nacional contemporáneo por el patrón abstracto del hombre diligente, del buen padre de familia*”. En: TAPIA, Mauricio, *op. cit.* (n. 27) pp. 281-282.

<sup>54</sup> Véase: Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas. “*Código Civil y leyes complementarias*”. Tomo X. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. Segunda Edición Actualizada, 1988, p. 29, nota n° 4. El artículo 43° del Código Penal Italiano señala que: “*Il delitto: (...) è colposo, o contro l'intenzione, quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline*”.

*concepto jurídico caracterizado siempre (ya se trate de culpa penal o civil, contractual o extracontractual) por la falta de cuidado o diligencia, descuido o imprudencia que produce un daño, sin intención de causarlo”<sup>55</sup>. La Corte de Apelaciones de Concepción, por su parte y de manera apropiada, ha sostenido que “la culpa se traduce en falta de diligencia o atención y se caracteriza por la actitud negligente y despreocupada del autor frente a las exigencias de cuidado del ordenamiento jurídico”<sup>56</sup>.*

Es importante destacar que, reafirmando lo anterior y tal como sostienen nuestros tribunales superiores de justicia, el estándar de cuidado debido no puede evocar la idea de una pauta no normada o sancionada por el derecho sin desnaturalizar el concepto normativo de culpa. De este modo, la Corte de Apelaciones de Santiago ha sostenido que “*el concepto jurídico de negligencia hace referencia a la inobservancia de las exigencias típicas y objetivas de cuidado que debemos acatar en nuestra vida en comunidad. Se trata de requerimientos referidos a estándares de comportamiento que deben*

---

<sup>55</sup> C.S. 23.01.1975. F. del M. N° 194, sent. 3°, p. 292 (C. 15, p. 297). En: *Ibíd.*, p. 29.

<sup>56</sup> C. de Concepción. 07.11.1985. R. t. 82, sección 4°, p. 288 (C. 7°, p. 292). En: *Ibíd.*, p. 30.

*ser respetados en las diversas situaciones a las que nos vemos enfrentados con ocasión de la interacción social”<sup>57</sup>.*

La caracterización de la culpa como concepto jurídico en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, admite ser estructurada en base a la verificación de una serie de factores que han sido identificados por la doctrina y la jurisprudencia como sus elementos constitutivos. Se reconoce, de este modo, la existencia de un deber de cuidado que, al ser infringido sin la intención concreta de provocar un menoscabo, supone no obstante “*el desprecio de las expectativas legítimas de la víctima del daño respecto de la conducta ajena*”<sup>58</sup> en un contexto social de relaciones subjetivas espontáneas. El modelo de hombre razonable y prudente, en segundo lugar, determina a aducir que la previsibilidad del daño en la asunción de un riesgo cualquiera, es una exigencia razonable en el juicio de culpabilidad civil. La imprevisibilidad, como antítesis de aquello que debió ser prudentemente previsto, actúa como factor excluyente de imputación: la diligencia requerida en el caso concreto supone la posibilidad para el agente de prever, desde un

---

<sup>57</sup> Cfr. C. de Santiago. Causa Rol N° 6574-2013. 26.09.2014. L.P. N° 75935.

<sup>58</sup> BARROS, Enrique, *op. cit.* (n. 2) p. 81.

punto de vista objetivo, las consecuencias dañosas de la acción u omisión, sin lo cual no podría haber disposición volitiva alguna para evitar el accidente.

Resulta plausible sostener, luego de este análisis, que la culpa, en términos conclusivos, consiste en la infracción no intencional de las exigencias de debido cuidado establecidas por el ordenamiento jurídico y que tienen por objeto evitar la causación de un daño ordinariamente previsible.

## **I.2. La culpa y sus elementos constitutivos**

Hemos definido la culpa en el apartado anterior luego de efectuar un estudio comparativo en base a su estructura jurídica, esto es, desde una perspectiva conceptual normativa. En estos términos, los requisitos o elementos constitutivos de la culpa o negligencia, como concepto formal y que serán a continuación examinados analíticamente, son los siguientes: (i) la existencia de un deber de cuidado; (ii) la previsibilidad; y (iii) la infracción no intencional del deber de cuidado.

## I.2.a. El deber de cuidado debido

Un deber jurídico admite ser caracterizado como una *“necesidad en que, por mandato del ordenamiento jurídico, se encuentran los hombres de observar determinada conducta”*<sup>59</sup>. René Abeliuk, por su parte, lo define como *“una norma de conducta impuesta coactivamente por el legislador, en el sentido de que se sanciona su inobservancia”*<sup>60</sup>. Para el derecho patrimonial, como es posible apreciar, existe cierta tendencia a comprender, como expresión del deber jurídico, la fidelidad del sujeto a las prescripciones normativas establecidas por el ordenamiento, sin las cuales carecería de sentido imponer una determinada sanción civil, pena u obligación reparatoria. El estándar de conducta entonces, como primera aproximación, debe necesariamente encontrarse establecido mediante un mandato normativo del legislador, que en relación al régimen de responsabilidad civil extracontractual, puede adoptar una forma abstracta, amplia y general, o bien, concreta, específica y especialmente definida, dependiendo de la decisión

---

<sup>59</sup> ALESSANDRI, Arturo, Manuel SOMARRIVA y Antonio VODANOVIC. *“Tratado de las obligaciones. Volumen de las obligaciones en general y sus diversas clases”*. Segunda edición ampliada y actualizada por Antonio Vodanovic. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 9.

<sup>60</sup> ABELIUK, René. *“Las obligaciones”*. Tomo I. Cuarta edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 37.

política que, en razón principalmente del riesgo concreto de determinada actividad, se adopte para intentar evitar la causación de un daño<sup>61</sup>.

Ahora bien, este deber jurídico se manifiesta, teniendo como base el estatuto de la responsabilidad civil y para efectos del juicio de culpabilidad, en una norma que tiene por objeto preciso evitar la producción de un menoscabo de índole patrimonial o moral<sup>62</sup>, pues el *daño*, en esta sede, constituye una *condictio sine qua non* y previa para que nazca a la vida del derecho la obligación de indemnizar. De ello se concluye, consecuentemente, que no cualquier enunciado legislativo puede contar válidamente como una norma jurídica que permita ser plausiblemente descrita como un “deber de cuidado”. Este “deber” adopta una forma de expresión prescriptiva: constituye una regla jurídica que impone un estándar de comportamiento cuya especificación o abstracción dependerá de la intensidad del riesgo de producción de daño concreto de la actividad desarrollada<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> BARROS, Enrique, *op. cit.* (n. 2) p. 95.

<sup>62</sup> Enrique Barros ha señalado que: “*A pesar de su generalidad, la relación analítica entre la culpa y la infracción de normas legales o reglamentarias tiene ciertos límites. Ante todo, la regla infringida puede tener un fin diferente a evitar el accidente o el daño de que se trata (...)*”. En: *Ibíd.*, p. 100.

<sup>63</sup> *Ibíd.*

En virtud de lo anterior sostenemos que, a diferencia de lo expresado por la doctrina nacional, parece incorrecto indicar que existirían “fuentes”<sup>64</sup> a las cuales inevitablemente se debe apelar para la determinación del deber de cuidado, puesto que, general o particularmente, se encontrará siempre positivado en la legislación. Desde una comprensión adecuada del concepto de “fuente”, como expresión jurídica, ¿resulta plausible construir un factor de discriminación en la determinación del deber de cuidado? René Ramos Pazos, citando a Fernando Fueyo, define a las “fuentes” de las obligaciones como “*los hechos jurídicos que dan nacimiento, modifican o extinguen las relaciones de derecho*”<sup>65</sup>, mientras que un hecho jurídico, por su parte, consiste en un “*acontecimiento de la naturaleza o del hombre que produce efectos jurídicos*”<sup>66</sup>. Para producir efectos que sean relevantes para el derecho, la ley debe haberlos atribuido a los hechos jurídicos de modo tal que tengan éstos la aptitud suficiente para ser subsumidos en el tipo construido por la norma<sup>67</sup>: de ahí que las reglas que no sean jurídicas, no pueden contar

---

<sup>64</sup> Se ha señalado que existirían tres fuentes de determinación del debido cuidado: “*la legislación, los usos normativos y el estándar genérico de la persona diligente*”. En: *Ibíd.*, p. 97.

<sup>65</sup> RAMOS, René. “*De las obligaciones*”. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999, p. 23.

<sup>66</sup> VIAL, Víctor. “*Teoría General de Acto Jurídico*”. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 13.

<sup>67</sup> BREBBIA, Roberto. “*Hechos y actos jurídicos. Comentario de los artículos 896 a 943 del Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia*”. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1979, p. 3.

*normativamente* como “fuentes” de determinación del debido cuidado, dado que su infracción se muestra incapaz de producir efectos jurídicos. Ahora bien, si por “fuente”, en un sentido más general, se debiese entender la forma en cómo se expresan las normas en el ordenamiento jurídico, solo restaría considerar a aquellas no-jurídicas como manifestación de meros criterios de orientación informales<sup>68</sup>, que permitirían adquirir indirectamente convicción de la condición de culpabilidad de un sujeto en una situación concreta.

Desde la perspectiva de la teoría del derecho y ante la ausencia de un deber de cuidado específico, el juez ejecuta la tarea de subsumir el caso concreto al estándar de cuidado de la culpa leve establecido positivamente en la norma del inciso tercero del artículo 44° del Código Civil: se trata de un ejercicio de subsunción<sup>69</sup>, no de determinación jurisdiccional *ex-post* y, del

---

<sup>68</sup> Podrían contar como meras fuentes de cognición o conocimiento, pero jamás como fuentes de derecho objetivo. En este sentido véase: ALESSANDRI, Arturo, Manuel SOMARRIVA y Antonio VODANOVIC. “*Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General*”. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 111.

<sup>69</sup> De este modo, se ha sostenido que: “*El razonamiento jurídico consiste en establecer los hechos de un caso particular y subsumirlos dentro de la hipótesis de la norma para sacar la conclusión para el caso particular de la normas más los hechos (...). Normalmente las normas son generales en el sentido de que no se refieren directamente a individuos (mediante nombres o descripciones definidas), sino que lo hacen indirectamente por medio de términos generales o predicados. Los predicados son verdaderos de ciertos individuos (por 'individuo' entendemos aquí todo objeto particular, sea éste una persona, una acción o un acontecimiento). En consecuencia, las normas jurídicas han de ser aplicadas a individuos o particulares de los que los predicados que figuran en tales normas son verdaderos. El proceso que conduce a la afirmación de que un predicado es*

mismo modo, de una diferencia de especificación, no de la forma en cómo el deber de cuidado se exterioriza en el ordenamiento jurídico.

Esto no quiere decir que el juez, en el juicio de culpabilidad, no pueda atender, a modo de ejemplo, a reglas sociales o usos normativos para responder apropiadamente a la pregunta por la caracterización de la conducta que un hombre prudente hubiese desplegado para evitar causar un daño en una situación concreta; no obstante, resulta absolutamente inadecuado, desde un enfoque estrictamente normativo, sostener que un individuo es culpable civilmente por infringir una regla “social” de comportamiento.

En términos conclusivos, la declaración de culpabilidad que permite atribuir, en derecho, responsabilidad civil extracontractual a un sujeto, depende condicionalmente del hecho consistente en que la conducta causante del daño sea expresiva de un déficit de seguimiento o fidelidad a un deber de cuidado establecido por el legislador, el cual, según el ámbito de la actividad

---

*verdadero de un cierto individuo, que implica que la propiedad designada por el predicado está ejemplificada en ese individuo o que el individuo pertenece a la clase que es la extensión del predicado en cuestión, es tradicionalmente denominado en la jerga jurídica subsunción*”. En: ALCHOURRÓN, Carlos y Eugenio, BULYGIN. “Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico”. En: ALCHOURRÓN, Carlos y Eugenio BULYGIN. “Análisis lógico y Derecho”. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 304 y ss.

en que se produce, remitirá al deber general de cuidado o a uno “*especificado*” de manera especialmente concreta<sup>70</sup>.

### **I.2.b. La previsibilidad**

Parece estar fuera de toda duda razonable, para la doctrina y la jurisprudencia nacional, que la previsibilidad constituye un elemento esencial de la culpa como factor de atribución de responsabilidad civil<sup>71</sup>. La Corte Suprema de Justicia ha señalado, en un fallo de reciente data, que “*(...) para incardinar un acto como culposo, no sólo se debe tener en cuenta la conducta exigible, según las circunstancias de las personas, tiempo y lugar, sino que el engranaje contextual en que la conducta se proyecta, siendo el requisito de la previsibilidad, fundamental para que se origine la culpa extracontractual*”<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> Cfr. BARROS, *op. cit.* (n. 2) p. 97.

<sup>71</sup> En este sentido, véase: BARROS, Enrique, *op. cit.* (n. 2) p. 89; CORRAL, Hernán, *op. cit.* (n. 9) p. 214;

<sup>72</sup> Cfr. CS. Causa Rol N° 5500-2013. 26.12.2013. VLEX N° 139190.

La previsibilidad adquiere relevancia en el juicio de culpabilidad, desde que el modelo de hombre prudente remite a la deliberación como condición de posibilidad de acción<sup>73</sup>: es el riesgo de producción de un evento dañoso, mediante la conducta asumida, el que debe ser ordinaria y abstractamente previsto<sup>74</sup>. En estos términos, la previsibilidad aparece en directa relación con los deberes de evitación y prevención del daño, que para el agente, surgen en el desarrollo de la actividad desplegada<sup>75</sup>. Es por ello que incluso, en no escasas ocasiones, la jurisprudencia ha hecho sinónimos los términos culpa e imprevisión, lo cual no obstante resulta inapropiado: puede ser lícito asumir un riesgo cuyo resultado dañoso es previsible cuando se observa adecuadamente el deber de cuidado, evitación y prevención<sup>76</sup>.

La importancia de la previsibilidad para el juicio de culpabilidad, está en una relación inversamente proporcional a la especificidad del deber de cuidado, lo que, en otras palabras, se traduce en que desde el momento en que el legislador reglamenta de manera sustancialmente determinada el

---

<sup>73</sup> BARROS, Enrique, *op. cit.* (n. 2) p. 90.

<sup>74</sup> CORRAL, Hernán, *op. cit.* (n. 9) p. 214.

<sup>75</sup> DIEZ-PICAZO, Luis, *op. cit.* (n. 35) p. 363.

<sup>76</sup> BARROS, Enrique, *op. cit.* (n. 2) p. 91.

estándar de conducta que regula el desarrollo de una actividad cualquiera, la previsibilidad forma parte estructural de la norma de comportamiento, pues es la autoridad pública con potestad normativa la que establece positivamente los riesgos previsibles<sup>77</sup>. La excusa de la imprevisibilidad del riesgo de producción de daños en estos casos, pierde, en una medida importante, plausibilidad. Por el contrario, si solo reclama aplicabilidad en el caso concreto el estándar de conducta general y abstracto del hombre prudente, la previsibilidad pasa a constituirse en objeto de discusión relevante en el juicio de culpabilidad<sup>78</sup>.

En sede de culpabilidad, el riesgo imprevisto se asimila al caso fortuito, de modo tal que la ausencia de evitación voluntaria que representa su verificación, se desempeña como causal de exclusión que impide atribuir o endilgar falta de diligencia alguna<sup>79</sup>. Así, se ha señalado por la jurisprudencia

---

<sup>77</sup> *Ibíd.* p. 91.; Corral, en igual sentido, ha señalado que: “*La previsibilidad de la culpa dice relación con su dimensión normativa, y resulta de la existencia de un deber de cuidado*”. CORRAL, Hernán, *op. cit.* (n. 9) p. 214.

<sup>78</sup> Así, se ha señalado por la Corte Suprema de Justicia que: “*Que en este predicamento debe considerarse como requisito constitutivo de la culpa la previsibilidad, que permite distinguir la acción culpable del caso fortuito, vale decir, del hecho cuyas consecuencias dañosas son imprevisibles y que es imposible de resistir; el caso fortuito alude a las circunstancias que no pudieron ser objeto de deliberación al momento de actuar y que por lo tanto no pueden atribuirse a una falta de la diligencia exigida*”. Cfr. CS. Causa Rol N° 2448-2010. 12.06.2013. L.P. N° 65313.

<sup>79</sup> BARROS, Enrique, *op. cit.* (n.2) p. 90.

que: “(...) si las consecuencias del acto son imprevisibles se está en presencia de un caso fortuito, que sale de los límites de la culpabilidad, ya que ésta requiere de culpa en el obrar”<sup>80</sup>. Es en este sentido además, no obstante de manera indirecta, que es posible sostener que la exigencia del requisito de la previsibilidad como elemento esencial de la culpa, impide predicar responsabilidad civil por la infracción de una norma puramente social, como lo explicáramos anteriormente.

Al ser un concepto estrictamente normativo, la previsibilidad del riesgo en la acción u omisión que causa daño se aprecia, al igual que la culpabilidad, en abstracto, teniendo como paradigma de comparación el modelo del *buen padre de familia* y como base normativa, aquello que debió ser razonablemente previsto<sup>81</sup>. No obstante lo anterior, cuando el daño igualmente se verifica en los hechos siendo el riesgo de su producción previsible, existe parte de la doctrina que estima que la frontera que separa el acto meramente culposo de una conducta más bien dolosa, al menos en el ámbito del dolo *indirecto* o *eventual*, se mostraría exiguamente delimitada.

---

<sup>80</sup> Cfr. CS. 24.03.1965. R. t. 62, sec. 4°. p. 31.

<sup>81</sup> BARROS, Enrique, *op. cit.* (n.2) p. 90.

Barbero ha señalado que: *“Para estar en el ámbito de la ‘culpa’ se necesita excluir la previsión y retener solamente la previsibilidad; de lo contrario la volición del hecho o es lícita, si está justificada, o si no, nos parece dolosa”*<sup>82</sup>. Si la culpa consiste en actuar, *a pesar* de la representación *in abstracto* del riesgo de la actividad desplegada, siendo el resultado dañoso ordinariamente previsible, entonces la intencionalidad quedaría subsumida en la previsibilidad consciente del menoscabo efectivo<sup>83</sup>. No obstante, la discusión rebasa los límites de la previsibilidad como elemento constitutivo de la culpa, desde que ésta consiste precisamente en *“no prever lo que una persona razonable habría podido prever”*<sup>84</sup>. En definitiva, para el derecho patrimonial resulta indiferente la circunstancia consistente en que el autor del daño, en su fuero interno, asuma el riesgo de su actividad previendo el daño que eventualmente pueda ocasionar, por cuanto la verificación del

---

<sup>82</sup> BARBERO, Doménico. *“Sistema del Derecho Privado”*. (Traducción: Santiago Sentis Melendo) Tomo IV. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1967, p. 702. Para el autor, la *“previsión”* constituye la ciencia de que ocurrirá el daño, aunque no exista la intención positiva de producirlo.

<sup>83</sup> Pablo Rodríguez Grez ha señalado que: *“Si un sujeto, como integrante o partícipe de una relación jurídica, tiene conciencia de que se producirá un daño como consecuencia de su acción u omisión, y está en situación de atajarlo cumpliendo los deberes que le impone el ordenamiento jurídico, al no hacerlo se integra a la cadena causal intencionalmente, esto es, de manera cierta, efectiva y verdadera, cualesquiera que sean sus deseos más íntimos”*. En: RODRÍGUEZ, Pablo. *“Responsabilidad Contractual”*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2012, p. 149.

<sup>84</sup> BANFI, Cristián. *“Por una reparación integral del daño extracontractual limitada a los hechos dolosos o gravemente negligentes”*. En XVIII Revista Ius et Praxis (2012), N° 2, p. 16.

menoscabo, en términos fácticos, se traduce jurídicamente en un déficit de previsión que permite describir la conducta como una acción u omisión culpable desde el resultado del juicio *in abstracto* de la previsibilidad.

En términos conclusivos y tal como se ha expresado por nuestra jurisprudencia, existirá culpa “*cuando el sujeto, pudiendo representarse razonablemente una consecuencia dañosa si ejecuta un acto voluntario, lo realiza materialmente sin esa representación o reflexión; o previéndolo, lo ejecuta confiado en que dicho resultado no se producirá*”<sup>85</sup>.

### **I.2.c. La infracción no intencional del deber de cuidado**

Como bien se ha señalado, el juicio de culpabilidad, lejos de constituir un ejercicio de reproche individual o personalísimo al autor del daño y su estado de ánimo<sup>86</sup>, consiste en un análisis negativo o valuación normativa respecto de la conducta o actividad desplegada por un sujeto. El elemento prístino de la responsabilidad civil extracontractual está constituido, en

---

<sup>85</sup> C. Pdte. Aguirre Cerda. 05.11.1984, R. t. 81, sec. 4°, p. 287.

<sup>86</sup> BARROS, Enrique, *op. cit.* (n.2) p. 78.

concomitancia con los criterios o factores de imputación, por un acto humano, un comportamiento libre de una persona capaz que, en su doble faz analítica, puede revestir la forma de una acción positiva o *facere*, o bien, una acción negativa, omisión, abstención o *non facere*<sup>87</sup>.

Cuando la conducta, comprendida como un fenómeno temporal que “*se caracteriza por estar constituido por una iniciativa humana externa que incide sobre intereses jurídicamente relevantes*”<sup>88</sup>, va acompañada del ánimo o intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro, se habla, en los términos de la propia legislación, de dolo, mientras que, en un sentido de intencionalidad más débil y ante la ausencia de tales propósitos, nos encontramos frente a la culpa en sentido estricto o mera negligencia. Para efectos de verificar la infracción a un deber de cuidado y de este modo configurar jurídicamente la culpabilidad, el comportamiento desplegado por

---

<sup>87</sup> DIEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLON. “*Sistema de Derecho Civil*”. Volumen II. Sexta Edición. Madrid: Editorial Tecnos, 1992, p. 598. En el mismo sentido: COLIN, Ambrosio y Henri CAPITANT. “*Curso elemental de Derecho Civil*”. Tomo III. Madrid: Editorial Reus, 1960, p. 801. Es importante destacar, aunque no sea objeto de estudio en esta memoria, que, desde la perspectiva de los principios que informan el derecho civil, la omisión, inacción o abstención que causa daño plantea una serie de cuestiones jurídicas que son objeto de debate en la doctrina. Al respecto, véase: BARROS, Enrique, *op. cit.* (n.2) p. 124.

<sup>88</sup> PÉREZ, Víctor. “*Derecho Privado*”. Tercera Edición. San José: Litografía e Imprenta LIL S.A., 1994, p. 386.

el sujeto debe estar en abierta contradicción con la prescripción del mandato normativo que establece el estándar de conducta, empero sin la intención de causar un daño concreto.

La apreciación de esta “intención”, al igual que en el caso de la previsibilidad, en modo alguno dice relación con un estado de ánimo, deseo personal, furor del espíritu o estadio psicológico, sino que, antes bien, debe desprenderse de la interpretación abstracta de los hechos concretos que conforman el contexto fáctico en que el accidente se produce y la conducta desplegada que le sirve de causa directa. De ahí que baste, como elemento demostrativo de culpabilidad y parafraseando, en estos términos, la conceptualización otorgada por los Mazeaud<sup>89</sup>, el que el agente no se haya comportado como lo hubiese hecho una persona prudente para evitar causar un daño en idénticas circunstancias *externas*.

Resta señalar, si bien no es objeto de estudio en este trabajo de investigación, que para que el hecho voluntario sea imputable a su autor como causante de un menoscabo y considerado normativamente como una

---

<sup>89</sup> MAZEAUD, Henri, et. al., *op. cit.* (n. 5) p. 85.

infracción a un deber de cuidado, debe ser éste capaz y libre, de modo tal que, en los términos en que la propia legislación lo exige<sup>90</sup>, cuente el sujeto con la aptitud suficiente de deliberación que permita considerarlo responsable<sup>91</sup>.

### **I.3. La culpa y la antijuridicidad**

No concordamos, al menos parcialmente, con aquella idea sostenida por parte de la doctrina nacional que señala que la culpabilidad se confundiría con la antijuridicidad o ilicitud en el derecho civil<sup>92</sup>, de modo tal que la pregunta por su diferenciación y estudio como categorías jurídicas que operan en niveles funcionales distintos, carecería de relevancia teórica alguna. Creemos, por el contrario, que la culpabilidad es una manifestación, expresión o *especie* de antijuridicidad<sup>93</sup>, lo cual significa, entre otras cosas y

---

<sup>90</sup> El artículo 2319° del Código Civil establece que: “No son capaces de delito o cuasidelito los menores de siete años ni los dementes (...) Queda a la prudencia del juez determinar si el menor de dieciséis años ha cometido el delito o cuasidelito sin discernimiento; y en este caso se seguirá la regla del inciso anterior”.

<sup>91</sup> BARROS, Enrique, *op. cit.* (n. 2) p. 64 y siguientes. En los mismos términos: ALESSANDRI, Arturo, *op. cit.* (n. 1) p. 129 y ss.; RODRÍGUEZ, Pablo, *op. cit.* (n. 10) p. 185 y ss.; CORRAL, Hernán, *op. cit.* (n. 9) p. 106 y ss.; RAMOS, René, *op. cit.* (n. 49) p. 42 y ss.

<sup>92</sup> En este sentido, Barros ha sostenido que “la antijuridicidad en materia civil, no es más que el hecho culpable que causa daño”. En: BARROS, Enrique, *op. cit.* (n. 2) p. 97.

<sup>93</sup> Se ha señalado que: “Ha de diferenciarse del concepto de la culpa, que igualmente representa un juicio de valor, el cual necesariamente presupone una acción antijurídica, pero que versa acerca de si esa acción es personalmente reprochable a su autor. Por ello una acción puede ser antijurídica sin que al mismo tiempo le afecte al agente culpa ninguna, por ejemplo, porque al

solo para mencionarlo como una primera aproximación, que una conducta puede ser normativamente antijurídica sin ser culpable en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, desde que la violación al ordenamiento jurídico no implica necesariamente un atentado o infracción a un deber de cuidado<sup>94</sup>.

El concepto de antijuridicidad, de origen germánico<sup>95</sup>, se deja caracterizar como *“la contradicción de una determinada conducta y el ordenamiento normativo considerado en su integridad”*<sup>96</sup>, de modo tal que la valoración de un acto humano como contrario a derecho, descansa en un

---

*tiempo de la acción era inimputable*”. En: SANTOS, Jaime. *“Derecho de daños”*. Madrid: Edersa, 1963, p. 24.

<sup>94</sup> Un ejemplo típico lo encontramos en la responsabilidad estricta, en la cual, sin necesidad de ser siquiera imprudente la conducta generadora del daño, en función del mero riesgo creado por la actividad en la que se produce, el ordenamiento jurídico impone una obligación reparatoria. Resultaría jurídicamente incorrecto identificar, en estos casos, culpa y antijuridicidad como criterios equivalentes de apreciación de la conducta contraria a derecho. Véase: RODRÍGUEZ, Pablo, *op. cit.* (n. 10) p. 131. Existen autores que incluso consideran a la antijuridicidad como un elemento totalmente diferenciado de la culpabilidad. V.gr., Aldo De Cunto ha señalado que: *“(…) la antijuridicidad se diferencia completamente de la culpabilidad, en la posibilidad de imputar el acto al autor en razón de haber mediado culpa o dolo. No interesa que no se haya querido dañar, ni que se tomaran las precauciones del caso o, más aún, que no se comprendiera la ilicitud de la conducta realizada -v.gr., dementes, menores de diez años-. La ausencia de tales elementos no quita al acto la condición de antijurídico, la que se da por la mera disconformidad con el ordenamiento jurídico*”. En: DE CUNTO, Aldo. *“La antijuridicidad y la responsabilidad por acto lícito”*. En: Lecciones y Ensayos, Departamento de Publicaciones, Universidad de Buenos Aires, N° 82. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, LexisNexis Argentina S.A., 2006, p. 53.

<sup>95</sup> GARCÍA-RIPOLL, Martín. *“La antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil”*. En: LXVI-IV Revista Anuario de Derecho Civil, Octubre 2013, p. 1504.

<sup>96</sup> RODRÍGUEZ, Pablo, *op. cit.* (n. 10) p. 131.

criterio objetivo de apreciación no sectorial<sup>97</sup>. Sin embargo, se ha producido una bifurcación teórica en la doctrina que ha separado la discusión del objeto del juicio de ilicitud entre quienes, al parecer correctamente, postulan que la antijuridicidad estaría referida a la conducta, acto o comportamiento del agente y, aquellos que, por el contrario, sostienen que estaría orientada más bien al resultado lesivo o daño<sup>98</sup>.

Entre las razones que se esgrimen para considerar adecuada la apreciación de la antijuridicidad calificada por el desvalor del resultado, se sostiene, entre otras, que este elemento actúa como un *“factor de discriminación que delimita el ámbito de los daños civilmente resarcibles a través del mecanismo de la responsabilidad civil extracontractual”*<sup>99</sup>. Para esta corriente doctrinaria, por tanto, solo es plausible describir un acto como ilícito cuando se afecta el bien jurídico protegido por la norma, esto es, cuando se produce el resultado lesivo que se intenta evitar. Es y operaría como un factor de discriminación, porque permite hacer responsable al

---

<sup>97</sup> La antijuridicidad supone *“toda contradicción con el ordenamiento jurídico, considerado en su totalidad y no en relación a sectores normativos especializados”*. En: DE CUNTO, Aldo. *Supra*. (n. 94).

<sup>98</sup> ZANNONI, Eduardo. *“El daño en la responsabilidad civil”*. Buenos Aires: Astrea, 2005, p. 8.

<sup>99</sup> BUSTO, José. *“La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual”*. Madrid: Tecnos, 1998, p. 187.

agente solo de los daños causados a derechos subjetivos o a intereses legítimos especialmente protegidos por el sistema jurídico<sup>100</sup>, lo cual se identificaría, en sentido amplio, con una violación del principio expresado mediante el brocardo *alterum non laedere*.

Se ha criticado no obstante, desde diversas perspectivas, la tesis de la antijuridicidad referida al menoscabo efectivo, principalmente por carecer de la idoneidad suficiente para responder adecuadamente a la pregunta por la caracterización de la ilicitud, en circunstancias tales que, incluso reconociendo que podría ser plausible distinguir entre daños antijurídicos y daños lícitos, no toda lesión a un bien jurídicamente protegido deriva consecuentemente en responsabilidad<sup>101</sup>. Tal como acertadamente sostiene Barros, “*esta doctrina es forzada y contraria a la intuición jurídica, porque no se puede decir que actúan antijurídicamente el médico que inflige una herida al paciente, ni tampoco el comerciante que priva de parte de la clientela a sus competidores*”<sup>102</sup>. De seguirse, en consecuencia, esta postura

---

<sup>100</sup> *Ibíd.* p. 188.

<sup>101</sup> GARCÍA-RIPOLL, Martín, *op. cit.* (n. 95) p. 1533-1534. Se ha señalado por el autor al respecto que: “(...) una cosa es que el bien afectado sea valorado positivamente por el Derecho, y otra que de toda afectación a ese bien se derive sin más la responsabilidad civil”.

<sup>102</sup> BARROS, Enrique, *op. cit.* (n. 2) p. 96.

respecto de la antijuridicidad, se incurriría en la contradicción acusada por Diez-Picazo cuando señala que, ante la ausencia de concreción del principio del *alterum non laedere*, un daño será antijurídico “*porque viola una regla de no causar un daño antijurídico*”<sup>103</sup>.

Cuando, por el contrario, se desplaza la discusión hacia la conducta del agente como objeto del juicio de ilicitud, el daño solo alcanza el estatus de *indicio* de antijuridicidad, lo que en caso alguno permite considerarlo un elemento de suyo imprescindible. Si en nuestras relaciones sociales subyace el principio que consiste en que “*cada cual corre con sus propios riesgos de daño, a menos que haya una razón jurídica para atribuirlo a un tercero*”<sup>104</sup>, se muestra del todo incoherente que el solo daño cuente precisamente como esa razón. Es la conducta o actividad desplegada por el sujeto la que es objeto de valoración objetiva como condición de contrariedad al ordenamiento jurídico, puesto que no podría haber ilicitud en un daño, a modo de ejemplo, cuya causa directa sea un hecho material de la naturaleza<sup>105</sup>.

---

<sup>103</sup> DIEZ-PICAZO, Luis, *op. cit.* (n. 35) p. 292. El autor no considera a la antijuridicidad como un elemento del delito o cuasidelito civil, precisamente porque crítica la postura que considera que la conducta sería ilícita en virtud del desvalor del resultado.

<sup>104</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>105</sup> Podría pensarse, invocando su sola denominación, que el “perjuicio de nacer” podría contar como una categoría especial de daño provocado por el hecho natural del nacimiento. No obstante,

Si bien en Chile no se ha estudiado con profundidad este tema en el ámbito de la responsabilidad civil, existe parte de la doctrina que, no obstante, considera a la antijuridicidad como un presupuesto necesario de la responsabilidad civil extracontractual<sup>106</sup>. Pablo Rodríguez sostiene, en estos términos, que este presupuesto se ha visto ignorado por los civilistas desde que, entre los elementos necesarios para configurar el ilícito civil, la antijuridicidad se “*ha subsumido en el alterum non laedere que recoge el artículo 2329° de nuestro Código Civil*”<sup>107</sup>. No obstante, sostiene el autor, dicha norma<sup>108</sup> solo contempla una regla general que reconduciría a la culpa y al dolo como presupuestos relevantes del ilícito civil, la cual, empero, no contemplaría todos los casos o situaciones posibles. Lo anterior, en un doble sentido: existirían, en primer lugar, situaciones en las cuales, incluso sin mediar culpa o dolo, el daño debe ser reparado, -*v.gr.*, en el régimen de responsabilidad estricta-; en segundo término, casos en que, mediando culpabilidad, no nace la obligación de reparación o se ve considerablemente

---

su verdadero sentido reconduce, como causación del perjuicio, a una negligencia médica. Véase: TAPIA, Mauricio, *op. cit.* (n. 43), pp. 75-111.

<sup>106</sup> Entre los autores más destacados se encuentran Pablo Rodríguez Grez y Hernán Corral Talciani. Véase: RODRÍGUEZ, Pablo, *op. cit.* (n. 10) pp. 129 y ss.; CORRAL, Hernán, *op. cit.* (n. 9) pp. 118 y ss.

<sup>107</sup> RODRÍGUEZ, Pablo, *op. cit.* (n. 10) p. 131.

<sup>108</sup> Señala el inciso primero del artículo 2329° del Código Civil que: “*Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por esta*”.

menguada, -v.gr., al concurrir una causal de justificación que excluye la antijuridicidad<sup>109</sup>.

Continuando con su argumentación, señala Rodríguez que la antijuridicidad admitiría ser descrita desde una doble perspectiva: una *formal*, referida a la infracción de una norma expresa del sistema, y una *material*, que surgiría de una violación “virtual” del ordenamiento jurídico<sup>110</sup> considerado en su integridad. No obstante, para que esta última categoría genere responsabilidad civil, requerirá estar funcionalmente vinculada a los criterios de imputación, salvo que la oposición entre la conducta desplegada y el derecho objetivo se refiera a un “*valor o instituto genérico amparado por la legalidad toda*”<sup>111</sup>, -v.gr., las buenas costumbres o el orden público-, en que se configurarían situaciones en que, tanto la culpa como el dolo, carecerían de relevancia como factores de atribución de responsabilidad.

Concluye el autor sosteniendo que “*no cabe duda, por ende, que la antijuridicidad es un elemento del ilícito civil, aun cuando ella esté por regla*

---

<sup>109</sup> RODRÍGUEZ, Pablo, *supra*, p. 134.

<sup>110</sup> *Ibíd.*, p. 132.

<sup>111</sup> *Ibíd.*, p. 144.

*general fundada en el dolo o la culpa (antijuridicidad material) o en una norma que permite imponer responsabilidad bajo condición de que sobrevenga un daño (antijuridicidad formal), sin perjuicio de que ella es el elemento integrador en la responsabilidad objetiva y el fundamento de las causas de justificación”<sup>112</sup>.*

Hernán Corral Talciani, por otra parte, centra el análisis de la antijuridicidad, sin invocación a denominaciones, en la “*constatación de si el hecho en cuestión constituye una infracción a una norma positiva o va contra el principio general de que nadie puede dañar injustamente a otro*”<sup>113</sup>, por cuanto en materia civil no existe la exigencia de instituir infracciones mediante *tipos* preestablecidos como en el ámbito del derecho penal. El autor, en su análisis, reduce el ámbito de la antijuridicidad material, en los términos de Rodríguez, a la violación del *alterum non laedere* como fuente de contradicción con el ordenamiento jurídico ante la ausencia de una norma positiva expresa en la cual subsumir el caso concreto. Esta argumentación descansa, implícitamente, en la opinión doctrinaria que

---

<sup>112</sup> *Ibíd.*, p. 145.

<sup>113</sup> CORRAL, Hernán, *op. cit.* (n. 9) p. 119.

sostiene que, sin la presencia del principio *alterum non laedere* en el sistema, sería lícita, en el ámbito de la responsabilidad civil, la producción de cualquier daño a menos que una norma expresamente lo prohíba<sup>114</sup>. La diferencia aparece dada, en contraste con Rodríguez, en que si la apreciación de la antijuridicidad se reduce al *alterum non laedere* como norma de clausura, la afectación a principios, valores o institutos no comprendidos en una norma positiva expresa, ni en el principio referido, jamás podrían ser calificadas de ilícitas.

Existe cierta contradicción en el desarrollo analítico otorgado por el autor que se deja evidenciar, desde que, sosteniendo que la conducta del agente constituiría el objeto de valoración en el juicio de antijuridicidad<sup>115</sup>, al reducir su apreciación a la violación del principio que contiene la máxima de no dañar a otros injustamente en casos de ausencia de norma expresa, la ilicitud aparecería referida, antes bien, al desvalor del resultado.

---

<sup>114</sup> Al respecto, véase: LACRUZ, José. “*Elementos de Derecho civil*”. Tomo II, vol. 1º, segunda edición. Barcelona: J. M. Bosch, 1985, pp. 502 y ss.

<sup>115</sup> Sostiene el autor que: “*Para que haya responsabilidad es necesario que el daño provenga de un comportamiento objetivamente ilícito, contrario al ordenamiento, contrario a lo justo*”. En: CORRAL, Hernán, *op. cit.* (n. 9) p. 118.

A nuestro parecer, la antijuridicidad consiste en un estado objetivo de contradicción entre la forma de realización de la conducta desplegada por un sujeto y el ordenamiento jurídico considerado en su totalidad. En estos términos, consideramos que el presupuesto del criterio jurídico que permite distinguirla de la culpabilidad, se construye mediante una diferenciación de grado o especialización: la culpa es la infracción a un sector del derecho objetivo que impone deberes de cuidado desde la perspectiva normativa de un ordenamiento fragmentario<sup>116</sup>, siendo una manifestación, expresión o especie de antijuridicidad. La antijuridicidad desempeña, en este sentido, una función meramente descriptiva de un estado de cosas<sup>117</sup> que impide considerarla como un elemento autónomo cuya influencia sea determinante en el sistema de responsabilidad civil por culpa o negligencia.

---

<sup>116</sup> El ordenamiento jurídico, desde la teoría del derecho, aparece conformado no solo por normas cuya infracción acarrea una sanción. Cfr. HART, L.A., *“El concepto de derecho”*. (Traducción de Genaro R. Carrió). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968, p. 33 y ss. Ha sostenido el autor que: *“Todavía no se ha llevado a cabo una taxonomía de las variedades de normas incluidas en un sistema jurídico moderno, que sea completa y detallada y esté libre del prejuicio de que todas ellas tienen que ser reducibles a un tipo simple único”*.

<sup>117</sup> La antijuridicidad es la constatación de un hecho consistente en la contradicción objetiva entre una conducta determinada y el ordenamiento jurídico. Un hecho, desde la filosofía analítica, es el *“darse efectivo de estados de cosas”*. Cfr. WITTGENSTEIN, Ludwig. *“Tractatus Logico-Philosophicus”*. Barcelona: Ediciones Altaya S.A., 1997, p. 15.

La relación de identificación entre culpabilidad y antijuridicidad que justifica la afirmación anterior, no obstante, solo es contingente: toda conducta culposa constituye una conducta antijurídica, pero no toda conducta antijurídica es culpable. Ambas categorías funcionan, de este modo, en niveles lógicos distintos: la antijuridicidad constituye y agota el universo de conductas que, objetivamente, están en contradicción con el ordenamiento jurídico, mientras que la culpa describe, dentro de dicho universo y luego de un juicio de valor, la situación de contradicción de la conducta con deberes normativos de cuidado que tienen por objeto evitar la causación de un daño<sup>118</sup>.

El problema de una identificación plena entre las categorías de culpa y antijuridicidad, en conclusión, radica en que cualquier forma de realización de una conducta que admita ser descrita objetivamente en contradicción con

---

<sup>118</sup> Así, se ha señalado en la jurisprudencia que: “*Que es característica de los delitos y cuasidelitos civiles la producción de un daño. Que, para que la sanción se traduzca en la restitución patrimonial, la responsabilidad requiere para su concurrencia no sólo la existencia de un vínculo o relación de causalidad entre el hecho y el daño, sino que se requiere probar fehacientemente además, la culpa del hechor de acuerdo a la realidad objetiva. En este orden de ideas, debe tratarse de una lesión antijurídica o un resultado dañoso, no justificado, pues no existe lesión de daños por acto lícito, por imposibilidad de su antijuridicidad; 19° Que, la esencia de la culpabilidad reside precisamente, en que el daño sea consecuencia de una conducta antijurídica, ilegal. Será necesario examinar entonces, si en el caso en cuestión se impone la sujeción a una sanción reparatoria que obligue a reparar el daño ocasionado al sujeto al que injustamente se le causó*”. Cfr. C. de Santiago. Causa Rol N° 1572-2001. 14.10.2002. L.P. N° 30151\_CA.

el ordenamiento jurídico, será considerada, *per se*, culpable, lo que, desde un atento examen de las características particulares de las categorías de imputación, no es correcto<sup>119</sup>. Por esta razón, concordamos con la idea sostenida por Domínguez cuando señala que: “*Calificar como culpa el acto que contraría una reglamentación sin más, contraría a la noción clásica de culpa que supone un discernimiento y no una mera comparación*”<sup>120</sup>.

---

<sup>119</sup> Este es uno de los problemas que precisamente presenta el tratamiento de la culpa infraccional como criterio de atribución de responsabilidad civil. En cuanto a esta confusión conceptual, véase: BUERES, Alberto. “*Derecho de Daños*”. Buenos Aires: Hammurabi, 2001, p. 329 y ss.

<sup>120</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ, Ramón, *op. cit.* (n. 53) p. 121.

## **CAPÍTULO II. La culpa infraccional como criterio especial de atribución de responsabilidad civil extracontractual**

### **II.1. Concepto y nociones generales**

La “culpa infraccional” o “culpa contra la legalidad” es un criterio de atribución de responsabilidad civil extracontractual o categoría especial de culpabilidad, que consiste en imputar la contravención de una norma jurídica específica del ordenamiento que establece un deber de cuidado<sup>121</sup>, de cuya verificación positiva se deriva como consecuencia o efecto jurídico paradigmático una presunción general de culpabilidad<sup>122</sup> en favor de la víctima del daño que impondría al agente infractor la carga procesal de desvirtuarla mediante la acreditación del cumplimiento de la diligencia debida.

---

<sup>121</sup> En este sentido: DEMOGUE, René. “*Traité des obligations en général*”. Tomo III.. Paris: Libraire Arthur Rosseau, 1923, p. 414-415.; MAZEAUD, Henri, et. al., *op. cit.* (n. 5) p. 51.; ALESSANDRI, Arturo, *op. cit.* (n. 1) pp. 175 y ss.; BARROS, Enrique, *op. cit.* (n. 2) pp. 97 y ss.; RODRÍGUEZ, Pablo, *op. cit.* (n. 10) p. 183; CORRAL, Hernán, *op. cit.* (n. 9) p. 215.

<sup>122</sup> *Cfr. (Infra II.3.b)*. No obstante, existe quienes sostienen que el efecto jurídico de la culpa infraccional sería más bien una presunción de responsabilidad. Véase: (*infra II.3.a*).

Al parecer, el origen del término se debe, en la tradición jurídica continental, a la utilización del calificativo por el jurista francés Henri Lalou en su “*Traité Pratique de la Responsabilité Civile*”<sup>123</sup> para señalar, bajo el título “*Fautes contre la légalité*”, casos en que la culpa, en términos normativos, derivaba directamente de una disposición legal expresa que establecía responsabilidad<sup>124</sup>. Especialmente en la doctrina francesa del derecho de daños, este criterio fue el bastión dogmático que permitió contribuir a un continuo proceso de objetivación de la culpa, como factor de imputabilidad, ante el aumento de actividades riesgosas o potencialmente peligrosas y cuyo trasfondo se encuadra en la pretensión generalizada de favorecer la superación de las dificultades que presenta la acreditación o prueba en juicio de la negligencia por parte de la víctima del daño, en conjunto con otras técnicas o dispositivos jurídicos, tales como el régimen de

---

<sup>123</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ, Ramón, *op. cit.* (n. 53) p. 119, nota 50.

<sup>124</sup> LALOU, Henri. “*Traité Pratique de la Responsabilité Civile*”. Sexta edición. París: Librairie Dalloz, 1962, pp. 482 y ss. Sin embargo, Planiol ya habría utilizado el término “*faute contre la légalité*” como elemento de una de sus clasificaciones de la culpa. Véase: PLANIOL, Marcel. “*Études sur la responsabilité civile*”. En: *Revue Critique* (1905), p. 283 y ss. Sin embargo, el autor la utiliza como una expresión derivada de su conceptualización de la culpa como “violación de una obligación preexistente”. En definitiva, toma la expresión en el sentido de “*obrar contrariamente a derecho*”. Cfr. MAZEAUD, Henri, *et. al.*, *op. cit.* (n. 5) p. 51.

responsabilidad estricta u objetiva, la culpa virtual y la máxima *res ipsa loquitur*<sup>125</sup>, entre otros<sup>126</sup>.

En el derecho norteamericano, por otra parte, se ha estudiado este criterio bajo la denominación de “*negligence per se*” y sus orígenes se remontan a las postrimerías de la primera mitad del siglo XIX<sup>127</sup>. Generó amplios debates académicos en los años previos a la actualización del primer “Restatement of Tort” o “First Restatement”<sup>128</sup>, y ha sido, no exenta de duras críticas<sup>129</sup>, de amplia aplicación jurisprudencial.

---

<sup>125</sup> A este respecto: LARROCAU, Jorge. “*Res Ipsa Loquitur: Quien habla es el juez, no la cosa*”. En: FIGUEROA, Gonzalo, Enrique BARROS y Mauricio TAPIA (coords.). “*Estudios de Derecho Civil VI*”. Santiago: LegalPublishing, 2011, pp. 491-519. Véase: (*infra* III.2)

<sup>126</sup> Cfr. TOCORNAL, Josefina. “*La responsabilidad sanitaria institucional: una propuesta de armonización entre los establecimientos de salud públicos y privados*”. Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, (2013), pp. 62 y ss.

<sup>127</sup> Al parecer, la primera referencia jurisprudencial del brocardo “*negligence per se*” en el *common law*, fue en 1841 en el caso “*Simpson v. Handt*”. El caso surge a raíz de una colisión entre dos barcos de distintos propietarios, ocurrida en el río Delaware, a causa de encontrarse uno de ellos con las luces de advertencia apagadas. Si bien no se invocó la violación de una ley o reglamento, se consideró negligente la omisión por contravenir una costumbre marítima lo suficientemente asentada como para ser desconocida. Véase: BLOMQUIST, Robert. “*The trouble with Negligence Per se*”. En: 61 S.C. L. Rev. 221 (2009), p. 225-226.

<sup>128</sup> KRITCHEVSKY, Barbara. “*Tort Law is State Law: Why Courts Should Distinguish State and Federal Law in Negligence-Per-Se Law*”. En: American University Law Review, Vol. 60, Iss. 1, Article 2, (2010), p. 76.

<sup>129</sup> Para una crítica de la doctrina, véase: GEISTFELD, Mark. “*Tort Law in the age of Statutes*”. En: New York University Public Law and Legal Theory Working Papers, N° 452, (2014); BLOMQUIST, Robert, *op. cit.* (n. 127).

El efecto jurídico que transversalmente reconoce la doctrina frente a la verificación de casos de culpa infraccional, como su núcleo mínimo o duro, consiste en considerar culpable *per se* la conducta mediante la cual la norma jurídica es infringida<sup>130</sup>, sin la necesidad de analizar, en principio, otras consideraciones, y cuya manifestación positiva consiste en el establecimiento de una presunción de culpabilidad<sup>131</sup>. Se reconoce, del mismo modo, que entre la infracción de la norma y el daño, como presupuesto autónomo, debe existir una relación de causa a efecto que los vincule natural y normativamente<sup>132</sup>, de modo tal que la realización de la producción de los efectos jurídicos, se manifestará si y solo si el menoscabo proviene causalmente de la infracción de la norma.

Esta apreciación asumiría como razones que fundamentan el presupuesto de la consecuencia jurídica indicada, esto es, de la presunción de culpabilidad, en primer lugar, el desprecio del agente infractor por las medidas de prudencia o precaución que el legislador estimó como

---

<sup>130</sup> Cfr. BARROS, Enrique, *op. cit.* (n. 2) p. 98; ALESSANDRI, Arturo, *op. cit.* (n. 1) p. 175.; RODRÍGUEZ, Pablo, *op. cit.* (n. 10) p. 183. RAMOS, René, *op. cit.* (n. 49) p. 54-55.

<sup>131</sup> Véase: (*infra II.3.b*).

<sup>132</sup> Véase *Supra*. (n. 130).

especialmente necesarias para evitar la causación de un daño<sup>133</sup>. Bajo otro orden de ideas, no obstante, existen quienes justifican esta especial valuación de la conducta, en el hecho de que toda infracción al ordenamiento jurídico supondría un comportamiento culpable o imprudente, por cuanto “*el primer deber de toda persona en la sociedad es dar cumplimiento al mandato de la ley*”<sup>134</sup>. Para esta última postura, en otras palabras, la atribución de culpabilidad sería una especie de sanción civil por el hecho de infringir la ley y se acercaría, antes bien, a la construcción de una presunción de responsabilidad<sup>135</sup>.

El primer conjunto de razones puede ser denominado de “orden interno” o *adscriptivo*, puesto que atiende a la noción normativa de culpa y sus elementos constitutivos para justificar la apreciación de la conducta infractora de la norma como culpable o ilícita *per se*; mientras que el segundo grupo de argumentación expuesto, por el contrario, admitiría ser descrito como de “orden externo” o *descriptivo*, por cuanto establece como condición

---

<sup>133</sup> ALESSANDRI, Arturo, *op. cit.* (n. 1) p. 176.

<sup>134</sup> RODRÍGUEZ, Pablo, *op. cit.* (n. 10) p. 143-144.

<sup>135</sup> Esta razón parece haber sido la que justificaba, en un comienzo, la doctrina de la “*negligence per se*” en el derecho norteamericano. *Cfr.* KRITCHEVSKY, Barbara, *op. cit.* (n. 128) p. 79.

única, necesaria y suficiente de culpabilidad, exclusivamente el estado objetivo de contradicción entre la conducta desplegada y el ordenamiento jurídico, de modo tal que el factor de atribución de responsabilidad se muestre *absorbido*<sup>136</sup> por la infracción. Esta categorización es jurídicamente relevante si se considera que, de la perspectiva desde la cual se decida construir los presupuestos en los cuales descansará el criterio de la culpa infraccional como categoría especial de imputabilidad civil, se derivarán diferentes consecuencias o efectos jurídicos y prácticos.

Asentada esta distinción es posible identificar, consecuencialmente, cuestiones relevantes que plantea el tratamiento doctrinal actual de la culpa infraccional que se suscitan en dos niveles de análisis distintos, dependiendo de las razones u órdenes que se esgriman para considerar, ante la infracción de una norma del sistema en el contexto de la responsabilidad civil extracontractual, culpable *per se* y sin más la conducta desplegada por un individuo.

---

<sup>136</sup> RODRÍGUEZ, Pablo, *op. cit.* (n. 10), p. 183.

Desde una comprensión o perspectiva externa o *descriptiva* del fenómeno de la culpa contra la legalidad, en primer lugar, resulta particularmente relevante responder a la pregunta por la caracterización de las normas, tanto en una perspectiva formal como material, cuya infracción implique considerar la conducta desplegada como precursora de una presunción de culpabilidad, ilícita *per se* o derechamente culpable.

Con el propósito de clarificar esta primera propuesta, enunciaremos la siguiente situación a modo ejemplificativo<sup>137</sup>: “X” e “Y” celebran un matrimonio ante una entidad religiosa que goza de personalidad jurídica de derecho público, conforme lo establece la norma del inciso primero del artículo 20° de la Ley N° 19.947 que establece la Nueva Ley de Matrimonio Civil. Para que tal acto produzca efectos civiles en el derecho chileno, es necesario cumplir con lo prescrito en los incisos segundo y tercero de la norma antes referida. El primero, establece un plazo de ocho días para presentar el acta que otorgue la entidad religiosa, en que se acredite la

---

<sup>137</sup> El ejemplo será el desarrollo amplificado de una pregunta planteada por René Ramos Pazos, en el contexto de la innovación que produjo la Ley N° 19.947 en Chile al regular el matrimonio religioso. Véase: RAMOS, René. “*Derecho de Familia*”. Tomo I. Quinta edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 65.

celebración del matrimonio y el cumplimiento de las exigencias que la ley establece para su validez, ante el Oficial del Registro Civil quien procederá a su inscripción, y el segundo, el deber de ratificación ante el funcionario público del consentimiento prestado ante el ministro de culto de su confesión. Tal como señala la norma, *“si no se inscribiere [el acta] en el plazo fijado, tal matrimonio no producirá efecto civil alguno”*. “X” incurre, en el plazo intermedio entre la celebración del matrimonio religioso y el de la inscripción y posterior ratificación ante el Oficial del Registro Civil, en una serie de gastos económicos de diversa índole en la firme creencia de que “Y” cumplirá con el deber exigido por la norma en cuestión. No obstante, “Y” no concurre ante el Oficial del Registro Civil a ratificar su consentimiento, por lo que el matrimonio en cuestión no produce efecto civil alguno. “X” presenta una demanda de indemnización de perjuicios patrimoniales y morales por responsabilidad extracontractual en contra de “Y”, sosteniendo, entre otras argumentaciones, que por haber infringido la norma del artículo 20° de la Ley N° 19.947, “Y” ha incurrido en *“culpa infraccional”*. Las preguntas que surgen en esta situación se dejan articular de la siguiente manera: ¿Debe el juez de la causa considerar acreditada la culpabilidad de “Y” por el solo hecho de haber infringido la norma en cuestión? ¿Puede hablarse, en términos

normativos, de “culpabilidad” en la conducta asumida por “Y”? ¿Cuál es el déficit argumentativo que presenta la perspectiva externa o descriptiva, que permitiría sostener que éste no puede contar válidamente como un caso subsumible bajo la categoría de la culpa infraccional? En definitiva: ¿Con qué características particulares debe contar la norma jurídica infringida para encontrarnos frente a un caso de culpa contra la legalidad?

Ahora bien, desde una perspectiva interna o *adscriptiva* del criterio de la culpa infraccional, resulta del todo pertinente plantear la pregunta por las razones que se esgrimen para sostener la plausibilidad de una presunción de culpabilidad, en estos casos, como su efecto jurídico paradigmático: ¿Constituye la especificidad, en tanto característica especial del deber de cuidado, una razón jurídica suficiente para establecer una presunción de culpabilidad ante la infracción de una norma legal? ¿Es realmente una presunción de culpabilidad el efecto jurídico que produce la verificación de casos de culpa infraccional?

En lo sucesivo, estas interrogantes, planteadas en ambos niveles de análisis, intentarán ser respondidas mediante el examen de ciertas

instituciones jurídicas de modo tal que permitan ofrecer una reconstrucción dogmática de la culpa infraccional como criterio especial de atribución de responsabilidad civil extracontractual.

## **II.2. Caracterización de las normas jurídicas cuya infracción constituirían hipótesis de culpa infraccional**

La pregunta por la caracterización de la norma jurídica cuya infracción pueda constituir plausiblemente una hipótesis de culpa infraccional, tanto en su aspecto formal como material, se vuelve particularmente necesaria para delimitar adecuadamente el ámbito de aplicación de este criterio de atribución de responsabilidad civil extracontractual.

La necesidad de esta limitación responde a la pretensión de superación de una confusión conceptual en que, directa o indirectamente, incurre parte de la doctrina y la jurisprudencia, revelada en el hecho de justificar, desde una perspectiva externa, el efecto jurídico que produce la verificación de casos de culpa infraccional en la sola contravención de la ley, esto es, desde

la derivación de una identificación plena entre las categorías de culpabilidad y antijuridicidad<sup>138</sup> (*supra* I.3).

Para ello, es necesario efectuar un examen analítico del contenido formal y material o sustantivo de la norma jurídica cuya infracción pueda ser subsumida bajo la categoría especial de la culpa contra la legalidad, que permita, desde una perspectiva teórica, delimitar adecuadamente su ámbito de aplicación.

### **II.2.a. Aspecto formal de la norma jurídica**

Arturo Alessandri ha señalado, en relación a la culpa infraccional, que *“la apreciación de la conducta del autor del daño es innecesaria si éste proviene de la violación de una obligación determinada impuesta por la ley o un reglamento”*<sup>139</sup>. Centrar la desviación de conducta en relación a la

---

<sup>138</sup> A este respecto ha señalado Bueres que: *“(...) esta manera de enfocar la cuestión es errada, dado que violar (...) lisa y llanamente la ley o el ordenamiento, configura simplemente una ilicitud objetiva (antijuridicidad). Ya a estas alturas del conocimiento de los presupuestos de la responsabilidad, es impensable que se confunda la antijuridicidad con la culpa”*. En: BUERES, Alberto, *op. cit.* (n. 115) p. 329.

<sup>139</sup> ALESSANDRI, Arturo, *op. cit.* (n. 1) p. 175.

violación de, únicamente, “leyes” y “reglamentos”, parece ser la opinión generalizada en la doctrina nacional<sup>140</sup>.

No obstante, ampliando el ámbito de aplicación de este criterio, Enrique Barros sostiene que la culpa infraccional “*supone una contravención de los deberes de cuidado establecidos por el legislador u otra autoridad con potestad normativa (en una ley, reglamento, ordenanza, resolución u otra regulación semejante)*”<sup>141</sup>.

La caracterización formal de la norma jurídica como presupuesto de verificación de casos de culpa contra la legalidad, debe aparecer vinculada a la apreciación de la culpa en sentido estricto, en tanto factor de imputación, como un déficit de previsibilidad del daño<sup>142</sup>. La primera exigencia formal, por lo tanto, debe derivar de una aplicación de la presunción o ficción legal<sup>143</sup>

---

<sup>140</sup> En este sentido, MEZA, Ramón. “*Manual de Derecho Civil. De las fuentes de las obligaciones*”. Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 263.; ABELIUK, René, *op. cit.* (n. 61) p. 226; CORRAL, Hernán, *op. cit.* (n. 9) p. 215; RODRÍGUEZ, Pablo, *op. cit.* (n. 10) p. 183; RAMOS, René, *op. cit.* (n. 49) p. 54; ALESSANDRI, Arturo, *op. cit.* (n. 1) p. 175.

<sup>141</sup> BARROS, Enrique, *op. cit.* (n. 2) p. 98.

<sup>142</sup> Se ha señalado que: “(...) *la infracción a una norma legal o administrativa sólo es expresiva de culpa cuando la regla contravenida tiene el fin preciso de evitar accidentes o daños como los sufridos por el demandante*”. En: *Ibíd.*, p. 100.

<sup>143</sup> Para la consideración de la presunción de conocimiento de la ley como una ficción, véase: ALESSANDRI, Arturo, Manuel SOMARRIVA y Antonio VODANOVIC, *op. cit.* (n. 68) pp. 166 y ss.

de conocimiento de la ley establecida en la norma del artículo 8° del Código Civil<sup>144</sup>, como expresión o anverso del principio de juridicidad o estado de derecho<sup>145</sup> y de seguridad jurídica<sup>146</sup>. En otras palabras, al ser la previsibilidad del daño un componente esencial o constitutivo de la culpa (*supra I.2.b*), la norma cuya infracción se deje evidenciar como un caso de culpa contra la legalidad, debe contar con la aptitud suficiente para ser apropiadamente conocida por el agente cuya conducta causa el daño. Ésta es una de las maneras en que la previsibilidad se manifiesta, en este ámbito, de una manera *formal*. Es en este sentido además, que resulta una exigencia acorde con el principio de la seguridad jurídica, el que la regla sea, en estricto sentido, una norma jurídica vigente al momento de la ocurrencia de la infracción<sup>147</sup>.

---

<sup>144</sup> El artículo 8° del Código Civil señala que: “Nadie podrá alegar ignorancia de la ley después que ésta haya entrado en vigencia”.

<sup>145</sup> Cfr. FIGUEROA, Gonzalo. “Curso de Derecho Civil”. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010, pp. 62 y ss.

<sup>146</sup> Se ha señalado en relación a la seguridad jurídica, que: “Así, frente a diferentes posibilidades de comportamiento de los sujetos ante una situación particular, el ordenamiento jurídico prescribe los límites justos de esa conducta y asegura que el funcionamiento de sus instituciones permitirá corregir las infracciones a dichos límites”. En: CABALLERO, Guillermo. “Seguridad Jurídica y relaciones entre el “common law” y el derecho continental-romano”. En XXIV Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (2003), p. 197.

<sup>147</sup> La Corte de Apelaciones de Valdivia ha señalado a este respecto que: “Que, en cuanto respecta a la culpabilidad, elemento subjetivo imprescindible para que se pueda predicar la responsabilidad extracontractual en un sistema como el del Código Civil chileno, SAESA ha argüido, según se reseñó antes, que no existe culpa contra la legalidad, puesto que la norma que determina en 5,5 metros la altura de la clase de tendidos a que pertenece la línea que provocó el accidente es bastante posterior a la fecha de construcción de la línea de autos (de 22 de septiembre de 1955), y no puede aplicarse retroactivamente sin grave inseguridad jurídica, máxime cuando norma alguna, general o especial, de las que rigen la actividad eléctrica,

En términos de forma, resulta particularmente relevante entonces hacer remisión a las fuentes del derecho<sup>148</sup> como ejes centrales de discriminación de las normas que admitirían ser descritas como prescripciones o mandatos cuya infracción sea subsumible bajo el criterio de la culpa contra la legalidad, desde que la previsibilidad constituye un elemento de la culpa que normativamente solo puede estar en relación con las normas jurídicas.

Lo anterior, permite formular un primer enunciado en orden a desatender las normas sociales, morales, religiosas, usos, hábitos<sup>149</sup> y la costumbre, salvo que la ley se remita a ella<sup>150</sup>, como formalmente aptas para constituir el contenido prescriptivo del criterio de la culpa infraccional, por

---

*contempla esa retroactividad. En opinión de esta Corte, tiene razón SAESA cuando postula la irretroactividad de la norma técnica aludida. Esto significa que ni SAESA, ni ninguna otra empresa eléctrica, está jurídicamente obligada a variar la altura de todos sus tendidos eléctricos cuando cambia la norma; sino únicamente determina que tiene el deber legal de respetar esa altura en los tendidos que construya después de la vigencia de la norma nueva, o en caso que ejecute trabajos de mejoramiento o modificación de líneas ya existentes, tal como lo establece, por otra parte, el artículo primero de la citada Norma NSEG 5 E.n. 71 que contiene el Reglamento de Instalaciones Eléctricas de Corrientes Fuertes. En este sentido, pues, tiene razón SAESA al sostener que no puede imputársele culpa contra la legalidad” Cfr. C. de Valdivia. Causa Rol N° 197-2008. 15.07.2008. L.P. N° 39460.*

<sup>148</sup> Ducci señala que las fuentes del derecho son “los modos a través de los cuales el derecho llega a constituir una norma positiva, vinculante y sancionada dentro de la sociedad”. En: DUCCI, Carlos. “Derecho Civil. Parte General”. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 41.

<sup>149</sup> Para un examen de las normas no comprendidas en el ordenamiento jurídico, véase: ALESSANDRI, Arturo, Manuel SOMARRIVA y Antonio VODANOVIC, *op. cit.* (n. 68) pp. 59 y ss.

<sup>150</sup> El artículo 2° del Código Civil señala: “La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella”.

cuanto impiden que el elemento de la previsibilidad, en su expresión formal, sea un parámetro normativo de valuación de la conducta desplegada por el agente en el juicio de culpabilidad<sup>151</sup>. Lo anterior, debido a que tales pautas de comportamiento no constituyen, por regla general y en términos de teoría de la ley, normas jurídicas.

En virtud de lo expuesto, resulta plausible sostener que la *ley*, comprendida como una “*declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite*” según el artículo 1° del Código Civil, y los *reglamentos*, como expresiones de la facultad o poder de que están dotadas ciertas autoridades administrativas para dictar reglas obligatorias de alcance más o menos general derivadas de la “potestad reglamentaria”<sup>152</sup>, en tanto normas integrantes del ordenamiento jurídico de caracteres abstractos y generales<sup>153</sup>,

---

<sup>151</sup> Así, Corral señala acertadamente, en relación con la culpa infraccional, que: “(...) pensamos que es menester que el agente haya conocido la regla o norma incumplida o al menos que haya debido conocerla y pueda estimarse inexcusable su ignorancia”. En: CORRAL, Hernán, *op. cit.* (n. 9) p. 215.

<sup>152</sup> DUCCI, Carlos, *op. cit.* (n. 148) p. 48.

<sup>153</sup> Para un mayor análisis de la potestad normativa y la relación entre la ley y el reglamento, véase: CORDERO, Eduardo. “*El sentido actual del dominio legal y la potestad reglamentaria*”. En: XXXII Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, (2009), pp. 409-440.

cuentan válidamente como fuentes para efectos de constituir mandatos cuya infracción pueda ser subsumida bajo la categoría especial de la culpa contra la legalidad.

No obstante lo anterior, el alcance, eficacia y obligatoriedad de ciertas normas administrativas parece ser, en cierto sentido, difuso o poco claro. En este orden de ideas podríamos mencionar a normas y actos administrativos tales como resoluciones, decretos alcaldicios, circulares, instructivos y oficios, entre otros. La doctrina especializada, empero, suele reducirlos a dos categorías: reglamentos y circulares o instrucciones<sup>154</sup>. Los primeros, que mencionáramos anteriormente, son *“normas que emanan de órganos de la Administración del Estado y que tienen por objeto desarrollar o complementar lo establecido en las normas legales, cuya fuerza obligatoria vincula a todo órgano público, funcionarios y, especialmente, a los particulares, en la medida que sean destinatarios de la misma”*<sup>155</sup>, y se caracterizan por emanar *“de una potestad que debe ser expresamente*

---

<sup>154</sup> CORDERO, Eduardo. *“Las normas administrativas y el sistema de fuentes”*. En: XVII Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Sección Estudios, N° 1, (2010), p. 31.

<sup>155</sup> *Ibíd.*, p. 32.

*otorgada por la Constitución o la ley*<sup>156</sup>, vinculando a todo sujeto de derecho. Por su parte, las circulares o instrucciones “*son normas que dictan los jefes de servicio en virtud de su potestad jerárquica o de mando, dentro del margen de discrecionalidad que le entrega el ordenamiento, para la buena marcha y funcionamiento de la entidad pública*”<sup>157</sup>. Una primera diferencia existente entre ambas normas administrativas, para efectos de nuestro estudio, radica en que las circulares o instrucciones, conforme a la normativa legal vigente, no requieren ser publicadas, siendo conocidas por sus destinatarios simplemente por vías o canales internos, por lo que en términos de vinculación obligatoria, no son oponibles a terceros ajenos a la Administración<sup>158</sup>.

En cuanto a la caracterización de las circulares o instrucciones como normas jurídicas, incluso para los funcionarios del servicio que las dicta, la doctrina no está conteste: existen quienes niegan de manera absoluta su carácter jurídico<sup>159</sup>, y quienes, desde una teoría normativista del derecho, le

---

<sup>156</sup> *Ibíd.*

<sup>157</sup> *Ibíd.*, pp. 32-33.

<sup>158</sup> *Ibíd.*, p. 33.

<sup>159</sup> V.gr. PRECHT, Jorge. “*Valor jurídico de las directivas presidenciales, programas ministeriales, circulares e instrucciones de servicio*”. En: *Revista Chilena de Derecho*, N° 16, (1989), p. 469.

reconocen validez y eficacia institucional<sup>160</sup>. Para Cordero, solo son relevantes en términos de vinculación jurídica las circulares o instrucciones de carácter normativo o “reglamentarias”, desde que su contenido impersonal y abstracto las muestra más *cercanas* a los reglamentos<sup>161</sup>. Señala el autor que, si el fundamento de la circular descansa en una habilitación legal expresa, no cabe duda que se trataría del ejercicio de la potestad reglamentaria, mientras que, ante la ausencia de dicha habilitación, solo se podrían dictar válidamente instrucciones en la esfera de la potestad de mando y en los límites internos de la Administración<sup>162</sup>. En definitiva, concluye el autor que si la instrucción es de carácter normativo, se fundamenta en una habilitación legal previa, eventualmente se publica y afecta a particulares, como en ocasiones suele suceder en la práctica, se desnaturalizaría jurídicamente, fuera de la denominación formal que reciba, para ajustarse a los parámetros sustantivos de un reglamento<sup>163</sup>.

---

<sup>160</sup> Cfr. Cordero, Eduardo, *op. cit.* (n. 157) p. 35.

<sup>161</sup> *Ibid.*, pp. 36-37.

<sup>162</sup> *Ibid.*, p. 37 y ss.

<sup>163</sup> *Ibid.*

En términos conclusivos y siguiendo la postura adoptada por Cordero, sostenemos que -reconociendo no obstante la diversidad de posturas que existen frente al tema-, solo la ley y el reglamento, en el sentido en que fueron descritos anteriormente, pueden constituir normas jurídicas cuya infracción deje evidenciar supuestos subsumibles bajo el criterio de la culpa infraccional. Las circulares o instrucciones, en este sentido y por no cumplir con los requisitos necesarios para que sean previsibles en términos normativos para terceros ajenos a la Administración, solo operarían como criterios orientadores o indicios de culpabilidad en su relación con el estándar de conducta abstracto y general del hombre prudente, mientras que para el operador del servicio, constituiría una norma de comportamiento suficiente para endilgar culpabilidad, en cierto modo análogo a los delitos especiales en materia penal<sup>164</sup>.

---

<sup>164</sup> Un delito es especial “*si y sólo si el mismo está constituido por el quebrantamiento de una norma cuyo destinatario está determinado por una cualificación especial*”. En: MAÑALICH, Juan. “*La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales*”. En: Política Criminal, Vol. 7, N° 14, (2012), p. 358. En principio, solo los funcionarios del servicio que dicta la circular o instrucción son los destinatarios de la norma administrativa, para quienes el estándar de conducta cumple las condiciones necesarias para calificar su quebrantamiento como un supuesto de culpa infraccional, al menos en este nivel de análisis. En este sentido, la Corte de Apelaciones de San Miguel ha señalado que: “*Que es por lo anterior que no resulta aplicable aquello dispuesto en la sentencia, que algunas de las disposiciones administrativas no habían sido publicadas en el Boletín Oficial de Gendarmería de Chile, por cuanto las disposiciones se suponen sabidas, entendidas y aceptadas para aquel tipo de funcionarios a quienes van dirigidas y que se desempeñan en labores tan delicadas o especiales, como lo es, cuidar, resguardar y respetar a*

## II.2.b. Aspecto material o sustantivo de la norma jurídica

En la experiencia norteamericana se exige, en el ámbito de la *negligence per se* y como requisito adicional a la calidad formal de la norma jurídica, el que ésta tenga por objeto preciso evitar el daño que pueda producirse necesariamente a raíz de su infracción, de modo tal que ante la ausencia de tal previsión, solo se aplican al caso concreto las sanciones o consecuencias previstas por el ordenamiento jurídico, siendo irrelevante la contravención a efectos de acreditar la negligencia<sup>165</sup>.

La razón que justifica esta delimitación en el ámbito normativo de la culpa infraccional y que constituye el déficit en la argumentación de una perspectiva externa (*supra II.1*), descansa en la consideración de la norma legal o reglamentaria que establece positivamente el deber de cuidado, como

---

*las personas privadas de libertad*". C. de San Miguel. Causa Rol N° 979-2014. 28.08.2014. L.P. N° 74611.

<sup>165</sup> Así, en el § 14 RTT. Statutory Violations as Negligence Per Se, se señala que: "*An actor is negligent if, without excuse, the actor violates a statute that is designed to protect against the type of accident the actor's conduct causes, and if the accident victim is within the class of persons the statute is designed to protect*". [*Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm (2010)*]. Extraído de: CODERCH, Pablo y Sonia, RAMOS. "*Negligencia per se y res ipsa loquitur*". En: CODERCH, Pablo, Carlos GÓMEZ, Antoni RUBÍ, Sonia RAMOS, Álvaro LUNA y Antoni TERRA. "*El remedio indemnizatorio en el derecho español de daños. Análisis, aplicación e instrumentos comparados*". Revista para el análisis del Derecho InDret, segunda edición, sección estudios (2013), p. 69 y ss.

la expresión de una correcta decisión legislativa: si el daño se produjo precisamente como consecuencia de la infracción de la norma, es porque el legislador estableció el parámetro adecuado de conducta, de modo tal que la búsqueda de un estándar de comportamiento más apropiado que el descrito en la ley, resultaría del todo innecesaria<sup>166</sup>. Sin esta deferencia, el contenido de esta decisión legislativa sería absolutamente irrelevante. De ahí que este principio, al parecer obviado desde una posición externa del fenómeno, es el que impide imponer una especie de sanción civil por el solo hecho de contravenir la ley<sup>167</sup>.

Esta primera adecuación sustantiva en el contenido de la norma jurídica, se ve complementado por situaciones jurídicas en que existe una consideración legislativa especial hacia un grupo particular de individuos cuyos intereses se pretende resguardar<sup>168</sup>, de modo tal que aquellos a quienes

---

<sup>166</sup> Cfr. THAYER, Ezra. “*Public Wrong and Private Action*”. En: 27 Harvard Law Review, N° 317 (1914), p. 323.

<sup>167</sup> KRITCHEVSKY, Barbara, *op. cit.* (n. 128) p. 80.

<sup>168</sup> Esto se aprecia claramente en el Restatement (Second) of Torts § 286 (1965) que señala como exigencia en la aplicación de la doctrina de la *negligence per se*: “*The legislature must have intended to protect: (a) a class of persons which includes the one whose interest is invaded*”. Extraído de: *Ibid.*, p. 81. En Chile podría darse como ejemplo la protección legal a las tierras de los indígenas dispuesta en la Ley N° 19.253 que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena; legislaciones especiales como la Ley de Protección al Consumidor N° 19.496, en términos generales, el estatuto del derecho del trabajo y la legislación sobre competencia desleal, entre otras.

no atañe el conjunto específicamente protegido, aparecen desprovistos de la posibilidad de cualquier alegación en este sentido<sup>169</sup>. A modo de ejemplo, puede citarse la Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores que en su artículo 1° establece: *“La presente ley tiene por objeto normar las relaciones entre proveedores y consumidores, establecer las infracciones en perjuicio del consumidor y señalar el procedimiento aplicable en estas materias”* y se entiende por consumidores, en tanto sujetos de protección del estatuto especial, *“las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieren, utilizan, o disfrutan, como destinatarios finales, bienes o servicios”*. La Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel ha señalado a este respecto, a modo de ejemplo, que: *“En efecto, el vínculo entre el cliente de un supermercado y éste, se da en una relación de consumo, entre un proveedor y un consumidor, quedando el primero obligado a una serie de conductas de cuidado, entre ellas la de seguridad en el consumo, explícitamente reconocido en la Ley del Consumidor N° 19.496, que establece la protección de los consumidores y sus derechos básicos entre los que se cuenta, la seguridad en el consumo de los bienes y servicios, la protección de la salud y el medio ambiente, "el deber*

---

<sup>169</sup> BARROS, Enrique, *op. cit.* (n. 2) p. 100.

*de evitar los riesgos que puedan afectarles" y la reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento a lo dispuesto en dicha ley*"<sup>170</sup>.

En la doctrina nacional se ha aceptado este principio, sosteniéndose que *"la infracción a una norma legal o administrativa sólo es expresiva de culpa cuando la regla contravenida tiene el fin preciso de evitar accidentes o daños como los sufridos por el demandante"*<sup>171</sup>. En aplicación de esta máxima, nuestros tribunales superiores de justicia han señalado que: *"la imputación objetiva falta cuando el resultado queda fuera del ámbito de protección de la norma que el autor ha vulnerado con su acción, pues entonces, en el resultado no se materializa el riesgo jurídicamente reprobado que el autor ha creado sino otro distinto"*<sup>172</sup>. En el mismo sentido, se ha sostenido que: *"Tal deber está muy precisamente establecido en la norma*

---

<sup>170</sup> Cfr. C. de San Miguel. Causa Rol N° 1298-2011. 05.11.2012. L.P. N° 63091. El fallo concluye en su considerando undécimo que: *"Que por consiguiente, siendo un hecho incuestionable y verificado en la causa, que la caída de la menor, hija del actor, obedeció a la existencia de una sustancia líquida en uno de los pasillos del establecimiento de Cencosud Supermercados S.A., cuya limpieza debía realizar ISS Servicios Generales Limitada, forzoso es concluir que la primera de las aludidas demandadas incurrió en omisión a su deber de protección de la salud y de evitar los riesgos que pueda afectar a los consumidores o clientes del supermercado y para ello, también de supervisión del cumplimiento de su labor por la segunda"*

<sup>171</sup> *Ibíd.*

<sup>172</sup> Cfr. C. de La Serena. Causa Rol N° 195-2007. 22.09.2007. L.P. N° 37322; Véase también: CS. Causa Rol N° 747-1998. 22.04.1998. L.P. N° 15177.

*que funda la sentencia en alzada, y que esta Corte reiterará aquí: el artículo 82 de la Ley General de Servicios Eléctricos, que dispone que es deber de todo concesionario mantener las instalaciones en buen estado y en condición de evitar peligro para las personas y las cosas. De modo, pues, que el occiso Chacón Díaz era, positivamente, un sujeto de Derecho cuya vida e integridad quedaban cubiertas y amparadas por ese deber de cuidado”<sup>173</sup>.*

En estas características especiales con las cuales debe contar la norma jurídica para constituir el mandato prescriptivo que sirva de antecedente en los casos de culpa infraccional, se aprecia claramente la diferencia que existe entre la antijuridicidad, como criterio de apreciación de la conducta, y la culpabilidad, como factor de atribución de responsabilidad: mientras la primera describe un estado objetivo de contradicción con el ordenamiento jurídico, la segunda consiste en la infracción a un deber de cuidado que tiene por objeto preciso evitar la causación de un daño (*supra* I.3). Esta distinción es la que permite sostener que afirmaciones tales como “*quien infringe el mandato legal causando un daño será obligado a reparar los perjuicios que*

---

<sup>173</sup> Cfr. C. de Valdivia. Causa Rol N° 197-2008. 15.07.2008. L.P. N° 39460.

*provoca sin necesidad de acreditar la concurrencia de dolo o culpa*”<sup>174</sup>, se muestran inadecuadamente apresuradas. La norma jurídica, desde un análisis de su contenido sustantivo, debe cumplir con las condiciones descritas anteriormente para producir efectos jurídicos que incidan en el juicio de culpabilidad, sin las cuales solo es dable que se apliquen las sanciones civiles, si están previstas, que la misma regla o el ordenamiento jurídico en su relación sistemática, contienen.

Si reconocemos como plausible la categorización de las normas de derecho privado en imperativas, prohibitivas y permisivas<sup>175</sup>, atendiendo a la sanción que llevan aparejadas como demostrativa de su fuerza obligatoria, tanto la norma general de comportamiento de la culpa leve establecida en el inciso tercero del artículo 44° del Código Civil, en concordancia con los artículos 2314° y 2329° del mismo cuerpo de leyes, como las guías o normas específicas de comportamiento relevantes para la categoría de la culpa contra

---

<sup>174</sup> RODRÍGUEZ, Pablo, *op. cit.* (n. 10) p. 143.

<sup>175</sup> *Cfr.* DUCCI, Carlos, *op. cit.* (n. 148) pp. 58 y ss; En el mismo sentido, ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel, y VODANOVIC, Antonio, *op. cit.* (n. 68) pp. 215 y ss.

la legalidad, revestirían caracteres de imperatividad en su dimensión como normas que imponen la obligación de hacer algo<sup>176</sup>.

No obstante lo anterior, dicha comprensión de las normas del derecho privado como mandatos de permisión, prohibición o imperatividad, carece de la aptitud suficiente para explicar, en términos sustantivos, la reacción del ordenamiento jurídico frente a la infracción de un deber de cuidado, puesto que, en términos generales, dicho deber puede revestir la forma expresiva de cada una de estas tres categorías. La responsabilidad entendida como sanción, por otra parte, jamás puede nacer de la sola contravención de la ley sin la concurrencia de los otros presupuestos y criterios de atribución que se requieren para tal efecto, dado que en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual existe una relación copulativa de las condiciones necesarias y suficientes para endilgar normativamente la obligación reparatoria que surgirá sobre un individuo que ha causado un daño a otro<sup>177</sup>. La infracción de la norma, como hemos visto, solo importa el cumplimiento bajo ciertas

---

<sup>176</sup> Ducci ha señalado que: *“La responsabilidad será también la sanción de la disposición imperativa que surge de los artículos 2284 y 2314 del Código Civil y que configuran la obligación de no inferir un daño ilícito a otro. De ellos surge una institución fundamental del ordenamiento jurídico que denominamos la responsabilidad extracontractual”*. En: *Supra*. p. 63.

<sup>177</sup> En este sentido: BARROS, Enrique, *op. cit* (n. 2) pp. 61-62.

condiciones, del criterio o factor de imputación subjetivo. En este sentido, jamás puede desatenderse el juicio de culpabilidad como inapropiadamente sostienen algunos autores nacionales, incluso frente a una eventual hipótesis de culpa contra la legalidad, puesto que indefectiblemente será objeto de verificación en el juicio de responsabilidad el cumplimiento de las condiciones de forma y contenido que en este nivel de análisis requiere la norma jurídica.

En términos conclusivos y siguiendo el razonamiento dado por la doctrina norteamericana, en términos tales que se muestra del todo insuficiente reconocer como única condición que el daño se produzca como consecuencia de la infracción de la ley o el reglamento, resulta plausible sostener que la norma jurídica, en su dimensión prescriptiva, debe contener los siguientes elementos: a) el contenido de la norma debe tener por objeto preciso evitar la producción del daño cuya reparación se reclama, mediante el establecimiento de un deber de cuidado específico<sup>178</sup> que lo integre en su

---

<sup>178</sup> En relación al deber de cuidado específico, se ha señalado por la Corte de Apelaciones de Concepción que: *“La infracción administrativa está constituida por una conducta que por acción u omisión vulnera el orden jurídico en este caso sanitario y que se manifiesta en una lesión a un interés que la legislación pretende proteger; por lo tanto, no es factible exigir una descripción específica y detallada de todas las posibles conductas constitutivas de infracción. En este escenario para dilucidar si la conducta es merecedora de reproche debe estarse al interés o bien*

ámbito de protección; y b) la víctima del daño debe estar comprendida dentro de la categoría de sujetos que la norma, el estatuto especial o la legislación determinada establecen como cuerpo de protección.

### **II.3. Examen crítico de los efectos jurídicos paradigmáticos producidos ante la verificación de casos de culpa infraccional**

Uno de los problemas de mayor trascendencia que plantea el estudio de la culpa infraccional como criterio especial de atribución de responsabilidad civil extracontractual, dice relación con la determinación precisa de los efectos jurídicos que produce y que indefectiblemente incidirán en el juicio de culpabilidad, los cuales variarán dependiendo del enfoque o perspectiva que se adopte respecto del fenómeno en cuestión.

En el contexto nacional existen diferentes posturas doctrinales y tendencias jurisprudenciales las que, sin unidad conceptual aparente, fluctúan entre aquellas que derechamente abogan por prescindir en absoluto del juicio

---

*jurídico que se pretende proteger en la legislación y si éste se ha visto amagado por la actuación del actor". Cfr. C. de Concepción. Causa Rol N° 1837-2011. 04.04.2012. L.P. N° 59973.*

de culpabilidad señalando como efecto o consecuencia jurídica de la culpa infraccional una especie de presunción de responsabilidad, y, quienes desde un enfoque diferente, en segundo lugar, sostienen que ante hipótesis de culpa contra la legalidad se erige una presunción general de culpabilidad que sitúa al transgresor de la norma en la necesidad de acreditar la debida diligencia.

A continuación serán analizados cada uno de estos enfoques o tendencias, señalando cuál es nuestra posición al respecto en función de las condiciones especiales y requisitos anteriormente examinados que se requieren para encontrarnos plausiblemente frente a hipótesis de culpa infraccional o culpa contra la legalidad.

### **II.3.a. ¿Presunción de Responsabilidad?**

Posturas adoptadas como la del jurista Pablo Rodríguez Grez<sup>179</sup>, que hiciéramos mención anteriormente, sostienen que ante la infracción de un mandato legal, basta la acreditación de la conducta desplegada para generar

---

<sup>179</sup> Sostiene el autor que: “(...) *quien infringe el mandato legal causando un daño será obligado a reparar los perjuicios que provoca sin necesidad de acreditar la concurrencia de dolo o culpa*”. RODRÍGUEZ, Pablo, *op. cit.* (n. 10) p. 143.

responsabilidad en el agente, sin necesidad de recurrir al juicio de culpabilidad<sup>180</sup>. Su fundamento radica en la consideración de la contravención de cualquier norma del sistema como la expresión de un déficit de seguimiento al deber general de todo ciudadano de respetar el ordenamiento jurídico, de lo cual se derivaría como consecuencia una especie de sanción civil que se traduciría en el surgimiento de la obligación reparatoria que impondrá al infractor la obligación de indemnizar el mal causado<sup>181</sup>.

Esta opinión ha sido adoptada por una parte minoritaria de la doctrina y la jurisprudencia nacional, entre las cuales se encuentran, a modo de ejemplo, Amunátegui Perello, quien, en el contexto de la teoría de las inmisiones, señala: *“Este es un típico caso de culpa infraccional o culpa contra la legalidad, toda vez que el quebrantamiento de la norma gatilla la responsabilidad del autor”*<sup>182</sup>. En el mismo sentido, nuestros tribunales superiores de justicia han señalado, en más de una oportunidad, que: *“El*

---

<sup>180</sup> Cfr. LALOU, Henri, *op. cit.* (n. 124) p. 487. Señala el autor: *“Toute faute contre la légalité permet à la personne lésée directement et certainement par celle faute d’en demander réparation, même si la disposition légale n’a pas été édictée pour la protéger”*.

<sup>181</sup> *Ibid.*, p. 143-144.

<sup>182</sup> AMUNÁTEGUI, Carlos. *“Acción de responsabilidad y teoría de las inmisiones”*. En XI Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (2013), p. 61.

*criterio de culpa infraccional está expresamente recogido por la Ley de Bases del Medio Ambiente, en cuya virtud se presume responsabilidad*”<sup>183</sup> .

Así, se ha sostenido en el mismo sentido, que: *“Que cabe destacar que la culpa médica no sólo se configura por una infracción a la lex artis, sino que además puede ser infraccional, esto es, cuando no se han observado regulaciones generales que rigen la actividad. Si la vulneración de esos deberes preestablecidos ha derivado en el daño sufrido por el paciente, ello podrá ser suficiente para adjudicar responsabilidad*”<sup>184</sup> .

Si bien existen legislaciones especiales en nuestro ordenamiento jurídico en las que se presume la responsabilidad del infractor de las normas jurídicas que su estatuto prevé, de ello no se sigue necesariamente que, tal

---

<sup>183</sup> Cfr. CS. Causa Rol N° 4033-2013. 03.10.2013. L.P. N° 66343. En el mismo sentido: CS. Causa Rol N° 21327-2014. 20.11.2014. L.P. N° 80185; CS. Causa Rol N° 466-2014. 17.11.2014. L.P. N° 79848; CS. Causa Rol N° 396-2009. 20.04.2011. L.P. N° 48603; Si bien en la Ley N° 19.300 se establece una presunción legal de responsabilidad en la regla establecida en el inciso primero del artículo 52° ante la infracción de normas ambientales, se ha estimado que igualmente el régimen es de responsabilidad subjetiva. Véase: VIDAL, Álvaro. *“Las acciones civiles derivadas del daño ambiental en la Ley N° 19.300”*. En XXIX Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (2007), p. 126-127.

<sup>184</sup> CS. Causa Rol N° 4751-2009. 13.10.2011. L.P. N° 56544; Se ha señalado por la Corte Suprema de Justicia, de manera explícita, que: *“Sin duda, el tema de mayor importancia sobre infracción de los reglamentos está referido al hecho de la culpa contra la legalidad, esto es si la trasgresión determina por sí sola la acreditación de la culpa o es igualmente necesario establecer los aspectos objetivos y subjetivos que la conforman, además de la vinculación entre ellas, según se ha visto; a lo que se respondió afirmativamente y, en todo caso, esta infracción corresponde configurarla como una presunción de responsabilidad”*. Cfr. CS. Causa Rol N° 2285-2010. 10.03.2011. L.P. N° 48228.

previsión, constituya una hipótesis de culpa contra la legalidad. Si la norma prevé expresamente la consecuencia jurídica que acarrea para el infractor el transgredirla, carece de sentido hablar de esta categoría especial de imputabilidad: la correspondencia en el nivel de la infracción, solo constituye una identificación normativa entre la conducta desplegada por el agente y su apreciación objetiva, esto es, entre el hecho y la antijuridicidad<sup>185</sup>.

En estos casos y para efectos de su categorización, concordamos con Rodríguez al clasificarlos de “ilícitos civiles típicos”. En efecto, señala el autor que *“la responsabilidad extracontractual tiene otra fuente, que se satisface formalmente con la simple ejecución de la conducta tipificada en la ley. Por lo mismo, se trata de casos en que el ilícito se transforma en una figura típica, en la cual surge la responsabilidad de la sola presencia de los presupuestos contenidos en la hipótesis definida en la norma jurídica”*<sup>186</sup>.

El extremar de tal forma el efecto jurídico producido frente a la verificación de casos de culpa infraccional, parece ser insostenible desde un

---

<sup>185</sup> Podrían, en este sentido, tratarse de casos de responsabilidad estricta, pero no de culpa infraccional. Véase: BARROS, Enrique, *op. cit.* (n. 2) pp. 445 y ss.

<sup>186</sup> RODRÍGUEZ, Pablo, *op. cit.* (n. 10) p. 455.

doble punto de vista: en primer lugar, porque solo podría presumirse la responsabilidad del agente infractor de una norma jurídica, prescindiendo de la culpabilidad, si el propio mandato legal lo contiene al modo de una expresión prescriptiva explícita<sup>187</sup>; en segundo término, si bien puede ser plausible argüir que el deber fundamental de todo ciudadano en un estado de derecho es dar cumplimiento a la ley, de ello no se sigue, necesariamente, que la sanción a su incumplimiento sea la responsabilidad civil. Desatender sin más el juicio de culpabilidad y la apreciación normativa de la conducta desplegada por el autor del daño, es desconocer bajo la misma perspectiva, que la responsabilidad por culpa o negligencia constituye el régimen general y supletorio en nuestro sistema jurídico<sup>188</sup>.

Tal como lo sostuviéramos anteriormente, desde el punto de vista de las categorías de apreciación de la conducta, otro de los argumentos erróneos

---

<sup>187</sup> Así, se ha sostenido que: “Los estatutos de responsabilidad estricta son establecidos por el legislador. No existe en el derecho chileno una norma que establezca una categoría general, que comprenda distintos grupos de casos sujetos a este régimen de responsabilidad. En consecuencia, es de derecho estricto, porque constituye una excepción al régimen general y supletorio de responsabilidad por culpa”. En: BARROS, Enrique, *op. cit.* (n. 2) p. 446.

<sup>188</sup> *Ibíd.*, p. 27. Señala el autor que: “La responsabilidad por culpa o negligencia es el más generalizado de los modelos de atribución de responsabilidad. En el derecho chileno, como en todos los sistemas jurídicos modernos, constituye el estatuto general y supletorio de responsabilidad, de modo que resulta aplicable a todos los casos que no están regidos por una regla especial diversa”.

que sustentan este tipo de razonamientos aparece dado por la identificación plena entre la culpabilidad y la antijuridicidad (*supra* I.3). Sin embargo, ni aún esta razón permite aducir que el efecto jurídico paradigmático en la culpa infraccional estaría constituido por una presunción, ya no de culpabilidad, sino propiamente de responsabilidad.

En términos conclusivos, no concordamos con la idea de plantear una presunción de responsabilidad como el efecto jurídico general que produciría la verificación de casos de culpa infraccional, por derivar de una confusión conceptual que, de considerarla correcta, permitiría asumir como un criterio general de apreciación del fenómeno uno similar al de la responsabilidad estricta u objetiva.

### **II.3.b. Presunción de Culpabilidad**

Desde una perspectiva interna del fenómeno en estudio, se ha planteado por la doctrina mayoritaria en el ámbito nacional, que el efecto jurídico producido frente a hipótesis de culpa infraccional consistiría en una

presunción de culpabilidad en favor de la víctima del daño que situaría al infractor en posición de acreditar la debida diligencia.

De este modo, se ha señalado en la doctrina que: *“Técnicamente la culpa infraccional es una presunción de culpabilidad, porque admite las excusas que se analizaron en su momento”*<sup>189</sup>. En igual sentido, Carlos Pizarro sostiene, en el contexto del análisis de los daños en la actividad de la construcción, que: *“(…) estaríamos en presencia de una culpa infraccional, teoría que entiende que se presume la culpa desde el momento que se infringe una norma que establece un comportamiento debido”*<sup>190</sup>. Contardo, por otra parte, se refiere a la infracción a la normativa del tránsito como un caso de culpa contra la legalidad señalando que: *“importa en sí misma la falta al deber de cuidado y, por tanto, da por establecida la culpa del causante del daño (o de alguna manera presumirla, puesto que habría que analizar cuál*

---

<sup>189</sup> BARROS, Enrique, *op. cit.* (n. 2) p. 143.

<sup>190</sup> PIZARRO, Carlos. *“Daños en la construcción, fuerza mayor y terremotos”*. En: XXXIV Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (2010), pp. 171-172, n. 21°. En el mismo sentido: Cfr. SCHIELE, Caolina y Joefina TOCORNAL. *“Artículo 2329 del Código Civil. La interpretación de presunción por hechos propios existe en la jurisprudencia”*. En 37 Revista Chilena de Derecho (2010), pp. 123-139. Señalan las autoras que: *“El no cumplimiento de las exigencias legales o reglamentarias nos posicionan frente a la llamada culpa contra la legalidad o culpa infraccional. En el evento de incumplimiento es la empresa regulada la que debe probar una defensa liberatoria. Si la infracción es indubitada y median daños no es de extrañar que se recurra a la interpretación que Alessandri dio al artículo 2329 del Código Civil”* (p. 137).

*es la causa del daño atendidos otros criterios de imputación distintos de la mera infracción de normas de corte reglamentario) ”<sup>191</sup>.*

Del mismo modo, la jurisprudencia ha señalado a este respecto que: *“Es el caso de las hipótesis de culpa infraccional o culpa contra la legalidad, en que la declaración de ilegalidad de una conducta lleva implícita la declaración de que dicha actuación ha sido culpable, como ya lo apuntaban Planiol y Ripert, entre los clásicos ”<sup>192</sup>. En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia ha caracterizado el efecto de la culpa infraccional como una presunción de culpa, sosteniendo que: “Se trata de una culpa contra la legalidad en razón del incumplimiento de normas establecidas imperativamente por el ordenamiento jurídico, por lo cual corresponde presumir que la omisión es imputable a su culpa o imprudencia ”<sup>193</sup>.*

---

<sup>191</sup> CONTARDO, Juan. *“Obligaciones y responsabilidad civil”*. En: XXI Revista Chilena de Derecho Privado (2013), p. 345.

<sup>192</sup> Cfr. CS. Causa Rol N° 3468-2008. 19.08.2010. L.P. N° CL/JUR/5098/2010.

<sup>193</sup> Cfr. CS. Causa Rol N° 216-2011. 30.01.2013. L.P. N° 63858. En el mismo sentido se ha señalado que: *“Que la noción de culpa contra la legalidad reconocida en estos autos, lleva implícita en el caso sub lite la negligencia por parte de la institución municipal en el sentido que la infracción cometida en el persistente acto de clausura por la cual se vio afecta la sociedad Sánchez Hermanos Limitada en su giro ordinario implicó de manera directa y de forma esencial la producción de un resultado dañoso, y por lo mismo, supone una culpa contra la legalidad que debe ser resarcida”*. Cfr. C. de Santiago. Causa Rol N° 3331-2002. 07.05.2007. L.P. N° CL/JUR/829/2007.

Al parecer, la razón en virtud de la cual parte de la doctrina y jurisprudencia nacional asumiría que el efecto jurídico producido en hipótesis de culpa contra la legalidad devendría en una presunción de culpabilidad, radica en la consideración de la existencia de causales de justificación: aún ante la infracción de una obligación determinada impuesta por la ley, el sujeto puede haber actuado amparado por una situación que excluye la antijuridicidad del hecho<sup>194</sup>. En otras palabras, este razonamiento permitiría trazar el perfil de la presunción, determinándola en virtud de la excusa que puede alegar el agente al modo de un gravamen procesal producido por la inversión de la carga de la prueba.

Con el objeto de proceder a un análisis exhaustivo de esta propuesta, comenzaremos analizando precisamente en qué consiste una presunción, desde una perspectiva teórica, y el modo en que operan en el ordenamiento jurídico, para luego determinar si el efecto jurídico paradigmático que

---

<sup>194</sup> En este sentido: BARROS, Enrique, *op. cit.* (n. 2) pp. 99 y ss. Sostiene el autor que: “Precisamente porque la infracción de disposiciones legales puede ser excusada en atención a las circunstancias, la ley suele hablar, cuando se refiere a la culpa infraccional, de una presunción de culpa o responsabilidad, que puede ser desvanecida por los hechos justificatorios referidos” (p. 100).

producen las hipótesis de culpa infraccional, se condice o no con su estructura dogmática.

El Código Civil señala, en la norma establecida en el artículo 1712°, que: *“Las presunciones son legales o judiciales. Las legales se reglan por el artículo 47°. Las que deduce el juez deberán ser graves, precisas y concordantes”*. El artículo 47°, por su parte, refiere que: *“se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas. Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal”*, para luego concluir que: *“Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley, a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias”*. De esta manera, una presunción responde a la deducción que se realiza mediante una operación lógica de la cual, la inferencia, parte de la verificación de un hecho conocido para *“aceptar como existente otro desconocido e incierto”*<sup>195</sup>.

---

<sup>195</sup> ALESSANDRI, Arturo, Manuel SOMARRIVA y Antonio VODANOVIC. *“Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General”*. Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 485.

Parece ser una impropiedad lingüística, no obstante, el caracterizar a la presunción de culpa propuesta por la doctrina en el ámbito de la culpa infraccional, como una de tipo “legal” en el sentido en que las determina el Código Civil, puesto que para su existencia y operatividad en el ordenamiento jurídico se requiere que el propio mandato normativo las formule, siendo todas ellas de derecho estricto<sup>196</sup>. De este modo, resulta absolutamente implausible sostener que, ante cada constatación de una norma que establezca un deber de cuidado específico, el legislador, desde una perspectiva estrictamente formal, disponga o tenga la pretensión de establecer una presunción de culpabilidad por el mero hecho de la infracción.

En virtud de lo anteriormente expuesto, el análisis de esta presunción debe ser desarrollado desde la eventual construcción de una “presunción judicial”. Señala el Código Civil en el inciso tercero del artículo 1712°, anteriormente citado, que las presunciones “*que deduce el juez deberán ser graves, precisas y concordantes*”. Las presunciones judiciales, en estos

---

<sup>196</sup> De este modo se ha señalado que: “*Toda presunción legal supone la declaración por el legislador de la relación de dos hechos. Si esa declaración no se hace, aunque la norma encuentre su motivo en aquella relación, no hay presunción legal. (...) Por otra parte, el motivo presunto de una ley no convierte a ésta en una presunción; de lo contrario todas las leyes serían presunciones, porque, en último término, todas se fundan en un motivo presunto*”. En: *Ibíd.*, p. 487.

términos, son aquellas en que el juez, de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas, deduce o infiere un hecho desconocido en el proceso<sup>197</sup>.

Si bien existe cierta constrictión para el juez en la utilización de las presunciones como medios de prueba en juicio, en virtud de lo dispuesto por el Código Civil en orden a exigir que éstas asuman caracteres de gravedad, precisión y concordancia, lo cierto es que el Código de Procedimiento Civil alteró estos requisitos al establecer, en la norma del inciso segundo del artículo 426°, que *“una sola presunción puede constituir plena prueba cuando, a juicio del tribunal, tenga caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento”*. La concordancia entre diversas presunciones, como expresión del requisito de la pluralidad, ha dejado de ser una exigencia legal desde esta modificación<sup>198</sup>.

De este modo, basta para que la presunción judicial produzca efectos jurídicos en juicio, el que revista caracteres de *gravedad*, esto es, que el

---

<sup>197</sup> CASARINO, Mario. *“Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil”*. Tomo IV. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 118.

<sup>198</sup> RODRÍGUEZ, Ignacio. *“Procedimiento Civil. Juicio Ordinario de Mayor Cuantía”*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 251-252.

hecho, antecedente o circunstancia conocida que sirve de base a la presunción, permita justificar adecuadamente y en una relación necesaria e inmediata el hecho presumido, y ser *precisa*, al menos en un doble sentido, puesto que los antecedentes o circunstancias conocidas deben aparecer referidas precisamente al hecho que se intenta probar mediante la presunción y, en segundo término, debe no ser vaga, difusa, ni capaz de reclamar aplicabilidad en circunstancias diversas<sup>199</sup>.

Asentado este contexto de análisis, necesario resulta destacar que las presunciones, salvo las “*de derecho*” o “*iuris et de iure*”<sup>200</sup>, se caracterizan por su “derrotabilidad” en el sentido en que su razonamiento pierde sustento ante el aporte o aparición de nuevos antecedentes que modifiquen la

---

<sup>199</sup> En este sentido: ALESSANDRI, Arturo, Manuel SOMARRIVA y Antonio VODANOVIC, *op. cit.* (n. 195) pp. 485-486; CASARINO, Mario, *op. cit.* (n. 197) p. 120; RODRÍGUEZ, Ignacio, *op. cit.* (n. 198) pp. 251-252. A modo de ejemplo, la Corte Suprema de Justicia ha señalado a este respecto que: “*Que en nuestra sociedad es práctica casi invariable que los hijos propiamente ilegítimos, y por tal debe tenerse a Manuel Flores Meriño por no haberse acreditado que haya sido reconocido como natural con las solemnidades legales, usan sólo el apellido materno; Que esta circunstancia, unida a la de la identidad del nombre y el hecho de figurar Tomasa Meza en ambas partidas, forman en concepto del Tribunal una presunción de gravedad y precisión suficientes para dar por probado que Manuel Flores y Manuel Meriño fueron una misma persona y, como consecuencia, que Domingo Meriño fue hijo legítimo*”. CS. 22.09.1905. Extraída de: TAVOLARI, Raúl (Director). “*Jurisprudencias esenciales. Derecho Civil*”. Tomo III. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010, pp. 91 y ss.

<sup>200</sup> Lo que en caso alguno implica que no pueda aportarse prueba que ponga en duda la veracidad del hecho base. *Cfr.* AGUILÓ, Joseph. “*Notas sobre “Presunciones” de Daniel Mendonca*”. En: Revista Doxa N° 22 (1999), p. 651.

conclusión inferida desde el hecho base<sup>201</sup>. Así, se ha señalado que: “*Las presunciones, por tanto, se distinguen no por la verdad de sus conclusiones en tanto garantizadas por hechos sustantivos relevantes, sino por la fuerza de la conclusión obtenida que debe ser aceptada a menos y hasta que alguna contraargumentación sea aducida en contra de ella*”<sup>202</sup>. Si la verdad que la presunción establece solo adquiere validez en la esfera del proceso, su contingencia permite justificar su derrotabilidad. Por lo tanto, su utilidad se agota en el contexto de la distribución de la carga de la prueba en juicio y la superación de un estado de incertidumbre procesal<sup>203</sup>.

En su estructura interna y siguiendo a Ullmann-Margalit<sup>204</sup>, las presunciones presentan, en términos de formulación lógica, el siguiente esquema proposicional:  $[Pres (P, Q)]$ , donde “*Pres*” representa el operador deóntico de presunción; “*P*” constituye el hecho, circunstancia o antecedente base; y “*Q*” el hecho presumido, cuya fórmula reza:  $\langle\langle Si P \rightarrow Q \rangle\rangle$ . La

---

<sup>201</sup> AGUILÓ, Joseph. “*Presunciones, verdad y normas procesales*”. En: XXXV Revista Isegoría (2006), p. 14.

<sup>202</sup> SANTIBAÑEZ, Cristián. “*La presunción como acto de habla en la argumentación*”. En: 48 Revista de Lingüística Teórica y Aplicada, Concepción, (2010), p. 136.

<sup>203</sup> MENDONCA, Daniel. “*Presunciones*”. En: Revista Doxa N° 21-I (1998), p. 84.

<sup>204</sup> ULLMANN-MARGALIT, Edna. “*On Presumption*”. En: The Journal Philosophy, Vol. LXXX, N° 3, (1983), pp. 143-163.

importancia de este aserto radica en el hecho de que la operatividad de las presunciones en el ámbito jurídico, independientemente de su categorización y en términos de lógica proposicional, impide las tautologías: carecería de sentido alguno, por lo tanto, sostener afirmaciones tales como «*Si P → P*» o «*Si Q → Q*» o formulaciones tautológicas tales como [*Pres (P, P)*] o [*Pres (Q, Q)*], como modelos de presunciones válidos.

Para quienes sostienen la razonabilidad de una identificación plena entre la antijuridicidad y la culpa como categorías de apreciación de la conducta que causa daño entonces, la presunción de culpabilidad jamás podría constituir el efecto jurídico paradigmático en hipótesis de culpa infraccional: suponer que toda infracción de ley es sinónima de culpabilidad, implica necesariamente construir la proposición tautológica consistente en afirmar que se presumirá la culpabilidad del sujeto por el hecho de ser el sujeto culpable. Desde una evaluación atenta del fenómeno, antes bien, la infracción de leyes o reglamentos solo podría alcanzar el estatus de indicio, sospecha o síntoma de culpabilidad (*infra II.3.c*).

Ahora bien, si se adopta la postura que reconoce como categorías diferenciadas de apreciación de la conducta a la antijuridicidad y a la culpa en el sistema de responsabilidad civil extracontractual, para una eventual construcción de una presunción de culpabilidad en hipótesis de culpa infraccional, la norma infringida debería cumplir con las condiciones de forma y contenido que fueran enunciadas anteriormente (*supra II.2*): la norma debe dar cuenta, como mínimo, de los elementos constitutivos de la culpa como criterio de atribución de responsabilidad. No obstante, en estas circunstancias se arriba a la misma conclusión: si la norma cuya infracción es considerada el mandato normativo que cumple con las condiciones de aplicabilidad del criterio de la culpa infraccional, cumple del mismo modo con aquellas de la culpa conceptualizada desde un enfoque normativo y en cuya virtud es comprendida como la infracción a un deber de cuidado que tiene por objeto preciso evitar la causación de un daño (*supra I.1*). Al infringir la norma se actuaría de manera culpable, por lo que establecer una presunción de culpabilidad adolecería de una falta de sentido similar a la situación tautológica planteada en el caso anterior. La prueba de la infracción, *ad effectum vivendi*, constituiría una forma de acreditación de la culpa que puede

generar indistintamente un alto o bajo grado de convicción, mas no su anticipación o hecho base<sup>205</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, adquiere relevancia responder a la pregunta por las razones en virtud de las cuales la doctrina atribuye un efecto jurídico especial a los casos de culpa infraccional, que eventualmente los diferenciaría de una situación ordinaria de culpabilidad. ¿Constituye la especificidad del estándar de cuidado debido una razón plausible para estimar que el efecto jurídico producido frente a hipótesis de culpa infraccional sería una presunción de culpabilidad, o, desde otra perspectiva, una circunstancia suficiente para darla por acreditada?

Parte de la doctrina y la jurisprudencia que estiman que toda infracción de ley importa culpa, como hemos visto anteriormente, nada pueden explicar acerca del fenómeno de la culpa infraccional, desde que el contenido de la

---

<sup>205</sup> De igual modo ha sido denunciada esta tautología por Hernán Corral, pero referida a la supuesta presunción de culpa por el hecho propio, al señalar que: “*Por nuestra parte, no creemos que la regla general del inciso primero del art. 2329° contenga una presunción propiamente tal. Pensamos que lo sostenido por Ducci y Alessandri, seguidos por parte de la jurisprudencia, no es más que una presunción tautológica: según su opinión, la ley presume culpa, cuando por las circunstancias deba presumirse culpa. Se confunde aquí lo que es una presunción legal, con lo que puede dar pie a presunciones judiciales*”. En: CORRAL, Hernán, *op. cit.* (n. 9) p. 229.

decisión legislativa expresado en la norma jurídica infringida se les muestra del todo irrelevante. Se confunde, en esta perspectiva, el deber de todo ciudadano de dar cumplimiento al mandato de la ley, la diversidad de normas existentes en un sistema de derecho y la sanción que el propio ordenamiento jurídico prevé para su infracción. Las razones que permitirían justificar la contravención de una norma que establece un deber de cuidado específico, son las mismas que permitirían justificar la violación del estándar de conducta general de la culpa leve establecido en el inciso tercero del artículo 44° del Código Civil, por lo que no existe fundamento jurídico alguno, en esta postura doctrinal, para sostener que en la primera situación existiría una presunción de culpa o una causa especial para tenerla por acreditada y en la otra no, si ambas importan igualmente infracción de ley<sup>206</sup>.

Por el contrario, Alessandri señala refiriéndose a la culpa contra la legalidad que: *“Cuando así ocurre, hay culpa por el solo hecho de que el agente haya ejecutado el acto prohibido o no haya realizado el ordenado por la ley o el reglamento, pues ello significa que omitió las medidas de*

---

<sup>206</sup> Barros ha señalado que: *“También puede ocurrir que la disposición legal no pueda ser observada porque existe una razón más poderosa, como ocurre, en general, con las causales de justificación”*. En: BARROS, Enrique, *op. cit.* (n. 2) p. 99.

*prudencia o precaución que una u otro estimaron necesarias para evitar un daño*”<sup>207</sup>. Si el legislador se preocupó especialmente de regular una determinada actividad para evitar la causación de un daño, estableciendo los parámetros exactos y específicos de conducta que el agente debe asumir y respetar, parece plausible sostener que su omisión importa culpa, sin la necesidad de considerar, en principio, otras calificaciones. No obstante ello, podría estimarse que, si el legislador tiene una especial deferencia por establecer estándares de cuidado específicos en el ámbito de una actividad determinada, del mismo modo debería establecer el efecto jurídico que supone la infracción de las normas que lo instituyen<sup>208</sup>. Carecería de sentido, empero, hablar de culpa infraccional como un criterio o factor especial de atribución de responsabilidad, cuando el legislador prevé expresamente la consecuencia jurídica que importa el infringir la norma jurídica<sup>209</sup>.

---

<sup>207</sup> ALESSANDRI, Arturo, *op. cit.* (n. 1) p. 176.

<sup>208</sup> Así ocurre, a modo de ejemplo, con la Ley N° 18.290 de Tránsito, la cual en su artículo 170° establece que: “*Toda persona que conduzca un vehículo en forma de hacer peligrar la seguridad de los demás, sin consideración de los derechos de éstos o infringiendo las reglas de circulación o de seguridad establecidas en esta ley, serán responsables de los perjuicios que de ello provengan*”, y el artículo 171° que señala que: “*El mero hecho de la infracción no determina necesariamente la responsabilidad civil del infractor, si no existe relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido por el accidente. En consecuencia, si una persona infringe alguna disposición y tal contravención no ha sido causa determinante de los daños producidos, no estará obligado a la indemnización*”. En las normas de los artículos 172° y siguientes, se establecen presunciones de responsabilidad y de culpabilidad como efectos jurídicos derivados de las infracciones de ley y reglamentos de circulación.

<sup>209</sup> En este sentido, véase: RODRÍGUEZ, Arturo, *op. cit.* (n. 10) pp. 455 y ss.

En estos términos, la especificidad del estándar de conducta solo da cuenta de un aumento de la previsibilidad en tanto elemento constitutivo de la culpabilidad (*supra* I.2.b), en una relación directamente proporcional. Mientras mayor sea la rigurosidad en la regulación del deber de cuidado, habrá una mayor probabilidad, de igual forma, de estar frente a una situación de culpabilidad<sup>210</sup>. De este modo, la contravención de la norma constituye una prueba suficiente o bastante de culpabilidad, más no un elemento que permita fundar una presunción de culpa sin caer en la tautología denunciada anteriormente<sup>211</sup>. Esto es lo que lleva a Alessandri, en relación con la culpa infraccional, a sostener que: “(...) *si a consecuencia de alguna de estas acciones u omisiones se produce un daño, bastará establecer la acción u omisión de que se trata para que quede acreditada la culpa*”<sup>212</sup>.

---

<sup>210</sup> Se ha señalado, en efecto por la Corte Suprema de Justicia que: “*Valga destacar aquí, entonces, que la previsibilidad del resultado es una condición objetiva de la culpa, es decir, que el resultado lesivo requiere ser previsible, pero que en el caso concreto de que se trate, el médico no lo previó, debiendo hacerlo. Ha dicho un autor que el verdadero elemento diferencial de los delitos culposos es la previsibilidad de aquello que no se ha previsto. La previsibilidad, en efecto, es límite necesario y suficiente de la culpa; es el límite necesario, porque sin ella se entra en lo imprevisible, esto es, en lo fortuito; y es el suficiente, porque fuera de ello se entra en lo previsto, esto es, en lo voluntario. (Manuel Luzón Domingo. Tratado de la Culpabilidad. Tomo I, pág. 232. Editorial Hispano-Europea, 1960.)*”. CS. Causa Rol N° 3299-2007. 04.10.2007. VLEX N° 25498.

<sup>211</sup> Corral ha señalado a este respecto que: “*La idea de que existiendo infracción legal no es necesaria la prueba de la culpa debe ser matizada. En efecto, lo que se pretende decir con ello no es que la responsabilidad se transforme en objetiva y que el solo acto material contrario a la norma genere el deber de reparación. Lo que se sostiene en estos casos es que la culpa infraccional, que deberá ser probada, es suficiente como culpa civil*”. En: CORRAL, Hernán, *op. cit.* (n. 9) p. 215.

<sup>212</sup> ALESSANDRI, Arturo, *op. cit.* (n. 1) p. 176.

Ahora bien, si se analizan las razones que la doctrina esgrime para fundar presunciones de culpabilidad en situaciones no previstas por el legislador o, al menos en que existe incertidumbre acerca de su presencia o establecimiento, en ninguna de ellas reclama relevancia la especificidad o generalidad de una norma jurídica. En efecto, y considerando como eje paradigmático de referencia doctrinal la “presunción de culpa por el hecho propio” aparentemente establecida en la norma del artículo 2329° del Código Civil, es posible apreciar que los argumentos oscilan desde una correspondencia contextual con el estatuto de normas que establecen presunciones de culpa por el hecho ajeno y el hecho de las cosas<sup>213</sup>, hasta la presunción de culpabilidad derivada de la especial peligrosidad de la acción o actividad ejecutada<sup>214</sup>, o en tanto el daño provenga “*de un hecho que, por su naturaleza o por las circunstancias en que se realizó, es susceptible de atribuirse a culpa o dolo del agente*”<sup>215</sup>. El hecho, para efectos de este

---

<sup>213</sup> En este sentido se encuentra: BARROS, Enrique, *op. cit.* (n. 2) p. 149-150; ALESSANDRI, Arturo, *op. cit.* (n. 1) p. 293.

<sup>214</sup> En este sentido: DUCCI, Carlos. “*Responsabilidad civil (ex-contractual)*”. Santiago: Empresa Periodística El Imparcial, 1936, p. 134.

<sup>215</sup> ALESSANDRI, Arturo, *op. cit.* (n. 1) p. 292. En igual sentido: BARROS, Enrique, *op. cit.* (n. 2) p. 150. En contra de la tesis que sostiene una presunción de culpabilidad se encuentran, en el contexto nacional: CORRAL, Hernán, *op. cit.* (n. 9) p. 229 y ss.; RODRÍGUEZ, Pablo, *op. cit.* (n. 10) p. 209 y ss., no obstante que el autor solo ve una presunción de culpabilidad en los ejemplos de la norma establecida en el artículo 2329° del Código Civil; BARRIENTOS, Javier, *op. cit.* (n. 15) pp. 9-94; MEZA, Ramón, *op. cit.* (n. 140) p. 277 y ss. Al igual que Pablo Rodríguez, el autor solo ve una presunción de culpa en los ejemplos dados en la norma.

análisis, se correspondería con la infracción legal o reglamentaria del agente que causa daño, el cual constituiría el antecedente base desde el cual se deduciría la presunción de culpabilidad. No obstante, reiteramos nuestra concordancia con la opinión sostenida por Corral cuando denuncia una tautología en la construcción de la presunción de culpabilidad por el hecho propio en el inciso primero del artículo 2329° del Código Civil: *“la ley presume culpa, cuando por las circunstancias deba presumirse culpa”*<sup>216</sup>.

Todo parece indicar que la presunción de culpabilidad, en este nivel de análisis, no puede constituir el efecto jurídico paradigmático producido ante la verificación de casos de culpa infraccional, ni desde los elementos de la lógica proposicional, ni desde la variedad de argumentos esgrimidos normalmente por la doctrina para fundar presunciones de culpa no formuladas explícitamente por el legislador.

---

<sup>216</sup> CORRAL, Hernán, *op. cit.* (n. 9) p. 229. Si bien el autor niega la existencia de la presunción de culpabilidad por el hecho propio, intenta de igual forma dar una interpretación que preste utilidad a la disposición referida. Sostiene, en estos términos, una presunción de causalidad (229-230); Enrique Barros intenta salvar esta objeción, sosteniendo que los efectos de la presunción referida deben comprenderse, antes bien, *“como una prueba en principio, consistente en la apariencia de culpa, que se basa en la experiencia de que tal tipo de accidentes usualmente se deben a negligencia del demandado. En tales circunstancias, la presunción sólo alteraría el peso de la prueba mientras el demandado no muestre una explicación más razonable acerca de cómo pudo ocurrir el accidente por una causa distinta a su propia negligencia”*. En: BARROS, Enrique, *op. cit.* (n. 2) p. 157.

El examen de los efectos jurídicos plausibles que se producen ante la verificación de casos de culpa contra la legalidad, en consecuencia, se reduce entonces a las hipótesis normativas en las cuales las consecuencias que genera su desprecio o transgresión, no se encuentran expresamente reguladas por el legislador.

### **II.3.c. Nuestra posición**

Ramón Domínguez ha reprochado la idea de culpa infraccional, sosteniendo que: *“La noción de culpa contra la legalidad, por mucho que se le justifique bajo la idea que el hombre razonable o prudente no infringe la ley, es también otro atentado conocido y comúnmente aceptado a la noción de culpa, porque de hecho en la actualidad esa justificación no tiene ninguna legitimidad frente a la frondosidad de la reglamentación legal contemporánea, en la cual, el conformar todo el actuar a las prescripciones legales y reglamentarias es tarea imposible”*<sup>217</sup>. Agrega el autor que: *“(…) pensamos que no es posible admitir sin más una especie de culpa llamada contra la legalidad y que todo se reduce a un tema de prueba: en los casos*

---

<sup>217</sup> DOMÍNGUEZ, Ramón, *op. cit.* (n. 53) p. 119.

*en que los tribunales aluden a la infracción reglamentaria es porque la sola infracción ha evidenciado haber sido esencial para producir el resultado dañoso, y por lo mismo, supone culpa por falta de previsibilidad; pero no siempre ocurre así, de modo que la sola infracción reglamentaria no bastará si no se demuestra negligencia”<sup>218</sup>.*

Al elaborar esta visión crítica de la culpa contra la legalidad, Domínguez parte del supuesto teórico que consiste en considerar a la culpa, en sentido estricto, como el criterio de atribución fundacional y excluyente de la obligación reparatoria en el régimen de responsabilidad extracontractual chileno, para el cual la infracción de ley que causa daño solo constituye un indicio de falta o ausencia de previsibilidad<sup>219</sup>. Para ello, el autor propone la adopción analógica en el derecho civil de la postura dogmática, desarrollada en el derecho penal, que rechaza el “*versari in re illicita*”, doctrina jurídica que postula que se deben asumir las consecuencias, incluso imprevisibles, que se originen por la creación de un riesgo producido por una situación inicial de ilicitud, en virtud de su oposición directa al principio de

---

<sup>218</sup> *Ibíd.*, p. 119, N° 50.

<sup>219</sup> *Ibíd.*, p. 119.

culpabilidad<sup>220</sup>. Se asimilaría, en tales términos, a la responsabilidad estricta u objetiva, la cual, en base a los principios que informan el derecho penal, estaría vedada, pues no puede atribuírsele responsabilidad penal a un sujeto sin que concurra la culpabilidad como elemento de valoración subjetiva de la acción.

Para fundamentar el rechazo del *versari*, se propone la idea de exigir como requisitos copulativos para endilgar responsabilidad penal, en el contexto del estudio analítico de la figura típica establecida en el artículo 492° del Código Penal<sup>221</sup>, la infracción de reglamentos y la mera imprudencia o negligencia, y no solo la antijuridicidad o ilicitud inicial de la acción. Tal como explica Etcheberry: *“En el Art. 492 se sancionan los cuasidelitos que*

---

<sup>220</sup> Para un examen de esta doctrina en el derecho penal chileno, véase, SOLARI, Tito. *“Versari in re illicita”*. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 1, (1977), pp. 245-265. Señala el autor que: *“Por otro lado, el art. 492 del Código Penal proporciona una excelente base dogmática para fundar la distinción entre un posible acto inicial ilícito, del que no se deriva responsabilidad penal si no concurre también la imprudencia o la negligencia en la ejecución del hecho que, de ser cometido dolosamente, importaría un crimen o un simple delito contra las personas; exige el referido artículo que el sujeto actúe con infracción de los reglamentos y por mera imprudencia o negligencia, lo que demuestra que el contenido subjetivo de esta figura sólo se satisface si concurren ambas copulativamente, y que si únicamente hay infracción reglamentaria, lo que constituye la inicial ilicitud, y no se actúa con imprudencia o negligencia, no se puede sancionar el evento como delito culposo”* (p. 264).

<sup>221</sup> Señala el inciso primero del artículo 492° del Código Penal que: *“Las penas del artículo 490° se impondrán también respectivamente al que, con infracción de los reglamentos y por mera imprudencia o negligencia, ejecutare un hecho o incurriere en una omisión que, a mediar malicia, constituiría un crimen o un simple delito contra las personas”*

*se cometieren con infracción de los reglamentos y por mera imprudencia o negligencia. Según se explicará al tratar de esta figura, es necesario también que la infracción reglamentaria misma sea dolosa o culposa, y que entre ella y el resultado producido haya una relación de causalidad. No basta, por tanto, con la infracción reglamentaria: es necesario que además exista imprudencia o negligencia*<sup>222</sup>. Si bastase la infracción de reglamentos para predicar responsabilidad penal, se estaría violando el principio de culpabilidad y aceptando, de manera implícita, la realización de cierto tipo de responsabilidad estricta, reclamando aplicabilidad el *versari in re illicita*. De ahí la necesidad de la exigencia de que tal infracción sea, a un tiempo, dolosa o culpable<sup>223</sup>. En este sentido, Domínguez sostiene que la culpa contra la legalidad no es más que un subterfugio construido para encubrir una especie de responsabilidad estricta u objetiva, en total desprecio de los principios que fundamentan e informan el estatuto de la responsabilidad civil extracontractual, de carácter general, basada en culpa o negligencia<sup>224</sup>.

---

<sup>222</sup> ETCHEBERRY, Alfredo. *“Derecho Penal. Parte General”*. Tomo I. Tercera edición actualizada. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999, p. 320.

<sup>223</sup> En efecto, señala Etcheberry que: *“Si se exige, como lo hacemos aquí, que la violación reglamentaria misma sea dolosa o culposa, y que entre ella y el resultado haya una relación de causalidad, no hay peligro de caer en el versari”*. En: *Ibíd.*, p. 321.

<sup>224</sup> Por esta razón, el autor sostiene que: *“Este nos parece ser más bien el criterio jurisprudencial: apreciar los hechos, para verificar si ha existido negligencia y concluir en ella si además hay infracción reglamentaria”*. En: DOMÍNGUEZ, Ramón, *op. cit.* (n. 53) p. 119, N° 50.

En una postura similar a la planteada por Domínguez, sostenemos que la culpa infraccional como criterio o categoría especial de atribución de responsabilidad civil, dista de producir los efectos jurídicos que comúnmente se le han arrogado. Tal como intentaremos demostrarlo a continuación, no es posible omitir el juicio de culpabilidad o de apreciación de la conducta del autor del daño ante la verificación de una infracción legal o reglamentaria, sin desnaturalizar los principios y normas que conforman el régimen de responsabilidad civil extracontractual basado en la teoría clásica de carácter subjetivo.

El artículo 2314° del Código Civil señala que: *“El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”*. Por su parte, el inciso cuarto del artículo 2284° del mismo cuerpo de leyes indica que: *“Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito”*. Por último, el inciso primero del artículo 2329° del Código establece: *“Por regla general, todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta”*. La correlación de estas normas, permite fundamentar

formalmente que, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, existe una remisión directa al estándar de la culpa leve como el deber de conducta general que regula el ámbito de nuestras relaciones sociales espontáneas. En efecto, la voz *negligencia*, sin calificativo alguno, a la que alude el último de los preceptos referidos, es la que se utiliza en el artículo 44° del Código Civil para definir los diversos grados de culpa, entre los cuales la culpa leve es conceptualizada, en el inciso tercero, como *“la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios”*<sup>225</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico, el agente actúa culpablemente, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, cuando su conducta representa una transgresión del deber de cuidado ordinario que implica el comportarse como un hombre razonable y diligente de conformidad con el estándar impuesto positivamente por el Código Civil. El principio general del *alterum non laedere* establecido en el inciso primero del artículo 2329° del Código,

---

<sup>225</sup> Barros sostiene, a este respecto, que: *“Del concepto de culpa del artículo 44° se sigue que el estándar de conducta es la culpa leve, que resulta aplicable cuando la ley habla de culpa o descuido sin otra calificación (...). El patrón de conducta corresponde al que sigue una persona diligente, caracterizada por emplear un cuidado ordinario o mediano”*. En: BARROS, Enrique, *op. cit.* (n. 2) pp. 80-81.

se encuentra complementado normativamente con el estándar de conducta de la culpa leve instituido en el inciso tercero del artículo 44°, el cual opera como su concreción y límite: el deber general de no dañar a otros descansa y se concreta en la exigencia legal de comportarse ordinariamente como un “buen padre de familia”. Funcionalmente constituye un límite al principio además, en tanto no puede esperarse como una expectativa social razonable y común de actuación, el que el ciudadano se comporte de manera esmeradamente diligente<sup>226</sup>.

Asentado lo anterior y considerando que la esencia de la culpa contra la legalidad descansa en la infracción de leyes y reglamentos, no existe diferencia dogmática alguna entre la contravención a una norma que establece un parámetro específico de comportamiento y la transgresión al estándar de la culpa leve, pues este último se encuentra establecido igualmente en una norma de rango legal. La diferencia se expresa, antes bien, en un nivel estrictamente procesal: el hecho de infringir una norma legal o reglamentaria específica solo constituye un indicio de culpabilidad cuando opera como fuente directa del daño causado. Ello, por cuanto la culpa en su

---

<sup>226</sup> *Ibíd.*, p. 28.

concepción normativa, consiste precisamente en la infracción a un deber de cuidado debido. Tal como sostiene Corral: *“La idea de que existiendo infracción legal no es necesaria la prueba de la culpa debe ser matizada. En efecto, lo que se pretende decir con ello no es que la responsabilidad se transforme en objetiva y que el solo acto material contrario a la norma genere el deber de reparación. Lo que se sostiene en estos casos es que la culpa infraccional, que deberá ser probada, es suficiente como culpa civil”*<sup>227</sup>.

Como lo sostuviéramos anteriormente, un estándar de comportamiento específico aumenta, en una medida importante, la posibilidad de prever el resultado dañoso. En este sentido, asegura que el deber de conducta impuesto por el ordenamiento jurídico, en tanto aplicación del estándar del hombre prudente, es el correcto en la situación concreta en que el accidente se produce<sup>228</sup>. No obstante, el hecho de poder formular alegaciones en orden a

---

<sup>227</sup> CORRAL, Hernán, *op. cit.* (n. 9) p. 215.

<sup>228</sup> Cuando el deber de conducta no se encuentra especificado para una situación concreta, la alegación de una falta o infracción al estándar de la culpa leve como un comportamiento *imprudente* en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, podría estar equivocada. La decisión legislativa expresada en la norma jurídica que contiene tal especificación opera, entonces, como un factor que impide, en principio, la falibilidad de dicha alegación, siempre que el daño se produzca como consecuencia de la infracción. Para la culpa infraccional como una forma de determinación del debido cuidado, véase: BARROS, Enrique, *op. cit.* (n. 2) p. 97.

desvirtuar la ilicitud de la contravención, impide obviar, sin más, la apreciación de la conducta. Se verifique fácticamente o no infracción de leyes y reglamentos específicos, siempre existirá la posibilidad de justificar la conducta desplegada<sup>229</sup>.

Se trata, en este sentido, de una situación de culpabilidad que el juez deberá analizar incluso ante una excusa justificativa de la infracción: en un caso determinado, puede existir una causal de justificación que excluya la ilicitud de la infracción legal o reglamentaria, o, aún más, el sujeto puede haber cumplido con todas las exigencias impuestas por el ordenamiento jurídico y, no obstante, ser considerado en ambas situaciones culpable<sup>230</sup>. Estas circunstancias demuestran que, inexorablemente, la apreciación o valuación normativa de la conducta desplegada por el autor del daño, siempre reconducirá a la comparación objetiva entre ésta y el modelo de hombre

---

<sup>229</sup> En general, las causales de justificación en los casos de culpa infraccional son las mismas que permiten excluir la culpabilidad. Véase: BARROS, Enrique, *op. cit.* (n. 2) p. 99.

<sup>230</sup> Alessandri ha señalado, a modo de ejemplo, que: *“Pero el hecho de cumplir estrictamente con las disposiciones legales o reglamentarias, no exime de adoptar las demás medidas de prudencia que las circunstancias requieran, y si el juez considera que éstas habrían sido tomadas por un hombre prudente, podrá declarar culpable a quien no las tomó, aunque haya observado aquellas. En esta caso, la culpa no consiste en haber violado la ley o los reglamentos, sino en no haber observado la prudencia o atención que las circunstancias imponían”*. En: ALESSANDRI, Arturo, *op. cit.* (n. 1) p. 180. Alguna doctrina denomina a esta situación, “culpa con la ley”, v.gr. HUNTER, Iván. *“La culpa con la ley en la responsabilidad civil ambiental”*. En: XVIII Revista de Derecho de Valdivia, N° 2, (2005) pp. 9-25.

prudente y razonable establecido en el inciso tercero del artículo 44° del Código Civil, concurra o no, en los hechos, infracción de leyes o reglamentos<sup>231</sup>.

En virtud de estas razones, sostenemos que el efecto jurídico que se produce frente a la verificación de casos de culpa infraccional, esto es, cuando la norma jurídica transgredida cumple con las condiciones especiales analizadas anteriormente (*supra II.2*) y siendo el resultado lesivo una consecuencia directa de la infracción, es de carácter estrictamente procesal y se manifiesta en la construcción estratégica de una “*prueba en principio*”<sup>232</sup> o “*prima facie*”<sup>233</sup> que permite acreditar la culpabilidad del demandado

---

<sup>231</sup> Concordamos con Aedo al sostener, a modo de conclusión de un análisis jurisprudencial chileno, que: “*Sin embargo, en algunas oportunidades, los tribunales han considerado erróneamente, a nuestro juicio, que la culpa siempre envuelve ilegalidad del acto (Corte Suprema, 26 de enero y 24 de marzo de 2004; 11 de octubre de 2006), o se ha estimado que, por el contrario, el cumplimiento normativo envuelve automáticamente diligencia (Corte de Copiapó, 6 de julio de 2006)*”. En: AEDO, Cristián. “*El concepto normativo de la culpa como criterio de distribución de riesgos. Un análisis jurisprudencial*”. En: Revista Chilena de Derecho, vol. 41, N° 2, (2014), p. 724.; Así, se ha sostenido por la Corte Suprema de Justicia que: “*En tal sentido, el nivel de cuidado exigible puede ser evaluado conforme a un modelo de persona razonable, buen padre de familia o de persona diligente, o bien, atenderse a la conducta que racionalmente resulta exigible. Pero en uno u otro caso, el estándar lleva a comparar la conducta efectiva con la que puede esperarse, es el estándar de la culpa leve*”. Cfr. CS. Causa Rol N° 2448-2010. 12.06.2013. L.P. N° 65313.

<sup>232</sup> Acerca de esta noción, véase: BARROS, Enrique, *op. cit.* (n. 2) p. 157; LARROCAU, Jorge, *op. cit.* (n. 125) p. 492.

<sup>233</sup> La prueba *prima facie*, apariencia de prueba o “*Anscheinsbeweis*” ha sido desarrollada en la doctrina alemana y consiste en “*en deducir la causalidad y la culpa de máximas de experiencia y puede entenderse como la versión alemana de la regla angloamericana res ipsa loquitur. La*

mientras no pruebe éste la existencia de antecedentes o circunstancias que desvirtúen la imputación. No es una inversión en la carga de la prueba, como sucede en los casos de las presunciones, sino la realización de la eficacia propia del *onus probandi* en el proceso, esto es, la determinación del sujeto procesal que deberá soportar los efectos perjudiciales derivados de la ausencia de prueba<sup>234</sup>.

Constituye una demostración o evidencia suficiente de culpabilidad, no en virtud de que, como se ha sostenido, “*lo ilegal siempre lleva el sello de la culpa*”<sup>235</sup>, sino porque la producción del daño demuestra que la decisión legislativa, en orden a su evitación, fue una decisión correcta: el agente actuó culpablemente al despreciar el estándar de comportamiento del hombre prudente y razonable expresado de manera específica en la norma jurídica infringida, lo que permitiría asegurar, en principio, la infalibilidad de la imputación. Obviando un eventual reproche civil por responsabilidad

---

*conclusión o convencimiento, a diferencia de la prueba de presunciones, no se obtiene aquí de un hecho absolutamente probado, sino de una máxima de experiencia*”. En: BARRÍA, Rodrigo. “*La presunción de culpa por el hecho propio en el Derecho europeo*”. En: XX Revista Ius et Praxis, N° 2, (2014), p. 283.

<sup>234</sup> En un sentido similar, véase: GRANADO, Ignacio. “*Sobre la responsabilidad patrimonial por daños desproporcionados. Consejo consultivo de La Rioja*”. En: Revista Española de la Función Consultiva, N° 16, Julio-Diciembre (2011), p. 293.

<sup>235</sup> BARROS, Enrique, *op. cit.* (n. 2) p. 99.

extracontractual basado únicamente en el desprecio del agente por el estándar de la culpa leve, la trasgresión de la norma jurídica específica, por el contrario, subsume inicialmente la conducta dentro de las exigencias de la culpabilidad como criterio de atribución de responsabilidad<sup>236</sup>, lo que, no obstante, no implica necesariamente una demostración irrefutable o categórica de culpa o negligencia<sup>237</sup>.

---

<sup>236</sup> En definitiva, el juicio de culpabilidad frente a un caso de responsabilidad extracontractual, siempre consistirá en la comparación objetiva entre la conducta desplegada por el autor del daño y aquella que hubiese observado un hombre prudente y razonable puesto en las mismas circunstancias. Cfr. ALESSANDRI, Arturo, *op. cit.* (n. 1) p. 173 y ss.; Tapia ha sostenido, en este sentido, que: “*Para determinar si la conducta del agente coincide o no con la del patrón del hombre diligente, algunas leyes especiales otorgan criterios aplicables a ciertos ilícitos (como ocurre en materia de urbanismo, tránsito, medio ambiente o libre competencia). Sin embargo, en la mayoría de los casos la jurisprudencia debe discernir el comportamiento diligente sobre la base de algunos criterios generales, que no se encuentran formalmente establecidos, sino que pueden inferirse de un estudio comparativo de las decisiones desde fines del siglo XIX*”. En: TAPIA, Mauricio, *op. cit.* (n. 27) p. 283.

<sup>237</sup> Nuestros tribunales superiores de justicia, conociendo un caso de responsabilidad penal por cuasidelito de homicidio por infracción reglamentaria, en que un bus que transitaba a exceso de velocidad atropelló y mató a una persona que cruzaba la pista contra luz roja peatonal, han señalado que: “*Que, a mayor abundamiento de lo ya expresado, no está de más mencionar que es perfectamente planteable que un exceso de diez kilómetros en la velocidad imprimida a un vehículo, con respecto al máximo autorizado, no representa, por sí sólo, un incremento grave e inaceptable social y jurídicamente del riesgo propio del tráfico vial, en términos de alcanzar la calificación de imprudencia o negligencia vinculable “necesariamente” al resultado dañoso producido en la situación concreta, en relación al ya citado artículo 492° del Código Punitivo*”. C. de San Miguel. Causa Rol N° 4803-1998. 18.06.2003. L.P. N° 52779. En un sentido similar, la Corte de Apelaciones de San Miguel ha señalado que: “*Que en efecto, necesario resulta tener presente tal como lo ha indicado el Tribunal Constitucional en su sentencia Rol 2.154 -2011 que “la referencia a reglamentos delimita el ámbito de aplicación del tipo penal impugnado y establece parámetros o criterios prima facie sobre el estándar o cuidado debido o exigible, sin que ello signifique que las normas contenidas en dichos reglamentos formen parte de la descripción típica”; (...) Que con lo resuelto por la Corte Constitucional queda de manifiesto que la infracción de reglamento debe llevar aparejada la concurrencia del cuidado debido lo que queda entregado a la valoración que en un momento se haga de la o las actuaciones respectivas dentro del contexto general en que las conductas se desarrollan, aspecto de fondo que debe ponderarse al momento de precisar la acción u omisión reprochada y la concurrencia o no de*

Reafirmando este razonamiento, la Corte Suprema de Justicia ha señalado, de modo especialmente ilustrativo, que: *“Que, en todo caso, no está demás hacer presente, dentro del orden de consideraciones en desarrollo, y atendido el énfasis puesto en esta cuestión por los recurrentes, que las presunciones de conducta descuidada contenidas en la Ley de Tránsito, no liberan al juez inquisitivo de investigar las circunstancias del hecho y afirmar o negar la concurrencia del cuidado debido. (...) Cuando el legislador exige en el artículo 492 del Código Penal violación de reglamentos y mera imprudencia o negligencia, está poniendo de manifiesto que ambas situaciones son autónomas: puede darse la imprudencia aún sin violación de reglamento, y puede también violarse un reglamento sin incurrir en imprudencia. Por tanto, la comprobación de que se ha violado un reglamento no constituye una presunción de culpa y viceversa; la mera infracción reglamentaria no basta para afirmar la concurrencia de la culpa penal, debe examinarse el contexto de la situación”*, concluyendo de manera acertada el máximo tribunal que: *“Las presunciones de descuido de las ordenanzas o reglamentos, sólo han de servir de guía al juez, la lesión de*

---

*algún tipo de participación”*. C. de San Miguel. Causa Rol N° 979-2014. 28.08.2014. L.P. N° 74611.

*preceptos reglamentarios es sólo un indicio de prueba de una lesión del cuidado en el sentido de los delitos culposos, pero no una prueba para la lesión del cuidado*<sup>238</sup>.

---

<sup>238</sup> Cfr. CS. Causa Rol N° 817-2007. 23.05.2007. L.P. N° 36508.

## **CAPÍTULO III. La culpa infraccional y otros dispositivos de objetivación de la culpa en la responsabilidad extracontractual**

### **III.1. Nociones generales**

El aumento acelerado y fragoso de actividades económicas cuya ejecución y desarrollo representan, en la sociedad moderna, la asunción de innumerables riesgos con elevada probabilidad de producir resultados lesivos, la complejidad de los procesos industriales y tecnológicos y las diversas dificultades técnico-fácticas, que en este contexto, supone la prueba de la culpa para las víctimas del daño, no solo constituyen un aliciente para el legislador en orden a establecer regímenes de responsabilidad que tienden a prescindir de la culpabilidad como factor de imputación o elemento de apreciación de la conducta, sino también, bajo ciertos supuestos, en el desarrollo dogmático y jurisprudencial para la construcción de ciertos criterios estratégicos de acreditación de la negligencia, entre los cuales destacan, esencialmente en el derecho comparado, la culpa anónima, la doctrina del “*res ipsa loquitur*” desarrollada principalmente en el derecho angloamericano del Common Law, la teoría de la culpa virtual o “*faute*

*virtuelle*” francesa y la regla del “*Anscheinsbeweis*”, prueba prima facie o apariencia de prueba propuesta por la escuela alemana<sup>239</sup>.

Examinada la forma en que jurídicamente opera el criterio de la culpa infraccional en el sistema de la responsabilidad civil extracontractual, conviene analizar comparativamente estos dispositivos jurídicos que, directa o indirectamente, tienden o son una consecuencia lindante de un proceso continuo de objetivación del régimen de responsabilidad por culpa o negligencia<sup>240</sup>. Las diferencias que cada uno de ellos presenta en relación a la culpa contra la legalidad, reclaman relevancia teórica, en primer lugar, como factores de discriminación y caracterización para su identificación, y

---

<sup>239</sup> Para una reseña de estos criterios, véase: BELLO, Domingo. “*Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*”. Madrid: Editorial Reus, 2009, pp. 54 y ss.; BARRÍA, Rodrigo, *op. cit.* (n. 233), pp. 282 y ss. Del mismo modo, se ha señalado por la Corte Suprema de Justicia que: “*Pues bien, a partir de la década de los 60, en el siglo pasado, la creación continua de factores de riesgo producto del desarrollo económico y tecnológico propio de nuestra era, ha generado nuevas tendencias, al principio inorgánicas, que han llevado a la configuración de formas de atribución de responsabilidad diversas de la culpa o derechamente sin culpa. Es el caso de las hipótesis de culpa infraccional o culpa contra la legalidad, en que la declaración de ilegalidad de una conducta lleva implícita la declaración de que dicha actuación ha sido culpable, como ya lo apuntaban Planiol y Ripert, entre los clásicos*”. Cfr. CS. Causa Rol N° 3468-2008. 19.08.2010. L.P. N° CL/JUR/5098/2010.

<sup>240</sup> En este sentido, véase: TOCORNAL, Josefina, *op. cit.* (n. 126) pp. 62 y ss.; También: TAPIA, Mauricio, *op. cit.* (n. 27) pp. 279 y ss.; MEDINA, María. “*La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*”. Madrid: Dykinson, 2003, pp. 72 y ss.

práctica, como instrumentos especializados de utilización probatoria en juicio.

Ante todo, empero, el eje central analítico estará constituido por la influencia de estas construcciones dogmáticas en el proceso civil y la forma en que alteran las reglas de distribución de la carga de la prueba de la culpa, o, en último término, la afectan o completan, y su contraste con los efectos jurídicos que se producen frente a la existencia de hipótesis de culpa contra la legalidad.

### **III.2. La doctrina del “*res ipsa loquitur*” o “*las cosas hablan por sí mismas*”**

#### **III.2.a. Concepto y nociones generales**

La doctrina del “*res ipsa loquitur*” o “*las cosas hablan por sí mismas*”, cuyo origen en la jurisprudencia norteamericana se remonta al siglo XIX al ser acuñado por vez primera por el juez Pollock en el caso “*Byrne vs*

*Boadle*<sup>241</sup>, propone un criterio de acreditación de la culpabilidad mediante la construcción de una presunción judicial *iuris tantum* que toma, por hecho o antecedente base, un daño producido en una situación accidental cuya explicación no puede ser reconducida sino a negligencia o descuido de quien tenía el control exclusivo de los hechos<sup>242</sup>. Los antecedentes probatorios que sirven de base a la presunción operan como una *evidencia circunstancial* del incumplimiento del demandado al deber de cuidado debido en la situación concreta, los que, en su conjunto, permiten inferir lógicamente la conclusión consistente en considerar la negligencia del sujeto como una causa altamente probable del daño irrogado, ante la ausencia, por imposibilidad fáctica, de una prueba directa<sup>243</sup>.

En referencia a este principio como regla de evidencia, en un caso de indemnización de daño moral sufrido a causa de lesiones físicas, la Corte

---

<sup>241</sup> Cfr. NAVARRO, Mónica. “Sobre la aplicación de la regla *res ipsa loquitur* en el ámbito sanitario”. En: Anuario de Derecho Civil, Vol. 56, N° 3, (2003) p. 1198. El caso, que data del año 1863, consistía en una demanda de indemnización de perjuicios por las lesiones físicas sufridas por el demandante ante la caída de un costal de harina desde la ventana de un almacén de propiedad del acusado. No obstante no aportarse prueba directa de la negligencia imputada, el juez de la causa señaló, acogiendo la pretensión, que: “*hay ciertos casos de los que se puede decir res ipsa loquitur, y este parece ser uno de ellos*”.

<sup>242</sup> Cfr. O’CONNOR, Bernard. “*Res ipsa loquitur: political and ethical response to legal debate*”. En: Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues, Vol. 5, N° 1, 2002, pp. 3 y ss.

<sup>243</sup> Cfr. LEHMAN, Jeffrey y Shirelle PHELPS. “*West’s encyclopedia of American law*”. Segunda Edición. Detroit: Thomson Gale, 2005, p. 323.

Suprema de Justicia ha señalado que: “*Lo anterior no es más que la aplicación práctica de la regla que la doctrina denomina res ipsa loquitur, esto es, "la cosa habla por sí misma", procedente de los ordenamientos del Common Law, de acuerdo al cual el mero hecho de la producción de un daño explica, por sí mismo, la historia y el origen de su causación, de manera que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se da más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de la esfera de acción*”<sup>244</sup>. Existe, en este sentido, cierta tendencia jurisprudencial y doctrinal que comprende a la norma establecida en el inciso primero del artículo 2329° del Código Civil y la presunción de culpabilidad por el hecho propio, como la consagración positiva de la regla *res ipsa loquitur*<sup>245</sup>, al

---

<sup>244</sup> Cfr. CS. Causa Rol N° 3383-2009. 18.03.2010. L.P. N° 43461. En aplicación de la máxima en estudio, el tribunal estableció, en el considerando tercero de la sentencia, que: “*Que, entonces, la naturaleza del dolor no hace indispensable la prueba sobre el mismo, sino que se trata de un hecho evidente que las lesiones físicas sentidas por un sujeto causan un sufrimiento, que no requiere de demostración. En efecto, el daño moral puede ser inferido a partir de circunstancias incuestionables como son la aflicción y el padecimiento que incuestionablemente le provoca a una persona la afectación a su integridad física*”.

<sup>245</sup> En este sentido: Cfr. CS. Causa Rol N° 3383-2009. 18.03.2010. L.P. N° 43461; C. de Santiago. Causa Rol N° 162-2014. 08.07.2014. L.P. N° 72030; C. de Copiapó. Causa Rol N° 557-2006. 05.03.2008. L.P. N° 38400. Barros, en este sentido, ha sostenido que: “*la regla de presunción de culpa por el hecho propio tiene su antecedente más general en una máxima fundada en la experiencia: el solo hecho del accidente puede ser indicio prima facie de la culpa de quien desarrolla la actividad. La máxima latina res ipsa loquitur, dejad que las cosas hablen por sí mismas, que se emplea en el common law, es expresiva de la condición de aplicación más general de la presunción: la experiencia enseña que en ciertos casos el daño puede ser más bien atribuido*

referirse a daños derivados de actividades cuya evidente peligrosidad, naturaleza o por las circunstancias en que se despliegan o ejecutan, son susceptibles de ser atribuidos precisamente a culpa o dolo del agente, generando una inversión en la carga de la prueba que entrega al demandado la carga procesal de acreditar la debida diligencia.

Entre los requisitos necesarios para que esta regla de evidencia opere en el proceso, Larrocau, citando a Porat y Stein, señala los siguientes: (i) la verificación de un daño que, normalmente, no se produce sino a consecuencia de negligencia o imprudencia de un individuo; (ii) que el perjuicio sea provocado por algo que se encuentre bajo el exclusivo control del imputado; (iii) que la víctima no haya influido o contribuido en su producción; y (iv) que no existan otros antecedentes probatorios que permitan acreditar la culpabilidad del demandado<sup>246</sup>.

De este modo y en cuanto a su aplicabilidad, según explica el autor, habría una interpretación o perspectiva *débil* de la máxima, desde la cual sería

---

*a negligencia que a un hecho que escapa al cuidado del agente*". En: BARROS, Enrique, *op. cit.* (n. 2) p. 153.

<sup>246</sup> LARROCAU, Jorge, *op. cit.* (n. 125) p. 493.

posible inferir, dentro del proceso y como explicación del daño efectivamente causado, que la culpa constituiría el resultado de una elección entre una situación de injusticia o infortunio: frente a un escenario de incertidumbre epistemológica, el juez puede preferir, asumiendo el riesgo de error en su decisión, aceptar como evidencia suficiente de negligencia los antecedentes aportados por el demandante<sup>247</sup>. No obstante existiría, en segundo lugar, una perspectiva *fuerte* que, centrada esencialmente en un dato probabilístico, asumiría como factor de acreditación de la culpa del demandado, la prueba de que su acción u omisión pertenecería a una “*categoría de conductas*” que normalmente producen tipos de daños y perjuicios como los sufridos por la víctima demandante<sup>248</sup>.

Instrumentalizada principalmente en el ámbito de la negligencia médica, la regla del *res ipsa loquitur* no ha estado exenta de críticas: desde constituir una simple regla de inferencia de la culpa en base a evidencia circunstancial, habría pasado a asumir un estatus disímil en virtud del cual permitiría presumir, además del elemento subjetivo, el vínculo de causalidad,

---

<sup>247</sup> *Ibíd.*, p. 493-494.

<sup>248</sup> *Ibíd.*, p. 495.

en circunstancias tales que la complejidad que implicarían estos elementos ameritaría en definitiva un tratamiento analítico diferenciado<sup>249</sup>. Una expansión inadecuada de los límites intrínsecos que, en los inicios de su desarrollo, presentaba esta doctrina, no solo desnaturalizaría en términos *adscriptivos* su propia estructura dogmática, sino que operaría además como bastión implícito del continuo proceso de objetivación de la culpa.

### **III.2.b. Efectos jurídicos y diferenciación con aquellos producidos en hipótesis de culpa infraccional**

Ante la imposibilidad para el demandante de acreditar la negligencia del demandado en una situación concreta, el *res ipsa loquitur* opera como una regla de inferencia que, en su expresión teórica, deriva de las denominadas “*evidencias circunstanciales*”<sup>250</sup>, las cuales adquieren

---

<sup>249</sup> Cfr. NAVARRO, Mónica, *op. cit.* (n. 241) p. 1214 y ss. De seguirse esta aplicación de la máxima, refiere la autora, se desnaturalizaría el sistema subjetivo de responsabilidad civil. En efecto: “*Pero si la alegación de res ipsa loquitur rebasa su ámbito de aplicación inicial reservado para aquellos casos que pueden ser apreciados por la experiencia común, y se pretende utilizar en casos de causalidad compleja, deduciendo el recorrido causal más favorable para el demandante, entonces si estamos transformando el sistema subjetivo en un sistema objetivo de responsabilidad civil*”. (p. 1215).

<sup>250</sup> Cfr. LEHMAN, Jeffrey y Shirelle PHELPS, *op. cit.* (n. 243) p. 323. Sostienen los autores que: “*The reasoning process must be based upon the facts offered as evidence, together with a sufficient background of human experience, to justify the conclusion. Evidence that merely suggest*

relevancia ante la ausencia de *evidencia directa* en la demostración de un hecho, y consisten en un agregado de medios probatorios que, considerados en su conjunto y apreciados desde una perspectiva empírica, permiten dar por cierto, de manera suficiente, un antecedente desconocido en el proceso.

Verificándose los requisitos necesarios para que opere esta máxima, la regla configura una norma de presunción que, en términos similares a aquella establecida doctrinalmente en el artículo 2329° del Código Civil, permite acreditar la culpa cuando la causa de un hecho no puede más que deberse o ser reconducida a una acción u omisión negligente del demandado<sup>251</sup>, alterando, respecto de este elemento de la responsabilidad, las normas sobre distribución de la carga de la prueba. Sin perjuicio de lo anterior, debe el demandante demostrar, mediante el universo de evidencias circunstanciales aportadas, que la negligencia constituye la causa probable del accidente

---

*the possibility of negligence is insufficient, since negligent must appear more likely than not to have occurred”.*

<sup>251</sup> Así, Barros sostiene que: “En los Estados Unidos, la doctrina y jurisprudencia han avanzado en el establecimiento de algunos correctivos que se han mostrado efectivos. El más fuerte es la adaptación de la regla *res ipsa loquitur* (que corresponde a la presunción de responsabilidad de nuestro artículo 2329) al defecto del producto y a la causalidad: si la prueba del demandante es suficiente para inferir que el accidente es de aquellos que usualmente se deben a un defecto del producto, se invierte en adelante el peso de la prueba, que recaerá sobre el fabricante, quien deberá demostrar que no hubo tal defecto, o que el accidente se debió a la intervención de un tercero (por ejemplo, del taller que ha hecho una reparación), o simplemente a un error de conducta del propio consumidor”. En: BARROS, Enrique, *op. cit.* (n. 2) p. 766.

producido, en demérito de todas otras aquellas que puedan ser igualmente concurrentes<sup>252</sup>. En otras palabras, para que la constatación de hipótesis de *res ipsa loquitur* constituya una razón suficiente para operar como regla de inferencia, es necesario que la víctima del daño suministre en el proceso una premisa de tal consistencia, que, en coherencia con el hecho presumido, permita justificar, en base a la experiencia, la atribución judicial de culpabilidad al demandado<sup>253</sup>.

A diferencia de los efectos jurídicos producidos en los casos de culpa infraccional, cuyo eje de análisis se centra en la infracción legal o reglamentaria, en la doctrina del *res ipsa loquitur*, por el contrario, la discusión es desplazada hacia el elemento del daño como premisa base de una presunción judicial: constituyen precisamente las circunstancias que gravitan alrededor del resultado lesivo, en concomitancia con la imputación de control exclusivo de la fuente del daño por parte del demandado, las que permiten al juez tener por acreditada la negligencia, como un hecho evidente,

---

<sup>252</sup> LEHMAN, Jeffrey y Shirelle PHELPS, *op. cit.* (n. 243) p. 324.

<sup>253</sup> *Ibíd.*

mientras no exista una prueba del cumplimiento o exoneración del deber de cuidado que amerite desestimar tal alegación<sup>254</sup>.

En cuanto a la estructura proposicional de las presunciones (*supra* II.3.b) y admitiendo como razonable la utilización de esta máxima en el ordenamiento jurídico chileno, parece no ser plausible, a diferencia de la culpa infraccional, sostener la crítica de una eventual tautología: si la inferencia de negligencia parte del supuesto que constituyen las circunstancias que rodean el daño inferido a la víctima, no existe posibilidad de presumir culpabilidad en base a una “situación de culpabilidad”<sup>255</sup>. La deducción se realiza mediante un criterio de habitualidad empírica<sup>256</sup> que permite inferir la negligencia desde un escenario en que se muestra altamente probable y particularmente evidente la producción del daño sufrido, y no, por el contrario, a partir de un hecho que puede ser considerado, en sí, una

---

<sup>254</sup> En este sentido, véase: LLAMAS, Eugenio, “Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba”. En: MORENO, Juan (coord.). “Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio”. Madrid: Dykinson, 2000, pp. 309-310.

<sup>255</sup> La visión crítica de Corral (*supra*, nota 204) al imputar una especie de tautología a la presunción de culpabilidad presente en el artículo 2329° del Código Civil parece no ser sostenible en esta sede, por cuanto la máxima *res ipsa loquitur* opera precisamente como una regla que subsana el déficit de aportación de prueba del elemento subjetivo. Por lo demás, no sería posible jamás inferir culpabilidad si las circunstancias que rodean el daño irrogado no pudiesen ser reconducidas precisamente a una conducta negligente por la evidencia que muestra la experiencia.

<sup>256</sup> *Cfr.* NAVARRO, Mónica, *op. cit.* (n. 241) p. 1208.

manifestación de culpabilidad como en la infracción de leyes o reglamentos. En virtud de ello, resulta correcto sostener que la forma de operar, en el proceso, de la regla de evidencia expresada en el brocardo *res ipsa loquitur*, admite ser caracterizada, propiamente, como una presunción judicial de culpabilidad<sup>257</sup>.

### **III.3. La culpa virtual o “faute virtuelle” francesa**

#### **III.3.a. Concepto y nociones generales**

El primer jurista que habría hecho referencia al mecanismo jurídico de la culpa virtual fue el Procurador General belga Paul Leclercq, para quien todo daño causado suponía, de suyo, negligencia en la conducta del agente<sup>258</sup>.

Tal razonamiento descansaba, esencialmente, sobre una comprensión básica

---

<sup>257</sup> Navarro ha sostenido a este respecto que: “Se ha dicho que *res ipsa loquitur* es, en realidad, una presunción judicial de culpa en un supuesto concreto, dotada de mayor evidencia y verosimilitud que otros supuestos donde también incide el mecanismo presuntivo. La aplicación de la regla *res ipsa loquitur* acorta la verificación del recorrido causal que finaliza en el evento dañoso, por lo que, siguiendo a Diaz-Reganon, podemos calificarla de presunción judicial «reforzada»”. *Ibíd.*, pp. 1208-1209. En el medio nacional, Tapia ha señalado que: “Esta presunción de culpa se aplicaría en actividades peligrosas y en otras en que el daño no pueda sino ser atribuido a la acción del agente (*res ipsa loquitur*)”. En: TAPIA, Mauricio, *op. cit.* (n. 27) p. 284.

<sup>258</sup> MONTHEIL, Natacha. “*La place de la faute en droit de la responsabilité civile*”. Saarbrücken: Éditions Universitaires Européennes, 2011, p. 141.

de la culpa o negligencia entendida como el simple “desconocimiento de los derechos de los demás”<sup>259</sup> y se desarrolló principalmente en el ámbito de los accidentes de circulación. El término, no obstante, fue acuñado explícitamente por el jurista Louis Josserand<sup>260</sup>, quien sobre la base de afirmar la existencia, al modo de un principio jurídico, de una obligación general de no dañar a otros a menos de demostrar la existencia de un mejor derecho que lo justificase, postulaba que la mera constatación de un daño permitiría concluir, sin más, que el causante había incurrido en un comportamiento imprudente o en un error de conducta<sup>261</sup>.

En términos funcionales y de manera similar a la estructura jurídica del régimen de responsabilidad estricta, en cuanto a sus efectos prácticos, la apelación a la doctrina de la *faute virtuelle* permitía, en sus orígenes, considerar negligente el acto mediante el establecimiento de una presunción de culpabilidad por el mero hecho del daño, pero no en virtud del riesgo creado, sino en base a una concepción de la culpa centrada en el resultado

---

<sup>259</sup> *Ibid.*, p. 141-142.

<sup>260</sup> JOSSERAND, Louis. “*Cours de droit civil positif français. Théorie générale des obligations, les principaux contrats du droit civil, les sûretés*”. Tomo II. Tercera edición. París: Librairie du Recueil Sirey, 1930, N° 472-4°.

<sup>261</sup> MONTHEIL, Natacha, *op. cit.* (n. 258) p. 142.

lesivo y no en la infracción a un deber de cuidado debido<sup>262</sup>. Desde aquella perspectiva, la noción de culpa virtual, por su evidente aproximación dogmática al régimen de responsabilidad estricta, fue objeto de una serie de críticas por parte de la doctrina francesa, fundamentalmente, desde un doble punto de vista. En primer lugar, porque la promesa de no prescindir del elemento subjetivo de la responsabilidad al invocar la máxima, cedía ante la construcción “virtual” y puramente ficticia de la culpa del demandado, sin siquiera exigirse elementos serios de convicción judicial. La exculpación del demandado, en segundo término, se mostraba sumamente implausible y compleja de articular: el deber de cuidado se mantenía indeterminado, lo que dificultaba la prueba de la diligencia, y el imputado debía acreditar, por lo demás, el hecho negativo de no ser culpable<sup>263</sup>.

La evolución de la doctrina y la jurisprudencia francesa permitió restringir la utilización de esta particular presunción de culpa, esencialmente en el contexto de la negligencia médica, a hipótesis en que se verificase la imposibilidad de acreditar directamente la imprudencia del agente causante

---

<sup>262</sup> *Ibid.*, p. 145.

<sup>263</sup> *Ibid.*, p. 146.

del daño y en la “anormalidad” del resultado lesivo<sup>264</sup>. Se diferencia de la máxima *res ipsa loquitur* analizada anteriormente, en cuanto a su estructura dogmática, en que en esta nueva formulación de la *faute virtuelle*, el hecho base desde el cual se infiere la culpabilidad, aparece constituido precisamente por incardinarse en la anomalía del daño sufrido por la víctima como exclusión de la probabilidad de tal resultado en atención a la naturaleza intrínseca de la conducta desplegada; mientras que en la primera, por el contrario, la premisa se construye en base a situaciones de aquellas en que normalmente se produce la realización del menoscabo por imprudencia en la conducta del agente<sup>265</sup>.

Nuestra jurisprudencia solo ha reconocido tímidamente esta doctrina<sup>266</sup>. A modo de ejemplo, la Corte de Apelaciones de Concepción en

---

<sup>264</sup> Cfr. BLOCH, Laurent. “*L’exoneration en droit de la responsabilité civile. Pour une autre présentation*”. Saarbrücken: Éditions Universitaires Européennes, 2010, p. 391 y ss.

<sup>265</sup> Cfr. SÁNCHEZ, Marta. “*El daño desproporcionado*”. En: Revista CESCO de Derecho de Consumo, N° 8, (2013), p. 250.

<sup>266</sup> Haciendo una mención expresa a la doctrina, el 22° Juzgado Civil de Santiago señaló, en un caso de negligencia médica caratulado “Myriam Pedreros y otros con Dr. Armando Pinto y Clínica Santa María”, que: “*Ello porque de ordinario, el paciente no tiene medios para calificar el proceder del profesional y, muchas veces ignora en que consistió su actuación, es más, mediante aquello que la doctrina conoce como culpa virtual, que no es más que un mecanismo intelectual a través de una deducción obtenida de la anomalía de los resultados, puede sostenerse que el médico señor Pinto no actuó con una conducta profesional diligente, pues si no hubiese incurrido en negligencia, ningún daño se la habría provocado a la paciente como a su familia, y comprobado como está el daño, es dable presumir que hubo culpa suya*”. Citado en:

un caso de negligencia médica, ha señalado que: *“Que si bien es cierto que la doctrina nacional recoge situaciones en que la jurisprudencia extranjera invierte la carga de la prueba en materia de prácticas quirúrgicas (Barros B., citado, página 532, nota 135), no lo es menos que ello ocurre en casos en que el paciente, a consecuencia de una intervención benigna o de curaciones corrientes, resulta afectado por graves secuelas que prima facie no pueden ser reconducidas a esa intervención; lo propio expresa Philippe Le Torneau (citado, página 425), respecto de un daño anormal; así las cosas, para que pudiere ocurrir la inversión de la carga de la prueba que en principio pesa sobre la demandante, ésta habría debido acreditar en el proceso que el resultado (deformidad de mama derecha y asimetría de mamas) no puede, prima facie, reconducirse a la cirugía reductora mamaria bilateral practicada como un riesgo inherente a ésta, ni siquiera en virtud de una personalísima condición de cicatrización; pero ninguna prueba pericial, ni otra idónea, corre en el proceso acerca de este supuesto eventual”*<sup>267</sup>.

---

CÁRDENAS, Hugo. *“La cobertura dogmática de la recepción jurisprudencial de la distinción obligaciones de medios/obligaciones de resultado”*. En: Revista Colección de Derecho Privado, N° 6, (2008), p. 80.

<sup>267</sup> Cfr. C. de Concepción. Causa Rol N° 1107-2003. 13.08.2008. L.P. N° 39647. En una sentencia de similares características y presumiendo la negligencia y el nexo causal, la Corte Suprema de Justicia, utilizando implícitamente el recurso de la culpa virtual, afirmó: *“Que para superar la dificultad aludida en el análisis anterior debe recurrirse a las presunciones y en ese orden de ideas debe considerarse que, según el mérito del proceso, el niño nació sano en virtud de un*

Como acertadamente declara el fallo referido y en concordancia con lo expresado en la doctrina, en la culpa virtual la negligencia es deducida desde la acreditación del nexo causal existente entre la conducta aparentemente desplegada en una situación normal o de control de los factores de riesgo y la producción de un perjuicio que reviste caracteres de “anormalidad”<sup>268</sup>. Sobre el demandante, en consecuencia, gravita la carga procesal de demostrar que el resultado lesivo no constituye un riesgo usual asociado a la esfera de la actividad en que el daño producido es verificado, esencialmente mediante

---

*embarazo de término sin ningún atisbo de retraso mental o epilepsia, según se desprende del carné perinatal de la madre, e ingresó en esa misma condición -neurológicamente sano- al Hospital Félix Bulnes a practicarse una intervención que no guarda ninguna relación con algún problema de naturaleza neurológica, pero a consecuencia de los problemas derivados de la acción del cirujano -ya referida en reiteradas oportunidades- requirió internación en la Unidad de Cuidados Intensivos en la cual fue auxiliado por más de 15 días con ventilación mecánica y sufrió septicemia con shock séptico grave, episodios convulsivos y con evidencias de lesiones hipóxicas. Recibió el alta luego de casi 3 meses de hospitalización, sujeto a control ambulatorio neurológico como refiere la Epicrisis acompañada a fojas 153, lo que refrenda el certificado médico de 1° de junio de 2009 suscrito por la Neuróloga Infantil Laura Culcay Avendaño del Servicio de Neuropsiquiatría Infantil del Hospital San Juan de Dios, que da cuenta del tratamiento de las patologías del menor, la que además prestó declaración en juicio -fojas 203- informando que controla al niño desde el año de edad, pero que antes estuvo a cargo de otra neuróloga del servicio y señala como un factor de riesgo del retardo mental y la epilepsia que sufra patologías como sepsis o septicemia. (...) Que con el mérito de las probanzas analizadas en el considerando que antecede es posible presumir que el retardo mental y la epilepsia que afectan al niño José Donoso Ruiz fueron causadas por la falta de servicio de la demandada, toda vez que tienen su raíz en la intervención al píloro que se le practicó en el Hospital Félix Bulnes, donde el cirujano perforó el estómago del niño, lo que le significó un post operatorio de meses donde sufrió septicemia, convulsiones e hipoxia, que según el seguimiento neurológico posterior sugerido luego del alta evidenciaron tales graves secuelas neurológicas”. CS. Causa Rol N° 10.811-2014. 20.11.2014. L.P. N° 80180.*

<sup>268</sup> En este sentido, véase: RODRÍGUEZ, Margarita. “Aspectos básicos de la doctrina del daño desproporcionado en la responsabilidad civil sanitaria”. En: VI Revista Anuario Facultad de Derecho Universidad de Alcalá, 2013, p. 207.

la aportación de antecedentes que permitan inferir, desde dicha anormalidad, que el perjuicio precisamente se debió a un déficit del agente en el control de tales riesgos<sup>269</sup>.

Para que esta doctrina pueda ser plausiblemente invocada en el proceso entonces, atendiendo ciertamente a sus elementos constitutivos, resulta necesaria la verificación de las siguientes circunstancias: (i) la producción de un daño “anormal”, de aquellos que admiten ser caracterizados como incompatibles con las consecuencias lesivas comúnmente esperables en el desarrollo de una determinada actividad o conducta; (ii) la existencia de un vínculo de causalidad entre la conducta o actividad desplegada y el daño anómalo; (iii) el control de los factores de riesgo por parte del agente que despliega la conducta o actividad; y (iv) la imposibilidad de acreditar de manera directa la culpabilidad como elemento de la responsabilidad<sup>270</sup>.

---

<sup>269</sup> Refiriéndose a la culpa virtual y la necesidad de la presencia del nexo causal, Barría sostiene que: “(...) además de aproximarnos nuevamente a la regla *res ipsa loquitur* y sin dejar de ser también una presunción judicial, no hace sino mezclar o confundir culpa con causalidad: se deduce la culpa a partir de la existencia de un nexo de causalidad entre la intervención y su anómalo resultado, o sea, el daño”. BARRÍA, Rodrigo. “El daño causado por el miembro indeterminado de un grupo y su posible recepción en el derecho chileno”. En: Revista de Derecho Escuela de Postgrado, N° 1, (2011), p. 157.

<sup>270</sup> En este sentido: LLAMAS, Eugenio, *op. cit.* (n. 254) p. 312.

### **III.3.b. Efectos jurídicos y diferenciación con aquellos producidos en hipótesis de culpa infraccional**

De manera similar al brocardo *res ipsa loquitur*, la *faute virtuelle* adquiere relevancia en el juicio de culpabilidad bajo la premisa, común y general a estos criterios, de la verificación de un obstáculo fáctico o material que le impide a la víctima del daño acreditar directamente la negligencia del demandado: constituye, en otras palabras, el resultado de una pretensión de justicia procesal<sup>271</sup>. Se deja describir entonces, en términos funcionales, como una verdadera presunción de culpabilidad reforzada que aprehende, como antecedente o circunstancia base, la anormalidad del daño causado y su conexión causal naturalística y normativa con la actividad o conducta ejecutada. Cuando el menoscabo no puede ser explicado plausiblemente como la expresión factual de un riesgo lícito, su realización manifiesta la virtualidad del déficit del agente en el cumplimiento del deber de cuidado<sup>272</sup>.

---

<sup>271</sup> Cfr. BLOCH, Laurent, *op. cit.* (n. 264) p. 322.

<sup>272</sup> Es por ello que Domínguez sostiene que: “*En realidad, la falta virtual es el producto de un razonamiento "a contrario" que consiste en que según las circunstancias se establece no que el demandado ha cometido tal falta precisa, ha incurrido en determinada culpa sino que, atendidas tales circunstancias, no ha podido sino cometer una*”. DOMÍNGUEZ, Carmen. “*El problema de la culpa presunta contractual y las obligaciones de medio y obligaciones de resultado: sus implicancias para la responsabilidad médica*”. En: Revista Colección de Derecho Privado, Ediciones Universidad Diego Portales, Vol. 6°, (2010), p. 30.

No obstante lo anterior y desde una postura crítica, existe parte de la doctrina francesa que estima que este criterio, antes bien, operaría en el ordenamiento jurídico al modo de una presunción de responsabilidad. Esencialmente, las razones descansan en la semejanza de la teoría de la culpa virtual con el régimen de responsabilidad estricta, al observarse una objetivación del elemento subjetivo de la responsabilidad en el desarrollo jurisprudencial mediante la exigencia de, sólo, la acreditación de la anormalidad del daño<sup>273</sup>. Si fuese realmente una presunción de culpabilidad, se arguye, se requeriría la infracción a una norma que establezca un deber de cuidado, en primer lugar, y la existencia de una alternativa eficaz para el demandado de excusarse mediante la alegación de la ausencia de culpa. Sin embargo, la impugnación de la condición de anormalidad en el daño o que la causa de la lesión se encuentra al margen de la esfera de actuación del agente, parecen ser las únicas posibilidades de defensa<sup>274</sup>. En efecto, si la discusión en el proceso, ante la decisión positiva de aplicar el criterio de la *faute virtuelle*, se centra en la caracterización del daño y no en las excusas que permitirían excluir la culpabilidad del agente, todo parece indicar que éste es

---

<sup>273</sup> Cfr. BLOCH, Laurent, *op. cit.* (n. 264) p. 322.

<sup>274</sup> Cfr. MONTHEIL, Natacha, *op. cit.* (n. 258) p. 145 y ss.

el razonamiento correcto. La presunción de responsabilidad se erige, de este modo, como el resultado del complejo escenario de defensa del demandado, incluso ante la pretensión de controvertir la naturaleza del menoscabo, si se considera, en este caso, que el concepto de “anormalidad” se muestra asaz ambiguo<sup>275</sup>.

La última circunstancia descrita expresa, en consecuencia, las dificultades en la utilización de esta presunción en nuestro sistema jurídico, desde un doble punto de vista: las presunciones de responsabilidad, en primer lugar, requieren de texto legal expreso, no solo por ser excepcionales<sup>276</sup>, sino porque, desde una perspectiva general, en nuestro derecho civil el régimen común y supletorio es el de responsabilidad por culpa o negligencia exigiéndose una valuación negativa de la conducta del agente que impide obviar el juicio de culpabilidad sin una decisión legislativa que lo respalde. En segundo término, por la dificultad en la construcción de la presunción de

---

<sup>275</sup> *Ibíd.*

<sup>276</sup> Barros sostiene que: “Los estatutos de responsabilidad estricta son establecidos por el legislador. No existe en el derecho chileno una norma que establezca una categoría general, que comprenda distintos grupos de casos sujetos a este régimen de responsabilidad. En consecuencia, es de derecho estricto, porque constituye una excepción al régimen general y supletorio de responsabilidad por culpa”. En: BARROS, Enrique, *op. cit.* (n. 2) p. 446.

responsabilidad para el propio demandante, al intentar demostrar, como una exigencia insoslayable, la “anormalidad” del resultado lesivo<sup>277</sup>.

Ahora bien, pese a la complejidad denunciada anteriormente, en términos jurídicos siempre existirá la posibilidad para el demandado de excusarse probando la debida diligencia, por lo que existen autores que sostienen que estaríamos en presencia de una presunción judicial de culpa “reforzada” o “cualificada”<sup>278</sup>. Esta especial caracterización se deja evidenciar al constatarse las consecuencias prácticas que la aplicación de esta teoría representa en el proceso civil, no solo por la dificultad de formular excusas para el demandado, sino que al subsumir el elemento subjetivo de la responsabilidad en la verificación del nexo causal que vincula a la acción u omisión con el resultado dañoso como prueba suficiente de negligencia<sup>279</sup>.

En el sentido anteriormente expresado, la culpa virtual se diferencia de la culpa infraccional en cuanto deriva de un análisis de la responsabilidad

---

<sup>277</sup> Cfr. MONTHEIL, Natacha, *op. cit.* (n. 258) pp. 145 y ss.

<sup>278</sup> Cfr. BARRÍA, Rodrigo, *op. cit.* (n. 269) p. 157.; También véase: LUNA, Álvaro. “La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad”. Madrid: Thomson-Cívitas, 2004, pp. 450-451.; NAVARRO, Mónica, *op. cit.* (n. 241) p. 1209.

<sup>279</sup> Cfr. NAVARRO, Mónica, *supra*.

centrado en el criterio de la “normalidad” del daño que importa el curso causal del despliegue de determinada actividad y no, como en este último caso, en si la conducta del agente al transgredir una norma jurídica importa o no culpabilidad. El *alterum non laedere* en la *faute virtuelle*, parece ser apreciado desde una perspectiva fuerte de justicia correctiva<sup>280</sup> que considera como núcleo esencial de la responsabilidad la interrogante por la anormalidad del daño y la forma en cómo se expresa en la lesión al patrimonio o la persona de la víctima, antes que por la valoración jurídica de la conducta desplegada, lo cual condiciona, a su vez, el abanico de excusas eventualmente alegables por el demandado.

La culpabilidad del agente causante del daño, por lo tanto y como bien lo indica la denominación doctrinal de esta teoría, se deja evidenciar como una virtualidad construida en base a una inferencia, al modo de una presunción judicial, derivada de un resultado no previsto en el curso causal típico de una actividad o conducta determinada.

---

<sup>280</sup> Para una noción de la justicia correctiva como fundamento y fin en el derecho civil de la responsabilidad, véase: BARROS, Enrique, *op. cit.* (n. 2) pp. 40 y ss.

### III.4. La prueba prima facie, apariencia de prueba o “Anschreibeweis” alemana

#### **III.4.a. Concepto y nociones generales**

De manera similar a los dispositivos de objetivación de la culpa analizados anteriormente, la prueba *prima facie*, apariencia de prueba o “Anschreibeweis” de origen alemán<sup>281</sup>, constituye un instrumento probatorio que tiene por objeto facilitar la prueba de la negligencia en el proceso civil. Considerado, en sus orígenes, por el Tribunal Constitucional Alemán<sup>282</sup> como un mecanismo que permitía asegurar que el proceso respondiera a los estándares constitucionales de justicia y racionalidad, fue tratado como un criterio de discriminación y matización del principio general de distribución de la carga de la prueba que exigía regular, en cada caso

---

<sup>281</sup> En este sentido: LUNA, Álvaro, *op. cit.* (n. 278) pp. 275-276.

<sup>282</sup> La resolución, que data del 25 de julio de 1979, resuelve sobre el caso de un individuo que demanda la reparación de una serie de daños irreversibles producidos a raíz de una intervención quirúrgica que tenía por objeto extirparle un tumor benigno del cuello. Al respecto, véase: *Ibid.*, p. 277.

concreto, aquello que debía o no ser aportado por el demandante para la acreditación suficiente de la negligencia<sup>283</sup>.

En términos concretos, la prueba *prima facie* consiste en una inferencia de negligencia y del vínculo de causalidad<sup>284</sup> a partir de una máxima de la experiencia, en cuya virtud el convencimiento o convicción del juez respecto de estos elementos de la responsabilidad, no constituye el resultado de la acreditación absoluta de un hecho, sino de la apreciación de una “apariencia” o “primera impresión” derivada de un dato objetivo y estadísticamente fiable<sup>285</sup>, pues, tal como sostiene Barros: “*la experiencia enseña que en ciertos casos el daño puede ser más bien atribuido a negligencia que a un hecho que escapa al cuidado del agente*”<sup>286</sup>.

El escenario contextual de la *Anscheinsbeweis* se enmarca dentro de los denominados “sucesos típicos” en los que “*se ha comprobado un estado*

---

<sup>283</sup> Cfr. PARRA, Darío. “*La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa*”. Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, (2014), p. 217.

<sup>284</sup> En este sentido: DOMÍNGUEZ, Andrés. “*Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre el derecho del paciente, información y documentación clínica*”. Segunda edición. Valladolid: Lex Nova, 2007, p. 109.; BARRÍA, Rodrigo, *op. cit.* (n. 269) p. 156; LLAMAS, Eugenio, *op. cit.* (n. 254) pp. 311-312.

<sup>285</sup> *Ibíd.*

<sup>286</sup> BARROS, Enrique, *op. cit.* (n. 2) p. 153.

*efectivo de cosas que, según la experiencia de la vida, indica la existencia de una causa determinada o de una culpa*”<sup>287</sup>. Basta que el juez, en este sentido, tenga la posibilidad de ponderar ciertos hechos que, en base a una máxima fundada en la experiencia, el sentido común y el estado de la ciencia, hagan altamente probable el acaecimiento de la negligencia en la conducta del agente como explicación de la causación del daño. En otras palabras, se permite deducir la culpa desde una ponderación que los datos empíricos han arrojado respecto del resultado dañoso, como un suceso típico derivado de la infracción a un deber de cuidado debido<sup>288</sup>.

Señala Oberg, citando a Stein, que las máximas de la experiencia son “*definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, independientes del caso concreto a decidir en el proceso y de sus circunstancias singulares, adquiridas mediante la experiencia pero autónomas respecto de los casos singulares de cuya observación se infieren y fuera de los cuales presentan*

---

<sup>287</sup> DOMÍNGUEZ, Andrés, *op. cit.* (n. 284), p. 109.

<sup>288</sup> A modo de ejemplo y en ámbito de la negligencia médica, si de manera posterior a una intervención quirúrgica se constata la existencia de instrumental médico depositado en el interior del cuerpo del paciente, bastará que el juez aprecie tal evidencia como una prueba suficiente de negligencia o error típico del médico en base a la experiencia en la producción de tales resultados lesivos. Véase: PARRA, Darío, *op. cit.* (n. 283) p. 218.

*valor para otros casos*”<sup>289</sup>. Entre los elementos que las caracterizan, sostiene el autor, es posible señalar los siguientes: (i) son juicios o valoraciones de contenido general; (ii) tales juicios derivan de hechos particulares, constantes y reiterativos; (iii) tienen validez para casos nuevos; (iv) constituyen reglas que pueden ser invocadas por el juez en el proceso, desde que son razones inductivas acreditadas en la regularidad o normalidad que caracteriza el acaecimiento de un suceso; y (v) no son universales, en el sentido de estar restringidas al medio físico en que actúa el juez y a su propia experiencia vivida y constatable<sup>290</sup>.

De manera similar a la máxima *res ipsa loquitur* y a la teoría de la culpa virtual, la prueba prima facie es construida en base a la apreciación del daño y a las circunstancias que rodean la producción del resultado lesivo, las cuales permiten inferir, en base a un juicio general derivado de la experiencia, la negligencia y el vínculo de causalidad. Sin embargo y como un matiz

---

<sup>289</sup> OBERG, Héctor. “*Las máximas de experiencia*”. En: LIII Revista de Derecho Universidad de Concepción, N° 178, (1985), p. 54.

<sup>290</sup> *Ibid.*, p. 54-55. En un sentido similar, la Corte de Apelaciones de Concepción ha señalado que: “*En cambio, las máximas de experiencia son juicios hipotéticos desligados de los hechos concretos que se juzgan que proceden de la experiencia, pero son independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos*”. C. de Concepción. Causa Rol N° 455-2004. 05.11.2004. L.P. N° CL/JUR/547/2004.

relevante en cuanto a su estructura dogmática, sostiene Sánchez: “*En la prueba prima facie la culpa del facultativo se deduce de máximas de experiencia, no del resultado anormal (culpa virtual) o de la evidencialidad del resultado (res ipsa loquitur), lo que la acerca más a la teoría de la probabilidad cualificada para atenuar la exigencias de prueba del nexo causal (...)*”<sup>291</sup>. La “doctrina de la probabilidad cualificada”, para estos efectos, ha sido desarrollada principalmente en la jurisprudencia española, y consiste en deducir, *iuris tantum*, el vínculo de causalidad de aquellas situaciones en que, sin tener certeza de la causa exacta del daño, la experiencia demuestra que existe una razonable probabilidad, o probabilidad cualificada, de que la conducta del demandado constituye el factor de causación del resultado lesivo<sup>292</sup>.

Se ha señalado como un caso de aplicación de esta doctrina, el fallo *Hühnerpest* de la jurisprudencia alemana, de fecha 26 de noviembre de 1968, en el que, como resultado de un defecto de esterilización de los recipientes

---

<sup>291</sup> SÁNCHEZ, Marta, *op. cit.* (n. 265) p. 250.

<sup>292</sup> BERNAD, Rafael. “*Precisiones en torno a la relación de causalidad como elemento de la responsabilidad civil extracontractual*”. En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 716, (2009), p. 3092.

en los que se contenían las vacunas que un empresario criador de gallinas utilizó en sus animales, propagándose la peste aviar y produciendo la muerte de la totalidad de las aves, el *Bundesgerichtshof* condenó al productor demandado estableciendo que si la correcta utilización de un producto industrial afectaba o lesionaba aquellos bienes jurídicos protegidos especialmente en el § 823 del BGB<sup>293</sup> por un defecto intrínseco en él, correspondía al imputado averiguar la causa de tal tara y acreditar que no fue su responsabilidad<sup>294</sup>, no obstante precisar en función de las máximas de la experiencia, que los fabricantes no debían responder por los daños producidos por vicios o anomalías en los productos, cuando aquellos fuesen imprevisibles de acuerdo con el estado actual de la técnica y la ciencia<sup>295</sup>.

En un sentido negativo y negando la construcción de una prueba prima facie en relación al vínculo de causalidad, la Corte de Apelaciones de Copiapó ha señalado que: “*De esta manera, la prueba rendida por la*

---

<sup>293</sup> El § 823 del BGB establece que: “*Quien, actuando intencionalmente o por negligencia, atente de manera ilícita contra la vida, cuerpo, salud, libertad o propiedad o contra cualquier otro derecho de otra persona, está obligado para con ésta a reparar el daño que resulte de su actuación*”.

<sup>294</sup> BARRÍA, Rodrigo, *op. cit.* (n. 233) p. 285.

<sup>295</sup> MANTILLA, Fabricio y Francisco, TERNERA. “*El riesgo de desarrollo en la responsabilidad por productos del derecho colombiano*”. En: XX Revista Ius et Praxis, N° 1, (2014), p. 48.

*demandante, en lo referido al vínculo causal entre la actividad de la demandada y el daño de sus predios, está constituida, en primer lugar, por lo dichos de los testigos antes reseñados los que, si bien de modo conteste y categórico afirmaron que el material particulado que afecta los parronales y sus frutos proviene del establecimiento minero de la demandada producto de la acción del viento, lo que deducen de la cercanía y vecindad de unos y otro, no son capaces de producir fe en el punto pues, si bien se apoyan en una cuestión conocida y no discutida en el juicio, y una deducción que prima facie puede parecer de sentido común, se refieren a una cuestión técnica que necesariamente requiere prueba científica y conocimientos que los testigos no tienen o bien que no aplicaron directamente en la especie”<sup>296</sup>. En este fallo se aprecia claramente que una máxima de la experiencia, en tanto juicio de carácter general y dependiendo del área o campo de actividad en que se produzca el accidente, requiere de prueba referida a la demostración del “estado actual de la ciencia y la técnica” como manifestación de una probabilidad cualificada de la existencia del vínculo de causalidad entre la conducta negligente y el daño causado.*

---

<sup>296</sup> Cfr. C. de Copiapó. Causa Rol N° 557-2006. 05.03.2008. L.P. N° 38400.

### **III.4.b. Efectos jurídicos y diferenciación con aquellos producidos en hipótesis de culpa infraccional**

A diferencia de las hipótesis de *res ipsa loquitur* y *faute virtuelle*, se ha señalado por la doctrina especializada en la materia, que la prueba *prima facie* no constituye una presunción de culpabilidad, desde que el convencimiento del juez no se obtiene de un hecho absolutamente acreditado en el proceso, sino de una máxima de experiencia. Tal como sostiene Domínguez: “*La prueba prima facie no constituye presunción, sino prueba directa. En la presunción hay una serie de hechos probados que, relacionados entre sí, dan lugar a la deducción. En la prueba prima facie, además, existe una máxima de experiencia, de carácter objetivo, estadístico y fiable (no una apreciación meramente subjetiva), que obliga a llegar a la conclusión presuntiva. O sea, la prueba prima facie procede en los llamados sucesos típicos, en los que se ha comprobado un estado de cosas que, según la experiencia de la vida, indica la existencia de una causa determinada o de una culpa*”<sup>297</sup>.

---

<sup>297</sup> DOMÍNGUEZ, Andrés, *op. cit.* (n. 284), p. 109.; En el mismo sentido: LLAMAS, Eugenio, *op. cit.* (n. 254) pp. 311-312.

De esta manera, cuando la causación de un evento dañoso corresponda a un curso causal típico y especialmente determinado, resulta plausible considerar que el origen se encuentra en la causa que, conforme a una máxima fundada en la experiencia, ordinariamente lo produce, por lo que puede tenerse la imputación, en principio, por probada<sup>298</sup>. En consecuencia, la *Anscheinsbeweis* no constituye una inversión en la carga de la prueba, sino que una especie de aligeramiento o facilitación en la demostración de los hechos en el proceso mediante una deducción que se origina en base a una apreciación derivada del curso normal de los acontecimientos. De esta manera, se afirma en una sentencia del Tribunal Supremo español que: “(...) *no constituyen presunciones, en el sentido que resulta del artículo 1253 del CC, las deducciones o inferencias lógicas, basadas en la experiencia, que posibilitan juicios hipotéticos, obtenidos de hechos o circunstancias concluyentes que llevan a conclusiones razonables en un orden normal y que el juez puede utilizar sin sobrepasar por ello la regla según la que la aportación de los hechos corresponde a las partes*”<sup>299</sup>.

---

<sup>298</sup> GUERRA, Rafael. “La responsabilidad por los accidentes de tráfico provocados por las especies cinogenéticas. Estudio de la normativa estatal, autonómica, y de la jurisprudencia reciente”. En: Revista Española de la Función Consultiva, N° 16, Julio-Diciembre (2011), p. 262.

<sup>299</sup> Cfr. STS (Sala de lo Civil) de 22 de diciembre de 2004 (RJ 2004/1441). Extraída de: DOMÍNGUEZ, Andrés, *op. cit.* (n. 284), p. 109-110.

Ante la imposibilidad de acreditar directamente la prueba del vínculo causal y la culpa, el tribunal permite tenerlos como suficientemente demostrados, evidenciando la concurrencia de una probabilidad cercana a la certeza, o, al menos, superior a una media mínima. A modo de ejemplo, la Corte de Apelaciones de Concepción ha señalado, en un caso de conducta típica de consumo de droga o sustancia estupefaciente o psicotrópica en lugar público, que: *“Que conforme a lo razonado, en la apreciación de la prueba se ha incurrido por el tribunal en infracción a los principios de la lógica y las máximas de la experiencia. En efecto, dichos límites, en la situación en estudio, conducen a concluir que una persona que tiene en sus manos un cigarrillo encendido lo ha prendido para consumirlo, por cuanto lo lógico es que se enciende un cigarrillo para fumarlo, y si la persona tiene en sus manos un cigarrillo encendido, la experiencia enseña que lo está fumando”*<sup>300</sup>.

---

<sup>300</sup> Cfr. C. de Concepción. Causa Rol N° 455-2004. 05.11.2004. L.P. N° CL/JUR/547/2004. En el mismo sentido, se ha señalado en la jurisprudencia que: *“En lo que atañe a la existencia de actos de maltrato, considera esta Corte necesario efectuar algunas precisiones previas, una suerte de premisas o parámetros que debieran guiar el correspondiente juzgamiento. A saber: a) cuando se está en presencia de esta clase hechos, desarrollados en un contexto familiar y en entornos de tolerancia mal entendida o sin consecuencias que lleguen a trascender a lo público, la experiencia enseña que difícilmente van a existir evidencias directas o materiales y que los malos tratos, aún los físicos, no siempre dejan huellas o rastros "visibles"; b) de ello se sigue también que su forma de comprobación puede ser indirecta, por referencia, por datos que entreguen quienes forman parte del entorno de la persona que se presenta como víctima o de especialistas capacitados para interpretar los hechos que evidencien y para entregar reglas de experiencia eventualmente*

Las hipótesis de culpa contra la legalidad, considerando el análisis efectuado en el capítulo anterior, producen en el proceso un efecto jurídico similar al *Anscheinsbeweis* alemán. En efecto, la violación de una norma jurídica contenida en una ley o un reglamento, admite ser considerada como una “*prueba en principio*” en cuya virtud la acreditación de la contravención, ante la ausencia de una mejor explicación del accidente y cumpliendo el precepto infringido los requisitos necesarios para estos efectos (*supra II.2*), permite inferir, como evidencia suficiente, que el daño causado se ha debido a un acto culpable o negligente del demandado. En palabras de Barros y refiriéndose a la prueba en principio: “*La regla establece esencialmente una alteración del riesgo de la prueba: si nada nuevo se logra probar, el efecto será que el demandante habrá acreditado la negligencia*”<sup>301</sup>.

La principal diferencia entre ambos dispositivos jurídicos, sin embargo, aparece dada por la consideración de las máximas de la experiencia

---

*idóneas para validar algún juicio fáctico en la materia. A lo señalado sigue indicar que en un contexto de probabilidad – que es a lo que puede aspirarse en un proceso judicial para propender al descubrimiento de la verdad – un lineamiento a seguir atañe a la precisión, gravedad, multiplicidad y concordancia de las pruebas ejecutadas en la causa, cuya sujeción puede entregar un estándar razonable para alcanzar la necesaria convicción*”. C. de Santiago. Causa Rol N° 1917-2011. 08.05.2012. L.P. N° 60693.

<sup>301</sup> BARROS, Enrique, *op. cit.* (n. 2) p. 157.

como bases para la construcción de la premisa de la inferencia: mientras que para la prueba *prima facie* su concurrencia parece ser una exigencia insoslayable, en las hipótesis de culpa infraccional solo constituyen un dato empírico que refuerza la inferencia ya producida por la constatación de una contravención legal o reglamentaria.

## **CONCLUSIONES**

La pregunta por la caracterización dogmática de la culpa infraccional y los efectos jurídicos que produce su verificación en el sistema de la responsabilidad civil extracontractual, parece carecer de la capacidad suficiente para atraer seriamente la atención de la doctrina y la jurisprudencia nacional, pese a las radicales consecuencias que se le han atribuido. Desde enfoques o perspectivas escasamente controvertidas, se ha producido la realización de una oscilación constante, para hipótesis de infracción de leyes o reglamentos, entre la arrogación de una presunción de responsabilidad y una presunción de culpabilidad.

La presente investigación, en este sentido, ha intentado mostrar analíticamente la identificación de los problemas que plantea el estudio de la culpa infraccional, al modo de una inicial aproximación y mediante el ofrecimiento de una reconstrucción de su estructura jurídica en base a un acercamiento a la teoría de las normas y la teoría del derecho. En estos términos, se han podido extraer las siguientes afirmaciones conclusivas:

(i) La culpa, en tanto elemento de la responsabilidad civil extracontractual, admite ser caracterizada como la infracción no intencional de las exigencias de debido cuidado establecidas por el ordenamiento jurídico y que tienen por objeto evitar la causación de un daño ordinariamente previsible. La existencia de un deber de cuidado debido, la previsibilidad y la infracción no intencional del patrón de comportamiento, de este modo, se erigen como sus elementos constitutivos.

(ii) Parece no ser correcta una identificación plena entre las categorías de antijuridicidad y culpabilidad como factores de apreciación de la conducta dañosa. Comprendida como un estado objetivo de contradicción entre la forma de realización de la conducta desplegada por un sujeto y el ordenamiento jurídico considerado en su totalidad, la antijuridicidad presenta una relación de grado o especialización con la culpabilidad, desde que ésta consiste, en estricto sentido, en la infracción a un sector del derecho objetivo que impone deberes de cuidado desde la perspectiva normativa de un ordenamiento fragmentario, siendo una manifestación, expresión o especie de antijuridicidad.

El problema, en conclusión, radica en que cualquier forma de realización de una conducta que admita ser descrita objetivamente en contradicción con el ordenamiento jurídico, será considerada, *per se* y sin deferencia alguna por sus elementos constitutivos, culpable, lo que en casos de responsabilidad civil extracontractual permitiría justificar, sin más, que frente a la verificación de infracción de leyes o reglamentos se pueda prescindir en absoluto del juicio de culpabilidad.

(iii) Frente al criterio de la culpa infraccional, existen dos posturas doctrinales o perspectivas teóricas del fenómeno que pretenden fundamentar sus efectos jurídicos desde razones diametralmente opuestas: la primera, que denomináramos *adscriptiva* o de orden interno, sostiene que la identificación de la culpa infraccional como un criterio relevante en la responsabilidad civil extracontractual, surge del desprecio del agente infractor por las medidas de prudencia o precaución que el legislador estimó como especialmente necesarias para evitar la causación de un daño. La segunda, de orden externo o *descriptiva*, justifica su comprensión del fenómeno en el hecho de que toda infracción al ordenamiento jurídico supondría un comportamiento culpable o

imprudente, desde que el primer deber de toda persona en la sociedad sería dar cumplimiento al mandato de la ley.

(iv) Desde una perspectiva externa del fenómeno, surge la pregunta por la caracterización de la norma jurídica cuya infracción permitiría ser identificada como una situación o hipótesis de culpa contra la legalidad. Si bien, desde esta postura parece ser irrelevante el contenido formal o sustancial de la norma, desde un examen atento del fenómeno en estudio no es razonable que pueda, sin más, ser obviado.

En cuanto al contenido formal de la norma jurídica, debe éste aparecer vinculado a la apreciación de la culpa, en tanto factor de imputación, como un déficit de previsibilidad del daño: al ser la previsibilidad un componente esencial o constitutivo de la culpa, la norma cuya infracción se deje evidenciar como un caso de culpa contra la legalidad, debe contar con la aptitud suficiente para ser apropiadamente conocida por el agente cuya conducta causa el resultado lesivo. La primera exigencia formal, por lo tanto, debe derivar de una aplicación de la presunción o ficción legal de conocimiento de la ley establecida en la norma del artículo 8° del Código

Civil, como expresión o anverso del principio de juridicidad o estado de derecho y de seguridad jurídica.

Lo anterior revela, en primer lugar, la exigencia de que la regla sea, en estricto sentido, una norma jurídica vigente al momento de la ocurrencia de la infracción. En segundo término, tanto la ley como los reglamentos, cuentan válidamente como fuentes para efectos de constituir mandatos cuya infracción pueda ser subsumida bajo la categoría especial de la culpa contra la legalidad, en tanto normas integrantes del ordenamiento jurídico de caracteres abstractos y generales. En tercer lugar y de manera específica, las circulares o instrucciones, por no cumplir con los requisitos necesarios para que sean previsibles en términos normativos para terceros ajenos a la Administración, solo operarían como criterios orientadores o indicios de culpabilidad en su relación con el estándar de conducta abstracto y general del hombre prudente, mientras que para el operador del servicio, por el contrario, constituirían normas de comportamiento suficientes para endilgar culpabilidad, en cierto modo análogo a los delitos especiales en materia penal.

En cuanto al contenido sustancial de la norma jurídica y tomando como criterios orientadores de identificación aquellos estudiados en el ámbito de la “*negligence per se*” norteamericana, resulta plausible erigir las siguientes afirmaciones conclusivas: desde que se muestra del todo insuficiente reconocer, como única condición de verificación de hipótesis de culpa infraccional, que el daño se produzca a consecuencia de la infracción de ley o reglamento, la norma jurídica debe, antes bien, contener en su dimensión prescriptiva los siguientes elementos: el contenido de la norma debe tener por objeto preciso evitar la producción del daño cuya reparación se reclama, mediante el establecimiento de un deber de cuidado específico que lo integre en su ámbito de protección; y la víctima del daño debe estar comprendida dentro de la categoría de sujetos que la norma, el estatuto especial o la legislación determinada establecen como cuerpo de protección.

(v) Otro de los problemas de mayor trascendencia que plantea el estudio de la culpa infraccional como criterio especial de atribución de responsabilidad civil extracontractual, dice relación con la determinación precisa de los efectos jurídicos que produce y que indefectiblemente incidirán en el juicio de culpabilidad, los cuales varían dependiendo del enfoque o

perspectiva que se adopte respecto del fenómeno en cuestión. De esta manera, desde una postura radicalmente *descriptiva*, se plantea como efecto jurídico producido una especie de presunción de responsabilidad en la cual bastaría la acreditación del daño y el nexo causal para hacer gravitar sobre el agente la obligación reparatoria. No obstante ello, parece no ser razonable la idea de plantear una presunción de responsabilidad por derivar de una confusión conceptual que, de considerarla correcta, permitiría asumir como un criterio general de apreciación del fenómeno uno similar al de la responsabilidad estricta u objetiva. Dicha confusión consiste, como mencionáramos anteriormente, en una plena identificación de las categorías de culpa y antijuridicidad. Por lo demás, siendo de derecho estricto, las presunciones de responsabilidad requieren necesariamente de texto legal expreso atendiendo a la sola consideración esencial referida a que el régimen de aplicación general y supletorio en el ordenamiento jurídico chileno, es de responsabilidad civil por culpa o negligencia.

Desde una perspectiva interna del fenómeno, por el contrario, se plantea como el efecto jurídico paradigmático producido frente a la verificación de casos de culpa infraccional, una presunción de culpabilidad.

Sin embargo, desde la estructura jurídica de las presunciones, los postulados teóricos de la lógica proposicional y las razones que la doctrina nacional ha esgrimido para erigir presunciones de culpabilidad, tal afirmación parece insostenible: suponer que toda infracción de ley es sinónima de culpabilidad, implica necesariamente construir la proposición tautológica consistente en afirmar que se presumirá la culpabilidad del sujeto por el hecho de ser el sujeto culpable. Incluso considerando como criterios jurídicos diferenciados a la antijuridicidad y la culpa, la presunción constituye una tautología: se presumiría culpa cuando por las circunstancias deba presumirse culpa.

Considerando lo anterior, es posible concluir que el efecto jurídico que se produce frente a la verificación de casos de culpa infraccional, esto es, cuando la norma jurídica transgredida cumple con las condiciones especiales analizadas y siendo el resultado lesivo una consecuencia directa de la infracción, es de carácter estrictamente procesal y se manifiesta en la construcción estratégica de una especie de “prueba en principio” o “prima facie” que permite acreditar la culpabilidad del demandado mientras no pruebe éste la existencia de antecedentes o circunstancias que desvirtúen la imputación. No es una inversión en la carga de la prueba, como sucede en los

casos de las presunciones, sino la realización de la eficacia propia del *onus probandi* en el proceso, esto es, la determinación del sujeto procesal que deberá soportar los efectos perjudiciales derivados de la ausencia de prueba.

(vi) Es posible identificar, en el derecho comparado, ciertos criterios que producen en el proceso efectos jurídicos similares a los de la culpa contra la legalidad, tales como la máxima “*res ipsa loquitur*” o “las cosas hablan por sí mismas” originaria del derecho angloamericano, la “culpa virtual” o “*faute virtuelle*” francesa y la “*Anscheinsbeweis*” o “prueba prima facie” alemana. Constituyendo, las dos primeras, presunciones de culpabilidad cualificadas o reforzadas, se distinguen claramente de la culpa infraccional: mientras ésta se centra en la acción u omisión contravencional, las primeras desplazan la discusión hacia el daño y las circunstancias que rodean su causación. La *Anscheinsbeweis* alemana, por el contrario, parece más cercana, en cuanto a sus efectos, a la culpa infraccional. No consiste en una presunción de culpabilidad, sino en una forma de acreditarla basada en las máximas de la experiencia. En la culpa infraccional, no obstante, la experiencia solo es un dato que refuerza la inferencia ya producida por la contravención legal o reglamentaria.

La construcción dogmática de estos dispositivos jurídicos que facilitan, en alguna medida importante, la acreditación de la culpabilidad como elemento esencial de la responsabilidad civil extracontractual, entre los cuales, sin lugar a dudas, cabe mencionar a la culpa infraccional, deriva de un proceso de *objetivación* constante del régimen de responsabilidad por culpa que pretendería resguardar intereses preponderantes de la víctima del daño ante el concomitante aumento de actividades riesgosas y la posibilidad de enfrentar adecuadamente las dificultades que plantea la prueba de la negligencia en juicio.

No obstante lo anterior, esta pretensión de justicia, al menos desde una perspectiva material, para constituir una superación válida de un estado de incertidumbre generado por la influencia de la facticidad propia de los tiempos modernos y sus innumerables riesgos asociados, no debe erigirse jurídicamente obviando la realización de un examen analítico de las instituciones que gobiernan actualmente su ámbito de aplicación.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **I. LIBROS**

ABELIUK, René. *“Las obligaciones”*. Tomo I. Cuarta edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001.

ALESSANDRI, Arturo. *“De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno”*. Santiago: Imprenta Universitaria, 1943.

ALESSANDRI, Arturo, Manuel SOMARRIVA y Antonio VODANOVIC. *“Tratado de las obligaciones. Volumen de las obligaciones en general y sus diversas clases”*. Segunda edición ampliada y actualizada por Antonio Vodanovic. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001.

\_\_\_\_\_. *“Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General”*. Tomos I y II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998.

ALCHOURRÓN, Carlos y Eugenio, BULYGIN. *“Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico”*. En: ALCHOURRÓN, Carlos y Eugenio BULYGIN. *“Análisis lógico y Derecho”*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ATRIA, Fernando. *“Creación y aplicación del derecho: entre formalismo y escepticismo”*. En: ATRIA, Fernando, Eugenio BULYGIN, José MORENO, Pablo NAVARRO, Jorge RODRÍGUEZ y Juan MANERO. *“Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial”*. Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2005.

BARBERO, Doménico. “*Sistema del Derecho Privado*”. (Traducción: Santiago Sentis Melendo) Tomo IV. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1967.

BARROS, Enrique. “*Tratado de responsabilidad extracontractual*”. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006.

BELLO, Domingo. “*Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*”. Madrid: Editorial Reus, 2009.

BLOCH, Laurent. “*L'exoneration en droit de la responsabilité civile. Pour une autre présentation*”. Saarbrücken: Éditions Universitaires Européennes, 2010.

BREBBIA, Roberto. “*Hechos y actos jurídicos. Comentario de los artículos 896 a 943 del Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia*”. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1979.

BUERES, Alberto. “*Derecho de Daños*”. Buenos Aires: Hammurabi, 2001.

BUSTO, José. “*La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*”. Madrid: Tecnos, 1998.

CASARINO, Mario. “*Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil*”. Tomo IV. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007.

CASTRESANA, Amelia. *“Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana”*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2001.

COLIN, Ambrosio y Henri CAPITANT. *“Curso elemental de Derecho Civil”*. Tomo III. Madrid: Editorial Reus, 1960.

CORRAL, Hernán. *“Lecciones de responsabilidad civil extracontractual”*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003.

DE CUNTO, Aldo. *“La antijuridicidad y la responsabilidad por acto lícito”*. En: *Lecciones y Ensayos*, Departamento de Publicaciones, Universidad de Buenos Aires, N° 82. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, LexisNexis Argentina S.A., 2006.

DE RUGGIERO, Roberto. *“Instituciones de Derecho Civil”*. Tomo II. Vol. I (Traducción del italiano por Ramón Serrano Suñer y José Santa Cruz Teijeiro). Madrid: Instituto Editorial Reus, 1944.

DEMOGUE, René. *“Traité des obligations en général”*. Tomo III. Paris: Libraire Arthur Rosseau, 1923.

DIEZ-PICAZO, Luis. *“Derecho de daños”*. Madrid: Civitas Ediciones, 1999.

DIEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLON. *“Sistema de Derecho Civil”*. Volumen 2°. Sexta Edición. Madrid: Editorial Tecnos, 1992.

DOMINGUEZ, Andrés. *“Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre el derecho del*

*paciente, información y documentación clínica*". Segunda edición. Valladolid: Lex Nova, 2007.

DUCCI, Carlos. *"Derecho Civil. Parte General"*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010.

\_\_\_\_\_. *"Responsabilidad civil (ex-contractual)"*. Santiago: Empresa Periodística El Imparcial, 1936.

ETCHEBERRY, Alfredo. *"Derecho Penal. Parte General"*. Tomo I. Tercera edición actualizada. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999.

FIGUEROA, Gonzalo. *"Curso de Derecho Civil"*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010.

FRANK, Reinhard. *"Sobre la estructura del concepto de culpabilidad"*. (Traducción del alemán de Gustavo Aboso y Tea Alöw). Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2002.

GOLDSCHMIDT, James. *"La concepción normativa de la culpabilidad"*. (Traducción del alemán por Margarethe de Goldschmidt y Ricardo Nuñez). Segunda edición. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2002.

HART, L.A. *"El concepto de derecho"*. (Traducción de Genaro R. Carrió). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968.

JOSSERAND, Louis. “*Cours de droit civil positif français. Théorie générale des obligations, les principaux contrats du droit civil, les sûretés*”. Tomo II. Tercera edición. París: Librairie du Recueil Sirey, 1930.

LACRUZ, José. “*Elementos de Derecho civil*”. Tomo II, vol. 1°. Segunda edición. Barcelona: J. M. Bosch, 1985.

LALOU, Henri. “*Traité Pratique de la Responsabilité Civile*”. Sexta edición. París: Libraire Dalloz, 1962.

LARROCAU, Jorge. “Res Ipsa Loquitur: Quien habla es el juez, no la cosa”. En: FIGUEROA, Gonzalo, Enrique BARROS y Mauricio TAPIA (coords.). “Estudios de Derecho Civil VI”. Santiago: LegalPublishing, 2011.

LEHMAN, Jeffrey y Shirelle PHELPS. “*West's encyclopedia of American law*”. Segunda Edición. Detroit: Thomson Gale, 2005.

LUNA, Álvaro. “*La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad*”. Madrid: Thomson-Cívitas, 2004.

LLAMAS, Eugenio, “*Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba*”. En: MORENO, Juan (coord.). “Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio”. Madrid: Dykinson, 2000.

MAZEAUD, Henri, León MAZEAUD y André TUNC. “*Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*”. Tomo Primero, Vol. II. (Traducción del francés por Luis Alcalá-Zamora y Castillo). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962.

MEDINA, María. “*La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*”. Madrid: Dykinson, 2003.

MEZA, Ramón. “*Manual de Derecho Civil. De las fuentes de las obligaciones*”. Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010.

MONTHEIL, Natacha. “*La place de la faut en droit de la responsabilité civile*”. Saarbrücken: Éditions Universitaires Européennes, 2011.

PÉREZ, Víctor. “*Derecho Privado*”. Tercera Edición. San José: Litografía e Imprenta LIL S.A., 1994.

POTHIER, Robert. “*Tratado de las obligaciones*”. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1993.

RAMOS, René. “*De las obligaciones*”. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999.

\_\_\_\_\_. “*De la responsabilidad extracontractual*”. Santiago: Legal Publishing Chile, 2008.

\_\_\_\_\_. “*Derecho de Familia*”. Tomo I. Quinta edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.

RODRÍGUEZ, Ignacio. “*Procedimiento Civil. Juicio Ordinario de Mayor Cuantía*”. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010.

RODRÍGUEZ, Pablo. “*Responsabilidad Contractual*”. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2012.

\_\_\_\_\_. “*Responsabilidad Extracontractual*”. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999.

SANTOS, Jaime. “*Derecho de daños*”. Madrid: Edersa, 1963.

TAPIA, Mauricio. “*Código Civil 1855-2005. Evolución y perspectivas*”. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.

TAVOLARI, Raúl (Director). “*Jurisprudencias esenciales. Derecho Civil*”. Tomo III. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010.

VIAL, Víctor. “*Teoría General de Acto Jurídico*”. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003.

VON TUHR, Andreas. “*Tratado de las Obligaciones*”. Tomo I. (Traducción del alemán por W. Roces). Madrid: Editorial Reus S.A., 1934.

WITTGENSTEIN, Ludwig. “*Tractatus Logico-Philosophicus*”. Barcelona: Ediciones Altaya S.A., 1997.

ZANNONI, Eduardo. “*El daño en la responsabilidad civil*”. Buenos Aires: Astrea, 2005.

## II. ARTÍCULOS DE REVISTAS

AEDO, Cristián. “*El problema del concepto de la culpa en la lex Aquilia: Una mirada funcional*”. En N° 1, Vol. XXVII, Revista de Derecho Valdivia (2014), pp. 27-57.

\_\_\_\_\_. “*El concepto normativo de la culpa como criterio de distribución de riesgos. Un análisis jurisprudencial*”. En: Revista Chilena de Derecho, vol. 41, N° 2, (2014), pp. 705-728.

\_\_\_\_\_. “*El concepto de culpa aquilina y su evolución en las últimas décadas. Distintas teorías*”. En: XXI Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, N° 2, (2014), pp. 21-59.

AMUNÁTEGUI, Carlos. “*Acción de responsabilidad y teoría de las inmisiones*”. En XI Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (2013), pp. 53-73.

AGUILÓ, Joseph. “*Notas sobre “Presunciones” de Daniel Mendonca*”. En: Revista Doxa N° 22 (1999), pp. 649-660.

\_\_\_\_\_. “*Presunciones, verdad y normas procesales*”. En: XXXV Revista Isegoría (2006), pp. 9-31.

BANFI, Cristián. “*Por una reparación integral del daño extracontractual limitada a los hechos dolosos o gravemente negligentes*”. En XVIII Revista Ius et Praxis (2012), N° 2, pp. 3-32.

BARRÍA, Rodrigo. “*La presunción de culpa por el hecho propio en el Derecho europeo*”. En: XX Revista Ius et Praxis, N° 2, (2014), pp. 275-306.

\_\_\_\_\_. “*El daño causado por el miembro indeterminado de un grupo y su posible recepción en el derecho chileno*”. En: Revista de Derecho Escuela de Postgrado, N° 1, (2011), pp. 151-183.

BARRIENTOS, Javier. “*De la presunción general por culpa por el hecho propio. A propósito de los artículos 2314 y 2329 y de nuestro “Código Civil Imaginario” (II)*”. En XIII Revista de Derecho Privado (2009). pp. 9-94.

BERNAD, Rafael. “*Precisiones en torno a la relación de causalidad como elemento de la responsabilidad civil extracontractual*”. En: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N° 716, (2009), pp. 3071-3100.

BLOMQUIST, Robert. “*The trouble with Negligence Per se*”. En: 61 S.C. L. Rev. 221 (2009), pp. 221-286.

CABALLERO, Guillermo. “*Seguridad Jurídica y relaciones entre el “common law” y el derecho continental-romano*”. En XXIV Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (2003), pp. 195-217.

CÁRDENAS, Hugo. “*La cobertura dogmática de la recepción jurisprudencial de la distinción obligaciones de medios/obligaciones de resultado*”. En: Revista Colección de Derecho Privado, N° 6, (2008), pp. 45-84.

CODERCH, Pablo y Sonia, RAMOS. “*Negligencia per se y res ipsa loquitur*”. En: CODERCH, Pablo, Carlos GÓMEZ, Antoni RUBÍ, Sonia RAMOS, Álvaro LUNA y Antoni TERRA. “*El remedio indemnizatorio en el derecho español de daños. Análisis, aplicación e instrumentos comparados*”. Revista para el análisis del Derecho InDret, segunda edición, sección estudios (2013), pp. 69-97.

CONTARDO, Juan. “*Obligaciones y responsabilidad civil*”. En: XXI Revista Chilena de Derecho Privado (2013), pp. 343-352.

CORDERO, Eduardo. “*El sentido actual del dominio legal y la potestad reglamentaria*”. En: XXXII Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, (2009), pp. 409-440.

\_\_\_\_\_. “*Las normas administrativas y el sistema de fuentes*”. En: XVII Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Sección Estudios, N° 1, (2010), pp. 21-50.

DOMÍNGUEZ, Carmen. “*El problema de la culpa presunta contractual y las obligaciones de medio y obligaciones de resultado: sus implicancias para la responsabilidad médica*”. En: Revista Colección de Derecho Privado, Ediciones Universidad Diego Portales, Vol. 6°, (2010), pp. 21-44.

DOMINGUEZ, Ramón. “*Aspectos contemporáneos de la responsabilidad civil*”. En: LVII Revista de Derecho Universidad de Concepción, N° 185, 1989, pp. 107-139.

GARCÍA-RIPOLL, Martín. “*La antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil*”. En: LXVI-IV Revista Anuario de Derecho Civil, Octubre 2013, pp. 1503-1604.

GEISTFELD, Mark. “*Tort Law in the age of Statutes*”. En: New York University Public Law and Legal Theory Working Papers, N° 452, (2014), pp. 957-1020.

GRANADO, Ignacio. “*Sobre la responsabilidad patrimonial por daños desproporcionados. Consejo consultivo de La Rioja*”. En: Revista Española de la Función Consultiva, N° 16, Julio-Diciembre (2011), pp. 283-302.

GUERRA, Rafael. “*La responsabilidad por los accidentes de tráfico provocados por las especies cinogenéticas. Estudio de la normativa estatal, autonómica, y de la jurisprudencia reciente*”. En: Revista Española de la Función Consultiva, N° 16, Julio-Diciembre (2011), pp. 235-266.

HUNTER, Iván. “*La culpa con la ley en la responsabilidad civil ambiental*”. En: XVIII Revista de Derecho de Valdivia, N° 2, (2005), pp. 9-25

KRITCHEVSKY, Barbara. “*Tort Law is State Law: Why Courts Should Distinguish State and Federal Law in Negligence-Per-Se Law*”. En: American University Law Review, Vol. 60, Iss. 1, Article 2, (2010), pp. 71-130.

LÓPEZ, Marcelo. “*La culpa como factor de atribución de responsabilidad. (Cénit, Ocaso y Resurgimiento de la Culpa)*”. En X Revista Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña (2006), pp. 641-673.

MANTILLA, Fabricio y Francisco, TERNERA. “*El riesgo de desarrollo en la responsabilidad por productos del derecho colombiano*”. En: XX Revista Ius et Praxis, N° 1, (2014), pp. 39-66.

MAÑALICH, Juan. “*La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales*”. En: Política Criminal, Vol. 7, N° 14, (2012), pp. 357-377.

MENDONCA, Daniel. “*Presunciones*”. En: Revista Doxa N° 21-I (1998), pp. 83-98.

NAVARRO, Mónica. “*Sobre la aplicación de la regla res ipsa loquitur en el ámbito sanitario*”. En: Anuario de Derecho Civil, Vol. 56, N° 3, (2003), pp. 1197-1230.

OBBERG, Héctor. “*Las máximas de experiencia*”. En: LIII Revista de Derecho Universidad de Concepción, N° 178, (1985), pp. 53-58.

O’CONNOR, Bernard. “*Res ipsa loquitur: political and ethical response to legal debate*”. En: Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues, Vol. 5, N° 1, (2002), pp. 3-28.

PAPAYANNIS, Diego. “*La práctica del alterum non laedere*”. En 41 Revista Isonomía, (2014), pp. 19-68.

PIZARRO, Carlos. “*Daños en la construcción, fuerza mayor y terremotos*”. En: XXXIV Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (2010), pp. 161-176.

PLANIOL, Marcel. “*Études sur la responsabilité civile*”. En: Revue Critique (1905), pp. 277-292.

PRECHT, Jorge. “*Valor jurídico de las directivas presidenciales, programas ministeriales, circulares e instrucciones de servicio*”. En: Revista Chilena de Derecho, N° 16, (1989), pp. 465-474.

RODRÍGUEZ, Margarita. “*Aspectos básicos de la doctrina del daño desproporcionado en la responsabilidad civil sanitaria*”. En: VI Revista Anuario Facultad de Derecho Universidad de Alcalá, (2013), pp. 199-218.

SÁNCHEZ, Marta. “*El daño desproporcionado*”. En: Revista CESCO de Derecho de Consumo, N° 8, (2013), pp. 240-258.

SANTIBAÑEZ, Cristián. “*La presunción como acto de habla en la argumentación*”. En: 48 Revista de Lingüística Teórica y Aplicada, Concepción, (2010), pp. 133-152.

SCHIELE, Carolina y Josefina TOCORNAL. “*Artículo 2329 del Código Civil. La interpretación de presunción por hechos propios existe en la jurisprudencia*”. En 37 Revista Chilena de Derecho (2010), pp. 123-139.

SOLARI, Tito. “*Versari in re illicita*”. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 1, (1977), pp. 245-265.

TAPIA, Mauricio. “*Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales*”. En XV Revista de Derecho (Valdivia), n° 2, (2003), pp. 75-111.

THAYER, Ezra. “*Public Wrong and Private Action*”. En: 27 Harvard Law Review, N° 317 (1914), pp. 317-343.

TOCORNAL, Josefina. “*Responsabilidad civil por infecciones intrahospitalarias*”. En 37 Revista Chilena de Derecho (2010), pp. 477-504.

ULLMANN-MARGALIT, Edna. “*On Presumption*”. En: The Journal Philosophy, Vol. LXXX, N° 3, (1983), pp. 143-163.

VIDAL, Álvaro. “*Las acciones civiles derivadas del daño ambiental en la Ley N° 19.300*”. En XXIX Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (2007), pp. 119-140.

### **III. MEMORIAS DE PRUEBA**

TOCORNAL, Josefina. “*La responsabilidad sanitaria institucional: una propuesta de armonización entre los establecimientos de salud públicos y privados*”. Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, (2013).

PARRA, Darío. “*La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa*”. Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, (2014).



